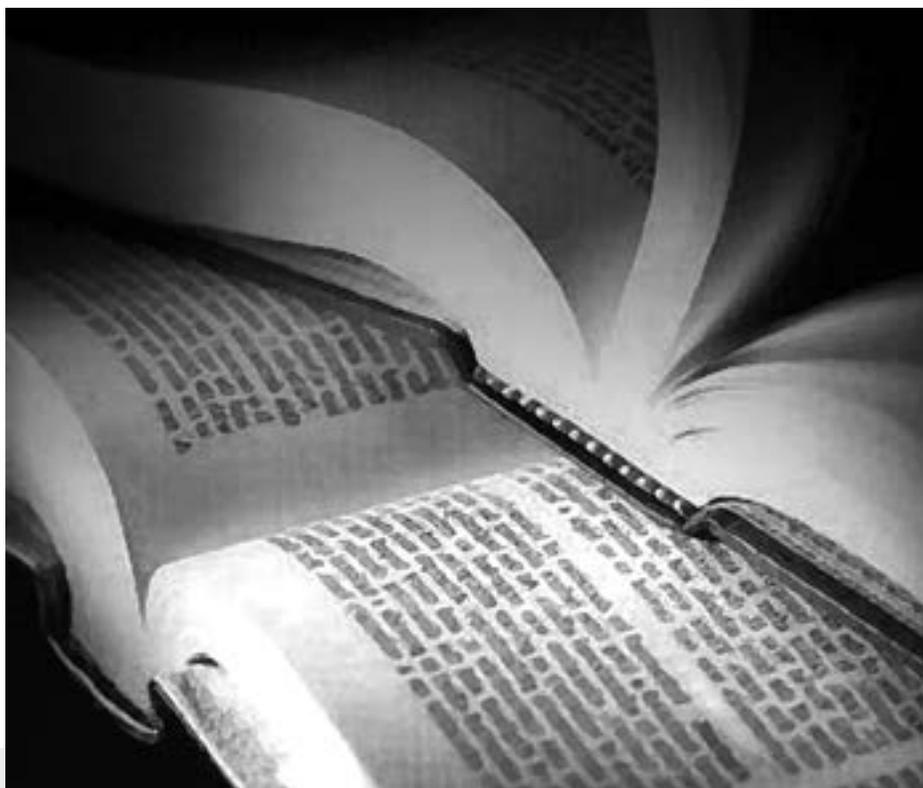


SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura:

*uma perspectiva democrática fiscalizatória
(checks and balances)*

Artur Cesar de Souza

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente

Ministra LAURITA VAZ

Vice-Presidente

Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins

Corregedor-Geral da Justiça Federal e

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Ministro Herman Benjamin

Desembargador Federal Cândido Artur Ribeiro Filho

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza

Desembargador Federal Tadaaqui Hirose

Desembargador Federal Francisco Wildo

Membros Efetivos

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Ministro Jorge Mussi

Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargadora Federal Cecília Marcondes

Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado

Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior

Membros Suplentes

Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos

Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros

Secretária Executiva

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura:

*uma perspectiva democrática fiscalizatória
(checks and balances)*

Artur Cesar de Souza

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2015

Tiragem: 2.600 exemplares

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Reinaldo Couto – Secretário

Cyva Regattieri de Abreu – Subsecretária de Informação Documental e Editoração

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

Edição e Revisão

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora

Ariane Emílio Kloth – Chefe de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Seção de Editoração e Revisão

Diagramação e arte-final

Alice Zilda Dalben Siqueira – Servidora da Seção de Programação Visual e Arte-Final

PROJETO GRÁFICO

Grau Design Gráfico

IMPRESSÃO

Coordenadoria de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do CJF

5729 Souza, Artur Cesar de.

Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura: uma perspectiva democrática fiscalizatória (*checks and balances*) / Artur Cesar de Souza. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

267 p. – (Série monografias do CEJ ; 19)

ISBN 978-85-8296-009-7

1. Conflito de atribuições. – 2. Tribunal de Contas, Brasil, Portugal. – 3. Controle jurisdicional. – 4. Magistratura, Brasil, Portugal. – 5. Finanças públicas. – I. Título. – II. Série.

CDU 351.95

“Dedico este trabalho monográfico
à minha amada esposa e aos
meus maravilhosos filhos.”

AGRADECIMENTOS

Externo meus agradecimentos ao eminente Dr. Jorge Miranda, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, que muito gentilmente e sem medir esforços aceitou de forma incondicional o convite que lhe fiz para ser meu orientador no Pós-Doutorado realizado na referida Universidade.

Ressalto que tendo este trabalho monográfico natureza acadêmica e de aprimoramento do exercício da magistratura, não poderia deixar de formular convite especial aos Ilustres Diretores da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam para a realização de uma análise crítica sobre o seu conteúdo.

Agradeço em especial ao estimado amigo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Diretor da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por quem nutro particular admiração intelectual, pela inestimável contribuição ao realizar o prefácio desta obra.

Sou igualmente grato ao eminente Ministro João Otávio de Noronha pela gentileza em fazer a apresentação desta obra como Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, por quem tenho igualmente grande admiração e respeito.

SOBRE O AUTOR

Artur Cesar de Souza é Juiz Federal da 7ª Vara Cível da Subseção Judiciária de Londrina-PR, atualmente Juiz Auxiliar da Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná e Pós-Doutor pelas seguintes universidades: a) Università Statale di Milano; b) Universidad de Valencia; c) Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; d) Faculdade de Direito de Lisboa.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
APRESENTAÇÃO	17
INTRODUÇÃO	19
1 CONSTITUIÇÃO, FINS E FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS E BRASILEIRO	23
1.1 DO TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS	23
1.2 DO TRIBUNAL DE CONTAS BRASILEIRO	34
1.3 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS E BRASILEIRO	40
1.4 DO VISTO	44
2 DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO	51
2.1 CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA PORTUGUÊS	51
2.2 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ	56
3 CONFLITO DE JURISDIÇÃO: TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS X CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA	61
4 CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO BRASILEIRO E O CONSELHO NACIONAL DE CONTAS	69
5 DA LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO BRASILEIRO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI	107

6	ILEGITIMIDADE E INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA DIRIMIR CONFLITO QUE ENVOLVA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	113
7	PREPONDERÂNCIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – <i>CHEKS AND BALANCES</i>	117
8	“ <i>CHEKS AND BALANCES</i> ” COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	129
9	OBJETO DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – NATUREZA JURÍDICA DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIDADE - GEL	143
9.1	DA NATUREZA INDENIZATÓRIA DA GEL – PREVISÃO NO ART. 65 DA LOMAN	190
9.2	DA NATUREZA INDENIZATÓRIA DA GEL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM LOCALIDADE DE FRONTEIRA OU DE DIFÍCIL PROVIMENTO	201
10	PRINCIPAIS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE REGULAMENTAM O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO BRASILEIRO	219
	REFERÊNCIAS	262

PREFÁCIO

Solicita-me o Ilustre Juiz Federal Dr. Artur Cesar de Souza a apresentação da obra de sua autoria, intitulada *Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura: uma perspectiva democrática fiscalizatória (checks and balances)*, fruto de alentado trabalho de conclusão do Pós-Doutorado realizado na Faculdade de Direito de Lisboa sob a orientação do eminente constitucionalista e Professor Catedrático Jorge Miranda.

Atendo-o com prazer, honrado com a distinção, eis que, em realidade, a obra dispensaria quaisquer apresentações. É digno de registro que o ilustrado autor, após extensa pesquisa doutrinária, faz um estudo comparativo entre o Tribunal de Contas Português e a Corte de Contas Brasileira, que teve a sua competência ampliada pela Constituição Federal de 1988.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, restaram ampliadas, significativamente, as atribuições e as esferas de competência dos Tribunais de Contas, rompendo o modelo inaugurado pela Carta Republicana de 1891, ensejando, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes estatais e órgãos da administração direta e indireta, tornando-se, ditas Cortes, instrumentos de inquestionável relevância na Administração Pública e, sobretudo, a conduta de seus agentes, com destaque para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Como ensina Lafayette Pondé, “não há como se possa dizer o Tribunal de Contas órgão da estrutura legislativa, ou dela dependente, senão no amplo sentido em que todos nós somos, cidadãos ou órgãos públicos, entre os quais o próprio legislador – subordinado ao imperioso dever de respeito e obediência às leis. A função do Tribunal ultrapassa a

interferência episódica, de natureza puramente opinativa, com que se comunica naquele processo, não de elaboração de lei mas de conteúdo administrativo, e, ultrapassando-a, estende sua ação por igual sobre as unidades dos três Poderes assim como sobre todo e qualquer administrador ou gestor responsável pela aplicação dos dinheiros públicos”. (PONDÉ, 1995, p. 205)

Desde a sua criação pela Carta de 1891, sob a inspiração de Ruy Barbosa, estabeleceu-se no Tribunal de Contas um “corpo de magistratura intermediária á administração e á legislatura, que, collocado em posição autonoma, com attribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaesquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato apparatuso e inutil. Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que fala entre nós, em vão, desde que neste paiz se inauguraram assembléas parlamentares”. (BARBOSA, 1934, v. 6, p. 427).

A lição do notável jurista baiano revela, de forma cristalina, a verdadeira missão para a qual foi instituída a Corte de Contas: todo e qualquer ato, quer do Executivo, quer do Legislativo, ou mesmo do Poder Judiciário, de que resulte despesa, tem de ser conferido com as normas de direito administrativo e de contabilidade pública. Se verificada alguma violação, dá-se a ilegalidade, impondo-se a sua pronta correção e, se for o caso, a punição do responsável, na forma do art. 70, parágrafo único, da Lei Maior.

Fundadas, portanto, são as razões para o reconhecimento do proeminente lugar que ocupa a Corte de Contas entre as instituições do Brasil, o papel capital que representa na vida da Administração Pública, bem como o merecido prestígio que cerca as personalidades que a integram.

Seu papel não deixou de crescer desde a sua criação, há mais de cem anos. As atribuições restritas que lhe confiara a Constituição Republicana de 1891 foram consideravelmente ampliadas pelas Constituições subsequentes, atingindo o seu ápice na Carta de 1988. Às prerrogativas que lhes conferem os textos, os seus membros acrescentaram aquelas

que resultam de uma jurisprudência corajosa, atenta aos superiores interesses da sociedade brasileira, "*animé par la passion du bien public*", na feliz expressão de Michel Debré (1988, t. 2, p. 426).

O Dr. Artur Cesar de Souza, um dos mais conceituados Magistrados da Justiça Federal da 4ª Região, presta ao seu País uma notável contribuição com a publicação da sua obra, resgatando fatos históricos e a jurisprudência dos Tribunais de Contas português e Brasileiro e que moldaram ambas as instituições.

Esses fatos e as intrincadas questões jurídicas envolvendo a competência dessas duas notáveis Cortes são descritos pelo autor em estilo de sóbria elegância, de forma concisa e precisa, pois, como lembrava Sainte-Beuve, "*la netteté est le vernis des maîtres*".

Ora, ao proceder à exegese e interpretação dos artigos da Constituição da República e das leis pertinentes às atribuições da Corte de Contas, revelando os círculos das teses e dos princípios que nascem da jurisprudência, impõe-se tornar inteligíveis princípios e dispositivos aparentemente antagônicos, emprestando um sopro de vida à linguagem muitas vezes concisa de textos legais invioláveis, procurando extrair deles a lição orgânica do real sentido e da inteligência que os vincula, permitindo a formação de uma qualificada doutrina, em que a boa hermenêutica não aflora apenas na conclusão, mas conduz a seguras lições, originando, como na obra em apreço, uma monografia completa.

A André Gide, no seu conhecido livro "*Pages de Journal*", acudiu esta comparação oportuna: "*Un livre ne m'intéresse vraiment que si je le sens né d'une exigence profonde, et si cette exigence peut trouver en moi son écho.*" (GIDE, 1934, p. 15)

É esse o grande serviço que vem prestar ao País o Dr. Artur Cesar de Souza, editando uma obra indispensável, em que compendia selecionada jurisprudência e qualificada doutrina, fazendo-o com uma dose particular de desvelo, que é o melhor índice de um carinho vigilante pela vitória e sobrevivência das ideias, redigidas com a transparência honesta da verdade, nos enunciados sóbrios e nas expressões irrepreensíveis de uma generosa sabedoria.

Sobre o sucesso da obra em apresentação, não alimento dúvida, concluindo estar de parabéns o Centro de Estudos Judiciários por mais essa marcante iniciativa, bem como o seu devotado autor ao proporcionar ao ambiente jurídico tão relevante contribuição.

Porto Alegre, 10 de novembro de 2014.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Desembargador Federal do TRF/4ª Região
e Diretor da Escola da Magistratura

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934, v. 6.

DEBRÉ, Michel. *Trois Républiques pour une France - Mémoires*. Paris: Albin Michel, 1988, t. 2.

GIDE, André. *Pages de Journal (1929-1932)*. Quatrième édition, Paris: Gallimard, 1934.

PONDÉ, Lafayette. *Estudos de direito administrativo*. Del Rey, 1995.

APRESENTAÇÃO

Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura – uma perspectiva democrática fiscalizatória (checks and balances) é o mais recente trabalho de Artur Cesar de Souza, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Na prática judicante, assim como em suas obras, está evidente que o autor personifica a integridade e a autoridade moral dos magistrados, valores que lhe são muito caros, como se pode depreender dos demais títulos de sua autoria, como *A parcialidade positiva do juiz* e *A decisão do juiz e a influência da mídia*, entre outros.

Sublinhe-se que sua contribuição para o mundo jurídico e acadêmico é no sentido de levar o homem e, conseqüentemente, as instituições por ele constituídas a uma conscientização seguida de ações em prol de uma sociedade mais ética e justa.

A presente publicação é resultado do trabalho de pós-doutorado, que foi apresentado na Universidade de Lisboa, sob a ilustre orientação do professor catedrático Jorge Miranda.

O autor discorre acerca do Conselho Nacional da Magistratura de Portugal e do Tribunal de Contas daquele país e, em razão dos intensos questionamentos jurídicos ocorridos, traça um paralelo com as instituições que desempenham papel equivalente no Brasil: o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Contas da União.

Ao apontar a existência de controvérsia entre as decisões dessas duas instituições, lança um forte alerta sobre os efeitos desse “conflito” no regime democrático.

O trabalho se desenvolve por meio de um indissociável conjunto de abordagens e agrega vasta seleção de jurisprudência a respeito do tema.

Ademais, conta com detalhada exposição acerca da natureza jurídica do conflito de atribuições ocorrido entre o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional de Justiça, em razão do pagamento da chamada Gratificação Especial de Localidade - GEL aos magistrados.

O autor vai além e o trabalho apresentado nos convoca a uma profunda reflexão a respeito da extrema importância da existência de instrumentos constitucionais hábeis a consolidar a denominada “democracia fiscalizatória”, concretizadora da capacidade de controle, pelo povo, dos limites dos Poderes por ele instituídos.

João Otávio de Noronha

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional brasileira n. 45, de 2004, intitulada Emenda da Reforma do Judiciário, inseriu no âmbito do ordenamento jurídico mais um órgão pertencente ao rol daqueles que compõem o Poder Judiciário brasileiro, denominado de Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Dentre as atribuições constitucionais outorgadas ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ encontra-se a do controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, devendo, para este fim, zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências (art. 103-B, § 4º, inc. I, da Constituição Federal brasileira).

O Conselho Nacional de Justiça apesar de ser um órgão do Poder Judiciário brasileiro (art. 92, inc. I-A, da Constituição Federal do Brasil) não exerce **função jurisdicional**, pois a sua natureza é eminentemente administrativa, conforme já reconheceu o Supremo Tribunal Federal.

A função administrativa de controle fiscal dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro não é exclusividade do Conselho Nacional de Justiça, pois a Constituição Federal do Brasil, em seu art. 70, outorga essa competência funcional e constitucional igualmente ao Tribunal de Contas da União - TCU, que também tem a prerrogativa de realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade de cada Poder.

Por determinação constitucional, prestará contas ao Tribunal de Contas da União qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária (art. 70, p.u., da Constituição Federal do Brasil).

Observa-se, portanto, que no sistema jurídico brasileiro há dois órgãos, um pertencente ao próprio Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça) e outro vinculado ao Congresso Nacional brasileiro (Tribunal de Contas da União) que, **a princípio**, desempenhariam a mesma atribuição constitucional, qual seja, o controle administrativo e financeiro dos atos administrativos proferidos por todos os órgãos do Poder Judiciário do Brasil.

O que deveria ser apenas um **conflito aparente** de normas constitucionais transformou-se, no entanto, no contexto jurídico brasileiro, em um **conflito real** entre as decisões administrativas proferidas pelo Conselho Nacional de Justiça e as decisões de igual natureza proferidas pelo Tribunal de Contas da União, causando, além do desconforto natural *interna corporis*, grande **insegurança jurídica**.

Contribuiu, sobremaneira, para ganhar força o **conflito real** entre decisões administrativas proferidas pelos dois órgãos de fiscalização financeira dos Poderes da República, o fato de que no passado recente, assim como no Brasil quanto em Portugal, os atos resultantes e praticados pelo Tribunal de Contas teria sido objeto de vivas discussões no âmbito jurídico dessas duas nações. E essa inquietação jurídica e social tem origem no fato de que a atividade exercida pelo Tribunal de Contas interfere com o núcleo essencial da vida em sociedade, funcionando como órgão independente de controle da obtenção dos recursos necessários e a respectiva aplicação desses recursos pelos órgãos das entidades com atribuição máxima, especialmente os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na realidade, conforme anota Tiago Duarte (2008, p. 31):

É que a primeira impressão que resulta de uma análise jurídica relativa às competências do Tribunal de Contas é que este é um Tribunal estranho. Estranho porque, mesmo de um ponto de vista constitucional, o Tribunal de Contas é bem mais do que um simples Tribunal, estando apto para exercer, e exercendo efetivamente, uma função consuntiva, uma função de fiscalização e uma função jurisdicional.

A marcação do território, a definição das fronteiras, bem como a procura dos limites têm sido, em todos os domínios, sempre assuntos tão

difíceis quanto importantes. Relativamente ao Tribunal de Contas e à extensão e limites dos respectivos poderes, não deixa de ser uma discussão importante para os rumos da democracia constitucional luso-brasileira.

Este trabalho de pós-doutorado, realizado na Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Catedrático Dr. Jorge Miranda, tem por objetivo avaliar o **conflito de atribuições** existente entre o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Contas da União, fazendo um paralelo entre o que ocorre em Portugal, especialmente se haveria ou não conflito de atribuições entre o Conselho Nacional da Magistratura português e o Tribunal de Contas daquele país.

O fio condutor desta pesquisa de pós-doutorado é representado especialmente pelos pilares de sustentação do regime democrático, especialmente o *checks and balances*.

Uma vez avaliados os critérios ou princípios do regime democrático e o conteúdo do princípio estruturante do *checks and balances* para fins de resolver eventual conflito de atribuições entre o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Contas da União, ofertar-se-á uma solução de conteúdo constitucional democrático para por fim à insegurança jurídica que se instaurou no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Este trabalho ainda irá ingressar no objeto principal que ensejou o conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional de Justiça, ou seja, o pagamento aos magistrados da denominada Gratificação Especial de Localidade - GEL, avaliando especificamente a sua **natureza jurídica**.

Por fim, serão citadas diversas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre os dispositivos da Constituição Federal brasileira que tratam do Tribunal de Contas da União.

1 Constituição, fins e função do Tribunal de Contas português e brasileiro

1.1 Do Tribunal de Contas português

Toda atividade de gestão, especialmente gestão de dinheiro ou orçamento, exige para sua efetiva eficácia um bom sistema de controle, podendo mesmo considerar-se indissociáveis os sistemas de controle e gestão.

Assim, toda ação (projeto/plano/execução) exige controle (determinação dos resultados e sua avaliação e confronto, e eventual revisão) (FRANCO, 1992, p. 452-453). Esse controle deverá ser exercido sob o aspecto da legalidade, moralidade, economicidade e eficiência da gestão.

O sistema de fiscalização das finanças públicas português é influenciado por um princípio que, vindo do Direito Romano e tendo expressão tanto no Direito Privado

como no Direito Público desde há muito, não deixa de documentar também em outras experiências jurídicas, algumas bem mais antigas: **quem administra bens alheios presta contas.**

A obrigação de prestar contas é uma obrigação de todos aqueles que administram, a qualquer título, dinheiros ou outros ativos públicos.

No âmbito do direito público, o controle de gestão é feito preferencialmente por determinado órgão designado em lei, e muitas vezes na própria Constituição Federal de cada país. Este órgão, evidentemente, para que possa exercer sua função de gestão, controle e fiscalização, deverá ser dotado de independência técnica, muito embora possa estar vinculado a uma entidade ou a outro órgão com poder político e constitucional. Esse controle poderá ser feito especificamente por órgãos de controle interno da própria instituição ou por órgão de controle externo. Em ambos os casos, o fim último do controle **interno ou externo** é a fiscalização do sistema de **gestão** do dinheiro público (TAVARES, 1998, p. 21-22).

Ao longo da história, conforme ensina José F. F. Tavares (IDEM, p. 22):

Foi surgindo a necessidade, na generalidade dos Estados, de criar um órgão de controlo financeiro externo e ‘independente’ (relativamente a todas as entidades fiscalizadas). Não se trata aqui de uma mera ‘independência técnica’ que também existe, ou deve existir, no âmbito do ‘controle interno’ (a todos os níveis) mas de uma independência mais ampla, traduzida, v.g. no ‘autogoverno, no ‘poder de determinar o plano de acção’, sem a possibilidade de ingerências de outros órgãos (o que nos órgãos de controle interno da Administração Pública não existe, pertencendo tal poder aos órgãos de gestão ou políticos) e no ‘estatuto de independência de quem exerce tal controlo, para apenas citar alguns aspectos.

Essa necessidade histórica de controle de gestão e financeira dos órgãos estatais não é uma atividade recente, pois desde muito cedo, à medida que foi se tornando necessário dar consistência prática ao princípio do consentimento dos contribuintes relativamente à autorização de cobrança de receitas públicas e à realização das despesas para satisfa-

ção das necessidades coletivas, surgem instituições políticas que com o decorrer do tempo foram evoluindo no sentido da separação e independência de poderes que Montesquieu analisou com muita proeminência (MARTINS, 2007, p. 14).

Na verdade, desde a Magna Carta *Libertatum*, do século XIII, em especial após a crise de 1383-85, encontram-se bases de consentimento concedido à Coroa, a fim de que os Estados, representados em Cortes, pudessem a um só tempo estabelecer limites ao poder real (de lançar impostos e quebrar moeda), bem como assegurar rigor à disciplina financeira, por meio de unidade das contas do erário (MARTINS, 2007, p. 14).

Pode-se dizer que a origem de um órgão de controle remonta aos primórdios do séc. XIII, sedimentando-se no séc. XIV (Reinado de D. Dinis) com a denominada “**Casa de Contos**” portuguesa, na qual se reuniam documentos e contas relativos às fontes de receita da Coroa, incluindo rendas e direitos, despesas públicas e administração econômica e financeira.¹ A “**Casa de Contos**”, tornada autônoma no Reinado de D. João I, com o seu primeiro **Regimento**, de 5 de julho de 1389, teria longa vida até 1761, ano em que foi criado o **Erário Régio** ou **Tesouro Real**. O **Erário Régio** ou **Tesouro Real** existiu no período de 1761 a 1832, ano em que foi extinto, com a declaração pelo decreto de 16 de maio de 1832. Sucedeu-se o **Tribunal do Tesouro Público**, já previsto na Carta Constitucional portuguesa de 1826 (art. 136). No âmbito da reorganização da Fazenda Pública operado pelo Decreto de 18.9.1944, o **Tribunal de Tesouro Público** deixou de ter funções de controle, sucedendo-lhe o **Conselho Fiscal de Contas**, que apenas teria existência até 1849, ano em que foi criado, em Portugal o **Tribunal de Contas** (TAVARES, 1998, p. 26-28). Porém:

1 “Desde o reinado de D. Dinis que encontramos os ‘Contos’ como repartição que reunia as contas da Fazenda Real - cabendo aos Contos de Lisboa verificar as contas de todos os almoxarifados do País e aos ‘contos d’El Rei’ as contas da Casa Real. Foi com D. João I, coincidindo com o reforço da representação das Cortes, que a disciplina financeira se reforçou, surgindo diversas contadorias do reino, fiscalizadas pelos vedores da Fazenda, e cabendo aos ‘Contos de Lisboa’ a contabilidade da cidade e do seu termo. Em 1404, foi criado o cargo de contador-mor, cabendo aos Contos da Casa Real tarefas importantes na organização financeira, o que daria origem, no reinado de D. Manuel, à fundação dos ‘Contos do Reino e Casa’, enquanto simultaneamente funcionavam os ‘Contos de Lisboa’, nos quais convergiam não só as contas da cidade, mas as de navegação, do comércio e das expedições de além-mar. No entanto, as queixas relativamente à ausência de uma unidade fazendária levariam à junção, no reinado de D. Sebastião (1560), dos ‘Contos de Lisboa’ aos ‘Contos do Reino e Casa’. (MARTINS, 2007, p.14).

Toda essa evolução é, no entanto, dominada pela convergência de funções de execução e de controle na mesma entidade. Os 'Contos do Reino e Casa', o 'Erário Régio' e o 'Tribunal do Tesouro Público' reúnem funções executivas e de fiscalização, o que a partir de 1820 é posto em causa, de acordo com os princípios de Montesquieu do consentimento e de separação e interdependência de poderes (MARTINS, 2007, p. 16).

A Constituição portuguesa de 1822 previu a responsabilidade do Governo perante o Poder Legislativo. Trata-se de responsabilidade política em matéria financeira, ainda que não estivesse prevista a existência formal de um órgão supremo de fiscalização, à semelhança da '*Cour des Comptes*' fundada por Napoleão Bonaparte em 1807 (IDEM).

Para Ernesto de Trindade Pereira, o Tribunal de Contas português teve origem no modelo adotado pela França após a Revolução Francesa. Porém, o sistema não foi acomodado, adaptado às circunstâncias peculiares de Portugal, sendo traduzido ao pé da letra, como revelam os diplomas legais publicados em 1859, 1860 e 1862 (PEREIRA, 1962, p. 60).

Na sequência da Revolução Portuguesa de 1836, pontuada pela figura cívica de Passos Manuel, surge pela primeira vez referência expressa ao **Tribunal de Contas**, como órgão jurisdicional independente na Constituição portuguesa. Dizia o art. 135º da Constituição portuguesa de 1838:

Haverá um Tribunal de Contas cujos membros serão eleitos pela Câmara dos Deputados: §1º. Pertence ao Tribunal de Contas verificar e liquidar as contas da receita e despesa do Estado e as de todos os responsáveis para o Tesouro Público; §2º Uma Lei especial regulará a sua organização e demais atribuição.

É com a criação do **Tribunal de Contas** que começa a existir uma efetiva **independência formal** do órgão de controle relativamente à administração pública financeira (Dec. De 18.09.1844), o que representa um salto qualitativo fundamental. Porém, essa instituição nunca passou de um ensaio, sem nunca assumir sua posição jurídica de autêntico organismo de controle. Por certo que essa fase de autonomia e independência torna-se mais evidenciada com a promulgação do decreto, de 10 de novembro de

1849, sob a regência do Marquês e Duque de Ávila e Bolama. No relatório preparatório que deu origem a este decreto ficou assim consignado: “O Tribunal de Contas é uma instituição necessária em qualquer Governo regular, qualquer que seja a forma e princípio de sua constituição. Nos Governos representativos é condição essencial da sua existência”. A Regeneração de 1851 e a revisão constitucional da Carta de 1852 consolidaram a competência do Tribunal de Contas na tradição liberal de independência orgânica e institucional.

Ferreira Lobo saúda os dois regulamentos, de 4 de janeiro de 1870:

Benvindos para os excepcionalíssimos que se obstinam em sustentar que a contabilidade tem de exercer forçosamente uma influência poderosa sobre a administração pública, atento o espírito das nossas instituições; - e que só ela pode prevenir abusos, obstar a ilegalidades e manter as leis tributárias e orçamentais; que só ela pode sujeitar todas as operações de receita e despesa do estado à prova da publicidade e do exame. (PEREIRA, 1962, p. 60)

Em 1872, aparecia o Regimento do Tribunal de Contas, de 1869, anotado por J. Ferreira Lobo, ‘contador do mesmo Tribunal’.

O Tribunal de Contas português foi extinto em 1911, com a implementação da República, sendo recriado, em 1930, pelo Decreto n. 18962, de 25 de outubro, quando das reformas financeiras de Salazar. Estabeleceu o art. 1º deste Decreto: “É criado o Tribunal de Contas, para o qual passam os serviços do Conselho Superior de Finanças, agora extinto”.

A restauração do Tribunal integrava-se na série de reformas financeiras que vinha a ser realizada desde 1928, e que abrangia a reforma orçamentária e da Contabilidade Pública (1930), seguindo-se, em 1933, a reorganização do Tribunal, bem como a dos serviços de Direção-Geral da Contabilidade Pública, e mais adiante a da Junta de Crédito Público, a da Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência e da Conta Geral do Estado, sem esquecer a reforma tributária (PEREIRA, 1962, p. 63).

Com a nova ordem constitucional instaurada em 1974, o Tribunal de Contas português evoluiu para consideração como um órgão de soberania, integrado no poder jurisdicional, com competência maior de fiscaliza-

ção financeira do que função meramente administrativa. Como verdadeiro órgão jurisdicional, o Tribunal de Contas na vigência da Constituição da República Portuguesa de 1976 consolidou-se como instância suprema de julgamento de contas, câmara de fiscalização prévia (concomitante e sucessiva) e instituição de julgamento de responsabilidade financeira. A um só tempo, o Tribunal de Contas de Portugal apresenta os poderes de instituição jurisdicional e de instituição superior independente de auditoria.

Conforme anota Eduardo Paz Ferreira:

Antes de ir mais longe, convirá, todavia, recordar que o Tribunal de Contas apenas foi consagrado como um verdadeiro Tribunal e garantida a sua independência com a Constituição de 1976, que o define como 'o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento de contas' (art. 214º, n. 1). A opção pelo modelo do Tribunal de Contas, que se insere na tradição jurídica portuguesa, tem subjacente, à partida, a intenção de privilegiar uma análise da legalidade das contas públicas em detrimento de uma apreciação da eficácia e da economicidade da gestão, como parece resultar da citada disposição constitucional. À preferência dada à apreciação dos aspectos de legalidade, está também associada, ainda que de modo implícito, uma opção que privilegia os modelos de fiscalização prévia em relação aos de fiscalização sucessiva ou a 'posteriori'... O Tribunal de Contas esteve, de facto, longe de ficar imune à evolução, que envolve, designadamente, uma valoração económica e social para a realização de despesa (FERREIRA, s/d, p. 165).

O Tribunal de Contas, na realidade:

É o órgão supremo de controlo, de fiscalização e de auditoria das contas públicas, dando parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluído a da Segurança Social e sobre as Contas das Regiões autónomas, fiscalizando previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades para as entidades sujeitas aos seus poderes de controlo e à sua jurisdição; julgando a efectivação de responsabilidades financeiras;

realizando auditorias; apreciando a legalidade, bem como a economia, eficiência e eficácia das entidades sujeitas a seus poderes de controlo (MARTINS; MARTINS; MARTINS, p. 270).

A expansão das funções do Tribunal de Contas permitiu a Carlos Moreno anotar:

[...] pode afirmar-se que as competências e os poderes de controlo cometidos ao Tribunal de Contas abarcam todos os domínios da actividade financeira pública, bem como todas as entidades e seus gestores tanto do SPA como SPE; e, ainda, todas as demais entidades independentemente da sua natureza ou inserção no Sector Público, que sejam financiadas ou controladas ao nível da gestão por entidades públicas, ou sejam beneficiárias a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos ou tenham participação de capitais públicos; a lei pretendeu nada deixar fora do controlo externo do TC (MORENO, 1998, p. 312).

A característica fundamental que apresentam os Tribunais de Contas e órgão congêneres em comparação com outros órgãos de controlo, como tem sido sublinhado nos vários Congressos da Organização Mundial dos Tribunais de Contas e Congêneres – *INTOSAI - International Organisation of Supreme Audit Institutions*, é justamente a de fiscalização, controle e ordenação fiscal e orçamentária dos órgãos estatais e não estatais, mas que de alguma forma devem gerir ou aplicar dinheiro público (TAVARES, 1998, p. 23).

Em razão da existência de características comuns dos Tribunais de Contas, foi criada em 1953, uma organização internacional na órbita da **Organização das Nações Unidas**, visando promover a troca de informações e de experiências. Trata-se da *INTOSAI - International Organisation of Supreme Audit Institutions*, de que o Tribunal de Contas português é membro fundador (e, desde 1995, vogal do seu Conselho Diretivo), tendo atualmente 174 membros.

Além da organização de âmbito mundial, também foram criadas organizações internacionais de âmbito regional, reconhecidas pela *INTOSAI* como grupos regionais. É o caso da *EUROSAI - European Organisation of Supreme Audit Institutions*, da qual o Tribunal de Contas por-

tuguês é membro; a *OLACEFS - Organização Lationamericana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores*, de que os Tribunais de Contas português e espanhol são membros; a *ASOSAI - Asian Organisation of Supreme Audit Institutions*; a *ARABOSAI - Arab Organisation of Supreme Audit Institutions*; a *AFROSAI - African Organisation of Supreme Audit Institutions*; e a *SPASAI - South Pacific Association of Supreme Audit Institutions*.

A característica fundamental do Tribunal de Contas foi incorporada tanto na Constituição da República portuguesa, quanto na Constituição da República Federal do Brasil.

O art. 107º da Constituição da República portuguesa estabelece:

A execução do Orçamento será fiscalizada pelo Tribunal de Contas e pela Assembleia da República, que, precedendo parecer daquele tribunal, apreciará e aprovará a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social.

Em relação à competência de fiscalização, preceitua o art. 162º da Constituição da República portuguesa:

Compete à Assembléia da República, no exercício de funções de fiscalização: [...]; d) tomar as contas do Estado e das demais entidades públicas que a lei determinar, as quais serão apresentadas até 31 de Dezembro do ano subsequente, com o parecer do Tribunal de Contas e os demais elementos necessários à sua apreciação.

No que concerne à sua constituição e composição, prescreve o art. 214º da Constituição da República portuguesa:

Art. 214º (Tribunal de Contas)

1. O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente:

Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social;

Dar parecer sobre as contas das Regiões Autônomas dos Açores e da Madeira;

Efectivar a responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei.

2. O mandato do Presidente do Tribunal de Contas tem a duração de quatro anos, sem prejuízo do disposto na alínea m do art. 133º.

3. O Tribunal de Contas pode funcionar descentralizadamente, por secções regionais, nos termos da lei.

4. Nas Regiões Autônomas dos Açores e da Madeira há secções do Tribunal de Contas com competência plena em razão da matéria na respectiva região, nos termos da lei.

Ao contrário do que sucede com o Tribunal Constitucional, a Constituição portuguesa não regula a composição do Tribunal de Contas. Relativamente ao Tribunal de Contas apenas estabelece a duração do mandato do respectivo presidente, que é de quatro anos, sem prejuízo do direito de exoneração reconhecido ao Presidente da República, sob a proposta do Governo. A sua composição fica a cargo da lei ordinária, encontrando-se atualmente fixada pela denominada Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aprovada pela Lei n. 98/97, de 26 de agosto, bem como suas alterações posteriores (CURA, 2011, p. 73).

Observa-se, portanto, nos termos da Lei n. 98/97, que o Tribunal de Contas português, composto pelo presidente e 18 juízes conselheiros, dois dos quais nas Secções Regionais dos Açores e da Madeira (art. 14º da Lei n. 98/97), é um **colegiado constitucional**, estando consagrado como uma das categorias de tribunais (art. 209º, n. 1, al. c), da Constituição da República portuguesa, ao lado de outras – Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância, e Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais (TAVARES, 1998, p. 36).

O Presidente do Tribunal de Contas português é nomeado e exonerao pelo Presidente da República, podendo se manter no cargo por quatro anos (art. 133, letra 'm' da CRP).

Conjugando o disposto nos arts. 202º, n. 1 e 203 da Constituição da República portuguesa (C. Rep.), parece ser possível extrair da referida lei fundamental a seguinte definição de tribunais (em sentido estrito):

“são os órgãos de soberania, dotados de independência, aos quais compete ‘administrar a justiça em nome do povo’” (CURA, 2011, p. 11). Diante dessa definição pode-se afirmar que são quatro os **elementos caracterizadores** da noção de ‘tribunais’ que resulta dos referidos preceitos constitucionais, a saber:

Em primeiro lugar, trata-se de ‘órgãos de soberania’, a par do Presidente da República, da Assembléia da República e do Governo (arts. 2º e 110º, n. 1 da C.Rep.), qualificação que pertence a todos e a cada um dos tribunais, e não ao seu conjunto; b) em segundo lugar, são órgãos estaduais dotados de ‘independência, em face dos outros poderes do Estado’ (que não podem interferir na administração da justiça) e ‘entre si’ (em virtude de cada um dos tribunais ser um órgão soberania), salvo no que respeita às decisões proferidas em via de recurso por tribunais superiores; c) em terceiro lugar, ‘têm a seu cargo a função jurisdicional (art. 202º, epígrafe e n. 1, da C.Rep.), cujo exercício lhes pertence de modo exclusivo, estando vedado aos restantes órgãos de soberania e a quaisquer outros órgãos estaduais...; d) em quarto lugar, os tribunais ‘administram a justiça ‘em nome do povo’, , referência que encontra a sua justificação no facto de não serem eles os titulares da soberania (como não o são o Presidente da República, a Assembléia da República e o Governo) (CURA, 2011, p. 13).

Como tribunal que é, ou seja, pertencente à esfera dos órgãos jurisdicionais portugueses, o Tribunal de Contas português é um órgão de soberania (art. 110º da CRP), aplicando-se os princípios gerais de normatização dos tribunais, previstos nos arts. 202º e seguintes da CRP, dentre os quais: a) princípio da independência e da exclusiva sujeição à lei (art. 203º); b) direito à coadjuvação das outras autoridades (art. 202º); c) princípios da fundamentação, da obrigatoriedade e da prevalência das decisões (art. 205º); d) princípio da publicidade (art. 206º).

Os juízes do Tribunal de Contas português têm categoria, direitos e prerrogativas idênticos aos do Supremo Tribunal de Justiça (art. 24º da Lei n. 98/97), sendo o aludido Tribunal único e autônomo na sua ordem, tal como o Tribunal Constitucional, e ao contrário da ordem dos tribunais judiciais e da ordem dos tribunais administrativos e fiscais (TAVARES, 1998, p. 37).

No caso do Tribunal de Contas português, pode-se falar em 'autogoverno', na medida em que cabe ao próprio tribunal o exercício do poder disciplinar sobre os respectivos juízes, ainda que se trate de 'actos praticados no exercício de outras funções'. A nomeação dos juízes do Tribunal de Contas é de competência do respectivo presidente que, por sua vez, é nomeado pelo Presidente da República sob proposta do Governo (art. 133, al. *m*, da C. Rep. e art. 74º, n. 1, al. *j*, da LOPTContas).

Conforme anota José Tavares (1998, p. 39):

Na verdade, como resulta de quanto expendemos, o Tribunal de Contas é, estruturalmente e funcionalmente, um tribunal, mais rigorosamente, um tribunal financeiro, um órgão de soberania, um órgão constitucional do Estado, independente, não inserido na Administração Pública, em particular, no Estado/Administração. É um órgão externo relativamente à Administração pública, constituindo esta a sua área privilegiada, embora não exclusiva, de actuação ou de controlo, conforme adiante referiremos a propósito da 'jurisdição'.

Na realidade, a importância atual do Tribunal de Contas português é de que se trata de uma instância independente de controle que não está inserida na Administração Pública, o qual se encontra em constante evolução, com progressivo abandono do modelo tradicional de raiz napoleônica, para se aproximar dos órgãos de auditoria de contas públicas, característicos dos sistemas anglo-saxônicos (FERREIRA, s/d, p. 165).

Ainda é importante salientar que Portugal atua como membro da União Europeia.

A União Europeia, por sua vez, possui o seu próprio Tribunal de Contas Europeu, que é composto por 15 membros nomeados por um período de seis anos pelo Conselho da União, deliberando por unanimidade, após consulta do Parlamento Europeu. O Presidente do Tribunal de Contas é eleito pelos seus membros por um período de três anos (renovável) e desempenha o papel de *primus inter pares*. O Tribunal, sediado em Luxemburgo, efetua o controle de legalidade, da regularidade e da boa gestão financeira das receitas e despesas da União e elabora um relatório anual destinado a assistir o Conselho e o Parlamento no âmbito do procedimento de quitação a dar à Comissão relativamente à

execução do orçamento comunitário. O Tribunal de Contas elabora também relatórios e emite pareceres a pedido das outras instituições. O Tribunal pode igualmente apresentar, por sua própria iniciativa, observações sobre pontos específicos. O Tratado da União Europeia, que consagrou o Tribunal de Contas como instituição de pleno direito, atribuiu-lhe, simultaneamente, uma responsabilidade supletiva: apresentar ao Conselho e ao Parlamento Europeu uma declaração de garantia sobre a fidelidade das contas e a legalidade e regularidade das operações subjacentes (UNIÃO EUROPEIA...).

1.2 Do Tribunal de Contas brasileiro

A ideia do Tribunal de Contas, no Brasil, surgiu em 1826, em projeto apresentado pelo Senado do Império por Felisberto Caldeira Brant e por José Inácio Borges e Manuel Jacinto Nogueira da Gama (LENZ, 2005, p. 352). Este último, em discurso de 6 de julho daquele ano, afirmou:

[...] se o Tribunal de Revisão de Contas, que se pretende estabelecer, se convertesse em tribunal de fiscalização das despesas públicas, antes de serem feitas em tôdas e quaisquer repartições, poder-se-ia colhêr dêle proveito; mas, sendo unicamente destinado ao exame das contas e documentos, exame que se faz no Tesouro, para nada servirá, salvo para a novidade do sistema e o aumento das despesas com os nêle empregados. (MIRANDA, 1970, p. 244)

Folhando a história da França, de J. Ferreira, logo no capítulo fiscalização-contabilidade, verifica-se a seguinte constatação:

Da França a que ele chama ‘...aquele país portentoso que vence o mal com a mesma facilidade com que abusa do bem...’ recorda as obras de M. le Marquis d’Audiffret, evoca Colbert - o homem da admirável divisa “Recte et habile” - , como o fundador do sistema financeiro francês, e aqueles que se associaram às datas da legislação respectiva - Mollien, o conde de Chabrol, Crouzol, Laplagne, o barão Luiz, os Condes Corvetto, Villele, Roy, Humann, Fould...’ Alude, ainda, “à influência da ‘anarquia dos serviços públicos submergindo em trevas a si-

tuação financeira' na revolução de 1789, passando a referir-se ao Primeiro Império, à monarquia de 1814, citando as datas memoráveis até à Segunda República e ao Segundo Império.

Alude também:

Na organização da contabilidade, do estado, das instituições, repartições e serviços de que carece o sistema constitucional para satisfazer às duas condições de publicidade, que, graças a ele, são dupla cláusula de que dependem já agora todos os sistemas políticos, a França elevou-se a modelo. Modelo que serviu a Bélgica, a Espanha e o Brasil. (PEREIRA, 1962, p. 59)

Em relação ao Tribunal de Contas da União brasileiro, ao tecer comentários sobre a Constituição imperial, em obra clássica e inesquecível, Pimenta Bueno assim se manifestou sobre a importância deste órgão de fiscalização:

É de suma necessidade, a criação de um Tribunal de Contas, devidamente organizado, que examine e compare a fidelidade das despesas com os créditos votados, as receitas com a lei do imposto, que perscrute e siga pelo testemunho de documentos autênticos em todos os seus movimentos a aplicação e emprego dos valores do Estado, e que, enfim, posse assegurar a realidade e legalidade das contas. Sem esse poderoso auxílio nada conseguirão as câmaras. (BUENO, 1857, p. 90)

A importância de uma instituição de tal envergadura, incumbida de velar pela fiscalização orçamentária e financeira do país, já era reconhecida pelas mais importantes personalidades do império².

2 Em realidade, a necessidade de estabelecer-se o controle das constas públicas é antiga, remontando à Antiguidade. Revela-o, em trabalho doutrinário exaustivo, Giuseppe Moffa, no verbete 'Corte dei Conti', do *Nuovo Digesto Italiano*, verbis: "La necessità di un supremo organismo di vigilanza e di controllo sulle pubbliche entrate e sulle pubbliche spese è stata avvertita in ogni epoca e presso ogni popolo. Risale, infatti, ai tempi antichissimi l'origine e l'organizzazione del sindacato finanziario sull'attività statale e si riconnette alle stesse origini della Finanza e della Contabilità erariale. Vi sono scrittori, i quali hanno ricercati, attraverso le vicende storiche dei primi popoli dell'antichità (Assiri, Babilonesi, Egiziani), i più svariati istituti, relativi alle responsabilità per la gestione del danaro pubblico. Atene e Roma meritano, senza dubbio, maggiore attenzione. I Greci inaugurarono, dopo i loro trionfi nelle arti, lo studio teorico dell'economia sociale e del diritto pubblico; il genio amministrativo e giuridico dei Romani ne proseguì ed organizzò lo sviluppo pratico, col metodo e la sagacia previdente, che dovevano poi chiamar Roma, secondo il voto profectico del suo maggior poeta, a reggere il mondo con le sue armi e le sue leggi". (Apud LENZ, 2005, p. 352).

No Brasil, a instalação do Tribunal de Contas somente veio a ocorrer na República pelo Decreto Provisório n. 966-A, de 7 de novembro de 1890, por influência do inesquecível Rui Barbosa, na época Ministro da Fazenda.

A primeira composição que fora escolhida para a constituição do Tribunal de Contas teve a participação do Ministro da Fazenda, Serzedello Corrêa, que promoveu a sua instalação em 17 de janeiro de 1893, felicitando “o país e a República pelo estabelecimento de uma instituição que será a garantia de boa administração e o maior embaraço que poderão encontrar os governos para a prática de abusos no que diz respeito a dinheiros públicos” (IDEM, p. 354).

Consagrou-se como órgão regulamentado pela Constituição, por meio da Constituição de 1891, em seu art. 89. Analisando este dispositivo da Constituição da República, declarou Rui Barbosa: “o processo de liquidar a receita e despesa, e verificar a sua legitimidade, é um processo prévio; tem de anteceder o exercício das funções do Congresso Nacional, tocantes à receita e despesa” (BARBOSA, 1934, p. 451).

A partir de 1934, o legislador constituinte, constando a verdadeira importância deste Tribunal de fiscalização orçamentária, consolidou esta instituição em todos os seus níveis, ampliando as suas atribuições até nossos dias (LENZ, 2005, p. 352).

Já na era da democracia brasileira, em relação ao Tribunal de Contas da União, estabelece o art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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

Em complemento, preceitua o parágrafo único do art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou adminis-

tre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

O art. 71 da Constituição da República Federativa do Brasil expressamente consigna que:

O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre

resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas brasileiro caracteriza o papel não apenas de guardião da lei financeira, mas também, esse outro de contrapoder – no sentido técnico – em matéria de juízo sobre a racionalidade dos gastos públicos (SAMPAIO, s/d, p. 673).

A composição do Tribunal de Contas da União brasileiro é estabelecida pelo art. 73 da Constituição da República, a saber:

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

§ 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)

§ 4º - 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.

Da competência constitucional prevista para o Tribunal Contas português ou brasileiro, pode-se concluir pela importância de um órgão com essa finalidade específica, assim como a relevância fundamental de sua total independência. Na realidade, “pode mesmo afirmar-se que o grau de desenvolvimento de uma sociedade determinada, v.g. ao nível cultural, pode aferir-se pelo grau de independência do respectivo Tribunal de Contas ou órgãos congêneres” (TAVARES, 1998, p. 24).

Na realidade, os tribunais de contas e órgãos congêneres são, em primeira linha, **garantia objetiva** da legalidade e da boa gestão financeira, funcionando indiretamente como garantia dos cidadãos. *Prima facie*, não são, pois, órgãos vocacionados para a defesa direta e imediata de interesses legítimos dos particulares, pois é o interesse público que, em primeira linha, domina a atuação do Tribunal de Contas³. A existência do Tribunal de Contas ou de órgão congêneres, na maioria dos Estados, decorre de uma opção político-constitucional, como forma de estruturação do Estado.

A importância constitucional do Tribunal de Contas foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, na decisão proferida na

3 Nesse sentido: Marcelo Caetano (1977, p. 474-564) e José Tavares (1998, p. 25).

Suspensão de Segurança n. 1.308-9/RJ, pelo então presidente da Corte, Ministro Celso de Mello:

A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto n. 966-A, de 7.11.1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa - foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, d). A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes – explícitos ou implícitos – que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhes foram cometidos.

1.3 Semelhanças e diferenças entre as atribuições do Tribunal de Contas português e brasileiro

Comparando o Tribunal de Contas português com o Tribunal de Contas da União brasileiro é possível verificar a existência de cinco elementos comuns: a) são órgãos públicos; b) apresentam nível elevado de controle; c) o controle a ser desenvolvido é um externo; d) são dotados de **independência**; e) estão, de certa forma, vinculados estruturalmente ao Parlamento ou ao Congresso Nacional; f) apresentam natureza colegial, exercendo a função de fiscalização/auditoria e julgamento.

Porém, há uma diferença significativa entre o Tribunal de Contas português e o Tribunal de Contas da União brasileiro. Essa diferença diz respeito ao fato de que a doutrina considera o Tribunal de Contas português como

um tribunal de **jurisdição**, razão pela qual ele é também regulado pelo art. 202º da Constituição da República portuguesa que trata especificamente do rol dos tribunais portugueses (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 85-807).

Aliás, essa possibilidade de o Tribunal de Contas português exercer jurisdição decorre da própria categoria de tribunais existentes no ordenamento jurídico português, conforme estabelece o art. 209º da Constituição da República portuguesa:

Art. 209º (Categorias de tribunais)

I. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

- a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;
- b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos;
- c) **O Tribunal de Contas.**

Na realidade, o Tribunal de Contas não é uma câmara política, muito menos uma entidade de competência principalmente administrativa, mas, sim, uma instância suprema de auditoria e de **caráter jurisdicional** no coração do Estado Constitucional português⁴.

Para José Tavares:

A 'jurisdição' do Tribunal de Contas é, pode dizer-se, o seu campo de actuação constitucional e legalmente definido quanto ao território, à matéria, ao tempo e ao universo subjectivo. Não estamos, pois, a referir-nos à 'jurisdição' no sentido de 'função jurisdicional'. Com efeito, o conceito de 'jurisdição' é mais amplo que o de 'função jurisdicional'⁵.

4 "A análise da legalidade e da correção financeira das operações examinadas constituem funções essenciais do Tribunal de Contas, que além de integrar o poder judicial na ordem constitucional portuguesa, faz parte, com o Tribunal de Contas Europeu, da rede europeia de instituições superiores de auditoria. Nesse sentido, a apreciação da actividade financeira do Estado é jurídica e técnica, ora recorrendo à legislação financeira e orçamental, ora obedecendo às regras de auditoria externa". (MARTINS; MARTINS; MARTINS, p. 269).

5 Conforme Tavares (1998, p. 40).
Sobre o conceito de **jurisdição** como **função ou actividade**: Miguel Varela (1985, p. 196).

Porém, o próprio José Tavares, em outra passagem de sua obra, expressamente afirma que o Tribunal de Contas português apresenta **poder jurisdicional**, em especial, de julgamento de responsabilidade financeira, tendo como base, *máxime*, os resultados da fiscalização realizada (art. 214º da CRP e 57º a 70º e 89º a 103º da Lei n. 98/97) (TAVARES, 1998, p. 47).

O exercício de atividade fiscalizatória e jurisdicional não é exclusivo do Tribunal de Contas português. Também se observa essa duplicidade de funções no Tribunal de Contas espanhol. Conforme anota Javier Medina Guijarro (2004, p. 225-226):

Temos, assim, um TC bifronte, um velocípede, como diria Mendizábal, com duas rodas: uma grande, a fiscalizadora, e outra pequena, a judicial. Mas, independentemente do tamanho das rodas, o importante é sublinhar que as duas são indispensáveis para que o Tribunal funcione com a eficácia desejada, e assim temos: ... ‘uma instituição completa de controlo, porque, ainda que a exigência de responsabilidades financeiras e o respectivo processo judicial possam ser atribuídos a qualquer das ordens jurisdicionais clássicas, particularmente a civil, penal e contenciosa administrativa, não é menos certo que a atribuição de um poder para conhecer das responsabilidades financeiras, que se poderão gerar na gestão dos dinheiros públicos, permite fechar o ciclo da fiscalização com rigor quase matemático. A jurisdição do TC, assim entendida, constitui uma função separada da fiscalização, quanto à sua natureza, mas, ao mesmo tempo, constitui também um instrumento fundamental para a intangibilidade dos fundos públicos (Pascoal Sala Sánchez)’.

De maneira concludente, o Tribunal Constitucional espanhol, no acórdão do TC n. 215/2000, de 18 de setembro, assim se manifestou: “o processo judicial financeiro desenvolvido pelo TC constitui o exercício de uma função jurisdicional, plena e exclusiva, num processo especial em razão da matéria”.

Já o Tribunal de Contas da União brasileiro, em que pese profira julgamentos em processos administrativos, inclusive para fim de impor sanções, essa atividade não é considerada **jurisdicional**, razão pela qual sempre estará sob o crivo do Poder Judiciário.

Na mesma linha segue o Tribunal de Contas alemão, que “não tem poder jurisdicional”⁶.

Os órgãos pertencentes ao Poder Judiciário brasileiro estão expressamente relacionados no art. 92 da Constituição da República, a saber:

Art. 92. São órgãos do Poder judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A- o Conselho Nacional de Justiça (incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004);

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Não há nessa previsão constitucional a inserção do Tribunal de Contas da União.

A inexistência de atividade jurisdicional por parte do Tribunal de Contas da União foi reconhecida pelos tribunais brasileiros. Nesse sentido é o seguinte acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

6 “Bartolmeo Manna, obra citada, na nota 32, refere: ‘... que das dezesseis Instituições Superiores de Controlo da União Europeia (incluindo o Tribunal de Contas das EU), pelo menos sete são Tribunais de Contas caracterizados pela função jurisdicional a par da função de controlo (de auditoria, dizemos nós), e que são, a Bélgica, França, Grécia, Itália, Luxemburgo, Portugal e Espanha. Quanto ao Tribunal de Contas da União Europeia, neste momento ainda não dispõe de Poder Jurisdicional; Três apresentam um sistema colegial, não jurisdicional, muito embora utilizem a expressão ‘Tribunal’ na sua denominação e que podemos definir como ‘Câmaras de Contas’, e que são a Alemanha, os Países Baixos e a Áustria; e cinco possuem no vértice um Auditor Geral, e são, a Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Suécia e Reino Unido, este último, paradigmático deste tipo de ISC’”. (TRIBUNAL DE CONTAS, 1998, p. 84).

1. A atividade do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo, é meramente fiscalizadora e suas decisões têm caráter técnico-administrativo, sendo revestidas de caráter opinativo, não fazendo coisa julgada. Precedente do STJ.

2. “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão” (Súmula Vinculante 3/STF – Grifo nosso).

3. “A cobrança pela Administração de valores pagos indevidamente a servidor público deve observar o devido processo legal, com o imprescindível exercício da ampla defesa e do contraditório” (AgRg no REsp 979.050/PE, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 6/10/08).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1239482/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 21/06/2010)

Portanto, pode-se concluir que a principal diferença entre o Tribunal de Contas português e o Tribunal de Contas brasileiro está no âmbito da natureza jurídica de suas decisões.

1.4 Do visto

Dentro ainda das semelhanças e diferenças entre o Tribunal de Contas brasileiro e o português, deve-se transitar no âmbito de uma importante função exercida pelo Tribunal de Contas de Portugal.

A jurisdição do Tribunal de Contas português encontra-se definida no art. 214º da Constituição da República portuguesa e em outras disposições legais, tais como a Lei 98/87, de 26 de agosto, com as modificações introduzidas pela Lei n. 48/2006, de 29 de agosto.

Diante da jurisdição outorgada pelos textos normativos ao Tribunal de Contas português, conclui-se que este Tribunal é:

Órgão de soberania, tribunal supremo, único na sua ordem/categoria, constituindo, em síntese, o órgão supremo de controle externo e independente da atividade financeira, nos domínios das receitas, das despesas e do patrimônio públicos, podendo, complementarmente, julgar a responsabilidade financeira. (TAVARES, 2008, p. 971)

Dentro de definição normativa, há, ainda, a outorga de competência com base no aspecto **subjeto**, ou seja, estão sob o controle do Tribunal de Contas:

As entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessárias à fiscalização da legalidade, regularidade e correção econômica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos. (TAVARES, 2008, p. 975)

Assim, no contexto subjetivo da atuação do Tribunal de Contas, pode-se afirmar que sua jurisdição é absorvida por um critério material ou substancial. Relativamente à **matéria**, a jurisdição e controle do Tribunal incidem sobre a generalidade das receitas e das despesas públicas e da atividade de gestão correspondente (art. 214º da CRP e arts. 1º, 2º, 4º e 5º da Lei n. 98/97).

Portanto, onde houver dinheiro ou valores públicos, o Tribunal de Contas deverá exercer suas atribuições/competência/poderes e, se for o caso, promover o julgamento de responsabilidades.

Quanto à natureza do exercício dos poderes ou competência do Tribunal de Contas português, este pode se dar por meio de **fiscalização/control**, traduzido em uma atividade técnica de apreciação da atividade financeira pública e consubstanciados, *máxime*, nos pareceres sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da Segurança Social, sobre as Contas das regiões autônomas, em relatórios de auditoria, e em relatórios de análise e verificação de contas (TAVARES, 2008, p. 977).

O critério do **momento** do exercício do controle, este pode ocorrer por meio de **fiscalização prévia (preventiva ou a priori)**; **fiscalização concomitante** e **fiscalização sucessiva (ou a posteriori)**.

Não há muita diferença entre o Tribunal de Contas português em relação ao Tribunal de Contas brasileiro no que concerne à fiscalização **concomitante** e à fiscalização **a posteriori**.

A **fiscalização prévia** ou **preventiva** ou **a priori** é justamente a que mais interessa na análise deste trabalho.

No âmbito dos poderes outorgados pela Constituição e pela lei ao Tribunal de Contas, destaca-se o **poder de fiscalização prévia** de certos atos e contratos, praticados e celebrados por órgãos públicos, consubstanciado na concessão ou na recusa de **visto**⁷.

A **fiscalização prévia** está prevista essencialmente nas disposições dos arts. 5º, n. 1, al. c), 44º a 48º e 81º a 86º), e tem por finalidade:

Verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conformes com as leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria (n. 44º, n. 1, da Lei n. 98/97).

Esta disposição legal estabelece, inclusive, os fundamentos para a recusa de visto (TAVARES, 2008, p. 979).

Haverá a fiscalização prévia ou preventiva, especialmente, nas **contratações públicas**.

Na realidade, a **contratação pública** reveste uma relevância financeira significativa, com reflexos determinantes no funcionamento da economia. Para se ter uma ideia, na maioria dos Estados membros da UE, as despesas derivadas de contratos públicos representam aproximadamente 25% a 30% da despesa pública. Por outro lado, no plano global da União Europeia, a contratação pública representa na economia cerca de 16% do PIB. Por isso, o domínio da contratação pública é um daqueles em que o Direito Administrativo e o Direito Financeiro são inseparáveis, sendo que em Portugal, muitas normas associam o

7 “Esta função de fiscalização prévia reveste-se, por natureza, de uma grande importância na vida diária, nomeadamente, da Administração Pública e de quem é abrangido imediatamente pelos seus efeitos. É, hoje, muito frequente ouvir acesas críticas ao *visto* do Tribunal de Contas, sobretudo, por parte de titulares de órgãos das autarquias locais, considerando-o um entrave ou obstáculo ao normal desenvolvimento da actividade administrativa, fundamento que tem sido apresentado para pressionar o poder político-legislativo no sentido de sua redução ou até da sua eliminação”. (TAVARES, 1988, p. 14.).

regime de contratos ao regime da realização das despesas públicas (TAVARES, 2008, p. 971-972).

Diante da relevância econômica e financeira da **contratação pública** os ordenamentos jurídicos, na sua maioria, impõe que a atividade de gestão pública observe determinados procedimentos, ora denominados de concurso público, ora denominados de licitação. E é natural que assim seja, pois estamos perante a **gestão do que é público**, em que o gestor administra o que é de outrem, ou seja, a coletividade (IDEM, p. 973).

A necessidade de procedimento na contratação pública visa à proteção de certos valores, bem como assegurar a substância das relações jurídicas em causa (IDEM).

A fiscalização **prévia** ou *a priori* ocorre em relação aos contratos previstos no art. 47º da Lei n. 98/97, com exclusão dos referidos no art. 47º, em que estão inseridos os contratos adicionais a contratados já visados. Por sua vez, nos termos do que dispõe o art. 47º, n. 1, al. a, os contratos celebrados pelas entidades sujeitas à jurisdição e controle do Tribunal especificadas nos ns. 2 e 3 do art. 2º da Lei 98/97 (entidades do setor público empresarial) não estão sujeitos à fiscalização prévia.

O art. 47º da Lei n. 98/97 estabelece que compete ao Tribunal de Contas:

Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamentário dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n. 1 do art. 2º e os das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas (IDEM, p. 982).

Há nesse controle do Tribunal de Contas, uma **fiscalização prévia**.

Observa-se, portanto, que o **visto** do Tribunal de Contas não incide apenas sobre atos da Administração Pública, mas também sobre a

atividade de órgãos públicos não inseridos organicamente na Administração Pública.

Se o Tribunal de Contas recusar o **visto** a determinado ato ou contrato, disso resulta determinadas consequências legais, como, por exemplo, na impossibilidade de produção de efeitos jurídicos. Trata-se, pois de uma função de controle com a *faculté d'empêcher* a que se referia Montesquieu (IDEM).

Segundo estabelece o art. 45º da Lei 98/97, os atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia podem produzir todos os seus efeitos antes do visto, com exceção do pagamento.

Ocorrendo a recusa do visto, tal recusa caracterizará a **ineficácia** jurídica do ato ou contrato.

Os atos e contratos sujeitos ou não à fiscalização *a priori* encontram-se discriminados nos arts. 46º a 47º da Lei 98/97.

O **visto**, conforme defende José F. F. Tavares, corresponde a:

Uma decisão materialmente jurisdicional do Tribunal, constituindo um 'acto de controlo externo', prévio e preventivo sobre actos e contratos de administração, relativamente aos quais é uma 'conditio iuris', requisito de eficácia financeira e de manutenção da eficácia (relativamente aos efeitos não financeiros) (TAVARES, 2008, p. 979).

Uma corrente doutrinária tem sustentado que o **visto** do Tribunal de Contas tem natureza administrativa – Marcello Caetano, Teixeira Ribeiro, Soares Martinez, Marcelo Rebele de Sousa, Braz Teixeira, Pinheiro Fariña. Outra corrente doutrinária defende ou tem defendido que o **visto** do Tribunal de Contas traduz o exercício da **função jurisdicional** – A. Águedo de Oliveira, Ernesto da Trindade Pereira, António de Sousa Franco, Marcelo Rebelo Alves Correia, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fernando Alves Correia, Guilherme D'Oliveria Martins e José Alves Cardoso (TAVARES, 1998, p. 126-133).

Porém, é importante salientar que a atribuição da fiscalização prévia por tribunais de contas ou órgãos congêneres do poder de fiscalização prévia não constitui uma opção político-legislativa em todo o mundo (IDEM, p. 67).

É certo que todos estão de acordo que é imprescindível a existência de controle prévio. Contudo, a divergência ocorre em relação ao órgão que deverá realizar esse controle. Segundo a pesquisa realizada por José Tavares (1998, p. 67), podem-se distinguir os seguintes sistemas e subsistemas:

a) Sistema em que a fiscalização prévia está conferida a um órgão congênere... neste sistema se inserem o Reino Unido, Espanha, França, Países Baixos, Suécia, Noruega, Finlândia, Alemanha, Estados Unidos da América e Canadá; b) sistema em que ao tribunal de contas ou órgão congênere está cometida a função de fiscalização prévia, sem prejuízo, em geral, da existência de mecanismos ou meios de controlo interno na Administração Pública... neste sistema se incluem, para além de Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Grécia, Roménia, Cabo Verde e a Itália.

Em relação ao Brasil, que nos interessa mais de perto neste trabalho, a última fase de regulação de fiscalização prévia ocorreu com a Constituição de 1946 e pela Lei n. 830, de 23 de setembro de 1949, a saber:

a) sujeição à fiscalização prévia de atos e contratos geradores de despesa e bem assim de ordens de pagamento; b) no caso de recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *'ex officio'* para o Congresso Nacional; c) a recusa de registro por parte do Tribunal determinava a impossibilidade de execução dos atos.

A partir de 1967, não há mais previsão legal ou constitucional de **fiscalização prévia** por parte do Tribunal de Contas do Brasil.

2 Dos órgãos de controle do Poder Judiciário

2.1 Conselho Superior da Magistratura português

No regime ditatorial Salazar/Caetano, ou seja, durante a vigência da Constituição portuguesa de 1933, o Poder Judiciário era tido como um dos poderes soberanos do Estado; contudo, a sua independência era apenas de natureza formal e material, dada à inexistência de intervenção direta em termos de decisão. A magistratura era orgânica e economicamente dependente do Poder Executivo (AFONSO, 1995, p. 139).

Na realidade, durante a Constituição Política portuguesa de 1933, não estava constitucionalizado qualquer órgão de gestão da magistratura. O Estado Corporativo de Oliveira Salazar não se preocupava especialmente

com o estatuto dos magistrados judiciais; ao contrário, receava a sua autonomia e independência (MENDES; FREITAS, 2004, p. 261).

Apesar de os tribunais serem considerados órgãos soberanos, a Constituição permitia ao legislador ordinário uma ampla liberdade de conformação quanto à organização judiciária e aos estatutos dos juízes e do Ministério Público (IDEM).

A Revolução Portuguesa, de 25 de abril 1974, pois termo ao regime autoritário do chamado Estado Novo, de Oliveira Salazar⁸, sendo um dos seus objetivos garantir a independência dos tribunais, rompendo com o Regime precedente, preocupando-se com a independência orgânica e global de toda a magistratura, mediante a instituição de um órgão de gestão e disciplina, compreendendo juízes eleitos pelos próprios juízes. De fato:

A independência considerada pelos Estatutos de 1928, 1944 e 1962 era apenas a independência funcional: o precedente Conselho Superior Judiciário era, decerto, composto apenas de juízes; mas todos eles eram nomeados, directa ou indirectamente, pelo próprio Ministro, que surgia como verdadeira cúpula de toda a magistratura e sistema judiciário. (FIGUEIRA, 1988, p. 8)

Na realidade, no plano da lei ordinária, o Estatuto Judiciário de 1962 previa a existência de um órgão colegial de gestão dos magistrados judiciais, o Conselho Superior Judiciário, composto por juízes escolhidos directamente pelo Ministro da Justiça e por membros por inerência, os presidentes dos tribunais superiores (Supremo Tribunal de Justiça e Relações). Este Conselho era presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. Na prática, como os presidentes dos tribunais superiores eram escolhidos pelo ministro da Justiça, todos os membros do Conselho Superior Judiciário eram, directa ou indirectamente, escolhidos pelo Executivo (MENDES; FREITAS, 2004, p. 262).

8 “Os militares revolucionários divulgaram no dia da Revolução um texto programático, o ‘Programa do Movimento das Forças Armadas’, o qual veio a figurar em anexo a uma das primeiras leis constitucionais do novo regime (Lei n. 3/74, de 14 de maio).

Nas medidas a curto prazo do ‘Programa’ eram contemplados os tribunais judiciais, prevendo-se no Ponto B-5-2, que o novo Governo Provisório adotaria ‘medidas e disposições tendentes a assegurar, a curto prazo, a independência e dignificação do Poder Judicial...’ (MENDES, A. R.; FREITAS, J. L., 2004, p. 263).

Na realidade, a maioria das críticas apresentada pela oposição democrática e pelo pensamento liberal dirigia-se ao regime de precedente, em matéria de organização da magistratura, especialmente em relação à falta de independência de cada juiz, singularmente considerado, e à composição do Conselho Superior da Magistratura, que reclamava fosse integrado apenas por juízes eleitos por eles próprios (FIGUEIRA, 1988, p. 8).

Em 25 de abril de 1975, um ano após a Revolução, foi eleita uma Assembleia Constituinte com a obrigação de elaborar uma constituição democrática. Resultou dessa Assembleia a Constituição da República Portuguesa, que foi aprovada em votação final em 2 de abril de 1976.

Atuando o princípio da independência dos tribunais, agora no plano organizativo, a Constituição atribui a nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juízes dos tribunais judiciais, bem como o exercício da ação disciplinar em relação a eles, ao Conselho Superior da Magistratura.

O Conselho Superior da Magistratura português “é o órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial, tendo também jurisdição sobre os funcionários de justiça” (IDEM).

A criação do Conselho Superior da Magistratura, como garantidor da independência orgânica dos tribunais, com a finalidade de subtrair a magistratura à força centrípeta exercida pelo poder político, é uma inovação da Constituição da República Portuguesa de 1976 (IDEM).

Na redação originária da Constituição de 1976, a composição do Conselho Superior de Magistratura foi deixada a cargo da lei ordinária, impondo que na sua composição deveriam ser incluídos membros de entre si eleitos pelos juízes.

Como afirmam Ribeiro Mendes e Lebre de Freitas:

Não deixa de ser curiosa a solução do legislador constituinte português de atribuir grande liberdade de conformação à lei ordinária no que toca à composição do Conselho Superior de Magistratura. A constituição italiana estabelece, no seu art. 104: ‘que o Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente da República, dele fazendo parte de pleno direito o primeiro presidente e o procurador geral da Corte di cassazione, sendo ainda membros juízes eleitos por todos os magistrados ordinários, na proporção de 2/3, e perso-

nalidades eleitas pelo Parlamento, em sessão conjunta das duas câmaras, de entre professores catedráticos de matérias jurídicas e advogados com mais de quinze anos de exercício de profissão, na proporção de 1/3. A Constituição prevê que o próprio Conselho elege um vice-presidente de entre os seus membros designados pelo Parlamento... A constituição francesa de 1958, na sua versão originária, estabelecia que o Presidente da República é o garante da independência da autoridade judiciária, sendo assistido pelo Conselho Superior de Magistratura (art. 64º). A composição acha-se constitucionalizada: a presidência cabe ao Presidente da República, sendo vice-presidente de direito o Ministro da Justiça, o qual pode agir como substituto do Presidente da República: além disso, havia nove membros designados pelo Presidente da República, nas condições fixadas por lei orgânica (art. 65º)...Ora, em Portugal, não se avançou em 1976 para a constitucionalização da composição do Conselho Superior da Magistratura, deixando-se ao legislador ordinário, em cada momento, a escolha da composição desse órgão constitucional (MENDES; FREITAS, 2004, p. 265-266).

A primeira revisão constitucional de 1982 constitucionalizou a composição do Conselho Superior da Magistratura deixando o Presidente da República de fazer parte deste órgão.

A composição do Conselho Superior da Magistratura é estabelecida atualmente pela Constituição da República portuguesa, que assim dispõe em seu art. 218º:

Art. 218º (Conselho Superior da Magistratura)

1. O Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e composto dos seguintes vogais:

- a) Dois designados pelo Presidente da República;
- b) Sete eleitos pela Assembléia da República;
- c) Sete juízes eleitos pelos seus pares, de harmonia com o princípio da representação proporcional.

2. As regras sobre garantias dos juízes são aplicáveis a todos os vogais do Conselho Superior da Magistratura.

3. A lei poderá prever que do Conselho Superior da Magistratura façam parte funcionário de justiça, eleitos pelos seus pares, com intervenção restrita à discussão e votação das matérias relativas à apreciação do mérito profissional e ao exercício da função disciplinar sobre os funcionários de justiça.

O Conselho Superior da Magistratura é, pois, constituído por 17 membros, sendo a maioria deles (nove membros) designada/eleita pelos órgãos de soberania cuja eleição é feita por sufrágio direto, e se traduz num reforço de sua '**legitimação democrática**'. Já os juizes dos tribunais judiciais não têm, pois, assegurada pela Constituição (ou pela lei) uma presença majoritária nesse órgão, por ter caído com a Lei Constitucional n. 1/97, de 20 de setembro, a exigência formulada no art. 223º saída da revisão constitucional de 1982 (a que agora corresponde o art. 218º), de que um dos vogais designados pelo Presidente da República fosse magistrado judicial (CURA, 2011, p. 42).

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1985, p. 45) assim se manifestam sobre a nova composição do Conselho Superior da Magistratura:

A actual composição do CSM obedece claramente a três regras: a) maioria dos membros designados pelos órgãos de soberania directamente eleitos PR e AR – acentuando assim a sua legitimação democrática e contrariando a criação de formas de autogestão corporativa de magistratura; b) uma certa medida de autogoverno da magistratura, traduzida na presença de um significativo número de membros eleitos pelos próprios juizes entre si; c) entrega da presidência do CSM ao Presidente do STJ, de modo a evitar, através dessa união pessoal de cargos, qualquer conflito de legitimidade ou de autoridade, e por forma a reforçar a posição dos juizes do STJ dentro do Conselho.

A nova solução constitucional resultante da I Revisão Constitucional só veio a ser regulada em 1985, quando foi aprovado o segundo Estatuto dos Magistrados Judiciais, ainda hoje em vigor (Lei n. 21/85, de 30 de julho, alterada pelo Decreto Lei n. 342/96, de 3 de setembro, 81/98, de 3 de dezembro, 143/99, de 31 de agosto, e 3-B/2000, de 4 de abril) (MENDES; FREITAS, 2004, p. 271).

O Conselho Superior da Magistratura português continua a ser definido como 'órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial' (art. 136º EM).

As competências do CSM abrangem, entre outras:

a) nomear, colocar, transferir, promover, exonerar, apreciar o mérito profissional, exercer acção disciplinar e, em geral, praticar todos os actos de idêntica natureza respeitantes a magistrados judiciais; b) emitir parecer sobre diplomas legais relativos á organização judiciária e ao Estatuto dos Magistrados Judiciais; c) estudar e propor ao Ministro da Justiça providências legislativas com vista à eficiência e ao aperfeiçoamento das instituições judiciárias; d) elaborar o plano anula de inspecções; e) ordenar inspecções, sindicâncias e inquéritos aos serviços judiciais; f) aprovar o regulamento interno e a proposta de orçamento relativo ao CSM; g) adoptar as providências necessárias à organização e boa execução do processo eleitoral para escolha dos seus membros juízes; h) estabelecer prioridades no processamento de causas que se encontrem pendentes por período considerado excessivo, sem prejuízos dos restantes processos de carácter urgente (art. 149º CSM) (IDEM, p. 272).

As deliberações do plenário do Conselho Superior da Magistratura são directamente impugnáveis junto ao Supremo Tribunal de Justiça, numa seção de contencioso composta pelo vice-presidente mais antigo deste tribunal e por um juiz de cada seção, anula e sucessivamente designado, tendo em conta a respectiva antiguidade (art. 168º EMJ).

2.2 Conselho Nacional de Justiça - CNJ

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ é um órgão de controle e fiscalização do Poder Judiciário brasileiro criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, denominada de Reforma do Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça veio substituir o antigo Conselho Nacional da Magistratura, órgão do Poder Judiciário criado pela Constituição de 1967. Este Conselho era composto por sete ministros do Supremo Tribunal, escolhidos pelo próprio Tribunal, sendo que sua atri-

buição era especificamente de natureza correccional, nos termos do arts. 112 e 120 da CF de 1967. O Conselho Nacional da Magistratura era um órgão do Poder Judiciário, que não exerceu função jurisdiccional, mas que teve por finalidade fiscalizar e aperfeiçoar o trabalho dos serviços do Poder Judiciário brasileiro.

Segundo o disposto no art. 103-B, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 61, de 2009, da Constituição Federal brasileira, o Conselho Nacional de Justiça é composto por 15 membros com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 61, de 2009); II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

O Conselho Nacional de Justiça será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Os demais membros do Conselho Nacional de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Se não for efetuada a escolha dos membros do Conselho Nacional de Justiça, no prazo legal, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

O ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de ministro corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

A competência de atuação do Conselho Nacional de Justiça encontra-se regulada no § 4º do art. 103-B da Constituição Federal brasileira. Compete ao Conselho o controle de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato

cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004); VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

O Conselho Nacional de Justiça atua sob a perspectiva de **macroprocessos**, classificados segundo linhas de atuação, a saber: a) julgar processos disciplinares e realizar o controle dos atos administrativos do Judiciário; b) expedir atos normativos que promovam os princípios da Administração Pública; c) promover estudos e diagnósticos sobre o Poder Judiciário; d) promover a comunicação institucional e a interlocução entre os órgãos do Poder Judiciário; e) contribuir para o aperfeiçoamento dos recursos humanos do Judiciário; f) gerir a estratégia do Judiciário; g) promover iniciativas de modernização do Judiciário; h) promover ações de acesso à justiça e à cidadania; i) realizar controle orçamentário, fi-

nanceiro e de pessoa do Judiciário; j) realizar correições, inspeções e sindicâncias em órgãos judiciais; l) acompanhar e fiscalizar o sistema carcerário e de execução de penas alternativas.

3 Conflito de Jurisdição: Tribunal de Contas Português x Conselho Superior da Magistratura

Conforme já se verificou, o Tribunal de Contas português é detentor de **jurisdição**, sendo que faz parte do conjunto de categorias de tribunais indicado no art. 209º da Constituição da República portuguesa.

Segundo estabelece o art. 1º da Lei n. 98/97, o Tribunal de Contas português tem **jurisdição** e poderes de controle financeiro no âmbito da ordem jurídica portuguesa, tanto no território nacional como no estrangeiro.

O art. 58º da Lei 91/2001, de 20 de agosto, estabelece que o controle **jurisdicional** da execução do orçamento do Estado português compete ao Tribunal de Contas. A fiscalização **jurisdicional** (neste caso, heterocontrole) cabe ao Tribunal de Contas, que é o órgão supremo de controle, de fiscalização e de auditoria das contas públicas (art. 214º da Constituição da República portuguesa).

Definida o caráter jurisdicional das decisões do Tribunal de Contas português, importa indagar sobre a existência ou não de conflito entre o Tribunal de Contas português e outros órgãos, *máxime*, os tribunais administrativos.

Preceitua o art. 205º, n. 2, da Constituição da República portuguesa: “as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades”.

Por sua vez, preconiza o art. 8º, n. 2, da Lei n. 98/97: “As decisões jurisdicionais do Tribunal de Contas são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas”.

Muito embora as decisões **jurisdicionais** do Tribunal de Contas português sejam obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas, pode haver **conflito de jurisdição**, especialmente em relação aos demais tribunais administrativos portugueses.

Em que pese seja possível o **conflito de jurisdição** envolvendo o Tribunal de Contas português, o mesmo não ocorre em relação a eventual conflito de competência, pois o aludido tribunal é **único e autônomo** na sua ordem/categoria (TAVARES, 1998, p. 56).

Também não haverá conflito de jurisdição entre o Tribunal de Contas e o Tribunal Constitucional português, justamente pelo fato de o Tribunal Constitucional ser hierarquicamente superior ao Tribunal de Contas. Nesse sentido é o Acórdão do Tribunal Constitucional n. 214/90, de 20 de junho de 1990. Nesta decisão, o Tribunal Constitucional reconhece que uma decisão do Tribunal de Contas que concede visto a uma ordem de pagamento pode ser objeto de recurso de constitucionalidade. Com efeito, para este tribunal o visto, seja qual for a sua natureza (jurisdicional ou administrativa), consubstancia uma decisão para os efeitos do art. 280º da Constituição – ou seja, para o efeito de se interpor contra ela um recurso de constitucionalidade⁹.

9 “O visto ou declaração de conformidade é o acto do tribunal através do qual se faz a apreciação da generalidade dos factos ou actos de despesa que podem ser validamente realizados, desde que obedeçam à legalidade e ao cabimento orçamental. A Lei n. 98/97 concebe o Visto como condição de produção de efeitos do acto a que se refere. A doutrina discute, porém se o visto gera apenas a ineficácia do acto, sendo um mero acto administrativo. Tal foi a posição de Marcello Caetano, Teixeira Ribeiro, Soares Martinez, Pinheiro Farinha e António Braz Teixeira. Ao invés, a moderna doutrina alude que estamos perante um acto de natureza ‘jurisdicional’, que gera a anulação do acto relativamente ao qual houve recusa. Os primeiros a defender este ponto de vista foram Sousa Franco, Águedo de Oliveira, Trindade Pereira, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira,

O Código de Processo Civil português, em seu art. 115º, estabelece regulamentação sobre o conflito de **jurisdição** entre autoridades pertencentes a diversas atividades do Estado¹⁰. Preceitua o referido dispositivo:

Art. 115º. (Conflito de jurisdição e conflito de competência)

1. Há conflito de jurisdição quando duas ou mais autoridades, pertencentes a diversas actividades do Estado, ou dois ou mais tribunais, integrados em ordens jurisdicionais diferentes, se arrogam ou declinam o poder de conhecer da mesma questão: o conflito diz-se positivo no primeiro caso e negativo no segundo.

O **conflito de jurisdição** envolvendo o Tribunal de Contas português também foi previsto expressamente na Lei 98/97, consagrando o órgão competente para a sua resolução. Diz o art. 1º, n. 3, da Lei 98/97:

Art. 1º. (Definição e jurisdição)

[...].

3 - Sempre que se verifique conflito de jurisdição entre o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Administrativo, compete ao Tribunal dos Conflitos, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e constituído por dois juizes de cada um dos tribunais, dirimir o respectivo conflito.

Assim, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas português somente verifica eventual conflito de jurisdição entre este Tribunal e o Supremo Tribunal Administrativo, o qual tem **jurisdição administrativa**. Porém, conforme afirma José F. F. Tavares: “No entanto, em nossa opinião, a haver a possibilidade de conflito, poderá o mesmo ocorrer também com os demais tribunais administrativos” (TAVARES, 1998, p. 58).

tendo as últimas leis orgânicas do Tribunal assumido esta orientação...

Apesar de o processo de visto não ser contraditório, mas inquisitório, o certo é que, como salientava Sousa Franco ‘basta a imparcialidade e a independência, aliadas à função de mera aplicação do Direito, para caracterizar a função jurisdicional e os actos jurisdicionais’. (MARTINS; MARTINS; MARTINS, s/d, p. 274.

10 Cf. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora. (1985, p. 194-197); Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia (1994, p. 651-652) ; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (p. 808-809); Diogo Freitas do Amaral, João Caupers, João Martins Claro, João Raposo, Pedro Siza Vieira e Vasco Pereira da Silva (1955, p. 81 e 82).

Nota-se que a **jurisdição** do Tribunal de Contas português é na essência a **jurisdição financeira**. Porém, aparentemente, poderá haver um conflito com a jurisdição administrativa. Isso poderá ocorrer quando da **fiscalização prévia**.

Segundo ensina José F. F. Tavares:

Na verdade, como já observamos, nos termos da Lei (cfr., máxime, arts. 5º, 46º, 47º e 114º da Lei n. 98/97) há certos actos e contratos que, depois de praticados ou celebrados, não poderão produzir efeitos sem serem 'visados' pelo Tribunal de Contas, ou seja, sem serem submetidos à fiscalização prévia deste Tribunal. Ora, tais actos e contratos poderão também ser objecto de apreciação pelos tribunais administrativos, nos termos da legislação do contencioso administrativo (ETAF e LEPTA). Dise-se-ia, numa primeira abordagem, que sendo a jurisdição do Tribunal de Contas a jurisdição financeira, a verificação e controlo da 'legalidade financeira 'stricto sensu', as hipóteses de conflito com a jurisdição administrativa seriam nulas. Todavia, a norma do n.º.1 do art. 44º da Lei n. 98/97, de 26 de Agosto, prevê que 'a fiscalização prévia tem por fim verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidade financeiras directas ou indirectas 'estão conformes com as leis em vigor' e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria'. Em consequência, como tem sustentado o Tribunal de Contas, a fiscalização prévia deve ter em conta não só a legalidade financeira mas também a legalidade em geral, a conformidade com a ordem jurídica, embora com as limitações agora impostas pela Lei n. 98/97". (TAVARES, 1998, p. 58-59)

Diante dessa possibilidade de **conflito de jurisdição** entre o Tribunal de Contas e os tribunais administrativos portugueses, algumas hipóteses podem ocorrer: a) O Tribunal de Contas 'concede o visto', 'visa' o ato ou contrato em causa. Isso significa que este tribunal o considerou válido, podendo, por isso, produzir seus efeitos, especialmente os financeiros. Ocorre que, tal ato ou tal contrato vem a ser anulado pelo tribunal administrativo. Nesta hipótese, para José F. F. Tavares não haveria qualquer

conflito, positivo ou negativo, de jurisdição, pois ambos os tribunais intervieram no âmbito da respectiva jurisdição, exercendo poderes que a Constituição portuguesa e a lei lhes conferem.

O que se verifica, segundo o autor português, é uma “*área de sobreposição*”, uma parte comum de intervenção”, potencialmente geradora de decisões contraditórias, razão pela qual essa situação carece de uma solução legislativa, o que ainda não ocorreu. Assim, para o autor português, numa primeira análise, poder-se-ia afirmar que a solução terá de ser encontrada com base no **núcleo essencial** das jurisdições do Tribunal de Contas e dos tribunais administrativos, prevalecendo a decisão do Tribunal Administrativo se estiver em causa a **legalidade administrativa** e prevalecendo a decisão do Tribunal de Contas se estiver em causa a **legalidade financeira**. Porém, isso, sem dúvida, poderá gerar muitas indagações e dificuldades, especialmente quanto à questão de saber o que é **legalidade administrativa** e a **legalidade financeira** e, até, se tem sentido essa dicotomia. Seguramente seria difícil delimitar as fronteiras (IDEM, p. 59-60).

b) O Tribunal de Contas **recusa o visto** ao ato ou contrato, pois o considera inválido. Já o tribunal administrativo decide pela validade do ato ou do contrato. Nesta hipótese, José F. F. Tavares preconiza que vale a análise feita na hipótese anterior. Não há, segundo o autor português, um verdadeiro **conflito de jurisdição**, positivo ou negativo, pois ambos os tribunais exercem os seus poderes nos respectivos campos de atuação. Reforça a necessidade de uma clarificação legislativa. Naturalmente, o ponto final a que se chega a ambos os casos seria o mesmo, ou seja, o ato ou o contrato fica ‘bloqueado’ com o resultado de um destes dois meios de controle. Em todo caso, salientar o autor português que a Lei 98/97 contém, no seu art. 44º, n. 3, uma solução que **reduz**, embora não **elimine** esta situação de decisões contraditórias ao prever que:

Constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos actos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor eu implique: a) nulidade; b) encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras; c) ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro’. (IDEM, p. 60-61)

Sobre o tema anota Tiago Duarte:

Ora, a verdade é que, segundo o n. 3 do art. 212º da Constituição, pode ler-se que, 'compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes nas relações jurídicas administrativas e fiscais. E, no seguimento deste normativo, prevê-se no art. 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), que são os Tribunais Administrativos os Tribunais competentes para 'julgar a legalidade dos actos e dos contratos administrativos', razão pela qual importa começar por verificar como resolver este aparente conflito, que permite ao Tribunal de Contas e aos Tribunais Administrativos fiscalizarem a (mesma) legalidade dos mesmos actos e dos mesmos contratos administrativos. Acontece que, bem vistas as coisas, a questão não parece ser, sequer, uma questão de conflitos de jurisdições, em que ambas as jurisdições se considerem competentes para julgar um determinado caso concreto, o que poderia ser resolvido pro recurso ao Tribunal de Conflitos, previsto no n. 3 do art. 1º, da Lei do Tribunal de Contas. Com efeito, aí se pode ler que, 'sempre que se verifique conflito de jurisdição entre o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Administrativo, compete ao Tribunal de Conflitos, presidido pelo presidente do STJ e constituído por dois juízes de cada um dos tribunais, dirimir o respectivo conflito'. É que, a meu ver, a apreciação dos mesmos actos e dos mesmos contratos por parte do Tribunal de Contas e por parte dos Tribunais Administrativos não decorre de um conflito de jurisdições, em que apenas um dos Tribunais deva ser legalmente competente, mas antes do facto de ambos serem efectivamente legalmente competentes, algo que, nem mesmo o Tribunal de Conflitos, pode resolver. Isso mesmo foi de resto claramente afirmado por José Tavares, que, referindo-se a esta situação, acaba por concluir que não há verdadeiro conflito, antes existindo ' uma área de sobreposição uma parte comum de intervenção potencialmente geradora de decisões contraditórias'. (DUARTE, 2008, p. 32-33)

Assim, se ambos os tribunais apreciam a legalidade dos mesmos atos e dos mesmos contratos, não quer dizer que a apreciem da mesma forma. Ou seja:

Enquanto os tribunais administrativos dirimem um litígio entre uma entidade pública e um particular, em torno de um acto ou de um contrato administrativo, exercendo, com credencial constitucional bastante, visível e indiscutível função jurisdicional, declarando a nulidade ou anulando o acto ou o contrato que viole o bloco de legalidade a que deveria estar adstrito, já o Tribunal de Contas, quando fiscaliza a legalidade das despesas geradas por actos e contratos administrativos, para efeitos de concessão do visto prévio, não exerce uma função jurisdicional constitucionalmente imposta, antes actuando no exercício de uma função materialmente administrativa, ainda que independente. Por isso, mesmo que detecte uma ilegalidade, não declara a nulidade nem anula o acto ou o contrato administrativo, antes recusa a concessão de visto prévio, assim provocando a ineficácia do referido acto ou contrato administrativo. (IDEM, p. 33)

Tiago Duarte afirma, ainda, que a decisão de recusa de visto não é uma decisão jurisdicional exercida pelo Tribunal de Contas, pois não parece fazer sentido que um tribunal decida (por meio de uma sentença) que um determinado ato ou contrato administrativo é ilegal e, no entanto, não declare a nulidade ou anule esse mesmo ato ou contrato administrativo. Outrossim, não parece fazer sentido que possa haver uma decisão (sentença) judicial tácita, e em que o silêncio do tribunal num determinado prazo produza efeitos jurídicos substitutivos de um julgamento e de uma sentença. Além do mais, não parece fazer sentido que um ato ou um contrato administrativo possam ser objeto de uma apreciação jurisdicional (seja do Tribunal de Contas, seja dos tribunais administrativos) e que essa mesma apreciação jurisdicional não produza efeitos de litispendência ou de caso julgado, em face de outras apreciações jurisdicionais concorrentes e sucessivas.

Segundo o art. 209º, n. 1, alínea 'c', da Constituição portuguesa, o Tribunal de Contas tem uma integração especial no poder judicial, razão

pela qual este tribunal não está sob a dependência do Conselho Superior da Magistratura (MARTINS; MARTINS; MARTINS, s/d, p. 269).

Não tendo o Tribunal de Contas subordinação ao Conselho Superior da Magistratura, mostra-se pouco provável qualquer conflito de **jurisdição** entre esses dois órgãos, especialmente pelo fato de que o Conselho Superior da Magistratura não é um órgão jurisdicional.

Na realidade, o Tribunal de Contas português, no que concerne à análise de fiscalização orçamentária do Estado, exerce efetivo 'controle' sob o Conselho Superior da Magistratura, controle esse de natureza jurisdicional.

Portanto, se o Tribunal de Contas exerce 'controle' jurisdicional sobre o Conselho Superior da Magistratura, isso significa dizer que no âmbito do ordenamento jurídico português não se verifica **conflito jurisdicional** entre o TC e o CSM.

4 Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União brasileiro e o Conselho Nacional de Justiça

No Brasil, não há falar em conflito de **jurisdição** entre o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional da Magistratura, pois ambos os órgãos de fiscalização e controle do Poder Judiciário não exercem atividade **jurisdicional** propriamente dita.

A palavra **jurisdição**, conforme já teve oportunidade de afirmar Eduardo J. Couture, aparece na linguagem jurídica com distintos significados. Muitas das dificuldades que a doutrina até o momento não conseguiu superar decorre dessa equivocidade do termo jurisdição. No direito dos países latino-americanos este vocábulo apresenta, rotineiramente, quatro acepções: como distribuição de atividade territorial; como sinônimo de competência; como conjunto de poderes ou autoridade de certos órgãos do Poder Público; e seu

sentido preciso e técnico de função pública para a realização da justiça (COUTURE, 2009, p. 23).

Mas essa diversidade de definição para a **jurisdição** não é um problema somente dos países latino-americanos, pois a doutrina da Europa ocidental há muito não chega a uma conclusão sobre o que é **jurisdição**.

A doutrina alemã, por exemplo, não presta a esse tema particular atenção, pois seus principais doutrinadores consideram que ela integra a administração. Nesse sentido é a definição de Leo Rosenberg: “A jurisdição, chamada também função de justiça, poder judicial, é a atividade do Estado dirigida à realização do ordenamento jurídico; uma parte da atividade executiva que deve diferenciar-se da legislativa” (ROSENBERG, 1955, p.45).

Segundo prescreve James Goldschimit (1936, p. 118-124):

Entende-se por ‘jurisdição civil’ a faculdade (e dever) de administrar a justiça em litígios desta natureza. Compreende: a) a instituição e estabelecimento de Tribunais civis, e a regulamentação e inspeção de seu funcionamento (manifestação de soberania e governo dos Tribunais); b) compreende, além do mais, a determinação, no caso concreto, da existência dos pressupostos da ‘pretensão (ação) de tutela jurídica’ contra o Estado, e, em caso afirmativo, a outorga dessa tutela. Isto se chama propriamente de ‘jurisdição civil’ em sentido estrito, ou justiça civil... A jurisdição civil estende-se ao conhecimento de todos os negócios encaminhados à via judicial (por meio do processo civil) pelas leis gerais ou dos Estados (negócios processuais civis em sentido formal, por disposição legal) e de todas as questões civis (negócios processuais civis em sentido material), para as quais não estejam previstas leis especiais...

Assim, para a doutrina alemã não há distinção, senão meramente formal e externa, entre a função administrativa e a função jurisdicional.

A forma de constituição da atividade jurisdicional efetivamente varia de acordo com o tempo histórico e o espaço geográfico.

O modo de formulação da vontade estatal em preservar a ordem jurídica pode variar, segundo lugares e tempos. Num primeiro sistema, que,

por acaso, historicamente se inicia a atividade jurisdicional do Estado, a autoridade não intervém para regular a conduta dos súditos enquanto não haja entre eles surgido concretamente um conflito. Apenas quando tenha ocorrido um conflito de interesses individuais, ameaçando turbar a convivência social, é que o Estado intervém como pacificador e dita, caso a caso, o direito que deve, em concreto, servir para regulá-lo. Porém, a civilização ocidental preferiu, há milênios, o sistema de formulação legal. Ao invés de aguardar a que se apresente a urgência de regular uma relação singular já produzida, o Estado prevê, antecipadamente, mediante um processo de abstração baseado sobre o *quod plerunque accidit*, as classes típicas de relações interindividuais nas quais poderá manifestar-se a necessidade de intervenção da autoridade para a manutenção da ordem jurídica. Segundo que predomine um ou outro método de formulação do direito, será diverso no Estado a posição do juiz; e diverso, por conseguinte, o conteúdo da função jurisdicional (CALAMANDREI, p. 116-117).

No ordenamento em que predomine o método da formulação do direito para o caso concreto, o juiz não encontra perante si uma norma preconstituída ou um texto como marco inicial da interpretação. Neste sistema, o juiz, não podendo buscar os critérios de sua decisão em norma anterior, deve diretamente produzir a norma de sua consciência ou, como se diz também, de seu sentimento de equidade natural. Porém, isso não significa dizer que o juiz possa decidir de acordo com o seu capricho pessoal; significa somente que aqui se confia ao juiz o ofício de buscar caso a caso a solução que corresponda melhor às concepções morais e econômicas predominantes na sociedade em que vive naquele momento, e o de ser, por conseguinte, o intérprete fiel das correntes históricas de seu tempo.

Facilmente se percebe que neste tipo de ordenamento jurídico o juiz apresenta uma função de criação do direito, ou seja, uma atividade prejurídica, e essencialmente política; o juiz não aplica ao caso concreto um direito já traduzido em fórmulas estáticas pelo legislador, senão que realiza diretamente, para encontrar a decisão do caso singular, um trabalho que se poderia chamar de diagnose política das forças sociais, o qual, no sistema de formulação legal, será realizado exclusivamente pelos órgãos legislativos.

Já no que concerne ao sistema de formulação legal, as forças políticas donde, em regra geral, provém o direito, atuam sobre os órgãos responsáveis de formular leis, qualquer que seja o nome que os mesmos recebam e qualquer que seja a forma de sua constituição. São eles, os órgãos legislativos, os filtros que o ordenamento do Estado prepara para decantar das confusas e discordes aspirações do *ius condendum* a certeza positiva do *ius conditum*, que o juiz deve aceitar sem discuti-lo, sem poder começar de novo por sua conta o trabalho de valoração política que tenha sido realizado pelo legislador. O princípio da legalidade e da separação dos poderes estabelece uma efetiva repartição de funções entre o juiz e o legislador (IDEM, p. 118).

Isso não significa dizer, evidentemente, que no sistema da legalidade ou da separação dos poderes, a obra do juiz possa reduzir-se a um árido jogo de logicidade, desconectada das correntes históricas que se alteram após a vigência da lei. A atividade do juiz tem finalidade essencialmente pragmática, enquanto dirigida a determinar a conduta das pessoas e, neste sentido, é sempre atividade política; porém, essa atividade prática e política ao mesmo tempo não significa mais do que prosseguir fielmente com os princípios e valores constitucionais que deram origem à lei, pois se a própria lei não observar esses princípios e valores será ela nula em razão de sua inconstitucionalidade.

De um ponto de vista puramente empírico, e de acordo com o código de processo civil italiano, jurisdição, nas palavras de Crisanto Mandrioli (2005, p. 8), “é aquele conjunto de normas em que são descrita e disciplinada a atividade de ‘proceder’ – ou seja, o processo civil, tradicionalmente chamado ‘jurisdição’ e, portanto, ‘jurisdição civil’”.

Por sua vez, do ponto de vista funcional, a função jurisdicional “deverá naturalmente referir-se àquela função que inspira a disciplina do ‘*intera serie*’ dos comportamentos em que se concretiza o ‘proceder’, ou atividade (jurisdicional) considerada globalmente”. (MANDRIOLI, 2005, p. 9-10)

O escopo da jurisdição, segundo estabelecido pela própria Constituição da República Federal do Brasil de 1988, é justamente agir no sentido de tutelar lesão ou ameaça de lesão a direitos. Na verdade, a atividade que se está tratando “é uma atividade de tutela que sendo jurisdicional tem por objeto a tutela de direitos. E não apenas uma particular

categoria de direitos, mas os direitos (naturalmente, direitos subjetivos) em gênero”. (IDEM, p. 10)

Conforme anota ainda Crisante Mandrioli (2005, p. 10-11):

O que se pretende dizer, precisamente, por tutela de direitos? Tutela, na linguagem comum, significa proteção, no sentido de reação a um perigo ou a um ataque. É por isso que em geral o tipo de tutela ou proteção deve determinar-se em relação ao tipo de perigo ou de ataque... A imposição, a proibição ou a permissão de determinados comportamentos, isso resulta que tudo o que compromete ou prejudica os direitos consiste no não fazer isso que se deveria fazer ou no fazer isso que não se poderia ou deveria fazer; em outros termos, naquele fenômeno que se chama 'lesão ou violação do direito'. De tudo isso emerge claramente que a tutela jurisdicional dos direitos consiste, ao menos em linha de mássima, em uma reação à sua violação.

A atividade jurisdicional é instrumental em relação ao direito material que deseja salvaguardar, uma vez que se constitui num instrumento constitucionalmente legitimado para a concretização da tutela desses mesmos direitos ou interesses. Assim, o direito ou interesse constitui a **matéria ou substância** da atividade jurisdicional. Há, como afirma La China, uma contraposição sistêmica entre o direito material ou substancial e o direito instrumental ou formal, isto é, processual (LA CHINA, 1978, p. 411 e ss.).

Para Elio Fazzalari, no ordenamento jurídico há uma série de normas que confia, em geral ao Estado, o dever de reagir à inobservância de uma norma primária ou substancial e que regula todas as atividades que permitem essa reação, bem como aos critérios de decisão e realização. Essas normas:

São reguladoras da jurisdição, que é exatamente a atividade mediante a qual o Estado, por meio de seus juízes (seus órgãos), se coloca por cima dos sujeitos implicados na violação de uma norma primária e, ouvidas as suas razões, providencia para fazer cessar o estado de fato contrário ao direito e a repriminar, na medida do possível, um estado de coisas conforme o direito. Na linguagem comum, as normas de primeiro grau são geralmente indicadas com o adjetivo de 'substan-

ciais' enquanto que as normas, por assim dizer, de segundo grau, reguladoras da jurisdição, se qualificam como 'processuais' (usando-se como sinônimos os atributos 'processual' e 'jurisdicional'). (FAZZALARI, 2006, p. 133-134)

Outra característica própria da tutela jurisdicional, segundo parte da doutrina, especialmente aquela inclinada à concepção chiovendiana, é a sua natureza **substitutiva**. Esta característica significa que aquele sujeito que deve exercer a atividade jurisdicional (denominado órgão jurisdicional) substitui aqueles que deveriam realizar o comportamento previsto na norma substancial na via primária, para atuar em via secundária aquela mesma proteção de interesse que se encontrava na base da via primária da norma substancial. Assim, o direito processual, em via substitutiva, realiza a mesma proteção de interesse que está na base do direito substancial. Esta 'substituição' não é imposta pela lógica nem pela natureza das coisas:

Mas freqüentemente daquele postulado fundamental de toda forma de vida social organizada conhecido como 'proibição de autotutela ou de autodefesa'. Em suma, o ordenamento jurídico, no momento em que veta às pessoas de fazer justiça com as próprias mãos (exceção feita somente para alguns casos particularíssimos, como a legítima defesa, o estado de necessidade etc.), oferece-lhes uma proteção substitutiva, que é precisamente a tutela jurisdicional. (MANDRIOLI, 2005, p. 12)

Porém, não se pode deixar de observar a crítica feita por Eduardo J. Couture sobre o caráter substitutivo da jurisdição. Disse o processualista uruguaio:

Porém o conceito, correto na maioria dos casos, em especial nas sentenças condenatórias, não caracteriza a função jurisdicional nos outros casos em que não há tal substituição: a sentença penal, a sentença de divórcio, a maioria das sentenças inerentes ao estado civil, não são substitutivas da atitude omissa das partes. (COUTURE, 2009, p. 33)

A noção de jurisdição, segundo seu aspecto funcional, deve ser integrada com observância dos casos em que a atividade do órgão jurisdicional é realizada independentemente de qualquer fato que possa ser

considerado como violação a direitos. Estes fenômenos verificam-se em determinadas situações, nas quais o ordenamento jurídico subtrai da autonomia das pessoas a plena disponibilidade de determinadas situações jurídicas, estabelecendo que a constituição, a modificação ou a extensão daquela situação jurídica, não pode ocorrer a não ser pela intervenção do órgão jurisdicional. Este tipo de atividade jurisdicional que tem por objeto a modificação de situações jurídicas substanciais é denominado de **jurisdição constitutiva**.

Para parte da doutrina, este tipo de direito é denominado de direito potestativo, ou seja, o direito à modificação jurídica. É importante salientar que ao lado da **atividade jurisdicional constitutiva necessária** (relações de família (divórcio), negativa de paternidade etc.), existe também a denominada **atividade jurisdicional constitutiva não necessária** no sentido de que os efeitos constitutivos poderiam ocorrer independentemente da atuação jurisdicional, o que significa dizer que a atuação jurisdicional somente ocorrerá diante da falta da atuação espontânea primária, isto é, quando se verificar a violação de um preexistente direito à modificação jurídica ou direito potestativo (não necessário). Pense-se no exemplo da obrigação de realizar contrato de compra e venda, assumida por meio de um contrato preliminar de compromisso de compra e venda, ocorrendo o inadimplemento do compromissário vendedor, sendo que neste caso a compra e venda depende de uma sentença constitutiva a ser proferida mediante atividade jurisdicional (MANDRIOLI, 2005, p. 16).

O outro tipo de atividade jurisdicional que não pressupõe violação de direito é aquela denominada de **meramente declaratória**, que normalmente pretende resolver a certeza objetiva acerca da existência de um direito. E é óbvio que um ordenamento jurídico oferece diretamente ou indiretamente os instrumentos necessários para resolver a dúvida objetiva, antes que se dê lugar à efetiva violação do direito (sob este aspecto pode-se dizer que a atividade jurisdicional declaratória pode ser considerada como **tutela preventiva**).

Segundo Crisanto Mandrioli, esta definição funcional da jurisdição não diverge substancialmente de outras definições propostas por renomados juristas. Assim, por exemplo, a de Redenti (1917) que considera a jurisdição como 'atuação das sanções', sendo que Redenti entende por

‘sanção’ aquilo que alguns denominam de preceito secundário, conteúdo da norma substancial, ou seja, aquele sistema ou mecanismo de reação que o ordenamento jurídico põe em movimento quando se verifica a violação do preceito primário. Na mesma perspectiva é a definição feita por Carnelutti (1936) que vê na jurisdição ‘justa composição da lide’. Se se tem presente que a ‘lide’, segundo Carnelutti, não seria outra coisa que a posição de contraste que dois ou mais sujeitos assumem em relação a um direito, parece evidente que referida posição de contraste subsiste enquanto se postula por um mais daqueles sujeitos a lesão de uma norma substancial por parte dos outros sujeitos. Se assim não fosse, a norma substancial seria suficiente para resolver aquele conflito de interesses. Uma outra posição compreende a visão sattiana de jurisdição como ‘concretude do ordenamento jurídico’, caracterizada pela contraposição entre o ordenamento estático e o seu atuar (MANDRIOLI, 2005, p. 13-14).

Deve-se reconhecer que existe certa sinonímia entre função judicial e função jurisdicional (COUTURE, 2009, p. 25).

Contudo, nem toda função própria do Poder Judiciário é função jurisdicional (por exemplo, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão do Poder Judiciário, mas não exerce função jurisdicional). Porém, ainda que essa coincidência fosse absoluta, o conceito de função jurisdicional não poderia ser fixado com a só menção de que se trata de uma função exercida pelo Poder Judiciário. Seria necessário, todavia, determinar sua essência e natureza: qual é o **ser** desta função, de tão grande significado no conjunto de atributos e deveres do Estado. De certa maneira:

Esta dificuldade é uma consequência da teoria da divisão de poderes. É fácil, uma vez exposta essa teoria, conceber teoricamente a um Congresso legislando, a um Poder Executivo administrando e a um Poder Judiciário decidindo controvérsias. O difícil é decidir que faz um Congresso quando procede à cassação de um de seus membros, o Poder Executivo quando dirime em processo administrativo uma controvérsia, e o Poder Judiciário quando designa a um de seus funcionários. As interferências entre legislação e jurisdição são, relativamente, de menor importância que as derivadas dos contatos entre jurisdição e administração. As primeiras põem à prova a

teoria do ato legislativo; assim, por exemplo, as resoluções do trabalho que tem caráter geral e obrigam a todos os integrantes de um gremio, presentes e futuros... Porém, os choques entre administração e jurisdição põem a prova todo o sistema de relações entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Se um ato do Poder Executivo fosse declarado jurisdicional, os cidadãos ficariam privados da garantia de sua revisão pelos juízes, que em último palavra é a máxima garantia que a ordem jurídica brinda aos indivíduos frente ao poder. Não há revisão jurisdicional de atos jurisdicionais executórios. Só há, e necessariamente deve haver, revisão jurisdicional dos atos administrativos. Este ponto se coloca em quase todos os regimes do mundo ocidental. De certo modo, a colocação e a solução favorável do problema constitui a última barreira na luta pela democracia contra as ditaduras. (COUTURE, 2009, p. 26)

Por isso, a configuração técnica do ato jurisdicional não é simplesmente uma questão acadêmica, mas um problema de tutela de direito humanos.

Porém, não é suficiente definir a jurisdição na sua perspectiva meramente funcional, uma vez que essa visão de jurisdição não nos dá a **essência** da atividade jurisdicional.

Não há dúvida de que uma das características da atividade jurisdicional é a **imparcialidade**. Aliás, para Gean Domenico Pisapia, a essência da atividade jurisdicional é justamente a **imparcialidade do juiz**. Porém, a **imparcialidade** não é um atributo exclusivo da atividade jurisdicional num Estado democrático de Direito.

A atividade realizada pela Administração Executiva (quando do julgamento dos processos administrativos) ou pelo Legislativo (quando profere decisão em processo de cassação de seus pares) também apresenta esse atributo de **imparcialidade**, pois essa exigência decorrente do Estado democrático de Direito não mais se encontra circunscrita apenas à atividade dos órgãos do Poder Judiciário, mas também aos julgamentos dos processos administrativos de uma maneira geral. Por óbvio não se conceberia que o Conselho Nacional de Justiça, em eventual julgamento de processo administrativo, pudesse proferir julgamento com **parcialidade**. Se assim fosse, esse julgamento feriria o princípio da **impessoalidade** e da **moralidade** previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

É bem verdade que a **parcialidade**, por exemplo, da administração pública no processo administrativo, ou mesmo do Ministério Público na persecução penal, era apontada como característica distintiva da imparcialidade própria dos juízes e da função judicial. (ALLEGRETTI, 1965, p. 55).

Para Marcello Caetano, analisando o direito português, a imparcialidade seria, desta maneira, característica exclusiva da função jurisdicional, pois somente os órgãos jurisdicionais não seriam parte interessada no conflito que visam a resolver, colocando-se numa posição suprapartes. Na verdade, apenas os órgãos jurisdicionais teriam o dever de ouvir todos os interessados antes de proferir sua decisão. Somente em relação a esses órgãos faria sentido impor garantias de imparcialidade, tais como os **impedimentos e suspeição** (CAETANO apud RIBEIRO, 1996, p. 113-114). Contudo, Marcello Caetano não explica o porquê da exigência das garantias de imparcialidade dos juízes – suspeição e impedimento – (art. 14, n. 1, do Código de Processo Civil português) também em relação ao Ministério Público, órgão encarregado de representar os interesses do Estado (na perspectiva do próprio Marcello Caetano) (IDEM, p.114).

Muito cedo, a doutrina, principalmente a partir de um estudo direcionado à administração pública, começou a pôr em questão a afirmação de que o simples fato de ser parte já configura sua parcialidade.

Percebeu-se que os interesses defendidos pela Administração Pública não são iguais aos interesses postulados pelos particulares, uma vez que os interesses da administração ou por ela perseguidos são interesses públicos e por natureza objetivos.

Assim, não obstante possa a administração ter certa discricionariedade na perseguição de seus interesses, isso não lhe retira a prerrogativa constitucional de ser **imparcial**.

Atualmente, para a generalidade dos autores:

A Administração Pública, apesar de vinculada ao princípio da imparcialidade, ocupa uma posição jurídico-institucional especial, que resulta da natureza pública dos interesses que persegue e da obrigação de agir imparcialmente; em suma, do facto de figurar no procedimento, simultaneamente, como

parte e juiz: parte porque 'é um verdadeiro agente empenhado no exercício de um poder de iniciativa na efectiva realização de projectos e interesses próprios'; juiz porque 'há-de designadamente ponderar o valor relativo dos interesses que a sua decisão vai sacrificar, por modo a não discriminar contra algum deles ou privilegiar algum por razões estranhas à lei que os tutela ou ao interesse público que visa satisfazer. (IDEM, p. 115)

A doutrina, então, começou a formular a tese de existência de **parte imparcial**, especialmente a partir do momento em que passou a sustentar a "imparcialidade" diante da administração pública, com base, inclusive, no próprio texto constitucional português (IDEM). Aliás, a referência à "parte imparcial" não é exclusiva da doutrina administrativista. Pelo que tudo indica, Francesco Carnelutti, em suas lições sobre o processo penal, foi o primeiro autor a utilizar a expressão "parte imparcial" para, aliás, mencionar a participação do Ministério Público na relação jurídica processual penal¹¹. Atualmente, segundo Afrânio Silva Jardim, a configuração do Ministério Público como "parte imparcial" é fruto inclusive do próprio princípio do "Promotor Natural", o qual impede que a acusação seja formulada por órgão estatal sem atribuição expressamente prevista em lei e desprovido, por isso mesmo, da necessária **imparcialidade e independência** (JARDIM, p. 430).

Diante dessas considerações, pode-se verificar que a **imparcialidade** não seria a essência da função jurisdicional, pois ela é exigida também no âmbito dos julgamentos proferidos em processos administrativos.

Para Eduardo J. Couture a **essência** da jurisdição seria a **coisa julgada**. Segundo o saudoso processualista uruguaio, se o ato não adquire real ou eventual autoridade de coisa julgada, não é **jurisdicional**. Portanto, não haveria jurisdição sem a coisa julgada¹².

11 "[...]El problema de la acusación pública tiene así el aspecto de un juego de palabras, cuya fórmula paradójica es la de la parte imparcial [...]".(CARNELUTTI, 1950, p. 227).

12 "[...] será possível definir a jurisdição nos seguintes termos: 'função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se termina o direito das partes, com o objeto de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente factíveis de execução".(COUTURE, 2009, p. 30 - 31).

Porém, a designação da coisa julgada como essência da jurisdição de certa maneira é inconsistente e pouco abrangente, pois há atividade jurisdicional sem que haja efetivamente coisa julgada, tal como ocorre com a demanda de alimentos ou os procedimentos não contenciosos (outrora denominados de jurisdição voluntária). A demanda de alimentos, assim como diversos procedimentos não contenciosos, não faz coisa julgada, pois estão sujeitos à cláusula *rebus sic stantibus*.

Por sua vez, atualmente há decisões proferidas pelos tribunais que podem ser executadas ou cumpridas independentemente da coisa julgada (**princípio da execução sem título permitido**), como ocorre com as antecipações de tutelas; isso também ocorre com sentenças sujeitas a recurso sem efeito suspensivo. Seria inconcebível a existência de uma decisão judicial, com total inserção na esfera jurídica da parte ou de terceiros, inclusive com a privação e perda de bens, sem que essa decisão fosse proveniente do exercício da atividade jurisdicional.

Assim, pelo menos no que concerne ao direito brasileiro, a **essência da atividade jurisdicional** deve ser revirada e encontrada na própria Constituição Federal, especialmente no conteúdo normativo previsto no art. 5º, inc. XXXV, a saber: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A lei poderá excluir a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direitos em relação a qualquer outros órgãos, menos em face do Poder Judiciário.

Evidentemente que quando a Constituição estabelece que ao Poder Judiciário compete apreciar (em última instância democrática) lesão ou ameaça a direito, isso não significa dizer que dentro desta atividade não possa estar a simples avaliação de direitos e interesses ou a simples administração pública de interesses privados, como é o caso dos procedimentos não contenciosos. Também o constituinte não quis com isso dizer que somente haverá a possibilidade de exercício do direito de ação/demanda se houver, previamente definida, a lesão ou ameaça de lesão a direitos, como se houvesse um retorno à clássica teoria imanentista do direito de ação, no sentido de que somente existiria ação se houvesse o direito lesionado ou ameaçado devidamente concretizado.

Na realidade, deve-se interpretar o art. 5º, inc. XXXV, da CF, como a possibilidade ou faculdade de toda pessoa promover perante o Poder

Judiciário brasileiro seu direito constitucional de ação, para que este órgão do Estado brasileiro possa avaliar **eventual** lesão ou ameaça de lesão a direitos. Dentro desta eventualidade, a atividade jurisdicional está legitimada para proferir decisões absolutórias, declaratórias negativas, ou mesmo resolver demanda rescisória que visa a desconstituir sentença que anteriormente houvesse reconhecido algum direito.

Portanto, não se deve confundir a **atividade jurisdicional** com a efetivação da prestação da **tutela jurisdicional**, pois quando o juiz julga **improcedente o pedido** ou **indeferiu liminarmente a petição inicial**, embora tenha realizado o exercício da **atividade jurisdicional**, **não prestou a tutela jurisdicional** em favor do autor.

O próprio texto constitucional estabeleceu que toda e qualquer atividade ou comportamento que possa causar **lesão ou ameaça de lesão a direito** está sujeita à apreciação do Poder Judiciário mediante a atividade jurisdicional, considerando-se essa atividade a última palavra sobre tal questão jurídica.

A Constituição somente permitiu essa prerrogativa ao Poder Judiciário e a nenhum outro órgão do Estado, seja ele Executivo ou Legislativo.

Isso não significa dizer que o Poder Executivo ou o Poder Legislativo não possam, por meio do devido processo legal, proferir julgamentos. Na realidade, conforme já afirmara Enrico Tullio Liebman (1985, p. 4):

Julgar quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando, em consequência, a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso (*fattispecie*) em exame...

Assim, se o Executivo ou o Legislativo, no exercício de sua atividade, proferir julgamento em processo administrativo, tal exercício de função não caracteriza atividade jurisdicional, especialmente pelo fato de que a decisão proferida em processo administrativo poderá ser reapreciada por outro órgão, no caso, o órgão do Poder Judiciário.

O único órgão que pode apreciar atividades ou comportamentos jurídicos no território brasileiro, dando sua palavra final sobre a existência ou

não de ameaça ou lesão a direitos, é o Poder Judiciário, por meio de seus órgãos jurisdicionais.

Por isso, não se pode considerar como **atividade jurisdicional** os julgamentos efetuados pelo Poder Executivo ou Legislativo em processos administrativos, pois esses julgamentos poderão ser reapreciados pelo Poder Judiciário, agora, sim, mediante o exercício da atividade jurisdicional.

Já as decisões do Poder Judiciário (que é uno e indivisível) não poderão ser apreciadas por outros órgãos de qualquer esfera estatal, seja ele Executivo ou Legislativo.

Evidentemente que não se podem confundir órgãos jurisdicionais com a composição orgânica do Poder Judiciário.

Muito embora o Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 92, inc. I-A, da CF, seja um órgão do Poder Judiciário, isso não quer dizer que ele seja um órgão que exerça a atividade jurisdicional. Tanto não é, que os julgamentos efetuados pelo Conselho Nacional de Justiça, que têm natureza administrativa, poderão ser reapreciados pelos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, no caso, pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inc. I, letra 'r'.

A importância da atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário para efeito de apreciar em última instância na democracia brasileira lesão ou ameaça de lesão a direitos é de tamanha ordem e grandeza, que a própria Constituição não admite, em hipótese alguma, sua interrupção, conforme determina o art. 92, inc. XII, da CF:

A 'atividade jurisdicional' será ininterrupta, sendo vedadas férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

Mas a Constituição Federal brasileira vai mais longe, pois além de não admitir a interrupção da atividade jurisdicional, também exige, nos termos do art. 92, inc. XII, que "o número de juízes na 'unidade jurisdicional' será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população".

Concluindo, qualquer dos Poderes estatais, Executivo, Legislativo ou Judiciário poderá realizar julgamento e definir questões concernentes à lesão ou ameaça de lesão a direitos, especialmente quando esses julgamentos são proferidos em processos administrativos. Porém,

somente um desses órgãos poderá proferir julgamento por meio de **atividade jurisdicional ininterrupta** e sem qualquer **condicionamento ou impedimento legal** para o fim de “apreciar, mediante última palavra, a existência ou não de lesão ou ameaça de lesão a direitos ou interesses”. E essa é uma função dos órgãos do Poder Judiciário que atuam no exercício da atividade **jurisdicional**.

Diante dessas considerações, pode-se dizer que a **essência da jurisdição** não é a **coisa julgada**, mas a **manifestação final, incondicional e ilimitada** sobre a existência ou não de **ameaça ou lesão a direitos e interesses jurídicos** no Estado brasileiro, pouco importando que essa decisão tenha ou não gerado coisa julgada.

É bem verdade que, em relação ao Tribunal de Contas brasileiro, alguns doutrinadores já sustentaram a tese de que ele desempenhava função jurisdicional.

Leopoldo da Cunha Melo (p. 118-119), quando procurador do Tribunal de Contas da União, sustentava, conforme pareceres, que o “Tribunal de Contas não é simples órgão administrativo, mas exerce verdadeira jurisdição sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos” (CRETELLA JÚNIOR, 1987, p. 186).

Carlos Casimiro Costa (1958, p. 7-34) distinguia as várias funções dos Tribunais de Contas, classificando como “‘judicante’ o ‘julgamento das contas’ e como ‘administrativa’ a ‘apreciação dos atos que concedem aposentadorias, reformas e pensões’” (IDEM, p. 187).

Pontes de Miranda, em seus *Comentários à Constituição Brasileira*, de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, também reconhecia a função judiciária ao Tribunal de Contas.

Conforme já teve oportunidade de afirmar José Cretella Júnior, somente quem confunde ‘administração’ com ‘jurisdição’ e ‘função administrativa’ com ‘função jurisdicional’ poderá sustentar que as decisões do Tribunal de Contas do Brasil são de ‘natureza judicante’. Na realidade:

Nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de ‘natureza jurisdicional’. A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de ‘natureza administrativa’. (IDEM, p. 183)

Os juristas, segundo Cretella Júnior, que procuram defender a posição que atribui 'natureza jurisdicional' às decisões dos Tribunais de Contas raciocinam globalmente, sem analisar uma a uma cada atribuição para verificar e concluir dessa análise que as atribuições dessas Cortes, pela forma e pelo conteúdo, são de **natureza administrativa**, tais como, emissão de pareceres sobre contas que o Chefe do Executivo presta, anualmente, a elaboração de relatório sobre o exercício financeiro encerrado, o registro e a fiscalização da legalidade dos contratos, das aposentadorias, das reformas e pensões, a verificação das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, bem como a apreciação das contas dos administradores das entidades autárquicas. Todas essas funções de controle, de fiscalização, são estranhas à 'função jurisdicional' que, no Brasil, são exercidas pelo Poder Judiciário (CRETELLA JÚNIOR, 1987, p. 184).

Daí porque o Tribunal de Contas da União, no sistema jurídico brasileiro, não exerce **atividade jurisdicional**.

Como bem afirmou Francisco Campos (1956, p. 134), em parecer emitido em 1926, como Relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados:

Se, portanto, as funções exercidas pelo Tribunal de Contas não são de ordem administrativa, como, evidentemente, resulta da sua natureza, nem de ordem judicial, como é palpável, e como tais funções são da mesma natureza que as funções de controle que competem ao Legislativo, órgão auxiliar do Parlamento, e exerce, por delegação, ou extensão constitucional de funções, funções claras, evidentemente e manifestamente congressionais.

Da mesma forma, Alfredo Buzaid (1956, p. 134) esclarece que:

Quando o Tribunal de Contas acompanha e fiscaliza, diretamente ou por delegações criadas por lei, a execução do orçamento, e, quando julga da legalidade de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, é órgão auxiliar do Congresso, mas quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros ou outros bens públicos e as dos administradores dos entes autárquicos, é corporação administrativa autônoma.

A função do Tribunal de Contas da União, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, não é nem administrativa propriamente dita, muito menos jurisdicional, mas é sim uma **função parlamentar de fiscalização democrática**.

Portanto, conforme se verificou, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Tribunal de Contas da União não exerce função **jurisdicional**, ao contrário do que ocorre no sistema jurídico português, pois a sua atribuição constitucional é de natureza meramente **administrativa**. Não se considera jurisdicional a atribuição exercida pelo TCU, uma vez que sua decisão poderá ser objeto de controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário.

Também se constatou que o Conselho Nacional de Justiça, apesar de ser um órgão do Poder Judiciário, também não exerce função jurisdicional, pois, segundo o Supremo Tribunal Federal, este órgão de fiscalização e controle da magistratura brasileira tem natureza meramente **administrativa**.

Está-se diante, portanto, de dois órgãos de fiscalização e controle da magistratura nacional, ambos com previsão constitucional, mas que exercem igual função de natureza **administrativa**.

Em face dessa simultânea atribuição de competência constitucional, outorgada distintamente a dois órgãos administrativos de controle do Poder Judiciário, torna-se plausível e constantemente frequente, conflitos entre decisões provenientes do CNJ e do TCU.

A permissibilidade jurídica da previsão de conflito de atribuição, e não jurisdicional entre o CNJ e o TCU não se dá apenas no âmbito pragmático, mas também na previsão normativa do art. 165 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe: “O conflito de jurisdição ou competência poderá ocorrer entre autoridades judiciárias; **o de atribuições, entre autoridades judiciárias e administrativas**”.

Tendo em vista que o TCU não é uma autoridade judiciária, não há falar em conflito de competência. O que ocorre é um conflito entre uma autoridade judiciária (CNJ) e uma autoridade administrativa (TCU). Apesar de o CNJ ser um órgão administrativo, ele é considerado por determinação constitucional (art. 92 da CF) um órgão do Poder Judiciário.

Assim, havendo descompasso entre uma decisão do CNJ e o TCU, haverá o que se denomina de “conflito de atribuições”.

O objeto deste trabalho de pesquisa é justamente demonstrar a existência no ordenamento jurídico brasileiro de concretos conflitos de atribuições entre CNJ e TCU. Dentre esses conflitos, cita-se o seguinte:

O Presidente do Conselho da Justiça Federal, Ministro Ary Pargendler, fez consulta ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ sob qual decisão administrativa deveria cumprir, ou seja, se ele deveria observar o Enunciado n. 04/06 do Conselho Nacional de Justiça que determina o pagamento de VPNI (Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada) ou Gratificação Especial de Localidade - GEL a determinados magistrados que exercem suas funções em região de fronteira ou localidade de difícil provimento, ou se deveria seguir a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União no TC 021.286/2009-1 que declarou a ilegalidade e a inconstitucionalidade do pagamento da VPNI ou GEL a magistrados, sob o argumento de que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional não previa mais o pagamento desse tipo de gratificação aos juizes brasileiros, pois a Constituição Federal estabelecia que os juizes somente poderiam perceber a título de remuneração SUBSÍDIO em parcela única, não podendo ser pago qualquer outra gratificação especial.

O Enunciado n. 04/06 do Conselho Nacional de Justiça. (que nada mais é do que um Ato Administrativo) assim estabelece:

Enunciado Administrativo Nº 04 – Dispõe sobre o pagamento da Gratificação Especial de Localidade - GEL aos Magistrados da União

“Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida Provisória n. 1.573/96 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei n. 8.270/1991, combinado com o artigo 65, X, da Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN), e Decreto n. 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao recebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme inciso I do artigo 5º da Resolução nº 13 do CNJ.”

(Precedente: PP n. 603 – 27ª Sessão – 10 de outubro de 2006)

Por sua vez, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União no TC 021.286/2009-1 deu-se nos seguintes termos:

Cuidam os autos de representação formulada pela Consultoria Jurídica deste Tribunal, em que são encaminhadas, para conhecimento e providências pertinentes, cópias de contracheques de magistrados da Justiça do Trabalho de que consta o pagamento de subsídio juntamente com a parcela “VPNI - Localidade”, em possível infração ao art. 37, XI, da Constituição Federal. Os contracheques em menção foram apresentados junto à inicial do MS nº 27.851.

A representação foi analisada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip), que, preliminarmente, diligenciou ao Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região (Ofício n. 169 - Sefip), solicitando justificativas e informações acerca do pagamento da parcela VPNI - localidade juntamente com o subsídio, assim como cópias dos contracheques dos magistrados, referentes ao mês de março de 2010, com o intuito de verificar a continuidade do pagamento (fl. 18).

A diligência foi atendida pelo TRT, que enviou os contracheques de fls. 20/24 e respondeu que o pagamento da VPNI - Localidade em concomitância com o subsídio esta baseado no Enunciado Administrativo nº 4, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que assim dispõe (fl. 26):

“Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida Provisória nº 1.537/1997 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei nº 8.270/1991, combinado com o artigo 65, X, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), Decreto nº 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao recebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme o inciso I do artigo 5º da Resolução nº 13 da CNJ.” (Precedente: PP nº 603 – 27ª Sessão – 10/10/2006).

Transcrevo a seguir, com os ajustes de forma pertinentes, parte da instrução da Sefip:

“Antes de analisar os documentos anexados à representação e aqueles enviados pelo TRT da 23ª Região em resposta à diligência, faz-se necessário fazer um breve histórico sobre o regime de subsídio bem como sobre a parcela VPNI - localidade”.

O regime de subsídio, previsto na EC 19/1998, na EC 20/1998 e na EC 41/2003, somente entrou em vigor com a edição da Lei nº 11.143/2005, cujos efeitos financeiros retroagiram à 1/1/2005. Sua implementação foi controversa e só foi objeto de regulamentação por meio da Resolução CNJ 13/2006.

Dispõe o inciso XI do artigo 37 da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003:

‘XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos’;

O § 4º do artigo 39 da CF/88, com a redação dada pela EC nº 19/98, estabelece que o regime de “subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicio-

nal, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”.

Já o inciso V do artigo 93 da CF/88, também com redação dada pela EC nº 19/98, prescreve que ‘o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º.

Assim, em 9/1/2006, considerando o disposto na Lei nº 11.143/2005, bem como o escalonamento remuneratório entre os diversos níveis da magistratura da União previstos no inciso V do artigo 93 da CF/88, acima transcrito, e o § 2º do art. 1º da Lei nº 10.474/2002, o Supremo Tribunal Federal fez publicar a Resolução nº 318, em que torna público o subsídio mensal dos magistrados da União, dentre eles, os juízes de Varas Trabalhistas. Essa Resolução foi revogada pela de nº 415/2009. Esta última foi revogada pela Resolução nº 423/2010, que atualiza o subsídio dos magistrados da União de acordo com o disposto na Lei nº 12.041/2009.

A Resolução CNJ 13/2006, alterada pelas Resoluções 27/2006 e 42/2007, tratou da aplicação do regime de subsídio aos magistrados. Nos termos dessa norma, foram extintas, por compreendidas nos subsídios dos magistrados, vantagens de qualquer natureza, aí incluídas as vantagens pessoais e as nominalmente identificadas, conforme se depreende dos incisos VII e VIII do art. 4º:

‘Art. 4º Estão compreendidas no subsídio dos magistrados e por ele extintas as seguintes verbas do regime remuneratório anterior:

[...].

VII - vantagens de qualquer natureza, tais como:

- a) gratificação por exercício de mandato (Presidente, Vice-Presidente, Corregedor, Diretor de Foro e outros encargos de direção e confiança);
- b) parcela de isonomia ou equivalência;
- c) vantagens pessoais e as nominalmente identificadas (VPNI);
- d) diferenças individuais para compensar decréscimo remuneratório;
- e) gratificação de permanência em serviço mantida nos proventos e nas pensões estatutárias;
- f) quintos; e
- g) ajuda de custo para capacitação profissional.

VIII - outras verbas, de qualquer origem, que não estejam explicitamente excluídas pelo art. 5º (grifo nosso).

Entretanto, o inciso I do artigo 5º da mesma Resolução dispõe que:

‘Art. 5º As seguintes verbas não estão abrangidas pelo subsídio e não são por ele extintas:

I - de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento’.

A possibilidade da concessão da Gratificação Especial de Localidade, posteriormente chamada de “VPNI - Localidade” está prevista no inciso X do artigo 65 da Lei Complementar nº 35, de 14/3/1979, intitulada Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), recepcionada pela Constituição Federal de 1988, in verbis:

‘Art. 65 - Além dos vencimentos, **poderão** ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

[...].

X - gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim **definida e indicada em lei**’ (grifo nosso).

Como se pode verificar pela simples leitura do texto acima reproduzido, a Loman não está concedendo a gratificação. O

dispositivo trata de uma gratificação em potencial, ou seja, de uma possibilidade de concessão, dependendo, para sua eficácia, de lei regulamentadora, que definirá as localidades consideradas de difícil provimento, bem como o valor da vantagem. Ocorre que essa lei nunca foi editada.

Entretanto, em 17/12/1991, o artigo 17 da Lei nº 8.270 estabeleceu gratificação semelhante aos servidores da União em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida a justificava. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 493/1992, que explicitou, em seu Anexo, as localidades que justificavam o pagamento da gratificação. Nos Fundamentos do Voto do Pedido de Providências nº 1.299 do CNJ, datado de 27/5/2009, o Conselheiro Redator informa que: ‘essa regulamentação foi adotada, por analogia, pelos Tribunais, para o disposto no artigo 65, inciso X, da LOMAN, conferindo-lhe a aplicabilidade necessária e garantindo aos magistrados a verba em questão’.

Ocorre que em 10/12/1997, o artigo 2º da Lei nº 9.527, extinguiu essa gratificação e determinou que o valor pago a esse título, passaria a constituir, “a partir da publicação desta Lei **e em caráter transitório**, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente a atualização decorrente de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais” (grifo nosso). Por isso, a gratificação passou a ser paga como “VPNI - Localidade”.

A Lei nº 9.527/97 é decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.595-14, de 10.11.97, que teve como originária a MP nº 1.522, de 11.10.96. Nesse intervalo, o texto sofreu várias alterações e recebeu numerações diferentes em suas reedições. Em 2/5/1997, o texto do artigo 2º da MP de nº 1.573-7 extinguiu a gratificação de localidade. Esse texto manteve-se inalterado em todas as reedições posteriores, até a última edição que foi convertida na Lei nº 9.527/97.

O Pedido de Providências, citado nesta instrução, discutia o texto do Enunciado Administrativo nº 04 do CNJ, decorrente do PP nº 603, de 10.10.2006, republicado em 06/11/2007 (fl. 26). O referido Enunciado estabelece que “Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida

Provisória nº 1.573/97 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei nº 8.270/1991, combinado com o artigo 65, X, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), e Decreto nº 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao recebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme inciso I do artigo 5º da Resolução nº 13 do CNJ.”

Diante disso, verifica-se que o CNJ considera regular o pagamento da parcela “VPNI - Localidade” em concomitância com o subsídio, aos magistrados da União que ingressaram antes da edição da MP nº 1.573/1997 e enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida a justifique, limitando o rendimento total ao valor do teto remuneratório, mesmo após a extinção da gratificação pelo artigo 2º da Lei nº 9.527/1997.

Entretanto, entende-se que após a extinção da Gratificação Especial de Localidade pelo artigo 2º da Lei nº 9.527/1997, e a instituição do subsídio pela EC nº 19/98 estabelecendo o regime de parcela única e vedando o acréscimo de qualquer gratificação, a parcela “VPNI - Localidade” deveria ter sido absorvida pelo montante do subsídio ou por seus reajustes posteriores. Assim, é necessário verificar se, ao tempo da instituição do regime de parcela única, a remuneração dos magistrados, incluída a VPNI, teria sido absorvida pelo montante do subsídio e, em caso negativo, para não haver decurso remuneratório, seria necessário instituir parcelas compensatórias a serem gradualmente incorporadas pelos aumentos posteriores do subsídio.

Observando os contracheques constantes dos autos (fls. 02/17 e 20/24), relativos ao período de setembro a dezembro de 2008 bem como de março de 2010, verifica-se que a parcela “VPNI - Localidade” continua sendo paga aos magistrados que permanecem em exercício nas varas que eram consideradas pela Lei nº 8.270/1991 e Decreto regulamentador

nº 423/1992 de difícil provimento, em concomitância com o subsídio, sem observância do disposto no artigo 2º da Lei nº 9.527/1997 e em desobediência ao disposto no § 4º do artigo 39 da Constituição da República.

Diante disso, cabe determinação ao TRT da 23ª Região, para verificar se, ao tempo da instituição do regime de parcela única, a remuneração dos magistrados, incluída a “VPNI - Localidade”, teria sido absorvida pelo montante do subsídio e, em caso negativo, para que não haja decesso remuneratório, instituir parcelas compensatórias a serem gradualmente incorporadas pelos aumentos do subsídio, cabendo àquele Tribunal, proceder à sua redução na mesma proporção em que tenha ocorrido a majoração do subsídio. Caso a referida vantagem tenha sido totalmente absorvida pelo subsídio ou por seus reajustes posteriores, aquele Tribunal deverá cessar imediatamente o pagamento e promover, administrativamente, a cobrança das quantias pagas a maior. É este o entendimento deste TCU, em matéria semelhante, conforme se verifica no voto condutor do Acórdão TCU 621/2010 – Plenário, da lavra do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, quando da apreciação do relatório de auditoria realizada no TJDF, quanto ao recebimento, por magistrado daquele Tribunal, de verba remuneratória a título de VPNI em concomitância com o subsídio. Verbis:

‘Os magistrados lograram assegurar o direito de crescer às respectivas remunerações, a partir da data em que ingressaram na magistratura ou em data posterior, a VPNI decorrente das parcelas incorporadas a título de Quintos ou Décimos. **A percepção dessa parcela, assim como de qualquer outra, somente poderia ocorrer enquanto não entrasse em vigor o regime de subsídios, previsto na Constituição Federal**, que dependia da edição de lei.

Instituído o regime de parcela única, ocorre a absorção de todas as vantagens, passando a auferir o magistrado apenas o subsídio legal, assegurada, evidentemente, eventual parcela compensatória destinada a evitar algum decesso remuneratório.

[...]

Da mesma forma, uma vez que as demais deliberações judiciais não afastaram as normas gerais aplicáveis à remuneração dos magistrados, cabe ao TJDFT verificar se, ao tempo da instituição do subsídio, a remuneração desses magistrados, incluída a VPNI, teria sido absorvida pelo montante do subsídio e, em caso negativo, para que não haja decesso remuneratório, instituir parcelas compensatórias a serem gradualmente incorporadas pelos aumentos do subsídio, cabendo ao TJDFT proceder à sua redução na mesma proporção em que tenha ocorrido a majoração do subsídio’.

Considerando que o TRT da 23ª Região está pagando a parcela “VPNI - Localidade” em concomitância com o subsídio, com fulcro no Enunciado Administrativo nº 04 do CNJ, reproduzido nesta instrução, é possível que o mesmo esteja ocorrendo nos TRTs das outras regiões, bem como nos Tribunais Regionais Federais. Em razão disso, cabe orientação ao Tribunal Superior do Trabalho - TST para que ordene aos Tribunais Regionais do Trabalho de todas as regiões, que efetue levantamento de todos os magistrados que recebem a parcela “VPNI - Localidade” em concomitância com o subsídio. A partir daí, verificar se, ao tempo da instituição do regime de parcela única, a remuneração, incluída a VPNI, foi absorvida pelo montante do subsídio e, em caso negativo, para que não haja decesso remuneratório, instituir parcelas compensatórias a serem gradualmente incorporadas pelos aumentos do subsídio. Caso a referida vantagem tenha sido totalmente absorvida pelo subsídio ou por seus reajustes posteriores, o respectivo Tribunal deverá cessar imediatamente o pagamento e promover, administrativamente, a cobrança das quantias pagas a maior, observando-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Essa mesma orientação cabe também para os Tribunais Regionais Federais (1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões).

Assim, a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, neste caso, fica a cargo de cada um dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Federais. Em relação a isso, vale transcrever trecho do Relatório da Ministra – Relatora Ellen Gracie do STF, ao indeferir o MS nº 27.539 impetrado contra o Acórdão do TCU nº 1.686/2008 – Plenário, em que o impetrante alegou afronta a

esses princípios por não ter sido convocado para se defender junto ao TCU, antes da prolação do referido Acórdão:

'[...] no julgamento de processos de tomada de contas, de prestação de contas ou de fiscalizações submetidas à apreciação do TCU, a relação se estabelece apenas entre os órgãos públicos envolvidos, não entre o servidor e o TCU.

Não há que falar, portanto, em participação do impetrante durante a fiscalização, a análise e o julgamento das contas do órgão público pelo TCU, sendo razoável o deferimento do exercício do contraditório e da ampla defesa pelo impetrante para o âmbito do próprio órgão a que se vincula'.

Conclusão:

Conclui-se, portanto, que o pagamento da parcela "VPNI - Localidade" em concomitância com o subsídio, sem a devida transformação dessa vantagem em parcela compensatória absorvível gradualmente pelos aumentos do subsídio, é irregular.

Conclui-se também que o inciso X do artigo 65 da Lei Complementar nº 35/1979 – Loman, trata de uma gratificação em potencial, ou seja, de uma possibilidade de concessão, dependendo, para sua eficácia, de lei regulamentadora. E que, com a instituição do subsídio pela EC 19/1998, esse regime de parcela única não comporta pagamento concomitante com nenhuma gratificação, de acordo com o disposto no § 4º do artigo 39 da Carta Magna e jurisprudência desta Corte de Contas.

Assim, considerando que o TRT da 23ª Região está pagando a parcela "VPNI - Localidade" em concomitância com o subsídio, com fulcro no Enunciado Administrativo nº 04 do CNJ, é possível que o mesmo esteja ocorrendo nos TRTs das outras Regiões bem como nos Tribunais Regionais Federais. Em razão disso, cabe determinação ao TRT da 23ª Região e orientação ao TST, para que ordene aos TRTs de todas as Regiões, apurar os casos existentes em cada Tribunal, de pagamento dessa vantagem em concomitância com o subsídio, verificando se, ao tempo da instituição desse regime de parcela única, a remuneração dos magistrados, incluída

a VPNI, foi absorvida pelo montante do subsídio. Em caso negativo, para que não haja decesso remuneratório em homenagem ao princípio da irredutibilidade de subsídios prescrito no inciso XV do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, instituir parcelas compensatórias a serem absorvidas pelos aumentos do subsídio. E, caso a referida vantagem tenha sido totalmente absorvida pelo subsídio ou por seus reajustes posteriores, deve o respectivo Tribunal cessar imediatamente o pagamento e promover a cobrança das quantias pagas a maior, observando-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A mesma orientação cabe aos Tribunais Regionais Federais (1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões)...

O Conselho Nacional de Justiça, ao decidir a consulta formulada pelo então Presidente do Conselho da Justiça Federal - CJF, Ministro Ary Pargendler, no Procedimento Administrativo n. 0006065-55.2011.2.00.0000, mediante decisão monocrática do Conselheiro Fernando da Costa Tourinho Neto, assim recomendou ao órgão consulente, no caso, o Conselho da Justiça Federal:

DECISÃO ____/2012

1. Trata-se de consulta formulada pelo Presidente do Conselho da Justiça Federal, questionando como deve proceder quanto ao pagamento a magistrados da gratificação denominada VPNI-GEL, autorizado pelo Enunciado n. 4 deste CNJ, em face do Aviso n. 146, assinado pelo Presidente do Tribunal de Contas da União, que recomenda a observância do Acórdão n. 8890/2011 da 1ª Câmara daquele Tribunal, que julgou ser ilegal o pagamento da referida gratificação, gerando “manifesto conflito de atribuições” entre os dois Órgãos.

Questiona “como proceder, à vista de que, a seguir o Enunciado Administrativo n. 4 do Conselho Nacional de Justiça, os ordenadores de despesa no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo grau serão responsáveis perante o Tribunal de Contas da União por descumprirem a orientação deste, responsabilidade que poderá se desdobrar nas esferas administrativas e patrimoniais” (REQ1).

2. O Juiz Federal Artur César de Souza, na condição de interessado, manifestou-se nos autos, alegando que, em face do princípio da isonomia remuneratória entre os magistrados, o qual foi concretizado pelo pagamento em parcela única de subsídio, esses valores devem ser aritmeticamente idênticos, sem oscilações inconsistentes, sendo, pois, ilegal o pagamento da VPNI-GEL, com base no Enunciado n. 04, apenas para alguns magistrados, em prejuízo dos demais.

Aduz a legitimidade constitucional do TCU para apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se o CNJ.

3. Por meio do DESP4, determinei o sobrestamento do andamento da presente consulta, tendo em vista que a questão já estava afeta ao Plenário deste CNJ, nos autos do Pedido de Providências n. 0000431-44.2012.2.0.0000, relator o Conselheiro Jeferson Kravchychyn.

4. Referido processo foi julgado na 144ª sessão ordinária, de 12.03.2012, tendo o Plenário deste CNJ, por unanimidade, negado provimento ao recurso administrativo interposto da decisão que determinou o arquivamento do pedido de providências.

5. Por meio do REQAVU7, o Juiz Artur César de Souza informou que requereu ao relator do PP 0000431-44.2012 a declaração de nulidade do julgamento, por usurpação de competência do STJ ou do STF, para apreciar conflitos de atribuições entre o CNJ e o TCU. Sendo indeferido o pedido por aquele Conselheiro, reiterou o pedido a este relator, para que encaminhe os presentes autos ao Plenário deste CNJ, a fim de que, apreciando questão de ordem, suscite o aludido conflito de atribuições.

6. É o relatório.

7. Decido.

Após o julgamento, pelo Plenário deste CNJ, do recurso administrativo interposto contra a decisão que determinou o arquivamento do Pedido de Providências n. 0000431.44.2012.2.00.0000, na sessão de 26 de março de 2012, tenho que a questão não merece maiores digressões por este relator.

Naqueles autos, o eminente Conselheiro Jeferson Kravchychyn proferiu voto com o seguinte fundamento:

Primeiramente, cabe esclarecer que o Recorrente, no Pedido de Providências - PP n. 0002894-27.2010.2.00.0000, de Relatoria do Conselheiro Ney José Freitas, requereu a extensão da VPNI ou Gel para todos os magistrados. A decisão citada foi assim emendada:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. JUIZES FEDERAIS. GEL (GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIZAÇÃO). SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA JÁ ENFRENTADA PELO PLENÁRIO DO CNJ.

1. No PP 603 o CNJ já decidiu que a GEL (convertida em VPNI pela edição da Lei Lei nº 9.527/97,) constituiu verba de caráter permanente, não havendo sido absorvida pelo subsídio, ficando destacada até o limite do teto constitucional (Resolução CNJ n. 13, art. 5º, I).

2. Os magistrados que passaram a ter exercício em localidades de difícil provimento após a edição da MP 1.573/96 não têm direito ao recebimento da aludida gratificação, por ausência de base legal para seu pagamento.

3. Existência de fundamentação na decisão monocrática que não conheceu do pedido do requerente por entender que a matéria já havia sido apreciada pelo Plenário do CNJ. Legitimidade da adoção da técnica da motivação ‘per relationem’ (MS 28989/PR).

Recurso administrativo que se conhece, e a que se nega provimento.

Não conformado com a decisão e diante do surgimento de fato novo, qual seja, a decisão do TCU que declarou a ilegalidade e inconstitucionalidade do Enunciado Administrativo n. 04 do CNJ, o Recorrente ingressou com um novo PP, com pedido inicialmente da extensão do VPNI aos demais membros da magistratura (REQ5 e REQAVU6). Frise-se que no REQAVU6 o requerimento foi: “se persistir esse pagamento, ele deve ser também pago ao ora interessado, e, por questão lógica, a todos os demais membros da magistratura”.

No evento n. 7, talvez para evitar a coisa julgada administrativa, o Recorrente expôs, por um novo requerimento (REQ8), que o seu pedido era pelo cumprimento da decisão proferida pelo TCU, restabelecendo-se a isonomia entre os magistrados, em razão da inconstitucionalidade e ilegalidade da VPNI ou GEL reconhecidas pelo Tribunal de Contas, diferentemente do pedido constante no PP n. 28942700102000000, no qual se delimitava a ampliar o pagamento da VPNI a todos os magistrados federais.

Como houve retificação do requerimento, conheci do pedido, afastando a coisa julgada administrativa. Entretanto, fato que casou estranheza foi que o Recorrente, em um primeiro momento, neste próprio procedimento, pugnou pela extensão do VPNI para todos os magistrados, inclusive para ele, e depois requereu que o CNJ declarasse a inconstitucionalidade da VPNI ou GEL.

Acontece que a presente questão já tinha sido analisada monocraticamente por este Conselheiro no processo nº 5294-77.2011.2.00.0000, quando o então Presidente do TCU, Ministro José Múcio Monteiro, enviou um aviso que expôs o Acórdão daquela Corte no que se refere ao pagamento de VPNI no âmbito do TRT23, ou seja, o CNJ já tinha conhecimento do suposto fato novo apresentado pelo Recorrente.

Ademais, diante do pedido do Recorrente para que o TCU seja intimado por ser parte interessada, informo que, no evento nº 18 do processo supracitado, o Presidente do Tribunal de Contas foi oficiado para ciência daquela decisão.

Pois bem, em relação à VPNI ou GEL, a questão já foi por demais debatida, sendo a posição desta Corte manifestada na edição do Enunciado nº 4/2006, republicado no ano de 2007, a qual traz a seguinte orientação:

“Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida Provisória nº 1.573/97 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei nº 8.270/1991, combinado com o artigo 65, X, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), e Decreto nº 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao recebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de

Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme inciso I do artigo 5º da Resolução nº 13 do CNJ.”

(Precedente: PP nº 603 – 27ª Sessão Ordinária – 10 de outubro de 2006; republicado em virtude de erro material – 51ª Sessão Ordinária – 06 de novembro de 2007)

De igual modo a Resolução nº 13 do CNJ, em seu artigo 5º, I, prevê que: “Art. 5º As seguintes verbas não estão abrangidas pelo subsídio e não são por ele extintas: I - de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento.”

Recentemente foi suscitada a ilegalidade e inconstitucionalidade no pagamento de tais vantagens aos magistrados federais, questão que foi objeto de deliberação pelo Plenário desse Conselho na 130ª Sessão Ordinária, realizada no dia 05/07/2011, ocasião em que, por unanimidade manteve-se o entendimento anterior e conseqüentemente o texto integral do enunciado destacado:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. JUIZES FEDERAIS. GEL (GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIZAÇÃO). SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA JÁ ENFRENTADA PELO PLENÁRIO DO CNJ.

1. No PP 603 o CNJ já decidiu que a GEL (convertida em VPNI pela edição da Lei nº 9.527/97,) constituiu verba de caráter permanente, não havendo sido absorvida pelo subsídio, ficando destacada até o limite do teto constitucional (Resolução CNJ n. 13, art. 5º, I).

2. Os magistrados que passaram a ter exercício em localidades de difícil provimento após a edição da MP 1.573/96 não têm direito ao recebimento da aludida gratificação, por ausência de base legal para seu pagamento.

3. Existência de fundamentação na decisão monocrática que não conheceu do pedido do requerente por entender que a matéria

já havia sido apreciada pelo Plenário do CNJ. Legitimidade da adoção da técnica da motivação ‘per relationem’ (MS 28989/PR).

Recurso administrativo que se conhece, e a que se nega provimento.

(PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS – CONSELHEIRO 0002894-27.2010.2.00.0000 – RELATOR CONSELHEIRO NELSON TOMAZ BRAGA) (grifei).

Antes da deliberação destacada, a matéria já havia sido enfrentada pelo CNJ em outras oportunidades: a) no PP 603, questionava-se o pagamento da GEL em razão da edição da Resolução 13/2006; b) sob a relatoria do Conselheiro Jorge Maurique, no PP 0000266-36.2008.2.00.0000, e ainda c) no PP 0003434-12.2009.2.00.0000, de relatoria do Conselheiro Jorge Hélio, em que se requeria ao CNJ que declarasse que a GEL teria natureza de retribuição pelo exercício, enquanto perdurar, em comarca de difícil provimento, e portanto de natureza não-remuneratória para todos os efeitos legais.

O Supremo Tribunal Federal - STF decidiu que, até o advento da lei complementar prevista no artigo 93, caput da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da Lei Complementar nº 35/79, que foi recebida pela Constituição Federal/88.

Dessa forma, a lei Orgânica da Magistratura Nacional foi recebida pela CF/88, a qual, em seu art. 65, estabeleceu as vantagens devidas aos membros da magistratura nacional e previu “a gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil reparação”.

Isso foi, inclusive, apontado pelo Conselheiro Paulo Lobo no PP 603, senão vejamos:

Em cumprimento ao referido preceito constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional –, cujo art. 65 estabeleceu, *numerus clausus*, as vantagens devidas aos membros da magistratura nacional, incluindo-se a previsão no inciso X:

X - gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei.

Conforme já decidiu a Suprema Corte, “Até o advento da lei complementar prevista no artigo 93, caput, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da Lei Complementar nº 35/79, que foi recebida pela Constituição”

Como se vê, há mais de duas décadas existe previsão na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, recepcionada pelo texto constitucional, para o pagamento aos magistrados de “gratificação pelo efetivo exercício em comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei”.

Como visto, **a orientação do Conselho Nacional de Justiça encontra-se consolidada, sendo que em nenhuma das ocasiões em que a matéria foi analisada houve a intenção de modificar-se o entendimento firmado no Enunciado Administrativo de nº 4, nem mesmo o disposto no artigo 5º, I, da Resolução nº 13.**

Como afirmado pelo Recorrente, há aparente conflito nas orientações exaradas do Tribunal de Contas da União e do Conselho Nacional de Justiça. Em situação que conflito dessa ordem foi apresentado ao Conselho, assim restou deliberado pelo Plenário, que por unanimidade, acompanhou o voto do Relator Conselheiro Marcelo Neves, cuja ementa registra:

Consulta. **1) Competência para Controle Administrativo e Financeiro do Poder Público. Conflito de competências entre TCU e CNJ. Critério da especialidade.** 2) Permuta de servidores por cargos vagos. Prática similar ao instituto da transferência. Impossibilidade. Precedentes do STF. **1) O conflito de competências entre TCU e CNJ para controlar administrativo-financeiramente o Poder Público resolve-se pelo critério da especialidade, prevalecendo a competência do CNJ quando se tratar especificamente do controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário.** 2) É vedada a permuta de servidores por cargos vagos, possibilitando a efetivação de servidores em Quadro de Pessoal de Tribunal para o qual não lograram aprovação em concurso público, resultando em prática similar ao instituto da transferência, banido do Ordenamento Jurídico Brasileiro conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (CNJ - CONS 0007136-29.2010.2.00.0000

– Rel. Cons. Marcelo da Costa Pinto Neves – 119ª Sessão – j. 25/01/2011 – DJ - e nº 17/2011 em 27/01/2011 p. 23) (grifei).

Cita-se nesse passo a manifestação do Conselheiro Paulo Lobo, no PP 445: “Não existe hierarquia entre o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional de Justiça e suas decisões são dotadas de igual valor. “Figurando, porém, o CNJ como órgão máximo do controle administrativo do aparato judicial brasileiro, de natureza interna, suas decisões devem **Por fim, por exercer o controle, especificamente, da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, todos os tribunais, com a exceção do Supremo Tribunal Federal, devem acatar as determinações emanadas por este Conselho mesmo com posições divergentes do TCU** ser cumpridas pelos órgãos judiciários, inclusive porque resultantes do exercício da auto-tutela administrativa”.

Contudo, **entendo que, conforme decisão monocrática, a eventual divergência de entendimentos não pode ser aqui dirimida. Não é razoável que o próprio Conselho Nacional de Justiça manifeste-se acerca da orientação mais adequada. Sua posição está expressa nos diversos julgados anteriormente mencionados.**

Assim, diante da decisão do TCU em relação o Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, entendo que não cabe a este Conselho manifestar-se nem mesmo intervir, sob pena de invadir seara que não lhe é afeta.

Possível questionamento acerca da divergência de orientações estabelecidas deve ser resolvido judicialmente.

Como o Procurador-Geral da República - PGR oficia perante este Conselho e tem conhecimento de todas as decisões proferidas em Plenário, deixo de encaminhar a presente decisão à PGR.

Por fim, por exercer o controle, especificamente, da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, todos os tribunais, com a exceção do Supremo Tribunal Federal, devem acatar as determinações emanadas por este Conselho mesmo com posições divergentes do TCU. (sublinhado com negrito nosso).

A solução apresentada pelo Conselheiro Jefferson Kravchychyn para resolução da controvérsia, e acolhida, por unanimidade, pelo Plenário deste CNJ, incluindo-se este relator, aplica-se, integralmente, ao presente caso.

Com efeito, ficou consignado no voto acima transcrito que, “por exercer o controle, especificamente, da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, **todos os tribunais**, com a exceção do Supremo Tribunal Federal, **devem acatar as determinações emanadas por este Conselho mesmo com posições divergentes do TCU**”. Em arremate, decidiu-se que “Possível questionamento acerca da divergência de orientações estabelecidas deve ser resolvido judicialmente”.

O Conselho da Justiça Federal questiona se deve seguir decisão do TCU ou do CNJ. A resposta **é de que deve atentar para a orientação deste Conselho**.

Não há previsão regimental para o pleito do interessado, juiz Artur César de Souza, no sentido de que o Plenário suscite conflito de atribuições, com remessa dos autos ao STF ou ao STJ. A busca da via judicial, se for o caso, deve ser iniciativa dos interessados.

Ressalto que, de acordo com o art. 90 do RICNJ, a presente Consulta pode ser apreciada monocraticamente, pois já foi objeto de pronunciamento definitivo do Plenário do CNJ.

8. Ante o exposto, **com base no precedente acima citado, respondo à Consulta no sentido de que o Conselho da Justiça Federal, ante o conflito de atribuições, deve seguir as orientações deste Conselho Nacional de Justiça, e não do Tribunal de Contas da União**.

9. Intimem-se. Cópia da presente servirá como ofício.

10. Após, arquivem-se os autos.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO Conselheiro.

A conclusão da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Consulta n. 0006065-55.2011.2.00.0000, deu-se da seguinte forma: “Ante o exposto, **com base no precedente acima citado, respondo à Consulta no sentido de que o Conselho da Justiça Federal, ante o con-**

flito de atribuições, deve seguir as orientações deste Conselho Nacional de Justiça, e não do Tribunal de Contas da União.”

O Conselho Nacional de Justiça, que é um órgão administrativo do Poder Judiciário, por meio dessa decisão, contrariou frontalmente a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, que também apresenta natureza administrativa, ao determinar que sua decisão deveria prevalecer sobre a decisão do TCU.

Assim, instaura-se, efetivamente, um conflito de atribuições entre TCU e CNJ, conflito esse que deve ser regulado e dirimido por órgão competente, evidentemente de natureza jurisdicional e com competência constitucional para assim proceder.

Logo a seguir, verificar-se-á como se dirimir este conflito de atribuição e qual decisão deverá prevalecer no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

5 Da legitimidade do Tribunal de Contas da União brasileiro para declarar a inconstitucionalidade da lei

Observou-se acima que a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, no TC 021.286/2009-1, reconheceu a **inconstitucionalidade** de atos normativos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça que permitiram o pagamento de gratificações de função para além do valor dos **subsídios** fixados pela Constituição Federal brasileira.

Em razão do fundamento constitucional da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, poder-se-ia por em dúvida a legitimidade do referido órgão para declarar a **inconstitucionalidade** de ato normativo, uma vez que essa prerrogativa jurisdicional no sistema brasileiro é do Poder Judiciário.

A *vexata questio* diz respeito à possibilidade de o Tribunal de Contas da União negar aplicação a leis ou atos normativos por ele reconhecidos como **inconstitucionais**.

Para alguns doutrinadores, a resolução desta problematização depende da natureza jurídica do Tribunal de Contas, ou seja, se se trata de órgão judiciário.

Como se observou, o Tribunal de Contas não pertence efetivamente ao Poder Judiciário. Como bem elucida Guimarães Menegale (1950, p. 267):

A atribuição de julgar contas de responsáveis por dinheiros e outros bens, assim como da legalidade de contratos, reformas e pensões, é, manifestamente, de caráter técnico, de apreciação e parecer sobre contabilidade e determinados atos administrativos, com referência à execução orçamentária.

No mesmo sentido é a lição de Seabra Fagundes (1957, p. 157), para quem:

O Tribunal de Contas não aparece na Constituição como órgão componente do Poder Judiciário. Dele se trata no capítulo referente ao Poder Legislativo, do qual constitui, pelo menos por algumas de suas atribuições, órgão auxiliar.

Também Castro Nunes (1943, p. 22) já teve oportunidade de afirmar que a Corte de Contas não seria um órgão pertencente ao Poder Judiciário, mas que teria jurisdição administrativa, dita judiciária, no tocante à tomada de contas, podendo ser considerada apenas no sentido genérico de jurisdicional.

Na concepção de Wilson Accioli de Vasconcellos (1968, p. 81):

O Tribunal de Contas, por delegação constitucional, compete pronunciar-se sobre a 'legalidade' de contratos, aposentadorias, reformas. Mas, a despeito de a expressão consagrada no texto constitucional ser a mesma usada em relação às contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos - 'julgar' - o Tribunal não desempenha função judicante quando decide nesses casos. A função que exerce é materialmente administrativa.

Segundo já teve oportunidade de afirmar Rui Barbosa (1934, p. 451), o Tribunal de Contas, que tem criação constitucional, não se identifica com órgãos do Poder Judiciário, pois sua criação deu-se em lugar distinto

dos órgãos que compõem o Poder Judiciário. Não se inclui, portanto, o Tribunal de Contas como órgão do Poder Judiciário, muito embora seja um Tribunal *sui generis*.

Diante dessas considerações, entendeu Wilson Accioli de Vasconcellos que o Tribunal de Contas não poderia declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, sob os seguintes argumentos:

Não bastassem esses argumentos carreados para a elucidação do problema – entre os quais o de que a instituição do Tribunal de Contas não figura nas relações dos Tribunais englobados pelo capítulo específico destinado ao Poder Judiciário –, e valeria o raciocínio decisivo, segundo o qual a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público se inclui também no mesmo capítulo citado... Além do mais, observa-se que a admissibilidade da apreciação de inconstitucionalidade, por parte do Tribunal de Contas, encontraria grave obstáculo, pois compete justamente ao Senado a suspensão da execução de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Ora, como iria o Tribunal de Contas – órgão eminentemente auxiliar do Poder legislativo – impugnar uma lei por elaborada?

E tanto é verdade que descabe ao Tribunal de Contas a declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos do Poder Público, que o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do preclaro Ministro-Relator, no Recurso de Mandado de Segurança n. 8.372 (Ceará), enunciou e consagrou esse princípio.

Mas, adiante – a despeito desse entendimento –, o douto Ministro procurou, de modo personalíssimo, estabelecer contraste entre ‘declaração’ de inconstitucionalidade e ‘não aplicação’ de leis constitucionais, assim declarada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal – e é este o caso objeto do REcurso acima referido –, ou ‘negar aplicação a uma lei por que (Corte) tida como inconstitucional’.

Ambas as hipóteses são distintas.

Compreende-se que, no caso de existir uma lei ou decreto reputados inconstitucionais, por ‘decisão anterior’ – prolatada por Tribunal competente –, possa admitir-se que a Corte de

Contas se ‘negue a aplicar’ tais dispositivos ‘declarados’ írritos e sem efeito, ‘em julgamento realizado antecedentemente.

Pronunciar-se, porém, a Corte de Contas no sentido de ‘negar aplicação’ à lei ou decreto que não foram ainda examinados pelo Tribunal idôneo – pelo simples fato de julgá-los eivados de nulidade –, afigura-se nos exorbitância desbordada e insustentável. (VASCONCELLOS, 1968, p. 83)

Porém, não obstante a opinião em contrário da doutrina acima exposta, atualmente não há mais dúvida de que o Tribunal de Contas da União apresenta competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quando este Tribunal atua de acordo com as prerrogativas que lhe foram traçadas pela Constituição Federal brasileira de 1988.

O Supremo Tribunal Federal há muito reconheceu a competência do Tribunal de Contas para a apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos, inclusive editando quanto à matéria a Súmula 347 que assim dispõe: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de leis e dos atos do Poder Público”¹³.

Sobre o conteúdo normativo da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, anota Roberto Rosas:

O art. 72 da Constituição prevê o exercício pelo Tribunal de Contas da verificação da ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos etc. (§ 5º); a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões (§ 7º). Em face desses preceitos basilares, cabe à Corte de Contas o exame das exigências leais nos casos enunciados

13 A Corte de Contas da Itália não dispõe de tal atribuição: “927 - Sez. contr. – 7 dicembre 1978 – Pres. (ff) Costa – Rel. Di Stefano – Istituti dipendenza. Corte dei conti – Controllo – Limiti – Disapplicazione di atti presupposti non assoggettati al controllo – Esclusione – Illegittimità derivata da atti sottoposti a controllo – Accertabilità. Corte dei conti – Controllo – Atti di enti pubblici territoriali – Presupposto di atti assoggettati al controllo – Esclusione del controllo della Corte dei conti – Segnalazione alla Presidenza del Consiglio per l’annullamento – Obbligo (T.u. 12 luglio 1934 n. 1214, art. 15; t.u. 3. marzo 1934 n. 383, art. 61). La Corte dei conti, nell’esercizio delle attribuzioni di controllo, non può disapplicare provvedimenti di enti pubblici territoriali, che costituiscono presupposto di atti assoggettati al suo controllo, ancorchè ne acceti incidenter tantum la illegittimità, neppure al limitato fine di dichiarare in via derivata la non conformità a legge degli atti sottoposti al suo esame, sia perchè il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi è riconosciuto soltanto al giudice dei diritti, sia perchè la Corte dei conti non può sindacare atti sui quali il controllo compete, in via esclusiva, ad altri organi”. (Apud LENZ, 2005, p. 356 e 357).

com a Constituição, não procedendo o argumento da privatividade da interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Se os atos submetidos ao Tribunal de Contas não estão conforme a Constituição logo são atos contra a lei, portanto inconstitucionais. Lúcio Bitencourt não foge deste ponto quando afirma caber a todos os tribunais ordinários ou especiais, apesar de pertencer a última palavra ao STF... (ROSAS, 1989, p. 146)

No julgamento proferido no Mandado de Segurança n.19.973-DF, assim se manifestou o Ministro Rodrigues Alckmin:

[...] cabia ao Tribunal de Contas, no exercício de atribuição que é constitucionalmente sua, recusar submissão à determinação inconstitucional. O fato de O Tribunal de Contas ser órgão auxiliar do Poder Legislativo não lhe retira o poder de recusar-se a cumprir ordens inconstitucionais.

Portanto, não somente os órgãos do Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, mas também o Tribunal de Contas da União brasileiro poderá apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.

6 Ilegitimidade e incompetência do Conselho Nacional de Justiça para dirimir conflito que envolva o Tribunal de Contas da União

O Conselho Nacional de Justiça, ao decidir no Pedido de Consulta n. 0006065-55.2011.2.00.0000 que o Conselho da Justiça Federal deveria cumprir suas determinações sobre o pagamento aos magistrados da VPNI (Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada) ou da GEL (Gratificação Especial de Localidade) e não a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União no TC 021.286/2009-1 **usurpou indubitavelmente a competência do Supremo Tribunal Federal brasileiro**, que é o órgão constitucionalmente competente para dirimir **conflito de atribuições**, principalmente quando nesse conflito há envolvimento do Tribunal de Contas da União.

O Conselho Nacional de Justiça não possui competência **constitucional** para julgar e dirimir **conflito de atribuições** que envolva o Tribunal de Contas da União

uma vez que essa competência constitucional seria do **Superior Tribunal de Justiça**, conforme preconiza o art. 105, inc. I, letra 'g', da Constituição Federal brasileira, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar originariamente:

(...).

g - os conflitos DE ATRIBUIÇÕES entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União.

Note-se que o art. 105, inc. I, letra 'g', da Constituição Federal não faz referência a **conflito de competência**, o que demandaria a existência de processo jurisdicional já instaurado, mas fala de **conflito de atribuições**, o que indica que havendo conflito de decisões entre autoridades administrativas da União (Tribunal de Contas da União) e a autoridades judiciárias da União (Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 92, inc. I – A, da CF) a competência para dirimir esse conflito de atribuições administrativas seria do Superior Tribunal de Justiça e não do próprio órgão administrativo envolvido na questão jurídica, até mesmo para que seja preservada a imparcialidade dos julgamentos administrativos.

Como se afirmou, o tribunal competente e legitimado para dirimir conflito de atribuições entre órgãos administrativos do Executivo e do Judiciário, segundo a Constituição Federal, é o Superior Tribunal de Justiça.

Porém, é também verdade que o Supremo Tribunal Federal, no **conflito de atribuições n. 40-7, envolvendo** o Tribunal de Contas da União e o Tribunal Regional do Trabalho, por decisão Plenária do Tribunal, entendeu que a competência para dirimir esse conflito é do próprio Supremo Tribunal Federal e não do Superior Tribunal de Justiça, justamente por estar entre os envolvidos o Tribunal de Contas da União. Eis o teor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

COMPETÊNCIA. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO X TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO.

O envolvimento do Tribunal de Contas da União afasta a pertinência da alínea 'g' do inciso I do art. 105 da Constituição Federal. Define-se a competência do Supremo Tribunal Federal tendo-se em vista os preceitos das alíneas 'd' e 'g' do inc. I do art. 102 da CF.

Assim, em face do que determina a Constituição Federal brasileira e em decorrência da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, o **conflito de atribuições** envolvendo o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional de Justiça não pode ser decidido por um dos órgãos administrativos ou judiciais envolvidos, mas, sim, pelo tribunal competente indicado pela Constituição Federal, no caso, o Supremo Tribunal Federal.

Se a intenção do órgão monocrático do Conselho Nacional de Justiça era definir qual das decisões administrativas deveria ser cumprida pelo Conselho da Justiça Federal, deveria ter suscitado o **conflito de atribuições perante o Supremo Tribunal Federal**, a fim de que este tribunal dissesse qual decisão deveria ser aplicada.

O Conselho Nacional de Justiça, ao invés de suscitar o **conflito de atribuições** perante o STF, houve por bem ele próprio decidir que a decisão administrativa que deveria ser cumprida pelo Conselho da Justiça Federal era a do próprio CNJ. Tal postura, indubitavelmente é censurável, pois **usurpou** a competência outorgada pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal, órgão encarregado de dirimir conflitos de atribuições que envolvam o Tribunal de Contas da União.

7 Preponderância das decisões do Tribunal de Contas da União sobre as decisões administrativas do Conselho Nacional de Justiça – *checks and balances*

O processo de qualquer ação inteligente envolve um projeto e seu cumprimento. Como não é dado a qualquer mortal planificar suas ações com perfeita previsibilidade ou seus atos com infalível julgamento, a realização de projeto quase que invariavelmente dá origem a inesperadas situações que requer uma escolha entre alternativas. Esta é uma experiência racional individual em sua privada conduta; e as questões governamentais são apenas o mesmo tipo de comportamento em larga escala na esfera dos assuntos públicos. As regras de uma comunidade decidem sobre uma determinada medida ou política de regulação social. Isso é a norma jurídica, que deve ser levada a efeito por todas as instituições que estão no comando da organização do governo e do Estado (ALLEN, 1945, p. 1).

No processo de aplicação duvidosa, contraditória e de reivindicações concorrentes inevitáveis, deve existir um órgão imparcial e independente dos envolvidos para definir essa questão.

Por isso, ao contrário do afirmado pelo ilustre conselheiro relator no Pedido de Consulta n. 0006065-55.2011.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça não é um órgão soberano, acima de todos os outros Poderes, acima do **bem** e do **mal**, e que não deve se curvar ao controle fiscalizatório do Tribunal de Contas da União, muito menos tem legitimidade para definir qual decisão administrativa deve prevalecer, justamente pelo fato de que não é um órgão imparcial no caso concreto, uma vez que uma das decisões conflitantes é proveniente do próprio CNJ.

O Conselho Nacional de Justiça, por ser um órgão judicial criado na reforma da Constituição Federal brasileira, deveria ser o primeiro a defender de maneira veemente a **separação dos poderes**, reconhecendo que ao Poder Judiciário compete dirimir conflitos de interesses, especialmente conflitos de interesses instaurados entre órgãos públicos de natureza administrativa.

Pela magnitude de suas funções, o Conselho Nacional de Justiça deveria ser o primeiro órgão judicial a realçar e a proteger a efetiva **separação dos poderes**, a fim de evitar que um governo autoritário e despótico se instaure no âmbito da sociedade brasileira.

O princípio da separação de poderes encontra a sua raiz remota na antiguidade greco-romana, tendo como objetivo principal a limitação do poder político, nos seguintes termos: a) o poder político deve decorrer de uma estrutura institucional objetiva e não da vontade dos homens; b) essa estrutura institucional deveria ser diferenciada, tanto do ponto de vista orgânico como funcional; c) ela deve ser juridicamente conformada e deve atuar de acordo com a lei; d) deve ser estável, sendo, para isso, ponto de convergência de várias classes sociais, de interesses divergentes (PIÇARRA, 1989, p. 31-32).

Porém, a teoria da **separação de poderes** pela primeira vez tomou forma durante a Guerra Civil Inglesa no século VII. Em 1600, a Inglaterra tinha uma rudimentar divisão de funções entre o Parlamento, a Coroa, e o Tribunal da *common law*. O Parlamento possuía a maior parte do poder orçamentário. A Coroa realizava maldefinidas prerrogativas. Os juízes da

common law reivindicavam o poder de vincular até mesmo o rei à lei. Durante este século agitado, a Inglaterra experimentou a guerra civil levando ao **regicídio**, Cromwell's Commonwealth, restaurando a monarquia, e uma derradeira Revolução Gloriosa que depôs outro rei e confirmou a ascensão do Parlamento.

Foi durante a *Commonwealth* que a ideia de **separação de poderes** foi formada. Pelo menos desde o tempo do antigo historiador Polybius, a teoria do governo misto passou a dominar os discursos políticos. Essa assegura que a combinação de elementos da monarquia, aristocracia e democracia podem melhor assegurar o balanceamento e a estabilidade governamental. Quando houve a ruptura do antigo sistema, novas formulações foram necessárias. O **princípio da separação de poderes** foi articulado por John Lilburne e por James Harrington, que incorporaram as novas ideias em seu *Oceana* (1656), ajudando a transmitir essas ideias aos americanos (SHANE; BRUFF, 2005, p. 4).

John Lilburne faz parte dos **Niveladores**, grupo que atuava no seio do exército parlamentar inglês que lutava contra Carlos I Estuardo e que constituía sua ala mais radical, pretendiam que o 'povo' aprovasse e impusesse o *Agreement*, isto é, um acordo escrito ou modo de um compromisso contratual e que serviria para por fim à guerra, reconhecendo uma série de direitos ao *freeman* ou 'homem livre' e instituísse mecanismos de controle e decisões democráticos. Os niveladores apoiavam controle do poder parlamentar e a vigilância de suas decisões passava por descentralizar a justiça, retirando dos deputados **a última palavra em qualquer processo**, cedendo-a ao jurado, que não deixa encarnar um procedimento democrático (FERNANDEZ, 2011, p. 3). Na realidade:

O principal objetivo de los levellers, durante toda su trayectoria, fue juridificar el poder, someterlo a Derecho. En realidad, tal pretensión era muy antigua y ya Aristóteles había hablado sobre el gobierno de las leyes como distinto del de los hombres en su Política. Permitía separar el cargo público de las ambiciones y los deseos particulares, derruir la arbitrariedad, extraener fuera del dominio de las pasiones una norma que se ampararía en la razón y, que evitaria así la corrupción de la república, es decir, la destrucción de sua

principal fundamneto, el bien común. La perspectiva romana, con premisas diferentes a la democracia griega de los siglos VI y V a.C., pero siguiendo el pensamiento platónico y aristotélico sobre la politeia, estableció una 'constitucion mixta'. Se trataba de un modo de unión por el cual los miembros de la comunidad pertenecían al mismo cuerpo político. Al mismo tiempo, la entidad constituida abarcada distintos poderes separados que se contrarrestaban, hallando así un equilibrio para mantener la paz colectiva. (IDEM, p. 123)

O princípio que guiaria este modelo é o mesmo que orientava o constitucionalismo 'antigo', o de fixar limites ao exercício do poder, o do governo limitado.

Com efeito, na França, a reunião estamental dos Estados Gerais mantinha já em 1561 e de forma clara um agudo conflito com a Coroa, que somente convocava reuniões para pedir fundos, sem consideração alguma pela assembleia. Diante deste absolutismo que assim ganhava força, Claude de Seyssel (1450-1520) propugnara a ideia de uma constituição mista com seus correspondentes **contrapesos** ao poder real (IDEM, p. 28).

Conforme afirmara Carleton Kemp Allen (1945, p. 5):

Não está diante de mim um velho, amarelado folhetim encontrado por acaso em um maço de papéis esquecidos. É o número LXIV do "The North Briton", datado de 3 de setembro de 1768, o imediatamente predecessor do famoso Número que precipitou a grande crise parlamentar. Seu conteúdo traz uma denuncia de certo alegado abuso do poder judiciário, em prejuízo da liberdade dos sujeitos. Eis o que diz: 'em todo governo, seja uma república, como o da Holanda; uma limitada monarquia, como da Inglaterra; uma monarquia absoluta, como da França; ou um despótico governo, como da Turquia; existem três tipos de poder, o legislativo, o executivo e o judiciário; e quanto mais distintos esses poderes forem mantidos, tanto melhor; num poder despótico, todos esses poderes estão reunidos na pessoa do príncipe, quem faz, explica e executa a lei; e neste tipo de governo é próprio que o infeliz povo gema sob a opressão mais profunda. Nas absolutas monarquias, o soberano reserva para si mesmo os dois primeiros poderes e deixa o terceiros aos seus sujeitos.

Mas em governos livres, esses três poderes já deveriam ser, ou pelo menos deveriam ter sido separados, tendo em vista que onde todos os três, ou pelo dois deles, estejam reunidos na mesma pessoas, a liberdade das pessoas poderiam estar, naquele momento, arruinadas...

Essas afirmações, quase que literalmente, são exatas traduções do famoso livro XI, capítulo VI, de Montesquieu. Isso caracteriza a influência exercida pelo *Espírito das Leis*, como a influência provável do *Contrato Social*. Esse notável livro, fruto de 20 anos de pesquisa, foi publicado em 1748. Para um capítulo, muito do qual foi derivado de Locke, tem sido atribuído a doutrina da Separação dos Poderes, como sendo de Montesquieu, ou se diz tê-lo encontrada. Essa 'separação' tomou a forma não de barreiras intransponíveis, mas de restrições mútuas, ou do que mais tarde veio a ser conhecido como '*checks and balances*'. É na interação de poder mais do que a fragmentação deles que Montesquieu encontrou no coração do sistema inglês (ALLEN, 1945, p. 9).

A influência de Montesquieu foi imensa, especialmente no curso da metade do século XVIII. Seus princípios, por vezes muito mal compreendidos, foram torturados por um quase fanático dogmatismo constitucional. Por mais estranho que possa parecer para nós atualmente, o projeto de constituição da organização dos Estados Unidos foi atacado pelo fato de não separar suficientemente os poderes. Madison encontrou essas *animadversions* diretamente no *The Federalist*, e mostrou que ele entendeu Montesquieu e a constituição britânica muito melhor do que os críticos. Ele insistiu que o aviso de Montesquieu foi contra a acumulação ou monopólio do poder; ele jamais ensinou que os poderes devem estar totalmente desconexos.

Montesquieu também não disse que a separação completa dos poderes deveria ser encontrada no sistema inglês. A grande lição que ele pretendia, e que Madison chamou dele, foi a do '*checks and balances*'. Madison resumiu toda sua doutrina a respeito do assunto na seguinte frase memorável: "*You must first enable the government to control the governed, and in the next place oblige it to controle itself*" (IDEM, p. 10).

A tarefa de Madison em Número 47-51 foi justificar o abandono da estrita separação de poder em favor do sistema dependente fortemente

do *checks and balances*. A abertura da discussão no número 47 declarou que poderes separados foram necessários para evitar indevidas concentrações de poder, e rapidamente passou para a mais controvertida mistura de poderes para criar o *checks and balances*. Madison explica que 'barreiras de pergaminhos' tal como aqueles de constituição do Estado não poderia garantir a separação na prática sem um controle constitucional de cada poder sobre o outro. Cada poder deve ter defesas adequadas, sendo que nenhum poderia ter o superior direito de definir limites. Múltiplas representações, somadas com a separação de poderes e freios e contrapesos poderia prevenir corrupção do saldo total, impedindo que qualquer funcionário adquirisse mais poder que os outros. Madison acrescentou uma camada de *officeholders* concorrentes para os interesses de grupos que ele discutiu no número 10. Ambição deve existir para neutralizar ambição, devendo os oficiais checarem-se mutuamente como remédio '*the defect of better motives*' would let private interest '*be a sentinel over the public rights*' (SHANE; BRUFF, 2005, p. 11-12).

Apesar do caso *Marbury v. Madison* ter sido um grande paradigma para questões de natureza constitucional e administrativa do sistema jurídico norte-americano, o certo é que também o resultado desta questão judicial também apresenta grandes inovações na questão da *separation of powers* na relação entre o Congresso e a Corte Constitucional americana.

Vem à nossa lembrança os fatos que levaram à Suprema Corte americana analisar *Marbury v. Madison*:

Thomas Jefferson foi eleito Presidente dos Estados Unidos em novembro de 1800... Em 27 de fevereiro de 1801, apenas uma semana antes da nova administração assumir o cargo, o velho congresso aprovou uma lei criando quarenta e dois cargos de juízes de paz para o Distrito de Columbia, com mandato de cinco anos. O presidente Adams prontamente apoiou todos os cargos; eles também foram prontamente confirmados pelo Senado, sendo todas as nomeações assinadas pelo Secretário de Estado, John Marshall...Agora, imagine-se você mesmo como novo Procurador Geral dos Estados Unidos na manhã de 5 de março de 1801. Você, o novo Procurador Geral, Levi Lincoln, está sentado em seu escritório,...e repentinamente há uma batida na porta, ingressando no escritório James

Madison, o novo Secretario de Estado... Madison disse, 'Você sabe o que aconteceu? Você não vai acreditar nisso, mas eu entrei no meu escritório nesta manhã e... eu encontrei.... (f) nomeações para juízes de paz assinadas por John Marshall. Em sua pressa para sair daqui para ser Chefe da Justiça, ele deixou isso aqui...e um deles pertence a esse companheiro, Marbury, e você sabe como o Presidente sente acerca de Marbury! Ele é... um oponente político, e eu acho que você não deveria enviar essa nomeação de Marbury. Eu gostaria de sua opinião sobre o que deveríamos fazer.

E então você sai para pesquisar a questão, e você legitimamente alcança uma conclusão, baseada em seu melhor entendimento da lei, de que ele tem direito a este trabalho. Você está pronto para informar seu cliente, o Secretário de Estado, sobre suas conclusões, quando o Presidente dos Estados Unidos entra e lhe diz: 'eu compreendo que você foi convidado a emitir uma opinião para Madison. Madison não vai agir sem essa opinião, e eu quero que você avise Madison que ele deve reter a nomeação. Existem trabalhos à meia noite...não há razão para que nossos adversários conseguiram esses empregos lucrativos. Eu quero essa nomeação retida e eu quero que você emita uma opinião que diga que eu tenho o direito de reter a nomeação. O que deveria fazer o Procurador Geral nessa circunstâncias?

Próxima cena: Você não presta a sua opinião... O Presidente e o Secretario de Estado voltam para você e dizem, 'Mr. Lincoln, nos sabemos que você está tendo algum problema. Nós não queremos pedir que você diga qualquer coisa de que não acredita; nós apenas queremos reter a nomeação a de qualquer maneira. E você diz, 'por que você quer fazer isso? Eu já lhe disse... Marbury tem um claro direito para essa nomeação'. 'Bem' diz o Presidente, 'Essa é a nossa chance de mostrar que o Tribunal não pode controlar o poder executivo. Suponha que Marshal profira uma ordem para que nós efetivemos a nomeação de Marbury; Como é que ele vai aplicá-la? Essa é a nossa chance de mostrar que o controle Federalista do judiciário não pode empurrar o representante do povo, no caso o Presidente, para tal circunstância'...

Próxima cena: O Presidente e James Madison dizem, ‘Senhor Procurador Geral, nós sabemos que você pensa que não poderemos vencer no mérito, mas ninguém pode estar complementar certo. Não é verdade? Além do mais, devemos pensar que deveríamos ter uma decisão judicial sobre a questão se alguém teria direito à nomeação se todas as etapas do processo não tivessem sido completadas. E a etapa final deste processo, na verdade, a emissão da nomeação, não foi completada. Nós achamos que isso é uma importante questão. Nós achamos que o Tribunal não tem competência para interferir no processo de nomeação. Nós não estaremos desafiando o Tribunal se estivermos errados; vamos obedecer a ordem do Tribunal; mas, nós estamos dizendo que você, Senhor Procurador Geral, não deveria decidir esta questão; essa é uma questão que deve ser decidida pelo Tribunal; isso é importante demais para ser decidido de forma padronizada’...

Minha cena final nesse drama surge quando você prepara o argumento. O Presidente e o Secretário de Estado chamam você e lhe dizem, ‘Senhor Procurador Geral, como você está se preparando para lidar com este caso? Lembre-se, você deve recusar a emissão da nomeação, Marbury trouxe seu processo...para a Suprema Corte dos Estados Unidos, alegando que a Suprema Corte tem jurisdição originária nos termos de uma lei do Congresso que, na visão do Senhor Marbury, confere ao tribunal competência originária constitucional para emitir uma ordem de mandado de segurança para que o Secretário de estado emita a nomeação. Essa é a pretensão da ação.

Você diz: Bem, Senhor Presidente, vou fazer vários argumentos. Eu os tenho perfeitamente definidos por escrito. Aqui estão eles: Primeiro: A Suprema Corte não tem jurisdição para decidir o presente caso, porque o Congresso nunca deu à Suprema Corte o poder para a emissão de mandado de segurança nesse tipo de caso. A única coisa que o Congresso fez foi dar à Suprema Corte poder para expedir mandado de segurança nos casos em que de outra maneira haveria jurisdição; mas não há jurisdição para se decidir este caso.. Ponto número dois: porém, se eu li a lei de forma errada, e se o Congresso

deu à Suprema Corte o poder para emitir mandado de segurança nesse caso, isso é inconstitucional, pois o Congresso não pode ampliar a jurisdição original da Suprema Corte. Se isso ocorreu, isso é contrário à Constituição, e a Suprema Corte tem a obrigação de declarar a lei inconstitucional. Meu terceiro argumento é que se existe jurisdição e se isso advém de um ato do congresso que se considera constitucional, o Tribunal não tem o direito de interferir no poder político do Presidente. Nada é mais discricionário do que o poder de nomeação. Essa nomeação jamais foi completada. Portanto, a Corte não tem o direito de determinar a nomeação.

O Presidente e o Secretário de Estado houve tudo e então dizem, 'Oh, não. Está perfeitamente correto a arguição de que o Congresso nunca outorgou jurisdição à Supremo Corte, como dito no primeiro argumento - mas nós não estamos de acordo quando você argui que, se o Congresso concedeu tal jurisdição, o Tribunal pode declarar tal inconstitucionalidade'. Você diz, 'Vocês não querem vencer? E eles dizem, 'Não por esse motivo. Preferimos muito mais que eles decidam contra nós, deixando que eles tentem cumprir sua ordem, do que nós vencermos pelo fato de eles dizerem que o Congresso não tem o poder para autorizar a Suprema Corte a nos forçar a realizar tal ato. Porque Marshall vai estar numa posição de ser capaz de dizer que ele não somente tem o poder ao Congresso o que fazer, mas também tem o poder de nos dizer o que fazer, e nós não vamos entrar nessa situação'.

O Procurador Geral disse, 'Olha, Senhor Presidente, se o Tribunal disser, 'Senhor Procurador Geral, o Congresso tem o poder de ampliar a jurisdição da Corte?' O que eu digo? O Presidente disse, 'Você responde à pergunta. 'Sim'. Porque se você responder 'não' então você dará à Suprema Corte a oportunidade de declarar esse ato do Congresso inconstitucional e eu não quero que isso aconteça'. Suponha que você realmente pense que o melhor argumento é de que o congresso não possui o poder para ampliar a jurisdição da Suprema Corte, e você pensa que isso é muito importante para o país, que no início de nossa experiência nacional, os conceitos de uma limitada constituição e de revisão judicial fsejam estabeleci-

dos, você ainda irá lidar com este caso no Tribunal na forma pela qual o Presidente disse que você deve lidar? (SHANE; BRUFF, 2005, p. 40)

No julgamento do caso *Marbury v. Madison* (5 U.S (1 Cranch) 137 (1803)) o *Chief Justice* Marshall concluiu que o mandado de segurança não poderia ser emitido pela Suprema Corte nesse caso tendo em vista que o Congresso não poderia constitucionalmente ampliar a competência jurisdicional originária da Suprema Corte para analisar pedidos de mandado de segurança contra *officers* dos Estados Unidos.

Mas o principal legado que a decisão de *Marbury v. Madison* deixou foi a de que compete ao Poder Judiciário, mesmo contrariando a posição do Congresso, dizer o que é ou não é a lei, exercendo assim o *judicial review* e implantando o princípio do *checks and balances*.

Em *Mistretta v. United States* (488 U.S. 361 (1989)), o *Justice* Blackmun assim analisa de forma geral a separação dos poderes:

As lições deixadas pelos ensinamentos de *Marbury v. Madison* caracteriza uma grande segurança contra a tirania, evitando a acumulação de excessiva autoridade em um único Poder ou em uma única autoridade administrativa. Não se trata, evidentemente, de uma hermética divisão entre poderes, mas de um cuidadoso sistema de 'checked and balanced power' dentro de cada poder. Conforme 'the Framers' 'construído na tripartite do Governo Federal...executar uma auto proteção contra a invasão ou engrandecimento de uma ramo a custa de outro'. É essa preocupação de invasão e engrandecimento que animou nossa jurisprudência de separação de poderes e despertou nossa vigilância contra a 'pressão hidráulica inerente no interior de cada poder para exceder os limites de seus próprios poderes. Dessa forma, nós não exitamos em derrubar provisões legais que querem agregar a um único poder mais apropriadamente difundidos entre as separação de poderes ou que minam a autoridade e a independência de uma ou outras coordenadas dos poderes... Pela mesma razão, nós temos mantido estatutos legais que de alguma maneira misturam as funções dos poderes, mas que não representam qualquer perigo de engrandecimento ou de invasão.

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, nós temos expressados nossa vigilância contra dois perigos: primeiro, que ao Poder Judiciário não seja permitido tarefas que sejam mais apropriadas a outros poderes, e, segundo, que nenhuma provisão legal faça qualquer ameaça à integridade institucional do Poder Judiciário.

Evidentemente, diante dessas considerações sobre *checks and balances* no âmbito da doutrina norte-americana, pode-se afirmar que a postura do Conselho Nacional de Justiça em outorgar-se a si próprio a fiscalização e a regulação dos gastos públicos promovidos no âmbito administrativo do Poder Judiciário, sem qualquer possibilidade de avaliação por outro órgão pertencente a outro Poder, é contrária à exigência constitucional brasileira de que compete ao Tribunal de Contas da União a fiscalização democrática fiscal e orçamentária de todos, sem exceção, de todos os Poderes da República, incluindo os órgãos administrativos do Poder Judiciário, dentre eles o Conselho Nacional de Justiça.

O autocoroamento da força normativa das decisões do Conselho Nacional de Justiça vai de encontro ao princípio constitucional de **freios e contrapesos**, uma vez que não se concebe que decisões de um órgão administrativo não esteja sujeita ao controle de outro órgão, no caso, ao controle do Tribunal de Contas da União.

8 “*Checks and balances*” como princípio fundamental do Estado democrático de Direito

Democracia e Estado de Direito não se confundem.

Conforme ensina Jorge Miranda, houve democracia sem Estado de Direito (a democracia jacobina, a cesarista, a soviética e, mais remotadamente, a ateniense). E também houve Estado de Direito sem democracia (de certo modo na Alemanha do século XIX) (MIRANDA, 2007, p. 67).

É bem verdade que a democracia representativa, em razão de sua complexidade organizatória e procedimental, traduzida na separação de poderes e no princípio da competência, postula a existência de um Estado de Direito. Essa mútua necessidade decorre da exigência de garantia dos direitos fundamentais, ou seja, o direito de sufrágio e os demais direitos políticos.

A democracia é, nas palavras de Giovanni Sartori, o produto de todo o desenvolvimento da civilização oci-

dental, sendo um produto de ideias, como também um produto das experiências históricas, vicenciadas concretamente (VILAÇA, 1997, p. 69).

A democracia não pode ser apenas caracterizada como um regime político, pois também deve ser considerada como uma forma de organização da sociedade, de convivência harmoniosa de múltiplos centros de poder e decisão (IDEM, p. 69).

À luz de algumas reflexões filosóficas e teóricas, citadas por Jorge Miranda (2007, p. 93 a 95), o cerne da democracia moderna seria: a) Para Kelsen (1990, p. 278 e ss.), a ideia de liberdade é o núcleo da democracia; b) Laun, por sua vez, define democracia como o Estado cuja Constituição positiva não repousa sobre direitos suprapositivos que possuam determinadas pessoas ou determinados grupos de pessoas a competência da soberania ou a uma parte da competência da soberania (LAUN, 1933, p. 123); c) para Schumpeter (1972, p. 355), o método democrático é o sistema institucional conducente a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de estatuir sobre essas decisões na sequência de uma luta concorrencial tendo por objeto os votos do povo; d) Para Hayek (1978, p. 144 e ss.), a democracia é um meio mais do que um fim – um meio de mudança pacífica de poder e de salvaguarda da liberdade individual; e) segundo Alf Ross (1989, p. 96), o tipo ideal de democracia corresponde à forma de governo em que as funções políticas são exercidas pelo povo com um máximo de intensidade, efetividade e latitude, de acordo com os métodos parlamentares; e) para Robert A. Dahl (1989, p. 83 e ss. e 213 e ss.), democracia está vinculada às ideias de igualdade, autodeterminação, racionalidade e maximização das vantagens para os elementos da comunidade política; f) Bobbio afirma que a democracia é a forma de governo em que vigoram regras gerais (denominadas regras de jogo) que permitem aos cidadãos resolver, sem recorrer à violência, os conflitos que nascem inevitavelmente numa sociedade em que se forma grupos cujos valores e interesses são contrastantes; g) para Habermas (1998, p. 259 e ss.), a democracia há de ser discursiva e deliberativa. É sinônimo de auto-organização política da sociedade no seu conjunto, implicando, pois, a institucionalização de procedimentos e condições apropriadas de comunicação e o jogo combinado das deliberações institucionalizadas e das opiniões políticas.

Entende-se por **democracia**, na perspectiva de Jorge Miranda (2007, p. 59), a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, ou seja, aos membros da comunidade política, em que há o exercício de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos.

O constitucionalismo moderno viria introduzir um aspecto importante para a consolidação do regime democrático, a saber:

Propondo-se, simultaneamente, garantir a liberdade e reelegitimar o poder, elevaria a eleição a instrumento periódico de escolha dos governantes: através dela, criaria uma relação constante com os governados – a representação política; e instituiria o sufrágio individual, directo ou indirecto (em vez de sufrágio orgânico)... (MIRANDA, 2007, p. 12)

A representação política surgida com mais clareza no século XVIII alicerça a ideia de democracia representativa, tão importante para o progresso da humanidade como a invenção, nessa mesma época, da máquina a vapor. Essa doutrina foi defendida por Locke e Burke, na Inglaterra; De Lolme, Sieyès e B. Constant, na França; e Madison, nos EUA. Assim:

O Parlamento – diz Burke (Discurso aos eleitores de Bristo, de 1777) – não é um congresso de embaixadores de interesses diferentes e hostis, interesses que cada um tem de sustentar como representante e advogado contra outros representantes e advogados. O Parlamento é, sim, uma assembléia deliberativa de uma única nação, com um só interesse, o do todo, e que deve guiar-se não pelos interesses locais, mas pelo bem geral, resultado da razão geral do todo... (IDEM, p. 13)

Para De Lolme, sempre que o povo faz uso do seu poder diretamente, acaba por cair nas mãos de uma minoria. Assim, a forma para se evitar essa armadilha é por meio do governo representativo (IDEM, p. 14).

Sieyès, por sua vez, no limiar da Revolução Francesa, distingue a ‘vontade comum real’ da ‘vontade comum representativa’. Esta não seria uma vontade plena, não seria uma vontade ilimitada, pois configuraria apenas uma porção da grande vontade comum nacional, em que os delegados agem não por direito próprio, mas por direito de outrem (IDEM).

Portanto, é a tese do governo representativo, e não a do governo comissarial, que vinga como critério que configura a democracia nas grandes revoluções dos séculos XVII e XIX.

Mas as grandes transformações do Estado e da sociedade na passagem do século XIX para o século XX e ao longo deste século, levam a que o governo representativo ceda o lugar à democracia representativa, dele distinta nas ideologias e nas tensões a que dá vazão, a despeito da continuidade de princípios e da coincidência formal de institutos. São as seguintes as traves-mestras desta nova forma de governo:

a) A soberania nacional entendida agora não tanto como princípio de legitimidade quanto como princípio de titularidade do poder no povo; b) a possibilidade de ter o povo, sujeito de poder, uma vontade, actual ou conjectural, jurídica e politicamente eficaz; c) a concorrência da vontade do povo, manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direito políticos, com vontade manifestada pelos órgãos governativos de carácter representativo – e isso quer a nível de Estado quer a nível local e regional; d) a eleição como servindo não apenas para a escolha dos governantes (dos titulares dos órgãos da função política) mas também para a escolha de grandes opções programáticas; e) o sufrágio universal e, com ou em constitucionalização, o papel do partido político. (IDEM, p. 17)

É bem verdade que os regimes totalitários, muito embora se oponham ao Estado constitucional do liberalismo político, mantêm, entre outras formas, as eleições. É certo que nesses regimes a eleição é em sentido formal, não em sentido material, pois não resulta de competição plural (GAGGIANO, 2004, p. 75).

A preocupação exteriorizada por Montesquieu, ao se opor de certa forma contra os sistemas democráticos, por temerem que em sistemas democráticos se verificasse uma concentração do poder num único titular, que seria o povo, ou em órgãos, que, baseados do povo, viessem a por em causa as liberdades individuais, é, sem dúvida, pertinente. Daí porque só a representação permitiria a divisão do poder.

Daí porque o governo representativo estaria, por sua própria natureza, também vinculado ao princípio da separação dos poderes, cujas implicações básicas desse princípio são:

- a) pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica; b) primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembléia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público; c) independência dos tribunais, com reserva de jurisdição; interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade constitucionalidade; d) criação de mecanismo de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade; e) divisão pessoal de poder, através de incompatibilidade de cargos públicos; f) divisão temporal, através de fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio de previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas de eleições dos titulares de órgãos representativos; g) divisão territorial ou vertical, através do federalismo ou do regionalismo político e da descentralização administrativa local; h) divisão funcional (associações e fundações públicas, institutos políticos, universidades públicas).

Porém, a essência da democracia vai além da **democracia representativa**, exigindo também a existência da **democracia participativa**, uma vez que democracia implica exercício tanto de direitos fundamentais de liberdade quanto de direitos de participação política dos cidadãos.

Ao se mencionar a **democracia participativa**, pensa-se em algo que vai além da democracia representativa.

São características fundamentais da democracia participativa:

- a) Como esforço da participação ou animação cívica em geral, através de um mais atento e empenhado aproveitamento dos direitos políticos constitucionalmente garantidos, de uma integração activa nos partidos e em diferentes grupos de cidadãos eleitores e de uma maior disponibilidade para

o desempenho de cargos públicos; b) como atribuição aos cidadãos enquanto administrados, de específicos direitos de intervenção no exercício da função administrativa do Estado; c) como específica relevância de grupos de interesses, de associações e de instituições existentes na sociedade civil, através de sua interferência em procedimentos de decisão ou em órgãos do Estado e de entidades descentralizadas. (MIRANDA, 2007, p. 33)

Portanto, não basta para configurar a essência do regime democrático apenas dizer que na democracia há representatividade, pois democracia não significa simples titularidade do poder no povo ou no reconhecimento ao povo da origem ou da base da soberania. Não é suficiente declarar em abstrato que o poder pertence ao povo. Tudo isso não tem significado algum sem que haja efetivamente uma democracia participativa.

A democracia participativa traz uma mudança radical das relações entre Administração Pública (em sentido amplo) e os administrados. Trata-se de uma passagem radical da Administração tradicional autoritária e burocrática para uma Administração aberta e tendencialmente desconcentrada e descentralizada que se registra. Os cidadãos, portanto, passam a ter maior interesse na gestão dos serviços ou nas estruturas organizatórias da Administração (IDEM, p. 34).

Porém, a essência da democracia reside em algo mais do que simplesmente representatividade e participação.

Conforme anota Marcos Vinícios Vilaça:

As eleições, a periodicidade dos mandatos, a garantia dos direitos individuais, políticos e sociais são, sem dúvida, as características fundamentais da democracia. Nada, contudo, lhe é tão essencial quanto a ampla repartição do poder político, mas também do poder econômico, do poder social. O sistema de tripartição do poder estatal idealizado por Montesquieu, aperfeiçoado pela Constituição americana e, posteriormente, adotado por todo o mundo civilizado democrático, prevê a atuação independente e harmônica dos três poderes do Estado, num esquema de pesos e contrapesos, ou 'checks and balances', segundo o qual os Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários se auxiliam e se controlam mutuamente.

Mas para que se possa falar em pesos e contrapesos (*checks and balances*), há necessidade ainda de se pensar na denominada “democracia fiscalizatória”.

Além da representatividade, da separação dos poderes, a essência da democracia encontra-se justamente nos limites constitucionais e legais impostos ao próprio exercício do poder representativo, é necessário que na democracia haja instrumentos constitucionais que permitam uma dimensão **positiva** e uma dimensão **negativa** de controle e limitação de poder, no fundo, em correspondência com a *faculté de statuer e a faculté d'empêcher* de Montesquieu.

O controle dos poderes pelo povo, no que concerne à sua dimensão política, se dá pelo sufrágio universal e constante.

Porém, o controle pelo povo dos limites dos poderes, especialmente dos limites de natureza administrativa, ocorre pela previsão constitucional de órgãos institucionalmente encarregados de conferir concretude à democracia participativa, no caso órgãos que irão consolidar a **democracia fiscalizatória**.

Nas iniquidades nos Estados autoritários ou nos regimes ditatoriais, conforme aduz Marcos Vinícios Vilaça (1997, p. 69), “não existem órgãos de controle ou, quando existem, são inoperantes ou subservientes, pois os seus dirigentes não querem e nem aceitam ser controlados”.

O controle institucionalizado da Administração Pública é fato recente da história. Esse controle pode-se dar de forma interna de cada poder, ou de forma externa a esses, mas ainda no âmbito estatal. Categoria de controle imprescindível ao **sistema democrático**, destaca Alfredo José de Souza, ex-Presidente do Tribunal de Contas de Portugal, é o chamado controle social do Estado, que:

Poderá apresentar-se, e por vezes se apresenta, de forma livre e inorgânica, podendo ser aí exercido através de formas de ação direta facultadas aos cidadãos e às instituições que integram a sociedade, onde pontuam as formas de decisão social direta, a pressão da opinião pública, a crítica partidária, sobretudo dos partidos de oposição, e até o juízo jornalístico. (SOUZA, 1997)

Atualmente, é complexa a vida de um órgão como o Tribunal de Contas, “face a extensão e à diversidade do universo sob o seu controlo, às suas rápidas mutações, com a conseqüente necessidade do seu acompanhamento permanente”. Além do mais, constitui a existência de um Tribunal de Contas ou de órgão congênere, na generalidade dos Estados:

Opção política-constitucional, ao nível da própria estrutura do Estado – diferentemente da existência de órgãos de controlo financeiro interno que correspondem a exigências ditadas pelo sistema de gestão, nos níveis em que pode compreender-se –, pode dizer-se que, nos últimos 25 anos, a Constituição da República Portuguesa de 1976 deu um particular relevo ao Tribunal de Contas, consagrando-o como um órgão de soberania, tribunal supremo, único na sua ordem-categoria, competindo-lhe exercer o controlo externo e independente da actividade financeira, nos domínios de receitas, das despesas e do património público, podendo, complementarmente, julgar a responsabilidade financeira”. (TRIBUNAL DE CONTAS, 2000...)

Com efeito, em relação ao neoconstitucionalismo, em que há supremacia da Constituição, a administração pública deve praticar atos que estejam em consonância com as normas constitucionais. Do contrário, mesmo que estejam de acordo com uma lei infraconstitucional, esses atos são inválidos (BARROS, 2009, p. 21).

Nesse novo modelo constitucional, o administrador não tem plena liberdade nas escolhas que são feitas com o dinheiro público, pois deve seguir, substancialmente, o que se encontra previsto na Constituição. Por isso, os órgãos controladores podem investigar, até mesmo, se a lei está em consonância com a Carta Magna. Destarte:

Com fulcro no neoconstitucionalismo, os órgãos controladores, como é o caso dos tribunais de contas, passam a poder verificar se efetivamente os gestores administrativos estão agindo de acordo com os parâmetros constitucionais para que a liberdade na aplicação do dinheiro público não se transforme em arbitrariedade, como costuma acontecer na Administração Pública brasileira e portuguesa”... Quanto à teoria crítica, a sua relevância prática consiste na possibilidade dos tribunais de

contas cotejarem a realidade subjacente ao caso concreto e concretizarem adequadamente a Constituição, fazendo um uso correto dos princípios constitucionais, e enxergando o Direito fora do contexto positivo. (IDEM)

Portanto, com fulcro no **neoconstitucionalismo**, o Tribunal de Contas passa a exercer um importante papel de fiscalização democrática dos valores estabelecidos pelo Estado de Direito e pela democracia constitucional.

Daí porque, na relação entre Conselho Nacional de Justiça e Tribunal de Contas da União pretende-se estreitar a relação que possa existir entre democracia constitucional e Estado de Direito.

A missão contemporânea dos tribunais de contas pode ser resumida na promoção da transparência, lisura e eficácia do processo de modernização, mediante combate à corrupção e ao desperdício de recursos públicos, bem como a todas as formas de ineficiência que impeçam o bom desempenho da atuação estatal (VILAÇA, 1997, p. 73).

A legislação brasileira, especialmente a Constituição Federal de 1988, confere ao Tribunal de Contas da União as competências e os meios necessários para uma atuação condizente com as exigências fiscalizatórias do Estado democrático moderno.

Com a **democracia fiscalizatória** como essência da atividade exercida pelo Tribunal de Contas da União, garante-se a **tutela do cidadão**. Nesse sentido é a lição do Prof. António Cândido de Oliveira, na Abertura do Seminário de Justiça Administrativa, realizada em setembro de 2008, no Porto:

Ainda a tutela perante o alargamento de poderes do Tribunal de Contas, um tribunal cujas decisões em determinadas matéria acabam por ter uma importante repercussão sobre direitos e interesses dos cidadãos e que por isso devem merecer a maior atenção (OLIVEIRA, 2008, p. 4).

Assim, para que o Estado possa existir e ser verdadeiramente democrático:

É indispensável que existam instituições e mecanismos hábeis para a submissão dos agentes públicos à lei, porquanto não se admite que, em um Estado que se submete a um siste-

ma jurídico legitimado pela vontade popular, possam os mandatários do povo agir sem nenhum controle ou fiscalização. Isso implica que essas instituições, em especial o Tribunal de Contas como órgão de controle, não só tem legitimidade, como também só a adquire se efetivamente realizar a sua missão constitucional. Há, portanto, uma interligação entre a legitimidade e a atuação efetiva, no sentido de que, quanto mais esta for realizada de forma eficiente, mais legitimidade adquire o órgão controlador. (BARROS, 2009, p. 33)

E a **democracia fiscalizatória** exercida pelo Tribunal de Contas se dá especialmente pela **fiscalização de legalidade** das despesas públicas e de julgamento das contas de **todos** os órgãos públicos, inclusive dos órgãos do Poder Judiciário (MARTINS, 2004, p. 248-249).

O regime democrático, seguido pelo princípio republicano, tem por base justamente o limite e a fiscalização rigorosa de que esse limite não será transgredido pelo exercício do poder representativo.

O princípio republicano traz, pois, no seu cerne três consequências, que podem ser assim resumidas:

1) a necessidade de existir um órgão de controle, o tribunal de contas, que possa verificar se os agentes públicos estão agindo consoante os princípios constitucionais legais; 2) que esse órgão verifique se houver efetivamente a melhor decisão e a melhor administração possível, ou seja, que o agente administrativo efetivamente praticou o compromisso da boa gestão; 3) que é o agente público que tem de demonstrar que cumpriu com os preceitos constitucionais e legais exigidos, o que implica, no âmbito do controle externo, a inversão do ônus da prova”. (BARROS, 2009, p. 32)

Na realidade:

Além do princípio republicano, que já traz consigo o compromisso de boa gestão administrativa, a legitimidade dos tribunais de contas para o controle das políticas públicas, bem como de todas as despesas da Administração, fundamenta-se na idéia de Estado Democrático de Direito, que carrega também consigo uma série de outras implicações e subprincípios para a sua correta e adequada configuração. (IDEM)

Não obstante o Conselho Nacional de Justiça, por força constitucional, seja um órgão de controle e fiscalização, inclusive orçamentário, do Poder Judiciário, isso não lhe dá a prerrogativa de se esquivar ao controle externo de fiscalização do Tribunal de Contas da União.

E o fundamento do controle do Tribunal de Contas da União, especialmente em relação aos **atos administrativos** do Conselho Nacional de Justiça, encontra-se no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal que assim dispõe:

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Aliás, prestar contas da boa gestão do dinheiro, bens e valores públicos é a base de sustentação de todo regime democrático. Trata-se daquilo que os americanos denominam de *checks and balances*:

The system of checks and balances is a part of our Constitution. It guarantees that no part of the government becomes too powerful. For example, the legislative branch is in charge of making laws. The executive branch can veto the law, thus making it harder for the legislative branch to pass the law. The judicial branch may also say that the law is unconstitutional and thus make sure it is not a law. The legislative branch can also remove a president or judge that is not doing his/her job properly. The executive branch appoints judges and the legislative branch approves the choice of the executive branch. Again, the branches check and balance each other so that no one branch has too much power¹⁴.

14 Tradução livre: O sistema de freios e contrapesos é uma parte da nossa Constituição. Ele garante que nenhuma parte do governo torna-se muito poderoso. Por exemplo, o Poder Legislativo é responsável pela elaboração das leis. O Poder Executivo pode vetar a lei, tornando mais difícil para o Poder Legislativo para aprovar a lei. O Poder Judiciário também pode dizer que a lei é inconstitucional e, portanto, certifique-se que não é uma lei. O Poder Legislativo também pode remover um presidente ou juiz, que não está fazendo a sua / seu trabalho corretamente. O Poder Executivo nomeia os juízes e do Poder Legislativo aprova a escolha do Poder Executivo. Mais uma vez, um poder checa o outro mutuamente para que nenhum ramo tenha muito poder.

Portanto, nos regimes propriamente **democráticos**, todos, sem exceção, que geram dinheiro público devem estar sob o crivo de um controle externo, sob o crivo do controle democrático fiscalizatório de um tribunal delineado pela Constituição Federal.

Aliás, a submissão de todos os órgãos do Poder Judiciário ao controle do TCU não é uma manifestação acadêmica isolada, mas decorre também de posição jurisprudencial bem definida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como se observa pelo precedente estabelecido no Mandado de Segurança n. 25203, relator Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

A deliberação ora em exame fundou-se na inquestionável competência fiscalizadora de que se acha investido 'ope constitutionis', o Tribunal de Contas, e que lhe confere a atribuição de exercer, de modo legítimo, em matéria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o controle externo dos atos dos Poderes da República, notadamente se se tiver presente a relevantíssima circunstância de que a nova Constituição Federal ampliou, de forma extremamente significativa, em tema de fiscalização estatal, a esfera de competência institucional das Cortes de Contas (RTJ 153/151-152, Rel. Min. Celso de Melo).

Cabe enfatizar, ainda, que a presunção 'juris tantum' de legitimidade dos atos do Poder Público não deve impedir que o Tribunal de Contas exerça, em plenitude, a ação fiscalizadora de que foi incumbido pela Lei Fundamental da República.

Não se pode ignorar, neste ponto, que esse poder de fiscalização repousa em insuprimível atribuição que assiste às Cortes de Contas, no sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil, especialmente se se considerarem os paradigmas-éticos-jurídicos que devem pautar a atuação do Poder Público.

É preciso ter a percepção de que a nova Constituição da República ampliou, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891 – que limitava a sua atuação à mera liquidação das contas de receita e despesas e à verificação de sua legalidade

(art. 89) – foram investidos, agora, de poderes mais extensos que ensejam, em tema de controle externo, a possibilidade de ampla fiscalização das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta.

A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto n. 966-A, de 07.11.1890, editado, pelo Governo Provisório, sob a inspiração de Rui Barbosa (RTJ 132/1034) – foi acentuada, uma vez mais, com inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta (art. 34, VIII, d).

A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para princípios de moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes, inclusive implícitos (MS n. 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie) – que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhes foram cometidos.

Cabe ter presente, neste ponto, a advertência feita por PONTES DE MIRANDA (‘Comentários à Constituição de 1967), com a Emenda n. 1 de 1969, Tomo III/258, 3.ed., 1987, Forense) cujo magistério, ao analisar o poder de controle outorgado ao Tribunal de Contas, enfatiza: ‘Todo ato, quer do Poder Executivo, quer do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, de que resulte despesa, tem de ser conferido com as leis, para que se verifique se alguma das suas cláusulas viola regra de direito vigente’.

Inquestionável, desse modo, a plena legitimidade da deliberação do E. Tribunal de Contas da União impugnada na presente sede mandamental.

Por sua vez, a prerrogativa do Tribunal de Contas da União em declarar eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade de ato administrativo proveniente do Poder Judiciário, inclusive do próprio CNJ, está consubstanciada no art. 103-B, § 4º, inc. II, da CF, que assim dispõe:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

Portanto, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, no dispositivo que trata da competência do Conselho Nacional de Justiça, ressalvou a competência do Tribunal de Contas para também apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, sendo que o CNJ é um órgão do Poder Judiciário.

Além do mais, o Ato Normativo n. 4 do CNJ que tratou da VPNI ou GEL não é um ato jurisdicional, mas eminentemente administrativo, o que legitima a atuação do Tribunal de Contas da União na sua análise de legalidade e constitucionalidade.

Finalmente, ressalta-se que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os tribunais federais do trabalho ou regionais federais, no que concerne aos seus atos administrativos, estão à margem da fiscalização institucional e constitucional do Tribunal de Contas da União.

Portanto, a submissão dos atos administrativos provenientes do Conselho Nacional de Justiça é decorrente da essência do Estado democrático de Direito, ou seja, da **democracia fiscalizatória**.

9 Objeto do conflito de atribuições entre Conselho Nacional de Justiça e Tribunal de Contas da União – natureza jurídica da Gratificação Especial de Localidade - GEL

O conflito de atribuições entre o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Contas da União teve por objeto o pagamento de uma gratificação denominada Gratificação Especial de Localidade - GEL paga aos magistrados brasileiros.

O Tribunal de Contas da União, pela decisão proferida no acórdão n. 859/2012 da 1ª Câmara (TC n. 007.827/2012-1) determinou a imediata suspensão do pagamento da Gratificação Especial de Localidade - GEL, sob o entendimento de que tal verba, possuindo natureza remuneratória, não poderia ser paga além do valor dos subsídios fixados aos magistrados. Já o Conselho Nacional de Justiça por meio do Ato Administrativo n. 4 entendeu que a referida gratificação deveria continuar a ser paga aos magistrados, pois não

se encontrava incorporada pelos subsídios previstos na Constituição Federal brasileira.

Porém, recentemente, o Plenário do Tribunal de Contas da União, contrariando o parecer de seu órgão técnico - SFIP e o parecer do Ministério Público Federal que atua junto ao aludido órgão, por meio de decisão proferida no Processo n. 011.789/2011-5, passou a sustentar que a GEL - Gratificação Especial de Localidade – teria **natureza indenizatória**, razão pela qual deveria continuar a ser paga aos magistrados lotados nas regiões de fronteira ou nas localidades de difícil provimento. Eis o inteiro teor do Acórdão n. 3668/2013 do TCU:

GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 011.789/2011-5.

Apenso: TC 007.827/2012-1.

Natureza: Representação.

Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (TRT/AM).

Responsável: Valdenyra Farias Thomé (CPF 007.055.432-34).

Advogados constituídos nos autos: Rogério Rocha (OAB/DF 32.043) e outros.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SEFIP. PAGAMENTO CONCOMITANTE DE SUBSÍDIO COM VPNI - LOCALIDADE. SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO TCU. IMPOSSIBILIDADE DA PERCEPÇÃO DA VANTAGEM QUESTIONADA COMO PARCELA ADERENTE AO SUBSÍDIO. OITIVA DOS INTERESSADOS. AUDIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DO ÓRGÃO. FUNDAMENTAÇÃO DOS PAGAMENTOS EM ORIENTAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). DILIGÊNCIA PARA OITIVA DO CNJ. MANIFESTAÇÃO DO CNJ SOBRE A MATÉRIA, EM OUTRO PROCESSO DO TCU. NATUREZA NÃO REMUNERATÓRIA DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIDADE. VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE INSTITUÍDA (VPNI) SUJEITA EXCLUSIVAMENTE AOS REAJUSTES GERAIS DO FUNCIONALISMO. PARCELA INDENIZATÓRIA NÃO ABSORVÍVEL PELOS AUMENTOS SUCESSIVOS DO TETO

REMUNERATÓRIO. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. CONHECIMENTO E PERDA DE OBJETO DA REPRESENTAÇÃO VEICULADA NO TC 007.827/2012-1, APENSADO NESTES AUTOS. DESAPENSAMENTO. ARQUIVAMENTO.

A retribuição na forma de subsídio implica a vedação de pagamento de qualquer outra parcela remuneratória, inclusive as vantagens de natureza pessoal, admitindo-se, excepcionalmente, nos termos da EC nº 47/2005, a percepção de vantagens adicionais de natureza indenizatória.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip), em atendimento ao item 9.3 do Acórdão 3.159/2010-TCU-1ª Câmara, a fim de que fossem identificadas, por meio de técnicas de amostragem, ocorrências relativas à percepção da parcela denominada VPNI - Localidade cumulativamente com o subsídio pago pelos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais (Peça nº 1), destacando-se que, nestes autos, são examinadas apenas as ocorrências relativas ao Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (TRT/AM).

Adoto, como Relatório, a instrução de mérito lançada pela Sefip, à Peça nº 44, nos seguintes termos:

“(…) 2. Após proceder aos levantamentos necessários, esta Sefip identificou 30 (trinta) magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região que percebem, individualmente, valores que variam de R\$ 823,03 a R\$ 1.828,95, razão pela qual a presente representação foi autuada e submetida ao relator, para que, entre outras medidas, fosse autorizada a audiência dos responsáveis (peças 1 a 3).

3. O Relator, ministro-substituto André Luís de Carvalho, julgou conveniente submeter os presentes autos ao douto Ministério Público junto ao TCU para manifestação acerca da proposta formulada (peça 4). Por seu turno, o **Parquet** especializado, representado pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, manifestou-se de acordo com a proposta alvitrada por esta Unidade Técnica, sem quaisquer acréscimos (peça 5).

4. Em seguida, foi proferido o Acórdão 9.131/2011-2ª Câmara, que autorizou a audiência da Sra. Valdenyra Farias Thomé, presidente do TRT da 11ª Região, e da Sra. Kátia Maria Soares da Rocha, diretora do Serviço de Pessoal, assim como expediu determinação àquele Tribunal Regional do Trabalho para que fosse oportunizado a todos os magistrados beneficiados com o pagamento da parcela 'VPNI - Localidade' o direito à ampla defesa e ao contraditório (peça 6).

5. Considerando o aresto acima mencionado, esta Sefip encaminhou ofício à Diretoria de Controle Interno do TRT da 11ª Região para adoção das providências relativas ao seu cumprimento, especificamente quanto ao oferecimento do direito de defesa aos referidos magistrados (peça 7). Ademais, foram encaminhados os ofícios de audiência aos respectivos responsáveis (peças 8 e 9).

6. Em atendimento, tanto a Sra. Valdenyra Farias Thomé quanto a Sra. Kátia Maria Soares da Rocha apresentaram razões de justificativa (peças 11 e 14).

7. A maior parte dos magistrados beneficiados com a percepção da parcela 'VPNI - Localidade', por sua vez, manifestou-se por meio do mesmo arrazoado (peça 39), subscrito por advogado devidamente constituído, conforme procurações acostadas aos autos (peças 19 a 38).

8. Os magistrados Jorge Álvaro Marques Guedes, Luiza Maria de Pompei Falabela Veiga, Ruth Barbosa Sampaio e David Alves de Mello Júnior apresentaram suas defesas em separado (peças 17, 18, 42 e 43). Os desembargadores Antônio Carlos Marinho Bezerra e Maria das Graças Alecrim Marinho, assim como o juiz Gerfran Carneiro Moreira permaneceram silentes.

9. Registre-se, por oportuno, que a Peça nº 39 foi acostada aos presentes autos como recurso, embora não se trate de nenhuma espécie recursal. Na verdade, trata-se da defesa dos magistrados, tendo em vista a determinação contida no item 1.6 do Acórdão 9.131/2011-2ª Câmara, que, como já dito, objetivou oportunizar-lhes o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

II - Razões de justificativa dos responsáveis

10. As razões de justificativa carreadas aos autos tanto pela Presidente quanto pela Diretora do Serviço de Pessoal do TRT da 11ª Região resumem-se ao fato de o pagamento da parcela 'VPNI - Localidade', cumulativamente com o subsídio, estar sendo feito com base no Enunciado Administrativo nº 4 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme peças 11 e 14.

III - Defesas dos magistrados beneficiados com a parcela 'VPNI - Localidade'

11. Já a maior parte dos magistrados beneficiados com a percepção da parcela em comento aduz, em apertada síntese, que inexistem dúvidas sobre a possibilidade de aplicação da legislação específica dos servidores públicos de maneira supletiva à Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura), em respeito ao princípio constitucional da isonomia (peça 39).

12. Defende que não houve revogação da Lei nº 8.270/1991, que, originariamente, criou a mencionada parcela sob o título 'Gratificação Especial de Localidade - GEL', de modo que:

I - A Lei nº 9.527/1997 extinguiu o direito dos servidores federais à gratificação de localidade, transformando-a em vantagem pessoal para aqueles que já a recebiam, desde que continuassem lotados nas comarcas previstas no Decreto nº 493/1992.

II - A Lei nº 8.270/1991 e o Decreto nº 493/1992 continuam em vigor, apenas a gratificação nela prevista não se aplica mais aos servidores, a exceção daqueles que tiveram a gratificação transformada em VP.

III - A Lei nº 9.527/1997 não extinguiu o direito dos magistrados de recebimento da GEL, por uma razão muito simples: a previsão de pagamento da GEL aos magistrados encontra-se na LOMAN, lei complementar, não podendo ser revogada por lei ordinária.

13. Informa que, em decorrência do Pedido de Providências nº 603, o CNJ editou o Enunciado Administrativo nº 4, assim redigido:

‘Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida Provisória nº 1.573/97 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei nº 8.270/1991, combinado com o artigo 65, X, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), e Decreto nº 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao recebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme inciso I do artigo 5º da Resolução nº 13 do CNJ’ (grifos no original).

14. Pugna, por fim, pelo reconhecimento do direito à percepção da parcela ‘VPNI - Localidade’, adicionalmente ao subsídio mensal, assim como pela prevalência do Enunciado Administrativo nº 4 do CNJ em detrimento das deliberações desta Corte de Contas.

15. Em acréscimo a tais argumentos, os magistrados Jorge Álvaro Marques Guedes, Luiza Maria de Pompei Falabela Veiga, Ruth Barbosa Sampaio e David Alves de Mello Júnior afirmam, em suma, que a inquinada parcela foi gestada por meio da Lei Complementar nº 35/1979, de modo que apenas norma de mesmo **status** poderá alijá-la do ordenamento jurídico (peças 17, 18, 42 e 43).

16. Alegam esses magistrados que:

‘A Lei nº 9.527/1997 extinguiu a gratificação prevista na Lei nº 8.270/1991 aos servidores da União. Entretanto, como dito alhures, a aplicação aos magistrados do comando supra mencionado acarretaria em lídima inconstitucionalidade, vez que somente lei complementar é que pode tratar de vantagens alusivas aos membros do Poder Judiciário. Mais do que servidores públicos, os magistrados são agentes políticos, vez que membros de um dos Poderes Constituídos por nossa Carta Magna’.

17. Sustentam, por fim, que os atos normativos do CNJ, como a Resolução nº 13/2006 e o Enunciado Administrativo nº 4, devem prevalecer ao entendimento do TCU, por se tratar o

CNJ de órgão colegiado máximo de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário.

IV - Análise das defesas apresentadas

18. Considerando que argumentos análogos aos aqui apresentados já foram tratados por esta Corte de Contas em outra oportunidade, entendemos que as razões de justificativa dos responsáveis e as defesas dos interessados possam, em parte, ser analisadas à luz dos entendimentos constantes da proposta de deliberação que fundamentou o Acórdão 3.159/2010-1ª Câmara, conforme os excertos colacionados a seguir:

‘5. Sobre a questão da VPNI - Localidade, a instrução da unidade técnica faz o seguinte relato histórico:

‘12) A possibilidade da concessão da Gratificação Especial de Localidade, posteriormente chamada de ‘VPNI - Localidade’ está prevista no inciso X do artigo 65 da Lei Complementar nº 35, de 14/3/1979, intitulada Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), recepcionada pela Constituição Federal de 1988, **in verbis**:

‘Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

(...) X - gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei’ (grifo nosso).

13) Como se pode verificar pela simples leitura do texto acima reproduzido, a Loman não está concedendo a gratificação. O dispositivo trata de uma gratificação em potencial, ou seja, de uma possibilidade de concessão, dependendo, para sua eficácia, de lei regulamentadora, que definirá as localidades consideradas de difícil provimento, bem como o valor da vantagem. Ocorre que essa lei nunca foi editada.

14) Entretanto, em 17/12/1991, o artigo 17 da Lei nº 8.270 estabeleceu gratificação semelhante aos servidores da União em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida a justificava. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 493/1992, que explicitou, em seu Anexo, as

localidades que justificavam o pagamento da gratificação. Nos Fundamentos do Voto do Pedido de Providências nº 1.299 do CNJ, datado de 27/5/2009, o Conselheiro Redator informa que: 'essa regulamentação foi adotada, por analogia, pelos Tribunais, para o disposto no artigo 65, inciso X, da LOMAN, conferindo-lhe a aplicabilidade necessária e garantindo aos magistrados a verba em questão'.

15) Ocorre que, em 10/12/1997, o artigo 2º da Lei nº 9.527 extinguiu essa gratificação e determinou que o valor pago a esse título passaria a constituir, 'a partir da publicação desta Lei e em caráter transitório, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente a atualização decorrente de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais' (grifo nosso). Por isso, a gratificação passou a ser paga como 'VPNI - Localidade'.

16) A Lei nº 9.527/97 é decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.595-14, de 10.11.97, que teve como originária a MP nº 1.522, de 11.10.96. Nesse intervalo, o texto sofreu várias alterações e recebeu numerações diferentes em suas reedições. Em 2/5/1997, o texto do artigo 2º da MP de nº 1.573-7 extinguiu a gratificação de localidade. Esse texto manteve-se inalterado em todas as reedições posteriores, até a última edição que foi convertida na Lei nº 9.527/97.

17) O Pedido de Providências, citado nesta instrução, discutia o texto do Enunciado Administrativo nº 04 do CNJ, decorrente do PP nº 603, de 10.10.2006, republicado em 06/11/2007 (fl. 26). O referido Enunciado estabelece que 'Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida Provisória nº 1.573/97 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei nº 8.270/1991, combinado com o art. 65, X, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), e Decreto nº 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao percebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme inciso I do artigo 5º da Resolução nº 13 do CNJ'.

6. O art. 39, § 4º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, veda acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória ao subsídio do magistrado:

‘§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)’.

7. E o art. 37, XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, estabelece o teto remuneratório dos magistrados e outros agentes públicos:

‘XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente, ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos’ (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19.12.2003).

8. A despeito de as referidas emendas terem sido publicadas em 1998 e em 2003, apenas em 2005, após a entrada em vigor da Lei nº 11.143/2005, é que o regime de subsídio passou a ter aplicação efetiva.

9. Como consignado na instrução, com base nessa lei, o Supremo Tribunal Federal editou diversas resoluções, mediante as quais vêm publicando e atualizando o subsídio dos magistrados da União.

10. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução CNJ nº 13/2006 disciplinando a aplicação do regime de subsídio e o teto remuneratório dos magistrados.

11. Essa resolução, no art. 4º, relaciona ‘as verbas do regime remuneratório anterior’ que estão compreendidas no subsídio dos magistrados e por ele extintas. Entre elas, no item VII, ‘c’, vantagens pessoais de qualquer natureza, tais como, vantagens pessoais e as nominalmente identificadas (VPNI).

12. Como relatado, a gratificação especial de localidade foi instituída pela Lei nº 8.270/1991 (art. 17), nos seguintes termos:

‘Art. 17. Será concedida gratificação especial de localidade aos servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, conforme dispuser regulamento a ser baixado pelo Poder Executivo no prazo de trinta dias. (Regulamento) (Vide Lei n. 9.527, de 1997)’.

13. A gratificação foi extinta pela Medida Provisória nº 1.573-7, art. 2º, convertida na Lei nº 9.527, de 10/12/1997:

‘Art. 2º Ficam extintas as gratificações a que se referem o item VI do Anexo II do Decreto-Lei n. 1.341, de 22 de agosto de 1974, o item V do Anexo IV da Lei n. 6.861, de 26 de novembro de 1980, o Anexo I do Decreto-Lei n. 1.873, de 27 de maio de 1981, e o art. 17 da Lei n. 8.270, de 17 de dezembro de 1991.’

§ 1º A importância paga em razão da concessão das gratificações a que se refere o **caput** deste artigo passa a constituir,

a partir da publicação desta Lei e em caráter transitório, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente a atualização decorrente de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

§ 2º A vantagem a que se refere o parágrafo anterior não se incorpora aos proventos de aposentadoria e pensões, extinguindo-se o seu pagamento na hipótese em que o servidor passar a ter exercício, em caráter permanente, em outra localidade não discriminada expressamente nas normas vigentes a época de sua concessão’.

14. Para os então beneficiários, a gratificação especial de localidade foi substituída pelo pagamento de vantagem pessoal nominalmente identificada denominada VPNI - Localidade, em caráter transitório. E, segundo o § 2º daquele artigo, tal vantagem pessoal ‘não se incorpora aos proventos de aposentadoria e pensões, extinguindo-se o seu pagamento na hipótese em que o servidor passar a ter exercício, em caráter permanente, em outra localidade não discriminada expressamente nas normas vigentes a época de sua concessão’.

15. O art. 39, § 4º, da Constituição, por si só, afastaria a possibilidade de pagamento da VPNI - Localidade em acréscimo ao subsídio. E o disposto no art. 4º, VII, ‘c’, da Resolução CNJ 13/2006, em harmonia com o referido dispositivo constitucional, elidiria qualquer dúvida remanescente.

16. No entanto, no art. 5º, I, a mesma resolução relaciona entre ‘as verbas que não estão abrangidas pelo subsídio e não são por ele extintas’ as ‘de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento’. O Enunciado Administrativo nº 4, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dá a esse dispositivo a seguinte interpretação (fl. 26):

‘Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida Provisória nº 1.537/1997 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei nº 8.270/1991, combinado com o artigo 65, X, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), Decreto nº 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao recebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de

Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme o inciso I do artigo 5º da Resolução nº 13 da CNJ' (Precedente: PP nº 603 - 27ª Sessão - 10/10/2006).

17. Esse enunciado do CNJ colide com o art. 39, § 4º, da Constituição em intensidade ainda maior ante o expresso teor do art. 4º, VII, 'c', de sua Resolução nº 13/2006 (estão compreendidas no subsídio vantagens pessoais de qualquer natureza, tais como, vantagens pessoais e as nominalmente identificadas), o fato de que não há lei concessiva de retribuição à magistratura pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento, e a constatação de que a gratificação especial de localidade, instituída pela Lei nº 8.270/1991, foi extinta pela Lei nº 9.527/1997, não havendo, pois, lei em vigor dispondo sobre acréscimo de remuneração pelo exercício de cargos públicos 'em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem' que possa ser tomada como norma justificadora do pagamento da retribuição referida no art. 5º, I, da citada resolução do CNJ.

(...) 21. Dessa forma, considerando o que estabelece o art. 39, § 4º, da Constituição Federal e o art. 4º, inciso VII, 'c', da Resolução CNJ nº 13/2006, bem como os precedentes desta Corte de Contas e do Supremo Tribunal Federal, acolho a proposta da Sefip no sentido de se determinar ao órgão de origem que promova a imediata supressão, na remuneração dos magistrados, da parcela correspondente à VPNI - Localidade'.

19. De fato, assiste razão aos interessados quanto ao fato de que inexistiam dúvidas acerca da possibilidade de percepção pelos magistrados da Gratificação Especial de Localidade - GEL, criada pela Lei nº 8.270/1991, e, posteriormente, da 'VPNI - Localidade', prevista na Lei nº 9.527/1997, em vista do entendimento segundo o qual a legislação específica dos servidores poderia ser aplicada de forma supletiva à Lei Orgânica da Magistratura.

20. Todavia, outro é o cerne da questão. O que se discute é o conflito da legislação infraconstitucional, que assegurava o pagamento da inquinada parcela, com o § 4º do art. 39 da Constituição Federal (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19/1998), segundo o qual os membros de Poder devem ser remunerados por subsídio fixado em parcela única, sendo vedado o acréscimo ao subsídio de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação etc.

21. Logo, não pode ser aceito o argumento de que as disposições contidas na Lei Complementar nº 35/1979 e na Lei nº 9.527/1997, alusivas à parcela em questão, não foram revogadas. Ora, embora não se possa falar em inconstitucionalidade, tendo em vista que a jurisprudência do STF não admite a existência de inconstitucionalidade superveniente, já que a norma constitucional é posterior ao direito infraconstitucional, é certo que a superveniência do novo texto constitucional operou a derrogação das normas pretéritas com ele materialmente incompatível.

22. Nesse sentido, o STF, em relação à questão da constitucionalidade de leis anteriores à Constituição, firmou o seguinte entendimento:

‘O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevida não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-se. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária’ (cf. ADI 521/MT, ADI 503/DF, ADI 85/DF, ADI 579/DF, entre outras) (grifos no original).

23. Não é demais destacar que antes da instituição do subsídio pela Lei nº 11.143/2005 não havia qualquer incompatibilidade entre o pagamento da mencionada parcela e o regime remuneratório dos magistrados, na medida em que

a estrutura anterior da remuneração era composta, entre outras, das seguintes parcelas: vencimento básico, representação mensal e adicional por tempo de serviço. Inexistia, portanto, óbice à percepção de outras parcelas salariais, como a 'Gratificação Especial de Localidade - GEL'.

24. A propósito, o TCU já se manifestou no sentido de que a remuneração na forma de subsídio implica em vedação ao pagamento de qualquer outra parcela remuneratória, inclusive as vantagens de natureza pessoal, admitindo-se, no entanto, a percepção de parcela adicional, que deve ser absorvida por futuros aumentos na remuneração da carreira, apenas para evitar decesso remuneratório (Acórdão 5.295/2008-2ª Câmara).

25. O próprio STF já tratou de questão análoga, reconhecendo que o pagamento de outras parcelas, adicionalmente ao valor do subsídio mensal, contraria o art. 39, § 4º, da Constituição Federal, senão vejamos:

'AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. MAGISTRADO. ACRÉSCIMO DE 20% SOBRE OS PROVENTOS DA APOSENTADORIA (art. 184, II, da Lei 1.711/52 c/c o art. 250 da Lei 8.112/90) ABSORVIDO PELA IMPLEMENTAÇÃO DO SUBSÍDIO. DETERMINAÇÃO DE INCIDÊNCIA SOBRE O SUBSÍDIO MENSAL DEVIDO AO OCUPANTE DO CARGO DE JUIZ DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 39, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INOCORRÊNCIA, NO CASO, DE DECRÉSCIMO REMUNERATÓRIO.

1. Lei 4.348/64, art. 4º: configuração de grave lesão à ordem e à economia públicas. Deferimento do pedido de contracautela.

2. O acórdão impugnado, ao determinar a incidência da vantagem pessoal de 20%, prevista no art. 184, II, da Lei 1.711/52, sobre o valor do subsídio mensal devido ao ocupante do cargo de juiz do Tribunal Regional da 2ª Região, violou o disposto no art. 39, § 4º, da Constituição da República, o qual fixa a remuneração dos membros de Poder em parcela única.

3. Agravo Regimental improvido' (Ag. Reg. na Suspensão de Segurança 3.108-2-RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2008, publicado 25.04.2008) (grifos no original).

26. Quanto ao argumento de que os pagamentos da parcela 'VPNI - Localidade' são feitos com base em atos normativos do CNJ (Resolução nº 13/2006 e Enunciado Administrativo nº 4), e que esses atos prevalecem ao entendimento do TCU, acreditamos que essa alegada prevalência é, inclusive, contrária à própria jurisprudência do STF.

27. Isso porque, se ao TCU é admitida a possibilidade de declarar concretamente a inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público, nos termos do Enunciado nº 347 da Súmula de Jurisprudência do STF, e ao CNJ é vedado apreciar a constitucionalidade de atos administrativos, conforme decidido no MS 28.872-AgR, julgado em 24/2/2011, parece mais razoável inferir que são as decisões desta Corte de Contas que devem prevalecer.

28. Como já dito, somente seria possível o pagamento da 'VPNI - Localidade', cumulativamente com o subsídio, na forma de parcela complementar absorvível, para evitar decesso remuneratório. Todavia, acreditamos que não existiria atualmente mais nada a ser absorvido, pois, desde a publicação da Lei nº 11.143/2005 e da edição da Resolução STF nº 306, de 27/7/2005, que tornou público o subsídio mensal dos magistrados da União, a remuneração de um Juiz do Trabalho, por exemplo, passou de R\$ 18.433,56 para R\$ 22.911,74, tendo sido reajustada em R\$ 4.478,18, ao passo que o valor da maior parcela paga a título de 'VPNI - Localidade' é de R\$ 1.828,95 desde antes da instituição do subsídio.

29. Nesse contexto, apesar de o pagamento da parcela 'VPNI - Localidade' ter como fundamento atos normativos do CNJ e legislação anterior à Emenda Constitucional nº 19/1998, como alegado pelos responsáveis e magistrados interessados, não há como não admitir que contrariam disposição constitucional, razão pela qual entendemos que as defesas apresentadas não são hábeis a afastar a irregularidade do pagamento da parcela.

30. Com efeito, as razões de justificativa da Sra. Valdenyra Farias Thomé, presidente do TRT da 11ª Região, e da Sra. Kátia Maria Soares da Rocha, diretora do Serviço de Pessoal, devem ser rejeitadas, de modo que o Tribunal determine ao TRT da 11ª Região a imediata supressão da referida parcela, paga aos magistrados Antônio Carlos Marinho Bezerra, David Alves de Mello Júnior, Eleonora Saunier Gonçalves, Francisca Rita Alencar Albuquerque, Luiza Maria de Pompei Falabela Veiga, Maria das Graças Alecrim Marinho, Adilson Maciel Dantas, Aldemiro Rezende Dantas Júnior, Alberto de Carvalho Asensi, Audari Matos Lopes, Adelson Silva dos Santos, Carlos Delan de Souza Pinheiro, Djalma Monteiro de Almeida, Eliana Souza de Farias Serra, Eduardo Melo de Mesquita, Gerfran Carneiro Moreira, Jorge Álvaro Marques Guedes, José Dantas de Goés, Lairto José Veloso, Mauro Augusto Ponce de Leão Braga, Maria de Lourdes Guedes Montenegro, Márcia Nunes da Silva Bessa, Maria da Glória de Andrade Lobo, Nélia Maria Ladeira Luniere, Ormy da Conceição Dias Bentes, Pedro Barreto Falcão Netto, Ruth Barbosa Sampaio, Rildo Cordeiro Rodrigues, Sandro Nahmias Melo e Edna Maria Fernandes Barbosa.

31. Nada obstante, somos pela não aplicação de qualquer sanção aos responsáveis, na medida em que o pagamento da parcela 'VPNI - Localidade', adicionalmente ao valor do subsídio mensal dos magistrados, está sendo feito com base em atos normativos do CNJ.

32. Considerando as razões acima, entendemos que deva ser dispensada a devolução dos valores pagos irregularmente, aplicando-se ao presente caso a Súmula nº 249 desta Corte de Contas, até porque o Tribunal já dispensou o ressarcimento das quantias recebidas de boa-fé sob o mesmo título, no âmbito do TRT da 23ª Região, conforme se observa no item 9.4 do Acórdão 3.159/2010-1ª Câmara.

33. Por derradeiro, impende mencionar que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em cumprimento ao Acórdão 3.168/2011-Plenário (TC 011.788/2011-9), suprimiu idêntica parcela da remuneração dos seus magistrados, conforme documentado naqueles autos.

V - Proposta de encaminhamento

34. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo que o Tribunal:

a) conheça da presente representação, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU para, no mérito, considerá-la procedente;

b) rejeite as razões de justificativa apresentadas pela Sra. Valdenyra Farias Thomé, presidente do TRT da 11ª Região, e da Sra. Kátia Maria Soares da Rocha, diretora do Serviço de Pessoal do mesmo Tribunal;

c) determine ao Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região que:

c.1) promova, no prazo de 15 (quinze) dias, a supressão da parcela 'VPNI - Localidade' da remuneração dos magistrados Antônio Carlos Marinho Bezerra, David Alves de Mello Júnior, Eleonora Saunier Gonçalves, Francisca Rita Alencar Albuquerque, Luiza Maria de Pompei Falabela Veiga, Maria das Graças Alecrim Marinho, Adilson Maciel Dantas, Aldemiro Rezende Dantas Júnior, Alberto de Carvalho Asensi, Audari Matos Lopes, Adelson Silva dos Santos, Carlos Delan de Souza Pinheiro, Djalma Monteiro de Almeida, Eliana Souza de Farias Serra, Eduardo Melo de Mesquita, Gerfran Carneiro Moreira, Jorge Álvaro Marques Guedes, José Dantas de Goés, Lairto José Veloso, Mauro Augusto Ponce de Leão Braga, Maria de Lourdes Guedes Montenegro, Márcia Nunes da Silva Bessa, Maria da Glória de Andrade Lobo, Nélia Maria Ladeira Luniere, Ormy da Conceição Dias Bentes, Pedro Barreto Falcão Netto, Ruth Barbosa Sampaio, Rildo Cordeiro Rodrigues, Sandro Nahmias Melo e Edna Maria Fernandes Barbosa;

c.2) informe a esta Corte de Contas, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência da deliberação, as medidas tomadas para o cumprimento da determinação acima;

d) dispense o ressarcimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé, até a ciência da deliberação a ser adotada, pelos magistrados referidos no item c.1, tendo em vista os termos da Súmula n. 249 deste Tribunal; e

e) dê ciência da deliberação que vier a ser adotada ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e aos interessados”.

2. Tendo em conta a complexidade jurídica da matéria, determinei, em caráter excepcional, o envio dos autos para colher a manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal (MPTCU), consoante despacho lançado à Peça nº 47 dos autos.

O MPTCU, representado no feito pelo Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico, manifestou-se nos seguintes termos (Peça n. 23):

“(…) Retornam os autos com as razões de justificativa dos responsáveis, insuficientes, no entanto, para elidir a ilegalidade, pois é cristalina a impossibilidade de serem agregados aos subsídios outras vantagens.

Ante os elementos constantes dos autos, o Ministério Público manifesta-se em concordância com a proposta formulada pela Unidade Técnica nos pareceres, rejeitando-se as razões de justificativa dos responsáveis, sem prejuízo das determinações propostas”.

Considerando que foi promovida a audiência da presidente do TRT/AM e da diretora do Serviço de Pessoal, as quais alegaram, em síntese, que o pagamento da parcela inquinada em acúmulo com o subsídio dos magistrados foi embasada em sinalização favorável do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), consoante o Enunciado Administrativo nº 4, de 10 de outubro de 2006, determinei, mediante o despacho à Peça nº 49, o retorno dos autos à Sefip para que fosse promovida diligência junto ao CNJ, no intuito de colher justificativas quanto à manutenção desse Enunciado Administrativo CNJ n. 4, de 2006, e quanto à legalidade do inciso I, do art. 5º, da Resolução CNJ n. 13, de 21 de março de 2006, os quais têm servido de fundamento para o pagamento da VPNI - Localidade.

Essa medida saneadora foi reiterada no despacho à Peça n. 55, tendo em vista a informação da unidade técnica (Peça nos 53 e 54) no sentido de que, apesar de cumprida a determinação contida no despacho anterior por meio do Aviso GP/

TCU n. 1037, de 10/9/2012 (Peça n. 51), o órgão deixou de se pronunciar expressamente.

Na sequência, a Sefip acostou o parecer constante da Peça n. 57, dando ciência do posicionamento firmado pelo CNJ, à Peça n. 56, nos termos da Decisão Monocrática proferida em 23/11/2011 pelo Conselheiro Jefferson Luís Kravchychyn, no âmbito do Pedido de Providências n. 0005294-77.2011.2.00.0000, instaurado a partir do Acórdão 3.159/2010-TCU-1ª Câmara, que determinou ao Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região a suspensão do pagamento da inquinada parcela, pelas seguintes razões:

“(…) VOTO:

A questão apresentada a esse Conselho, por meio de aviso, dirigido ao Presidente Ministro Cezar Peluso, em que o então Presidente [em exercício] do Tribunal de Contas da União, Ministro José Múcio Monteiro, expõe Acórdão daquela Corte que se refere ao pagamento de ‘VPNI - Localidade’ no âmbito d Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região.

A posição do Conselho Nacional de Justiça, manifestada por ocasião da edição do Enunciado nº 4/2006, republicado no ano de 2007, traz a seguinte orientação:

‘Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida Provisória n. 1.573/97 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei n. 8.270/1991, combinado com o artigo 65, X, da Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN), e Decreto nº 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao recebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme inciso I do artigo 5º da Resolução n. 13 do CNJ’ (Precedente: PP nº 603 – 27ª Sessão Ordinária – 10 de outubro de 2006; republicado em virtude de erro material – 51ª Sessão Ordinária – 06 de novembro de 2007).

De igual modo a Resolução n. 13 do CNJ, em seu artigo 5º, I, prevê que: ‘Art. 5º As seguintes verbas não estão abrangidas

pelo subsídio e não são por ele extintas: I - de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento’.

Recentemente foi suscitada a ilegalidade e inconstitucionalidade no pagamento de tais vantagens aos magistrados federais, questão que foi objeto de deliberação pelo Plenário desse Conselho na 130ª Sessão Ordinária, realizada no dia 05/07/2011, ocasião em que, por unanimidade manteve-se o entendimento anterior e conseqüentemente o texto integral do enunciado destacado:

‘PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. JUIZES FEDERAIS. GEL (GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIZAÇÃO). SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA JÁ ENFRENTADA PELO PLENÁRIO DO CNJ. 1. No PP 603 o CNJ já decidiu que a GEL (convertida em VPNI pela edição da Lei n. 9.527/97) constituiu verba de caráter permanente, não havendo sido absorvida pelo subsídio, ficando destacada até o limite do teto constitucional (Resolução CNJ n. 13, art. 5º, I). 2. Os magistrados que passaram a ter exercício em localidades de difícil provimento após a edição da MP 1.573/96 não têm direito ao recebimento da aludida gratificação, por ausência de base legal para seu pagamento. 3. Existência de fundamentação na decisão monocrática que não conheceu do pedido do requerente por entender que a matéria já havia sido apreciada pelo Plenário do CNJ. Legitimidade da adoção da técnica da motivação ‘**per relationem**’ (MS 28989/PR). Recurso administrativo que se conhece, e a que se nega provimento. **(PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS – CONSELHEIRO 0002894-27.2010.2.00.0000 – Relator Conselheiro Nelson Tomaz Braga)**’.

Antes da deliberação destacada, a matéria já havia sido enfrentada pelo CNJ em outras oportunidades: a) no PP 603, questionava-se o pagamento da GEL em razão da edição da Resolução 13/2006; b) sob a relatoria do Conselheiro Jorge Maurique, no PP 0000266-36.2008.2.00.0000; e ainda c) no PP 0003434-12.2009.2.00.0000, de relatoria do Conselheiro Jorge Hélio, em que se requeria ao CNJ que declarasse que a GEL

teria natureza de retribuição pelo exercício, enquanto perdurar, em comarca de difícil provimento, e portanto de natureza não-remuneratória para todos os efeitos legais.

Como visto a orientação do Conselho Nacional de Justiça encontra-se consolidada, sendo que em nenhuma das ocasiões em que a matéria foi analisada houve a intenção de modificar-se o entendimento firmado no Enunciado Administrativo de nº 4, nem mesmo o disposto no artigo 5º, I, da Resolução nº 13.

Soma-se a isso a inexistência de fato novo capaz de alterar o mérito de reiteradas decisões desse Conselho. A decisão do Supremo Tribunal Federal que foi trazida a esse Conselho como motivo ensejador da alteração de entendimento, não se refere especificamente à GEL, mas sim a VPNI de quintos para magistrados. Transcreve-se, por oportuno a ementa do julgado mencionado:

‘CONSTITUCIONAL. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. QUINTOS. INCORPORAÇÃO. NOMEAÇÃO NA MAGISTRATURA. VANTAGEM NÃO PREVISTA NO NOVO REGIME JURÍDICO (LOMAN). INOVAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento de que descabe alegar direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. 2. Preservação dos valores já recebidos em respeito ao princípio da boa-fé. Precedentes. 3. Agravo regimental parcialmente provido (AI 410946 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-81 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-05 PP-00949)’.

Como afirmado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região há aparente conflito nas orientações exaradas do Tribunal de Contas da União e do Conselho Nacional de Justiça. Em situação que conflito dessa ordem foi apresentado ao Conselho, assim restou deliberado pelo Plenário, que por unanimidade, acompanhou o voto do Relator Conselheiro Marcelo Neves, cuja ementa registra:

‘Consulta. 1) Competência para Controle Administrativo e Financeiro do Poder Público. Conflito de competências entre TCU e CNJ. Critério da especialidade. 2) Permuta de

servidores por cargos vagos. Prática similar ao instituto da transferência. Impossibilidade. Precedentes do STF. 1) O conflito de competências entre TCU e CNJ para controlar administrativo-financeiramente o Poder Público resolve-se pelo critério da especialidade, prevalecendo a competência do CNJ quando se tratar especificamente do controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário. 2) É vedada a permuta de servidores por cargos vagos, possibilitando a efetivação de servidores em Quadro de Pessoal de Tribunal para o qual não lograram aprovação em concurso público, resultando em prática similar ao instituto da transferência, banido do Ordenamento Jurídico Brasileiro conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CNJ - CONS 0007136-29.2010.2.00.0000 – Rel. Cons. Marcelo da Costa Pinto Neves – 119ª Sessão - j. 25/01/2011 - DJ – e nº 17/2011 em 27/01/2011 p. 23)'.

Cita-se nesse passo a manifestação do Conselheiro Paulo Lobo, no PP 445: 'Não existe hierarquia entre o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional de Justiça e suas decisões são dotadas de igual valor. 'Figurando, porém, o CNJ como órgão máximo do controle administrativo do aparato judicial brasileiro, de natureza interna, suas decisões devem ser cumpridas pelos órgãos judiciários, inclusive porque resultantes do exercício da auto-tutela administrativa'.

Contudo, entendo que eventual divergência de entendimentos não pode ser aqui dirimida. Não é razoável que o próprio Conselho Nacional de Justiça manifeste-se acerca da orientação mais adequada. Sua posição está expressa nos diversos julgados anteriormente mencionados.

Na relação estabelecida entre o Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região e o Tribunal de Contas da União, em processo específico de fiscalização de ato administrativo (Acórdão nº 3.159/2010-TCU-1ª Câmara), não cabe a este Conselho manifestar-se nem mesmo intervir, sob pena de invadir seara que não lhe é afeta.

Possível questionamento acerca da divergência de orientações estabelecidas deve ser resolvido judicialmente.

Ante o exposto, conheço do aviso enviado pelo Tribunal de Contas da União, julgando, contudo, desnecessária nova manifestação do CNJ acerca do tema, pelos motivos delineados anteriormente”.

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de representação formulada pela Sefip, em decorrência do Acórdão 3.159/2010-TCU-1ª Câmara, versando sobre a percepção cumulada da parcela denominada VPNI - Localidade com o subsídio de 30 magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (TRT/AM).

Preliminarmente, entendo que a presente representação merece ser conhecida pelo TCU, por preencher os requisitos legais e regimentais de admissibilidade.

Já no mérito, peço licença para divergir do encaminhamento proposto pela Sefip, de sorte que pugno por que a presente representação seja considerada improcedente, pelas razões que passo a expor.

Como visto, o TCU prolatou o Acórdão 9.131/2011-2ª Câmara, por intermédio do qual foi promovida a audiência da então presidente do TRT/AM e da diretora do Serviço de Pessoal, as quais alegaram que o pagamento da parcela inquinada em acúmulo com o subsídio dos magistrados teve como fundamento o Enunciado Administrativo nº 4, de 10 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que aduz:

“Os magistrados da União que ingressaram antes da edição da Medida Provisória nº 1.573/97 e que atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei nº 8.270/1991, combinado com o artigo 65, X, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), e Decreto nº 493/92, fazem jus, além do valor do subsídio, ao recebimento da vantagem transitória de Gratificação Especial de Localidade - GEL como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, enquanto permanecerem em exercício nas varas localizadas em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, limitado o rendimento total ao valor do teto remuneratório, conforme inciso I do artigo 5º da Resolução nº 13 do CNJ”.

No que tange à oitiva dos beneficiários, determinada pelo decismum acima, esclareço que a maioria dos magistrados compareceu aos autos, permanecendo silentes apenas os desembargadores Antônio Carlos Marinho Bezerra e Maria das Graças Alecrim Marinho, assim como o juiz Gerfran Carneiro Moreira, os quais, entretanto, tomaram conhecimento deste feito.

Em essência, a defesa dos interessados (à Peça nº 39, autuada indevidamente como recurso, e às Peças nos 17, 18, 40, 42 e 43) centra-se nos seguintes argumentos:

a) não haveria dúvidas sobre a possibilidade de aplicação da legislação específica dos servidores públicos de maneira supletiva ao art. 65, inciso X, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura - Loman), em respeito ao princípio da isonomia;

b) a gratificação prevista na Loman para a lotação em comarca de difícil provimento possuiria evidente caráter indenizatório;

c) a Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, não teria revogado a Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991, em cujo Artigo 17 se estabeleceu originariamente a presente vantagem sob o título de Gratificação Especial de Localidade (GEL), de modo que apenas a gratificação não poderia ser concedida doravante, mantendo-a, todavia, na forma de vantagem pessoal para os servidores que continuassem lotados nas comarcas previstas no Decreto nº 493, de 10 de abril de 1992;

d) a Lei nº 9.527, de 1997, não teria extinguido o direito de os magistrados receberem a gratificação prevista na Loman, que se constitui como lei complementar e que, por isso, não poderia ser revogada por lei ordinária; e

e) os normativos do CNJ deveriam prevalecer em relação às decisões do TCU, por se tratar o CNJ de órgão colegiado máximo (sic) de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário.

Os magistrados que firmaram a defesa constante da Peça nº 40 alegam, ainda, que:

- a) haveria conexão do TC 021.286/2009-1 com a presente representação, autuada em cumprimento ao item 9.3 do Acórdão 3.159/2010-TCU-1ª Câmara, o que demandaria a apreciação conjunta desses processos;
- b) competiria privativamente ao Plenário do TCU deliberar sobre o conflito de ato normativo com a Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 15, inciso I, alínea “e”, do RITCU, c/c o art. 97 da CF88 e com a Súmula nº 10 do Supremo Tribunal Federal (STF);
- c) o Enunciado Administrativo CNJ nº 4, de 2006, achar-se-ia impregnado de eficácia geral e conteúdo impessoal, conforme o STF teria deliberado no MS 28989/PR, de modo que só poderia ser combatido pelo controle abstrato de inconstitucionalidade ou pela via da ação popular;
- d) os Acórdãos 3.159/2010 e 8.890/2011, prolatados pela 1ª Câmara do TCU, padeceriam de vício de nulidade absoluta, por não terem respeitado a cláusula de reserva de plenário; e
- e) não haveria inconstitucionalidade no ato do CNJ, pois o entendimento nele contido encontraria respaldo no instituto da estabilidade financeira, reconhecido na jurisprudência do STF.

Após diligência junto ao CNJ, a posição atual do órgão foi trazida a estes autos por meio de cópia da decisão monocrática proferida em 23/11/2011 pelo Conselheiro Jefferson Kravchychyn, no âmbito do Pedido de Providências nº 0005294-77.2011.2.00.0000, instaurado a partir do Acórdão 3.159/2010-TCU-1ª Câmara, que determinou ao Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região a suspensão do pagamento da parcela inquinada, destacando-se que, para a manutenção da orientação normativa sobre a VPNI - Localidade, foram apresentados, em suma, os seguintes argumentos:

- a) a posição do CNJ sobre o assunto seria a mesma manifestada por ocasião da edição do Enunciado nº 4/2006, republicado em 2007 (Pedido de Providência - PP nº 603, 27ª Sessão Ordinária de 10/10/2006, republicado em virtude de erro material – 51ª Sessão Ordinária de 6/11/2007);

b) a Resolução CNJ nº 13/2006, em seu art. 5º, inciso I, prevê: “as seguintes verbas não estão abrangidas pelo subsídio e não são por ele extintas: I - de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento”;

c) a matéria já teria sido enfrentada pelo CNJ em outras oportunidades: (a) no PP nº 603, em que se questionava o pagamento da GEL em razão da edição da Resolução nº 13/2006; (b) sob a relatoria do Conselheiro Jorge Maurique, no PP nº 0000266-36.2008.2.00.0000; e (c) no PP nº 0003434-12.2009.2.00.0000, sob relatoria do Conselheiro Jorge Hélio, em que se requeria ao CNJ que declarasse que a GEL teria natureza de retribuição pelo exercício, enquanto perdurar, em comarca de difícil provimento e teria, portanto, natureza não remuneratória para todos os efeitos legais;

d) recentemente teria sido suscitada a ilegalidade e a inconstitucionalidade no pagamento da vantagem em tela aos magistrados federais, questão que teria sido objeto de deliberação pelo Plenário do CNJ na 130ª Sessão Ordinária, realizada em 5/7/2011, ocasião em que, por unanimidade, foi mantido o entendimento anterior e consequentemente o texto integral do Enunciado nº 4/2006 (PP nº 2894-27.2010.2.00.0000, Relator Conselheiro Nelson Tomaz Braga); e

e) em situações de conflito com as orientações exaradas pelo TCU, o CNJ teria deliberado, por unanimidade, que a solução passaria pela aplicação do critério de especialidade, de modo que prevaleceria a competência do CNJ quando se tratar do controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário (CONS 0007136-29.2010.2.00.0000 – Rel. Cons. Marcelo da Costa Pinto Neves – 119ª Sessão - 25/1/2011 - DJ – e nº 17/2011, de 27/1/2011, p. 23).

Apesar dessas considerações, o conselheiro concluiu o seu arrazoado, asseverando que não caberia ao CNJ se manifestar ante a eventual divergência de entendimento com o TCU, nem mesmo intervir nos autos, sob pena de invadir seara que não lhe é afeta.

I - Da relação entre o TCU e o CNJ

Logo de início, no que concerne ao suposto conflito de competências entre o TCU e o CNJ, vê-se que não se mostram procedentes os argumentos apresentados nos autos, no sentido de que a competência do CNJ prevaleceria sobre a do TCU, ante a suposta especialidade para a fiscalização financeira dos órgãos do Judiciário, não só porque tal suposição afronta expressa disposição constitucional, mas também porque ela contraria toda a lógica constitucional subjacente.

Eis que, em posição diametralmente oposta à referida suposição, há comando expresso no sentido de que a competência do CNJ não pode prejudicar a competência do TCU, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da CF88, que determina:

“Art. 103-B. omissis.

§ 4º Compete ao Conselho [CNJ] o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União” (grifou-se).

Não fosse o bastante, vê-se – também em sentido oposto à referida suposição – que não haveria sequer lógica institucional na prevalência da competência fiscalizadora do CNJ sobre a do TCU. Ocorre que, atuando o TCU como órgão de auxílio ao Congresso Nacional, no exercício do controle externo financeiro, o CNJ afastaria, assim, na verdade, o controle pelo Legislativo, deixando, ainda, para piorar, a administração do Supremo Tribunal Federal sem controle externo financeiro, já que, no âmbito da Adin 3.367/DF, o Supremo

Tribunal afirmou não caber ao CNJ exercer controle financeiro sobre a administração do STF.

Nessa linha, aliás, pode-se citar o Acórdão 8.890/2011-TCU-1ª Câmara, cuja ementa restou lavrada nos seguintes termos:

“PEDIDOS DE REEXAME EM REPRESENTAÇÃO. MANUTENÇÃO DE PAGAMENTO DE SUBSÍDIO COM VPNI - LOCALIDADE. DIREITO NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME DE SUBSÍDIO EM PARCELA ÚNICA. DETERMINAÇÕES CORRETIVAS. CONHECIMENTO DOS RECURSOS. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO A ORIENTAÇÕES DO CNJ E DO CSJT CONTRÁRIAS ÀS DO TCU. COMPETÊNCIAS DO CONGRESSO NACIONAL, DO TCU E DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. APARENTE CONFLITO DE NORMAS EMANADAS DE ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DO PODER JUDICIÁRIO E DO TCU NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS. DEVER DE CUMPRIMENTO DO MANDAMENTO PROVENIENTE DO ÓRGÃO DE CONTROLE EXTERNO. CONSIDERAÇÕES. NEGATIVA DE PROVIMENTO AOS PEDIDOS DE REEXAME. FIXAÇÃO DE NOVO E IMPROPRORROGÁVEL PRAZO PARA CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO Nº 3.159/2010-TCU-1ª CÂMARA.

(...) 4. As competências do Congresso Nacional, em sede de controle externo, exercidas com o auxílio do Tribunal de Contas da União, com fulcro nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal e na Lei nº 8.443/1992, se sobrepõem a eventuais orientações normativas do CNJ, do CSJT ou de outros conselhos de menor nível hierárquico, em sentido contrário, eis que as primeiras vinculam a todos os órgãos administrativos de todas as esferas de Poder, no sistema de freios e contrapesos do Sistema Republicano (cf. o STF - ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julg. 13/4/2005, D.J. 17/3/2006, Rep. D.J. 22/9/2006, p. 29).

5. Improcedentes os argumentos ventilados nas peças recursais, nega-se a elas provimento (grifou-se);

II - Dos precedentes do TCU sobre a VPNI - Localidade

A discussão sobre a Gratificação Especial de Localidade (GEL) encontra precedentes no TCU no sentido de que

o acúmulo dessa parcela, como VPNI - Localidade, com o subsídio de magistrado seria indevido, já que: “uma resolução do CNJ não pode estar em desacordo com a Constituição Federal. Ao ser instituído o regime de parcela única, como o de subsídios, ocorreu a absorção de todas as vantagens, passando a auferir o magistrado apenas o subsídio legal” (v. g.: Acórdãos 3.167/2011 e 3.168/2011, do Plenário, e Acórdão 8.890/2011-1ª Câmara).

Logo, considerando apenas os precedentes firmados no TCU, o pagamento da VPNI - Localidade concomitante com o do subsídio mereceria ser considerado ilegal, na forma como propôs a unidade técnica.

Ocorre, todavia, que, mais recentemente, o próprio TCU evoluiu o seu entendimento sobre as questões relacionadas com a simetria remuneratória entre autoridades e servidores, bem assim com o pagamento de parcelas indenizatórias, de sorte que a questão merece ser, agora, revista sobre essas novas luzes.

Registre-se, nesse ponto, que as decisões do TCU, contrárias ao pagamento da GEL, como VPNI - Localidade, foram prolatadas sem examinar a questão da natureza jurídica dessa parcela.

Por conseguinte, passa-se ao exame da natureza jurídica da GEL (VPNI - Localidade) para, em seguida, se investigar a possibilidade de percepção cumulativa dessa parcela com o subsídio de magistrado.

III - Da natureza jurídica da VPNI - Localidade

Em suma, à luz das decisões do CNJ (v. itens 8-a, 8-c e 8-d destas razões de decidir), os interessados alegam que a GEL, assim como a vantagem pessoal dela decorrente (VPNI - Localidade), corresponderia a uma retribuição específica pelo exercício da atividade em comarca de difícil provimento, enquanto perdurasse a situação, e que, portanto, ela teria natureza não remuneratória para todos os efeitos legais.

Para melhor elucidar a natureza dessa vantagem, incluindo a forma como está sendo paga atualmente, devem ser examinadas as diversas normas aplicáveis ao caso.

A Lei Complementar nº 35 (Lei Orgânica da Magistratura - Loman), de 1979, estabeleceu, no seu art. 65, que poderiam ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, dentre outras, as seguintes vantagens:

“I - ajuda de custo para despesas de transporte e mudança;

II - ajuda de custo para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado;

(...) IV - diárias;

(...) X - gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei” (grifou-se).

Como se vê, a Loman apenas previu a gratificação, já que o dispositivo trata de uma vantagem potencial, ou seja, de uma possibilidade de concessão, a depender, para sua eficácia, de lei regulamentadora (duplamente indicada no referido artigo 65).

Vê-se ainda que, ao fazer tal previsão, a lei complementar alinhou a referida gratificação juntamente com outras vantagens pecuniárias de natureza sabidamente indenizatória, tais como: as diárias; as ajudas de custo para transporte e mudança; e as ajudas de custo para moradia.

Mais tarde, com o advento da Lei nº 8.270, de 1991, foi instituída a GEL (art. 17) para os servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida justificassem tal vantagem, destacando-se que essas localidades seriam indicadas em regulamento baixado pelo Poder Executivo.

Note-se que, ao conceder a GEL para os servidores federais, o art. 17, parágrafo único, da Lei nº 8.270, de 1991, cuidou de excluir a possibilidade de incorporação dessa parcela aos proventos de aposentadoria (alínea “b”), bem como de excluir a incidência da contribuição previdenciária sobre a GEL (alínea “c”), dando conta, então, de se tratar de parcela com natureza tipicamente indenizatória.

Anote-se ainda que esses mesmos comandos foram reiterados no art. 1º, § 4º, do Decreto nº 493, de 1992, o qual listou, no seu anexo, as localidades onde a GEL seria considerada devida, destacando-se que, conforme o critério indicado no art. 2º desse mesmo decreto, tais localidades corresponderiam a: “áreas de difícil acesso, inóspitas, e de precárias condições de vida” (grifou-se).

A partir daí, a GEL foi aplicada, por analogia, pelos órgãos do Poder Judiciário, situação que, segundo consta do Pedido de Providências CNJ nº 1.299, de 27/5/2009, teve o condão de conferir aplicabilidade ao art. 65, inciso X, da Loman, garantindo aos magistrados certa simetria com os servidores federais quanto à percepção da aludida parcela indenizatória.

Tal situação perdurou até a edição da MP nº 1.573-7, de 2 de maio de 1997, que foi convertida na Lei nº 9.527, de 1997, salientando-se que o artigo 2º dessa lei estabeleceu que:

“Art. 2º Ficam extintas as gratificações a que se referem (...), e o art. 17 da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991.

§ 1º A importância paga em razão da concessão das gratificações a que se refere o caput deste artigo passa a constituir, a partir da publicação desta Lei e em caráter transitório, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente a atualização decorrente de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

§ 2º A vantagem a que se refere o parágrafo anterior não se incorpora aos proventos de aposentadoria e pensões, extinguindo-se o seu pagamento na hipótese em que o servidor passar a ter exercício, em caráter permanente, em outra localidade não discriminada expressamente nas normas vigentes a época de sua concessão” (grifou-se).

Ocorre que, logo após a aludida revogação da GEL, a EC nº 19/1998 alterou o art. 39, § 4º, da CF88, passando a estabelecer que os magistrados do Poder Judiciário seriam remunerados exclusivamente por subsídio fixado em par-

cela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, observado, ainda, o disposto no inciso XI, do art. 37, da CF88, o qual, já com a redação conferida pela EC nº 41/2003, prevê como teto dos magistrados o valor do subsídio mensal dos ministros do STF.

A despeito de as referidas Emendas 19 e 41 terem sido publicadas em 1998 e em 2003, respectivamente, somente em 2005, após a entrada em vigor da Lei nº 11.143, o regime de subsídio passou a ser efetivamente aplicado, ocasião em que o STF editou a Resolução nº 306, de 27 de junho de 2005, mediante a qual tornou público o valor do subsídio dos magistrados.

Nessa toada, o CNJ editou a Resolução nº 13/2006, disciplinando a aplicação do regime de subsídio e o teto dos magistrados, tendo essa resolução relacionado, no seu art. 4º, as verbas do regime remuneratório anterior que estariam compreendidas no subsídio dos magistrados, sendo consideradas extintas, dentre elas, no item VII, letra “c”, as vantagens pessoais de qualquer natureza, a exemplo das VPNI.

De toda sorte, ao tempo em que indicou no cômputo de absorção da nova estrutura remuneratória as VPNI de qualquer natureza, o CNJ relacionou no art. 5º da Resolução nº 13/2006, dentre as verbas não suprimidas pelo subsídio, a seguinte parcela: “I - de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento” (grifou-se).

Essa mesma resolução, aliás, em seu art. 8º, inciso I, excluiu da incidência do teto remuneratório constitucional as verbas de caráter indenizatório, previstas em lei, em cujo rol se encontram:

- “a) ajuda de custo para mudança e transporte;
- b) auxílio-moradia;
- c) diárias;
- (...);

e g) outras parcelas indenizatórias previstas na Lei Orgânica da Magistratura” (grifou-se).

A partir dessa legislação, constata-se que a gratificação pelo exercício em comarca de difícil provimento, prevista na Loman (art. 65, X) e assumida sob a forma legal da GEL, tem natureza indenizatória e que, assim, ela não teria sido necessariamente afastada ou extinta pela lei que instituiu o subsídio em parcela única, por força, inclusive, do disposto no art. 4º da EC nº 47/2005, que aduz:

“Art. 4º Enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003” (grifou-se).

Enfim, um pouco mais tarde, com a edição do Enunciado CNJ nº 4/2006, republicado em 2007, a parcela indicada no art. 5º, inciso I, da Resolução CNJ nº 13/2006 foi definida como vantagem temporária, que não deve ser incluída no cômputo do teto remuneratório constitucional.

Cabe registrar que, no âmbito do Ministério Público da União, vigora entendimento similar ao que chegou o CNJ, segundo a Resolução nº 9, de 5 de julho de 2006, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que no seu art. 4º, inciso IV, aduz:

“Art. 4º Estão compreendidas no subsídio de que trata o artigo anterior e são por esse extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as decorrentes de:

(...) IV - exercício em local de difícil provimento” (grifou-se).

Na mesma linha, mas no âmbito do Poder Executivo, sabe-se que, diante, basicamente, de provimentos judiciais, ainda perduram vantagens relacionadas com a localidade de exercício do cargo, como a Gratificação de Zona ou Local, instituída pelo Decreto-Lei nº 1.523, de 3 de fevereiro de 1977, para servidores do Incra, destacando-se que tal norma estipulou expressamente (art. 3º, parágrafo

único) que tais gratificações: “não serão, em caso algum, incorporadas ao vencimento ou salário, nem computadas para efeito de aposentadoria”.

Como se sabe, o emprego desse tipo de vantagem por exercício em localidade especial tem sido justificado pela dificuldade de a administração fixar pessoal em locais inóspitos de seu interesse, oferecendo, por isso, indenização ao servidor que se dispõe a permanecer em exercício nessas localidades, durante o tempo em que lá permanecer.

Nesse mesmo sentido, aliás, é que se deu a recente edição da Lei nº 12.855, de 2 de setembro de 2013, que, à semelhança do que foi feito com a GEL, institui parcela indenizatória para ocupante de cargo efetivo em localidades estratégicas para a prevenção, controle, fiscalização e repressão a delitos transfronteiriços, especificamente em municípios localizados em região de fronteira, com dificuldade de fixação de efetivo, tendo o artigo 3º dessa lei lançado luzes sobre a natureza indenizatória inerente às demais parcelas pagas em razão da localidade, quando aduziu que:

“Art. 3º A indenização de que trata o art. 1º não poderá ser paga cumulativamente com diárias, indenização de campo ou qualquer outra parcela indenizatória decorrente do trabalho na localidade” (grifou-se).

Também deve ser anotada, nessa linha, a edição pela Procuradoria-Geral da República da Portaria nº 652, de 18 de setembro de 2013, que dispõe sobre a concessão de auxílio-moradia aos membros do Ministério Público da União, a título de indenização, quando estiverem lotados e residentes em local cujas condições de moradia forem particularmente difíceis ou onerosas.

Observa-se, pois, que vantagens, como a GEL (e a VPNI - Localidade dela decorrente), pagas a agentes públicos que servem em localidades especiais têm natureza evidentemente indenizatória, não se confundindo com as verbas remuneratórias de cargo efetivo, mesmo porque elas são pagas apenas enquanto o beneficiário estiver lotado na lo-

calidade especificada pela norma legal, como compensação pelo exercício da função pública em condições socio-economicamente mais desgastantes, de modo que assiste razão aos interessados em relação à natureza indenizatória da GEL e da VPNI dela decorrente (v. itens 6b e 8-c destas razões de decidir).

Cabe avaliar, então, se essa parcela de caráter não remuneratório pode ser percebida cumulativamente com o subsídio.

IV - Do pagamento da VPNI - Localidade cumulativamente com o subsídio

O atual regime de parcela única não pode ser visto como absoluto, mesmo porque o STF já reconheceu exceções a essa regra, como no caso da parcela transitória para se evitar decesso remuneratório na mudança de regime.

Esse foi o caso do MS 24.875/DF, em que o STF considerou o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados para garantir a manutenção de vantagem que, embora de caráter pessoal, não estaria incorporada ao subsídio, de modo que esse tipo de vantagem se mostra devido, ainda que implique a extrapolação do teto remuneratório constitucional, desde que tal excesso de remuneração, verificado nessa hipótese excepcional, seja absorvido pelos reajustes subsequentes no valor do teto.

Já no que concerne às parcelas de natureza indenizatória, vê-se que, nos termos do Acórdão 2.346/2012-Plenário, o TCU orientou os tribunais superiores no sentido de que a remuneração dos magistrados por meio de subsídio deve ser feita em parcela única, tendo em vista a Lei nº 11.143, de 2005, c/c o § 4º do art. 39 da CF/1988, ressalvadas as parcelas de caráter indenizatório.

Bem se sabe que esse entendimento encontra amparo nos termos da EC nº 47, de 5 de julho de 2005, que, alterando o art. 37, § 11, da CF88, albergou a possibilidade de percepção simultânea de parcelas indenizatórias com o subsídio, quando estatuiu que: “Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI

do caput deste artigo [teto constitucional], as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei”; tendo essa mesma EC nº 47/2005 esclarecido, no seu art. 4º, que: “enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.”

Vale lembrar que a disciplina fixada pelo STF também serviu de fundamento para se estender às autoridades do TCU o pagamento do auxílio-alimentação, concedido aos magistrados com base na Resolução CNJ nº 133, de 21 de junho de 2011, consoante se verifica nos Acórdãos 2.346/2012 e 2.408/2012, ambos do Plenário do TCU.

Por esclarecedor, convém trazer à baila trechos da decisão monocrática prolatada pelo Ministro Luiz Fux, em 28/3/2012, como Relator no STF da Ação Ordinária 1.725/DF, nos seguintes termos:

“A jurisprudência desta Suprema Corte sobre o tema, que faz frequente alusão ao texto da LOMAN em matéria de vantagens asseguradas aos magistrados, tem o precípua objetivo de impedir abusos e distorções no pagamento feito a magistrados brasileiros, criando distorções entre os diversos estados e a própria magistratura federal no que concerne aos vencimentos.

Não se vislumbra, em uma visão interdisciplinar e que parta da premissa de que o texto constitucional é o cume axiológico de nosso ordenamento jurídico, qualquer ilícito no pagamento a magistrados de direitos concedidos regularmente à maioria dos trabalhadores brasileiros, servidores públicos ou não, e especialmente aos membros do Ministério Público, carreira com que a magistratura guarda plena simetria, na esteira do que reconhecido pelo c. Conselho Nacional de Justiça.

Uma interpretação evolutiva do texto da LOMAN, que guarde compatibilidade com o texto constitucional, revela o ne-

cessário reconhecimento dos direitos aos magistrados que sejam ordinária e regularmente pagos aos trabalhadores, tal como ocorre com o pagamento do auxílio-alimentação. À guisa de ilustração, a LOMAN não prevê expressamente o direito à licença-paternidade, não assegura o direito à licença-maternidade, não garante expressamente o direito ao adicional de férias. É razoável sustentar que apenas as juízas brasileiras não terão, por exemplo, direito à licença-maternidade em razão da ausência de previsão expressa na LOMAN?

(...) Na atual conjuntura, em que o subsídio é percebido em parcela única, são admitidas as parcelas de caráter indenizatório, ex vi do art. 37, § 11, da Carta de 1988, tal como a impugnada.

(...) Sob a ótica da justiça, o pagamento de auxílio-alimentação a juízes não representa qualquer imoralidade, ilegalidade ou inconstitucionalidade em uma leitura, tal como a conduzida pelo CNJ quando da edição da novel Resolução nº 133, do texto constitucional que reconheça o caráter simétrico entre a magistratura, que é nacional, e os membros do Ministério Público.

(...) O exemplo acima comprova que as frequentes alterações que o regime remuneratório dos agentes públicos brasileiros impede interpretações literais e descontextualizadas da realidade social brasileira que evolui, paulatinamente, concedendo a todos os trabalhadores brasileiros, e não apenas a juízes e a membros da AGU, vantagens de natureza social, como ocorre com o auxílio-alimentação, valor que, reitero, é de diminuta expressão monetária individual, mercê de percebida por todas as categorias de trabalhadores no Brasil” (grifou-se).

Por conseguinte, ante a interpretação conferida pelo Ministro do STF ao art. 37, § 11, da CF88, no sentido de que a percepção cumulativa de parcela indenizatória com o subsídio de magistrado pode ser plenamente aceitável, ainda que a vantagem não esteja prevista na Loman, pode-se ver que, no presente caso concreto, em que a GEL estava fixada em lei federal, além de estar expressamen-

te indicada na Loman, a aludida acumulação da VPNI - Localidade com o subsídio se mostra possível.

Verifica-se, pois, que, a partir do novo entendimento albergado pelo TCU quanto à simetria remuneratória entre autoridades e servidores federais, bem como quanto à natureza indenizatória de algumas parcelas instituídas pela lei, não há óbices para a percepção conjunta da VPNI - Localidade com o subsídio de magistrado, tal como prescrito no Enunciado Administrativo CNJ nº 4/2006, desde que, é claro, seja observada, nos termos da Lei nº 9.527, de 1997, a atualização dessa vantagem apenas pelos reajustes gerais dos servidores federais.

Por conseguinte, não se mostra adequada a manifestação da Sefip no sentido de que somente seria possível o pagamento da VPNI - Localidade, cumulativamente com o subsídio, na forma de parcela complementar absorvível, uma vez que a unidade técnica deixou de considerar a desnecessidade de absorção de parcelas com natureza indenizatória, como a VPNI - Localidade resultante da GEL.

A unidade técnica indicou, de toda sorte, que não são de grande monta os valores atualmente pagos a título de VPNI - Localidade, destacando que o valor da maior VPNI - Localidade paga atualmente no TRT da 11ª Região seria de R\$ 1.828,95.

De fato, verificam-se, a título de exemplo, nas fichas financeiras de dois juízes vinculados a Varas do Trabalho de Manaus/AM, juntadas às fls. 25/40 da Peça nº 39, que os valores percebidos a título de VPNI - Localidade atingem os montantes de R\$ 823,03 e R\$ 1.828,95, respectivamente.

Registre-se que a Lei nº 9.527, de 1997, extinguiu o direito à GEL para os que fossem lotados nas localidades especiais a partir da vigência lei, mas não extinguiu o pagamento da GEL para os que já a recebiam enquanto permanecessem nas localidades especiais, tendo convertido os valores recebidos até então pelos magistrados em VPNI, que deve guardar a natureza indenizatória, não tendo a referida lei estabelecido nenhum comando no sentido

da absorção dessa VPNI pelos aumentos sucessivos concedidos aos magistrados, prevendo tão somente a atualização dessa vantagem pessoal de caráter transitório pelos reajustes gerais dos servidores federais.

Logo, por ter natureza indenizatória, a VPNI - Localidade não se confunde com vantagem pessoal instituída para evitar o decesso remuneratório, a qual advém da diferença a menor entre a remuneração percebida e a nova estrutura remuneratória por subsídios, não se aplicando a ela, então, a regra de absorção definida pelo STF (v.g.: MS 24.875/DF, RE 298.694/SP, RE 226.462/SC, RE 236.239/PR, RE-AgR 295.750/PB e AgReg 3.108/RJ).

Demais disso, não há que se falar em absorção da aludida parcela indenizatória pelos aumentos sucessivos do subsídio de magistrado, uma vez que tal vantagem pessoal não tem natureza remuneratória, tampouco se trata de direito adquirido a regime remuneratório anterior, mesmo porque, nos termos da Lei nº 9.527, de 1997, o pagamento da VPNI deve cessar, no caso concreto, quando o fato gerador da indenização não mais persistir, ante a saída do magistrado da correspondente localidade especial.

Nessa linha, entendo que cabe determinar ao órgão que observe essa restrição, promovendo a exclusão da GEL e da VPNI dela decorrente para os magistrados que não mais estiverem em exercício nas localidades especiais de difícil provimento indicadas no Decreto nº 493, de 1992.

Reitero, conforme já alinhavado nestas razões de decidir (item 34), que a percepção de adicional de natureza indenizatória continuada cumulativamente com o subsídio de magistrado configura situação expressamente excepcional pela EC nº 47/2005, na medida em que o constituinte derivado permitiu o pagamento de indenizações acima do teto constitucional.

Semelhante excepcionalidade, aliás, foi reconhecida recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça no MS 20.105, quando a 1ª Seção do STJ decidiu que não incide o teto remuneratório do funcionalismo público sobre a to-

talidade dos valores recebidos a título de pensão especial pela viúva do expresidente João Goulart concomitantemente com a pensão de viúva de anistiado político.

De mais a mais, cabe destacar que o STF já havia firmado entendimento, antes mesmo da EC nº 47/2005, no sentido de que as parcelas indenizatórias não fariam parte da remuneração ou do subsídio, não sendo, portanto, computadas para fins do teto de que trata o inciso XI, do art. 37, da CF88 (ADI 1.404/SC).

V - Considerações finais

Por todo o exposto, pode-se considerar improcedente a presente representação, sem prejuízo de determinar ao TRT da 11ª Região que adote as medidas necessárias à suspensão do pagamento da GEL e da VPNI dela decorrente para os magistrados que não mais estiverem em exercício nas localidades especiais de difícil provimento indicadas no Decreto nº 493, de 1992.

De mais a mais, tendo em vista que o TC 007.827/2012-1 foi apensado provisoriamente aos presentes autos, até o seu desfecho, cabe tecer as seguintes considerações adicionais:

o processo apenso trata de representação do titular do MPTCU requerendo a realização de auditoria para verificar se o entendimento exarado no Acórdão 3.159/2010-TCU-1ª Câmara, que considerou irregular o pagamento da VPNI - Localidade junto com o subsídio dos magistrados do TRT da 23ª Região, está sendo observado por outros órgãos do Poder Judiciário da União;

a Sefip propõe que a representação seja conhecida para, no mérito, considerá-la improcedente, uma vez que, em observância ao item 9.3 do Acórdão 3.159/2010-1ª Câmara, já teria realizado levantamento nos arquivos eletrônicos contendo as fichas financeiras do pessoal integrante dos órgãos do Poder Judiciário da União, tendo identificado, em alguns deles, magistrados recebendo a inquinada parcela, fato que originou diversos processos de representação, cuja situação encontra-se indicada na tabela seguinte:

(...).

a) de acordo com a unidade técnica especializada, a auditoria requerida seria desnecessária, pois já foram identificados os pagamentos supostamente irregulares da VPNI - Localidade e as providências a cargo do TCU estão sendo tomadas nos processos indicados acima, de modo que a possível responsabilização dos gestores, caso fique demonstrado o descumprimento de determinação do TCU, sem causa justificada, pode ser adotada em sede de monitoramento ou, conforme já determinado no item 9.5 do Acórdão 859/2012-1ª Câmara, por meio de processo específico de representação (Peça nº 3 do TC 007.827/2012-1); e

b) já o MPTCU, tendo em conta que estava em tramitação no STF a Ação Civil Originária nº 1.955, sobre conflito de competências entre o CNJ e o TCU em relação ao pagamento da parcela VPNI - Localidade, propôs o sobrestamento do processo apenso, até decisão definitiva do STF na referida ACO nº 1.955 (Peça nº 9 do TC 007.827/2012-1).

Considerando tais informações, bem assim que a ACO nº 1.955 foi arquivada pelo STF, em 12/9/2012, em razão da desistência da ação pelo autor, acolho a proposta apresentada pela Sefip no sentido de conhecer da representação constante do TC 007.827/2012-1 para, no mérito, pugnar pela sua perda de objeto ante o levantamento já realizado pela unidade técnica especializada, arquivando-se o feito, após o desapensamento dos presentes autos.

Enfim, tenho por pertinente o envio de cópia desta deliberação ao STF, ao CNJ, ao CNMP, ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e ao Conselho da Justiça Federal (CJF).

Pelo exposto, manifesto-me por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de dezembro de 2013.

Inicialmente, cumpre salientar que a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, ao determinar a aplicação de determinado critério

que venha agravar o Tesouro Nacional não vincula os órgãos administrativos, e, muito menos, o Poder Judiciário. Nesse sentido é o seguinte precedente do STF:

CA 40 / DF – DISTRITO FEDERAL

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 03/06/1993 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 20-08-1993 PP-16316 EMENT VOL-01713-01 PP-00039

Parte(s)

INTDO.: LUIZ ALBERTO DE SOUZA MATOS

SUSTE.: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8A. REGIAO

SUSDO.: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Ementa

COMPETÊNCIA – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO VERSUS TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. O ENVOLVIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO AFASTA A PERTINENCIA DA REGRA DA ALINEA “G” DO INCISO I DO ARTIGO 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEFINE-SE A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TENDO-SE EM VISTA OS PRECEITOS DAS ALINEAS “D” E “G” DO INCISO I DO ARTIGO 102 DA REFERIDA LEI BASICA. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – TRIBUNAL DE CONTAS VERSUS TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – DILIGENCIA. A DILIGÊNCIA DETERMINADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS, NO SENTIDO DE BAIXA DOS AUTOS PARA A OBSERVANCIA DE DETERMINADO CRITÉRIO, QUER QUANTO A PARCELA, QUER NO TOCANTE AO TEMPO DE SERVIÇO QUE A NORTEIA, CONSIDERADOS PROVENTOS, NÃO OBRIGA O ÓRGÃO QUE CONCEDEU A APOSENTADORIA. DAI A IMPROPRIEDADE DE FALAR-SE EM CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES.

Ficou consignado no voto do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio a seguinte lição: “A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido da inexistência de força obrigatória do ato do Tribunal de Contas da União, no que encerre conclusão a respeito de certa vantagem a ser inserida nos cálculos dos proventos da aposentadoria”.

Assim, as decisões do Tribunal de Contas da União não fazem coisa julgada e não vinculam os órgãos do Poder Judiciário, uma vez que apresentam caráter meramente opinativo, razão pela qual o Poder Judiciário, diante de um conflito de interesses, deverá avaliar todas as consequências jurídicas de uma má interpretação por parte do Tribunal de Contas, especialmente quando essa decisão gera **discriminação odiosa** entre servidores públicos ou entre servidores públicos e trabalhadores vinculados à iniciativa privada.

Outrossim, em recente decisão proferida no ano de 2013, em Agravo Regimental, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não é possível a concessão de Gratificação Especial de Localidade - GEL a magistrado, uma vez que não há lei específica, proveniente do próprio Poder Judiciário, para a sua concessão. Nesse sentido eis a seguinte decisão do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MAGISTRADOS. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ART. 65, X DA LEI COMPLEMENTAR 35/1979. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.270/1990 AOS MAGISTRADOS. 1. Inexiste violação dos arts. 458, II e 535, II, do CPC, na medida em que não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente porque o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam. 2. **A jurisprudência desta Corte é no sentido de que os magistrados não fazem jus à gratificação especial de localidade, eis que ausente regulamentação, por norma específica, da vantagem prevista no art. 65, X da LOMAN, ou norma determinando a aplicação subsidiária do regime dos servidores públicos civis (Lei 8.112/90), não lhes sendo**

extensível, portanto, as disposições da Lei 8.270/1991.3.
Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1344220/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 07/05/2013).

Portanto, se atualmente o STJ entende que não cabe nem mesmo o pagamento da GEL, muito menos se pode falar em isenção de Imposto de Renda.

Porém, como o Tribunal de Contas da União passou a entender que a GEL apresenta **caráter indenizatório**, passa-se a análise deste julgamento de caráter meramente administrativo, sem força vinculatória em relação ao Poder Judiciário.

Analisando atentamente o acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, pode-se afirmar que os principais fundamentos que sustentam o Acórdão n. 3668/2013, bem como a manutenção do pagamento da Gratificação Especial de Localidade - GEL em relação aos magistrados que ainda atuam nas localidades de fronteira ou de difícil provimento:

a) [...]Recentemente, o próprio TCU evoluiu o seu entendimento sobre as questões relacionadas com a simetria remuneratória entre autoridades e servidores, bem assim com o pagamento de parcelas indenizatórias, de sorte que a questão merece ser, agora, revista sobre essas novas luzes.

Registre-se, nesse ponto, que as decisões do TCU, contrárias ao pagamento da GEL, como VPNI - Localidade, foram prolatadas sem examinar a questão da natureza jurídica dessa parcela.

b) Em suma, à luz das decisões do CNJ (v. itens 8-a, 8-c e 8-d destas razões de decidir), os interessados alegam que a GEL, assim como a vantagem pessoal dela decorrente (VPNI - Localidade), corresponderia a uma retribuição específica pelo exercício da atividade em comarca de difícil provimento, enquanto perdurasse a situação, e que, portanto, **ela teria natureza não remuneratória para todos os efeitos legais.**

c) Para melhor elucidar a natureza dessa vantagem, incluindo a forma como está sendo paga atualmente, devem ser examinadas as diversas normas aplicáveis ao caso. A Lei

Complementar nº 35 (Lei Orgânica da Magistratura - Loman), de 1979, estabeleceu, no seu art. 65, que poderiam ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, dentre outras, as seguintes vantagens:

“I - ajuda de custo para despesas de transporte e mudança;

II - ajuda de custo para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado;

[...] IV - diárias;

[...] X - gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei” (grifou-se).

Como se vê, a Loman apenas previu a gratificação, já que o dispositivo trata de uma vantagem potencial, ou seja, de uma possibilidade de concessão, a depender, para sua eficácia, de lei regulamentadora (duplamente indicada no referido artigo 65).

d) Vê-se ainda que, ao fazer tal previsão, a lei complementar alinhou a referida gratificação juntamente com outras vantagens pecuniárias de natureza sabidamente indenizatória, tais como: as diárias; as ajudas de custo para transporte e mudança; e as ajudas de custo para moradia.

e) Mais tarde, com o advento da Lei nº 8.270, de 1991, foi instituída a GEL (art. 17) para os servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida justificassem tal vantagem, destacando-se que essas localidades seriam indicadas em regulamento baixado pelo Poder Executivo.

Note-se que, ao conceder a GEL para os servidores federais, o art. 17, parágrafo único, da Lei nº 8.270, de 1991, cuidou de excluir a possibilidade de incorporação dessa parcela aos proventos de aposentadoria (alínea “b”), bem como de excluir a incidência da contribuição previdenciária sobre a GEL (alínea “c”), dando conta, então, de se tratar de parcela com natureza tipicamente indenizatória.

f) Anote-se ainda que esses mesmos comandos foram reiterados no art. 1º, § 4º, do Decreto nº 493, de 1992, o qual

listou, no seu anexo, as localidades onde a GEL seria considerada devida, destacando-se que, conforme o critério indicado no art. 2º desse mesmo decreto, **tais localidades corresponderiam a: “áreas de difícil acesso, inóspitas, e de precárias condições de vida” (grifou-se).**

g) De toda sorte, ao tempo em que indicou no cômputo de absorção da nova estrutura remuneratória as VPNI de qualquer natureza, o CNJ relacionou no art. 5º da Resolução nº 13/2006, dentre as verbas não suprimidas pelo subsídio, a seguinte parcela: “I - de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento” (grifou-se).

Essa mesma resolução, aliás, em seu art. 8º, inciso I, excluiu da incidência do teto remuneratório constitucional as verbas de caráter indenizatório, previstas em lei, em cujo rol se encontram:

“a) ajuda de custo para mudança e transporte;

b) auxílio-moradia;

c) diárias;

[...];

e g) outras parcelas indenizatórias previstas na Lei Orgânica da Magistratura” (grifou-se).

h) A partir dessa legislação, constata-se que a gratificação pelo exercício em comarca de difícil provimento, prevista na Loman (art. 65, X) e assumida sob a forma legal da GEL, tem natureza indenizatória e que, assim, ela não teria sido necessariamente afastada ou extinta pela lei que instituiu o subsídio em parcela única, por força, inclusive, do disposto no art. 4º da EC nº 47/2005, que aduz:

i) Observa-se, pois, que vantagens, como a GEL (e a VPNI - Localidade dela decorrente), pagas a agentes públicos que servem em localidades especiais têm natureza evidentemente indenizatória, não se confundindo com as verbas remuneratórias de cargo efetivo, mesmo porque elas são pagas apenas enquanto o beneficiário estiver lotado na localidade especificada pela norma legal, como compensação

pelo exercício da **função pública em condições socioeconomicamente mais desgastantes, de modo que assiste razão aos interessados em relação à natureza indenizatória da GEL e da VPNI dela decorrente (v. itens 6b e 8-c destas razões de decidir).**

Cabe avaliar, então, se essa parcela de caráter não remuneratório pode ser percebida cumulativamente com o subsídio.

j) Por conseguinte, não se mostra adequada a manifestação da Sefip no sentido de que somente seria possível o pagamento da VPNI - Localidade, cumulativamente com o subsídio, na forma de parcela complementar absorvível, uma vez que a unidade técnica **deixou de considerar a desnecessidade de absorção de parcelas com natureza indenizatória, como a VPNI - Localidade resultante da GEL.**

l) A unidade técnica indicou, de toda sorte, que não são de grande monta os valores atualmente pagos a título de VPNI - Localidade, destacando que o valor da maior VPNI - Localidade paga atualmente no TRT da 11ª Região seria de R\$ 1.828,95.

De fato, verificam-se, a título de exemplo, nas fichas financeiras de dois juízes vinculados a Varas do Trabalho de Manaus/AM, juntadas às fls. 25/40 da Peça nº 39, que os valores percebidos a título de VPNI - Localidade atingem os montantes de R\$ 823,03 e R\$ 1.828,95, respectivamente.

Em suma, a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, contrariando o que até então vinha entendendo a 1ª Câmara do mesmo Tribunal, está alicerçada, em síntese, nos seguintes argumentos: a) caráter indenizatório da GEL; b) o caráter **indenizatório** da GEL tem por fundamento o art. 65 da Lei Complementar n. 35 (Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN), de 1979, uma vez que insere a Gratificação Especial de Localidade - GEL ao lado da ajuda de custo para despesas de transporte e mudança; ajuda de custo para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado; diárias; d) a concessão da GEL aos servidores federais (art. 17, parágrafo único, da Lei n. 8.270, de 1991, cuidou de excluir a possibilidade de in-

corporação dessa parcela aos proventos de aposentadoria (alínea 'b'), bem como de excluir a incidência da contribuição previdenciária sobre a GEL (alínea 'c'), dando conta, então, de se tratar de parcela com natureza tipicamente indenizatória; observa-se que vantagens, como a GEL (e a VPNI - localidade dela decorrente) pagas a agentes públicos que servem em localidades especiais têm natureza evidentemente indenizatória, não se confundindo com as verbas remuneratórias de cargo efetivo, mesmo porque elas são pagas apenas enquanto o beneficiário estiver lotado na localidade especificada pela norma legal, como compensação pelo exercício da função pública em condições socioeconomicamente mais desgastantes.

Sem dúvida, nenhum dos argumentos acima indicados pelo Tribunal de Contas da União pode sustentar a conclusão final do julgado, seja pela incoerência, pela falta de logicidade, insustentabilidade, falta de sistematização jurídica, e, especialmente, porque gera grave desequilíbrio financeiro/tributário para o Estado, além de consolidar uma **discriminação** odiosa e insustentável entre servidores públicos ou entre servidores públicos e trabalhadores privados.

Passa-se, então, a **desconstruir** todos os argumentos apresentados pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 3668/2013.

9.1 Da natureza indenizatória da GEL – previsão no art. 65 da LOMAN

O Tribunal de Contas da União, para sustentar sua nova posição sobre a questão da Gratificação Especial de Localidade - GEL, afirma que as decisões anteriormente proferidas sobre o assunto não levaram em consideração a natureza jurídica **indenizatória** da aludida gratificação.

Um dos fundamentos para se chegar a essa conclusão, é que a previsão da GEL - Gratificação Especial de Localidade encontra-se inserida no art. 65 da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979 - LOMAN, portanto, ao lado de outras verbas indenizatórias, como a ajuda de custo para despesas de transporte e mudança; ajuda de custo para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado; diárias etc.

Efetivamente, o pagamento da Gratificação Especial de Localidade - GEL em favor dos magistrados da União tem por fundamento legal a Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979 – LOMAN, precisamente o seu art. 65, inc. X, que assim dispõe:

Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

- I - ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;
- II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado. (Redação dada pela Lei nº 54, de 22.12.1986)
- III - salário-família
- IV - diária
- V - representação;
- VI - gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral;
- VII - gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas Comarcas onde não forem instituídas Juntas de Conciliação e Julgamento
- VIII - gratificação adicional de cinco por cento por quinquênio de serviço, até o máximo de sete;
- IX - gratificação de magistério, por aula proferida em curso oficial de preparação para a Magistratura ou em Escola Oficial de Aperfeiçoamento de Magistrados (arts. 78, § 1º, e 87, § 1º), exceto quando receba remuneração específica para esta atividade;
- X - gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei.**

Porém, este dispositivo traz ao mesmo tempo pagamentos que apresentam natureza **indenizatória**, como pagamentos que apresentam natureza **remuneratória**, por isso não se justifica a simplicidade de análise feita pelo Tribunal de Contas da União, sem qualquer preocupação com a sistemática utilizada pela LOMAN para promover a diferenciação de institutos jurídicos.

De imediato, saliente-se que o art. 65 da LOMAN faz nítida distinção entre as diversas vantagens que podem ser pagas aos magistrados, estabelecendo de forma clara e objetiva uma diferenciação entre **vantagens indenizatórias** e aquelas vantagens que não possuem este caráter, que são denominadas pela LOMAN como **gratificações**.

Salvo em relação à verba de representação (inc. V do art. 65), a LOMAN quando deseja conferir caráter indenizatório a determinada verba, evita denominá-la como **gratificação**. Daí porque os incs. I a IV do art. 65 não fazem referência a gratificações. Ao invés, denominam as vantagens ali indicadas como sendo: I - **ajuda de custo**, para despesas de transporte e mudança; II - **ajuda de custo**, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado. (Redação dada pela Lei n. 54, de 22.12.1986); IV - **diária**.

E não há dúvida de que as verbas indicadas no art. 65, incs. I, II e IV da LOMAN, que não possuam a adjetivação **gratificação**, efetivamente possuem natureza **indenizatória**.

Além do mais, o Tribunal de Contas de União, sem qualquer preocupação com a essência do instituto de que tratava, conferiu caráter indenizatório à determinada verba, sem ao menos definir o que entende por **indenização**.

Indenização é a forma de recompor o **dano material ou moral** causado a alguém.

O pressuposto da **indenização** é justamente a **recomposição patrimonial** ou moral de determinada pessoa.

O Ministro Luiz Fux, quando ainda Ministro do Superior Tribunal de Justiça, bem avaliou o que significa o caráter **indenizatório** de determinada verba para efeito de incidência de Imposto de Renda no voto vista proferido no REsp n. 928.561:

Consoante cediço, as indenizações não configuram acréscimo patrimonial, por ostentarem natureza meramente compensatória ou reparatória de **perdas sofridas pelo contribuinte**. Isto porque:

“... o descumprimento, por parte de alguém, de seu dever jurídico faz nascer em favor de terceiro que, em razão

deste fato, sofreu prejuízos o direito de ser indenizado, ou seja, de receber o equivalente pecuniário ao dano sofrido.

Como já se visualiza, a indenização serve para coibir os **prejuízos causados, de forma que o equilíbrio patrimonial do credor lesado se restabeleça. O montante da indenização é correlato ao valor do bem lesado:** restabelece o equilíbrio rompido pelo causador do dano.

Quem indeniza repara – isto é, compensa – **prejuízos.**

A indenização não traz aumento da riqueza econômica do contemplado. É substituição da **perda sofrida** por seu correspondente valor econômico. Nela há compensação; jamais elevação patrimonial.

Portanto, as indenizações não são fontes de enriquecimento, já que não proporcionam, a quem as recebe, vantagens pecuniárias. Nelas não há geração de acréscimos patrimoniais. Ou, se quisermos, não há riquezas novas disponíveis. Há, sim, **reparações pecuniárias pelas lesões de direitos causadas**, por isso que não podem integrar a base de cálculo do IR (que, como vimos, no caso das pessoas físicas, é a renda líquida auferida; no das pessoas jurídicas, o lucro experimentado).

A indenização não passa de solução possível que o Direito concebeu como forma de contrapor, em moeda, irremediáveis perdas, sofrimentos ou danos experimentados.

[...]

Tais valores, como agora já é fácil notar, não aumentam a riqueza de quem os recebe, mas, tão-somente, compensam-lhe perdas e danos.

Como inexistem, nestes casos, acréscimos patrimoniais, não há falar em tributação por meio de IR.

Em resumo, a indenização – tenha a origem que tiver – ressarce danos. As quantias a este título recebidas pela pessoa lesada não tipificam renda; apenas recuperam-lhe o patrimônio danificado – e, nesta medida, positivamente, não têm o condão de transformá-la em contribuinte do IR.

Voltamos a insistir que na indenização o direito ferido é transformado numa quantia de dinheiro. O patrimônio da pessoa lesada não aumenta de valor, mas simplesmente é repostado no estado em que se encontrava antes da ocorrência do gravame (status quo ante).

Sendo assim, tributar por meio de IR indenização recebida acaba por desfalcá-la, tornando-a injusta.

[...]

Destas oportunas ponderações sempre mais fica evidenciado que na indenização inexistente riqueza nova. E, sem riqueza nova, não pode haver incidência de IR, até por ausência de indício de capacidade contributiva .

De fato, as indenizações, por ressarcirem perdas sofridas, não revelam capacidade contributiva da parte de quem as percebe. E sem capacidade contributiva – princípio informador dos impostos – não há falar em tributação por meio de impostos, aí compreendido o incidente sobre a renda.

Qualquer percepção de numerário com as características aqui apontadas constitui evento que nem remotamente pode ser considerado renda tributável. O imposto que sobre ele vier a incidir, longe de ser o previsto no artigo 153, III, da Carta Magna, terá natureza de confisco – e, portanto, será inconstitucional.

Expliquemo-nos melhor: imposto cuja base de cálculo não mede fato da vida econômica não revela a capacidade contributiva de quem é chamado a suportá-lo – tipificando, assim verdadeiro confisco .

[...]” (Roque Antônio Carraza, in ob. cit., págs. 182/185).

Destarte, a indenização não representa riqueza nova disponível, sendo certo que seu recebimento é fato inidôneo a sinalizar capacidade contributiva.

No caso, somente as verbas sem designação de **gratificação** constantes no art. 65 da LOMAN, é que apresentam caráter indenizatório, pois visam repor o patrimônio do servidor lesado. Vejamos: Na **ajuda de custo para transporte e mudança**, se não fosse o pagamento desta verba in-

denizatória, o prejuízo pelas despesas seria suportado pelo próprio magistrado, ou seja, por seu patrimônio jurídico; **na ajuda de custo para moradia**, em localidade na qual não haja residência para o magistrado, o prejuízo pelas despesas do pagamento de moradia seria suportado pelo magistrado, quando é obrigação do Estado fornecer a ele residência oficial; o pagamento de **diária** visa ressarcir o magistrado pelas despesas com alimentação e estadia quando presta serviço em local diverso do seu.

Observa-se que todas essas verbas apresentam efetivamente caráter indenizatório, pois visam ressarcir **prejuízo** causado ao servidor em seu patrimônio.

O mesmo não ocorre com as **gratificações** indicadas no art. 65 da LOMAN, especialmente com a GEL - Gratificação Especial de Localidade, pois sua finalidade não é reparar um prejuízo ao magistrado pelo fato de prestar serviço numa localidade sem muita estrutura ou em região de fronteira, pois esta gratificação tem por finalidade **agregar valores à remuneração do servidor pelo desconforto em razão da prestação de serviço público e não por prejuízos patrimoniais que possa ter sofrido**.

Trata-se de **um estímulo** e não de **uma indenização**. Trata-se de um **incentivo** e não de reparação de **prejuízos**. Tanto é que **os novos juízes que são designados para essas regiões não mais recebem a GEL**.

A LOMAN, quando tem por finalidade conferir a determinada vantagem paga a magistrado de **natureza remuneratória**, e não indenizatória, expressamente passou a designá-la de **gratificação**.

E, dentre **as gratificações** de natureza remuneratória previstas na LOMAN estão: a) gratificação **pela prestação de serviço na Justiça Eleitoral**; b) gratificação **pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho**; c) gratificação **adicional de cinco por cento**; c) **gratificação de magistério**; e, d) **gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida em lei**.

Desta feita, ao contrário do que entende o Tribunal de Contas da União, a GEL apresenta efetivamente natureza de gratificação (conteúdo remuneratório), conforme já vinha entendendo, assim como as demais gratificações previstas nos incisos do art. 65 da LOMAN.

Segundo a LOMAN, a Gratificação Especial de Localidade é uma gratificação por prestação de serviço em determinada localidade, ou seja,

gratificação *propter laborem* instituída para recompensar certo ônus decorrente de trabalho normal executado em condições anormais de perigo ou de encargo para o magistrado, ou, ainda, de mero desconforto pela distância ou falta de estrutura de determinada seção judiciária ou comarca.

O que caracteriza o pagamento da GEL é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais ou em localidades extraordinárias, de difícil acesso ou de região de fronteira.

Portanto, se prevalecer o entendimento do Tribunal de Contas da União de que a inserção de uma verba no art. 65 da LOMAN tem natureza indenizatória, somente pelo fato de estar ao lado da ajuda de custo para despesas de transporte e mudança; da ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado. (Redação dada pela Lei n. 54, de 22.12.1986); e de diária, **tal entendimento também deverá ser estendido à gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral; à gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas Comarcas onde não forem instituídas Juntas de Conciliação e Julgamento, à gratificação adicional de cinco por cento por quinquênio de serviço, até o máximo de sete e à gratificação de magistério, por aula proferida em curso oficial de preparação para a Magistratura ou em Escola Oficial de Aperfeiçoamento de Magistrados (arts. 78, § 1º, e 87, § 1º).**

Assim, observa-se que houve um grave erro de interpretação por parte do Tribunal de Contas da União ao simplesmente conferir natureza indenizatória à GEL, pelo simples fato de esta verba, que tem **natureza remuneratória**, encontrar-se prevista no art. 65 da LOMAN, ao lado das demais verbas que possuem natureza indenizatória.

Aplica-se a máxima: *ubi eadem ratio, idem jus*: **b - Da natureza indenizatória da GEL – impossibilidade de incorporação na aposentadoria, não incidência de contribuição previdenciária.**

Aduz o Tribunal de Contas da União que a concessão da GEL aos servidores federais (art. 17, parágrafo único, da Lei n. 8.270, de 1991), cuidou de excluir a possibilidade de incorporação dessa parcela aos proventos de aposentadoria (alínea 'b'), bem como de excluir a incidência da contribuição previdenciária sobre a GEL (alínea 'c'), dando conta, então, de se tratar de parcela com natureza tipicamente indenizatória.

Novamente, o Tribunal de Contas da União comete um grave erro de interpretação, pois se serve de critérios paralelos para conferir natureza indenizatória à GEL, sem levar em consideração todo o contexto normativo, assim como a sistemática prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

De imediato, refuta-se a afirmação de que uma determinada gratificação teria **natureza indenizatória** pelo simples fato de **não se incorporar aos proventos de aposentadoria ou pelo simples fato de que não incide sobre ela contribuição previdenciária**.

A isenção ou não incidência de tributo, no caso contribuição previdenciária, sobre determinada base de cálculo não caracteriza, por si só, a natureza **indenizatória** desta remuneração.

O legislador ao determinar a não incidência da contribuição previdenciária sobre a GEL o fez pelo fato de que sendo esta gratificação temporária e paga *propter rem* (em razão do serviço prestado), ou seja, pelo exercício limitado e esporádico do trabalho em determinada localidade, houve por bem excluir seu valor do cálculo da aposentadoria, o que justifica a não incidência da contribuição previdenciária.

Aliás, essa sistemática tributária ocorre também em relação a outras verbas de natureza nitidamente remuneratória, como é o caso de determinadas **funções comissionadas que não se incorporam aos vencimentos para efeito de aposentadoria e, portanto, não são fato gerador de contribuição previdenciária**.

Assim, muito embora em relação às **funções comissionadas** não haja incidência de contribuição previdenciária, muito menos incorporação aos proventos de aposentadoria, ninguém, em sã consciência, muito menos o Tribunal de Contas da União, afirmaria que tais verbas teriam natureza indenizatória.

Sobre o tema, eis os seguintes precedentes do STJ:

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE INATIVOS. ADIN Nº 3.105-8/DF. SISTEMA DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE GOIÁS. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. FUNÇÃO COMISSIONADA. NÃO-INCIDÊNCIA. LEI DELEGADA ESTADUAL 03/2004.

1. O subsídio transitório, instituído pela Lei Delegada do Estado de Goiás nº 04/03, pago aos servidores militares no exercício de cargos em comissão **não pode ser incorporado por força de disposição legal e, conseqüentemente, não se subsume ao desconto de contribuição previdenciária, em face do que dispõe o art. 40, § 12; c/c o art. 201, § 11; e art. 195, § 5º, da Constituição Federal.**

2. **A Contribuição Previdenciária não incide sobre a parcela remuneratória decorrente do exercício de função comissionada.**

Precedente da Corte: EREsp 549985/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 16.05.2005.

3. **A incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela remuneratória decorrente do exercício de função comissionada, à míngua de dispositivo legal que defina como base de cálculo, constitui violação aos princípios da legalidade, da vedação de confisco e da capacidade econômica (contributiva), insculpidos nos incisos I e IV do art. 150 e § 1º do art. 145 da Constituição Federal, bem como o princípio da proporcionalidade entre o valor da remuneração-de-contribuição e o que se reverte em benefícios, posto que, na aposentaria, o servidor receberá tão somente a totalidade da remuneração do cargo efetivo e não o quantum proporcional àquele sobre o qual contribuiu.**

4. **O Egrégio STF, apreciando a constitucionalidade da Lei 9.783/99 na ADINMC 2.010/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, concluiu que: “o regime contributivo é por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo” pelo que “deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.” 5. In casu, a contribuição previdenciária incidente sobre a gratificação de representação, incorporada aos proventos de aposentadoria e pensão dos impetrantes, encontra sustentáculo no art. 267, I e II, e §§ 1º e 3º, da Lei do Estado de Goiás nº 10.462/88; e arts. 98, §§ 1º e 4º, da Constituição do Estado de Goiás, vigentes à época da aposentadoria dos impetrantes (transferência para a inatividade), as quais, albergavam a incorporação da vantagem, na hipótese de recebimento do benefício**

durante 05 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) anos intercalados, facultando, outrossim, a opção de escolha da gratificação de maior valor, no caso de exercício de mais de uma função gratificada.

6. Recurso Ordinário desprovido.

(RMS 21.842/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 03/11/2008) .

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS. FUNÇÃO COMISSIONADA. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

INEXISTÊNCIA.

1. Revela-se improcedente arguição de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio.

2. O STJ fixou orientação de que não incide contribuição previdenciária sobre as parcelas não incorporáveis pagas a servidores no exercício de funções comissionadas ou gratificadas.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 617.648/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 08/02/2007, p. 314)

No mesmo sentido é o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal da lavra do Ministro Gilmar Mendes:

Decisão: Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que afastou a incidência de contribuição social instituída pela Lei n. 9.783/99 sobre verbas indenizatórias e gratificações decorrentes do exercício de função comissionada pagas a servidores públicos federais vinculados à Universidade Federal de Santa Maria. Alega a agravante ofensa ao art. 40 e 195 da

Constituição Federal, ao argumento de que todas as parcelas percebidas pelo servido público devem estar abrangidas pela exigência da referida contribuição. Nas contrarrazões, aduzem os agravados que a matéria objeto do recurso já se encontra pacificada, razão pela qual não deve ser provido o recurso. Decido. Não assiste razão à agravante. De fato, a matéria versada no caso já se encontra pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a decisão impugnada dela não divergiu. **Este Tribunal assentou o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre função comissionada e cargo em comissão, desde a edição da Lei 9.783, de 28 de janeiro de 1999**, tampouco sobre importâncias pagas a título de indenização. Cito, a propósito, os seguintes julgados: **“Servidor público: contribuição previdenciária: não incidência sobre a vantagem não incorporável ao vencimento para o cálculo dos proventos de aposentadoria, relativa ao exercício de função ou cargo comissionados** (CF, artigos 40, § 12, c/c o artigo 201, § 11, e artigo 195, § 5º; L. 9.527, de 10.12.97) (STF - RE 463348 – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – DJ 7.4.2006 – Primeira Turma)”. “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AS HORAS EXTRAS E O TERÇO DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Esta Corte fixou entendimento no sentido que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF - AI 727958 AgR – Relator Ministro Eros Grau – Dje 27.2.2009 – Segunda Turma)”. Na mesma linha, menciono também estes precedentes: RE 438.320, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio; AI 516499, de minha relatoria; RE 470517, de relatoria do Ministro Eros Grau. Assim, tendo em vista que a decisão recorrida não destoa da orientação acolhida nesta Corte, verifica-se que a pretensão recursal não merece prosperar. Ante o exposto, nego seguimento ao agravo (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Int.. Brasília, 5 de julho de 2013. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (AI 857413, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 05/07/2013, publicado em Dje-150 DIVULG 02/08/2013 PUBLIC 05/08/2013)

Portanto, prevalecendo o entendimento do Tribunal de Contas da União de que determinada verba terá natureza **indenizatória** pelo simples fato de que não se incorpora aos proventos de aposentadoria ou porque não incide sobre ela contribuição previdenciária, tal entendimento também deverá ser aplicado às **funções comissionadas** que não se incorporam aos proventos de aposentadoria, sob pena de privilegiar a classe de magistrado em prejuízo dos demais servidores públicos.

9.2 Da natureza indenizatória da GEL – prestação de serviço público em localidade de fronteira ou de difícil provimento

Aduz o Tribunal de Contas da União que vantagens, como a GEL (e a VPNI - Localidade dela decorrente), pagas a agentes públicos que servem em localidades especiais têm natureza indenizatória, não se confundindo com as verbas remuneratórias de cargo efetivo, mesmo porque elas são pagas apenas enquanto o beneficiário estiver lotado na localidade especificada pela norma legal, **como compensação pelo exercício da função pública em condições socioeconomicamente mais desgastantes**.

A interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União de que determinada verba teria natureza **indenizatória** pelo simples fato de que a prestação de serviço estaria sendo realizada em ambiente **socioeconomicamente desgastante**, além de ferir a sistemática jurídica sobre o tema, também gera **discriminação** indevida entre os servidores públicos, assim como entre servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada.

Conforme ensina Ivan Barbosa Rigolin:

Todo servidor que trabalha em região de fronteira, que geralmente é erma, deserta, desprovida de qualquer equipamento ou melhoramento urbano e que apenas exige a presença de servidor para exercer fiscalização das estradas nos limites do País, merece, em razão desta **penosa situação** em que deve trabalhar, o **adicional por atividade penosa**. (RIGOLIN, 1994, p. 142)

Contudo, o fato de ser o serviço executado em condições anormais ou em circunstâncias especiais (atividade penosa) não transmuda a natureza da vantagem, ou seja, não transforma sua natureza remuneratória em indenizatória.

É por isso, por exemplo, que a **gratificação** paga pelo trabalho **noturno** ou a gratificação paga pelo **trabalho em condições penosas ou insalubres** realizado por servidor público ou por trabalhador da iniciativa privada **não** é considerada indenizatória, mas, sim, **remuneratória**, pois não são as circunstâncias fáticas ou fenomênicas da realização do trabalho que lhe dá a conotação de verba indenizatória, mas sim o efetivo **prejuízo patrimonial ou moral** que possa alguém sofrer.

O Superior Tribunal de Justiça há muito tempo vem aduzindo que a gratificação por **trabalho em situações especiais (penosa ou insalubre)** **não apresenta natureza indenizatória para efeito de não incidência de imposto de renda**. Nesse sentido é o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 615327, Relator Min. Herman Benjamin:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. HORAS-EXTRAS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INCIDÊNCIA. NATUREZA REMUNERATÓRIA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL.

1. Incide Imposto de Renda sobre as verbas recebidas a título de horas-extras e *adicional de insalubridade*, ante seu caráter remuneratório, o que importa em acréscimo patrimonial. Precedentes do STJ.

2. Recurso Especial não provido.

(REsp 615327/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJe 19/12/2008)

No voto do eminente Ministro Herman Benjamin encontra-se a seguinte afirmação:

No tocante ao adicional de insalubridade, verifico que o Tribunal 'a quo' aplicou entendimento de que corresponde à verba de natureza remuneratória. Correto o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem. Não se pode olvidar que o referido adicional tem natureza salarial, porquanto não visa a reparar prejuízo concreto imposto ao empregado por ato

do empregador. **Sua finalidade é remunerar melhor o trabalhador submetido a condições particularmente adversas de trabalho. Nele inexistente portanto caráter indenizatório, pois não objetiva o ressarcimento de gastos/despesas ou a reparação de danos.** É parcela nitidamente salarial, que caracteriza o pagamento de um ‘plus’ em virtude da insalubridade, o que acarreta acréscimo patrimonial a ensejar a incidência de Imposto de Renda.

No mesmo sentido são os seguintes precedentes do STJ:

[...].

Os adicionais noturnos, hora-extra, **insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado n. 60).**

(Resp 486.697/PR, Rel Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, julgado em 07.12.2004, DJ 17.12.2004, p. 420);

“Tributário. Imposto de Renda. PAGAMENTO DE ADICIONAL NOTURNO. Horas extras e GRATIFICAÇÕES. Regime Tributário. Configuração do Fato Gerador.

1. Imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os ‘acréscimos patrimoniais’, assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte.

2. Indenização é a prestação em dinheiro, substitutiva da prestação específica, destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico, quando não é possível ou não é adequada a restauração ‘in natura’ do bem jurídico atingido. Não tem natureza indenizatória, portanto, o pagamento, ainda que imposto por condenação trabalhista – correspondente a uma prestação que, originalmente (= independentemente da ocorrência de lesão), era devida em dinheiro. O que há, em tal caso, é simples adimplemento, embora a destempe e por execução forçada, da própria prestação ‘in natura’.

3. No caso dos autos, o pagamento feito em decorrência de sentença trabalhista, a título de gratificações, horas extras e adicional noturno, manteve sua natureza original de presta-

ção remuneratória. E, mesmo que de indenização se tratasse, estaria ainda assim sujeito à tributação do imposto de renda, já que a) importou acréscimo patrimonial; b) não está arrolado entre as hipóteses de isenção prevista em lei (art. 39 do RIR, aprovado pelo Decreto n. 3.000/99)”.

(Resp n. 674392/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 24.05.2005, DJ 06.06.2005, p. 204).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. SALÁRIO-MATERNIDADE. HORAS-EXTRAS, ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. NATUREZA JURÍDICA. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO.

INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Precedentes jurisprudenciais: REsp 980.203/RS, DJ 27.09.2007;

AgRg no Ag 858.104/SC, DJ 21.06.2007; AgRg no REsp 889.078/PR, DJ 30.04.2007; REsp 771.658/PR, DJ 18.05.2006.

3. O salário-maternidade possui natureza salarial e integral, conseqüentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

4. As verbas recebidas a título de horas extras, gratificação por liberalidade do empregador e adicionais de periculosidade, insalubridade e noturno possuem natureza remuneratória, sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária.

5. Conseqüentemente, incólume resta o respeito ao Princípio da Legalidade, quanto à ocorrência da contribuição previ-

denciária sobre a retribuição percebida pelo servidor a título de adicionais de insalubridade e periculosidade.

6. Agravo regimental parcialmente provido, para correção de erro material, determinando a correção do erro material apontado, retirando a expressão “CASO DOS AUTOS” e o inteiro teor do parágrafo que se inicia por “CONSEQUENTEMENTE”. (fl. 192/193).

(AgRg no Ag 1330045/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 25/11/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VERBAS SALARIAIS. INCIDÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO-INCIDÊNCIA. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Ao STJ descabe analisar possível ofensa aos arts. 97 e 110 do CTN, por reproduzirem normas de índole constitucional, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes: REsp 825.180/RJ, Rel. in. Castro Meira e AgRg no Ag 1.049.403/SP, Rel. Min. Eliana Calmon.

2. A questão não foi apreciada pelo acórdão recorrido sob o ângulo do art. 84 do Código Civil, nem foram opostos Embargos de Declaração para suprir possível omissão quanto a esse ponto. Incidência da súmula 282/STF, por analogia. 4. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o salário-maternidade não tem natureza indenizatória, mas sim remuneratória, razão pela qual integra a base de cálculo da Contribuição Previdenciária. Precedentes: AgRg no REsp 973.113/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques e REsp 803.708/CE, Rel. Min. Eliana Calmon. Da mesma forma, o salário-paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários.

5. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da

similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

6. Incide contribuição previdenciária sobre adicionais noturno (Enunciado 60/TST), insalubridade e periculosidade por possuírem caráter salarial.

7. O benefício residência é salário-utilidade (art. 458, § 3º, da CLT) e, como tal, integra o salário para todos os efeitos, inclusive quanto às contribuições previdenciárias.

8. As verbas pagas por liberalidade do empregador, conforme consignado pelo Tribunal de origem (gratificação especial liberal não ajustada, gratificação aposentadoria, gratificação especial aposentadoria, gratificação eventual liberal paga em rescisão complementar, gratificação assiduidade e complementação tempo aposentadoria), possuem natureza salarial, e não indenizatória. Inteligência do art. 457, § 1º, da CLT.

9. Dispõe o enunciado 203 do TST: “A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais”.

10. O abono salarial e o abono especial integram o salário, nos moldes do art. 457, § 1º, da CLT.

11. Com efeito, a Lei 8.212/1991 determina a incidência da Contribuição Previdenciária sobre o total da remuneração paga, com exceção das quantias expressamente arroladas no art. 28, § 9º, da mesma lei.

12. Enquanto não declaradas inconstitucionais as Leis 9.032/1995 e 9.129/1995, em controle difuso ou concentrado, sua observância é inafastável pelo Poder Judiciário (Súmula Vinculante 10/STF).

13. O STJ pacificou o entendimento de que não incide Contribuição Previdenciária sobre a verba paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de

afastamento por motivo de doença, porquanto não constitui salário. 14. Agravos Regimentais não providos. (AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09/11/2009).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, 459 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INCIDÊNCIA. ADICIONAL DE 1/3, HORAS-EXTRAS E ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. Inexiste violação dos arts. 165, 458, 459 e 535 do CPC na hipótese em que o Tribunal de origem examina, de modo claro e suficiente, as questões submetidas à sua apreciação.
2. O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcancável pela contribuição previdenciária, uma vez que a referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período. Precedentes.
3. O auxílio-acidente ostenta natureza indenizatória, porquanto destina-se a compensar o segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, consoante o disposto no § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/91, razão pela qual consubstancia verba infensa à incidência da contribuição previdenciária. Precedentes.
4. O salário-maternidade possui natureza salarial e íntegra, conseqüentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

O fato de ser custeado pelos cofres da autarquia previdenciária não exige o empregador da obrigação tributária relativamente à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, incluindo, na respectiva base de cálculo, o salário-maternidade auferido por suas empregadas gestantes (Lei 8.212/91, art. 28, § 2º). Precedentes.

5. A verba recebida a título de terço constitucional de férias, quando as férias são gozadas, ostenta natureza remuneratória, sendo, portanto, passível da incidência da contribuição previdenciária.

6. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade ostentam caráter salarial, à luz do enunciado 60 do TST, razão pela qual incide a contribuição previdenciária.

7. A Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, contanto que atendidos os requisitos próprios (EResp 488.992/MG).

8. In casu, a empresa ajuizou a demanda em 8/6/2005 pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de contribuição social à época administrada pelo INSS, razão pela qual se revela aplicável a Lei 8.383/91, que admitia a compensação apenas entre tributos e contribuições da mesma espécie.

9. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença e auxílio-acidente.

(REsp 1098102/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL – APLICAÇÃO

DO TEOR DA SÚMULA 284/STF POR ANALOGIA – IMPOSTO DE RENDA – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – NATUREZA REMUNERATÓRIA – INCIDÊNCIA – PAGAMENTO ACUMULADO – ALÍQUOTA.

1, Considera-se deficiente a fundamentação se o dispositivo trazido como violado não sustenta a tese defendida no recurso especial, aplicando-se, por analogia, a Súmula 284/STF.

2. Incide Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de adicional de periculosidade, ainda que pagos a destempo, tendo em vista a sua natureza remuneratória. Precedente do STJ.

3. Esta Corte firmou o entendimento de que, quando os rendimentos são pagos acumuladamente, no desconto do imposto de renda devem ser observados os valores mensais e não o montante global auferido, aplicando-se as tabelas e alíquotas referentes a cada período.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1162729/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/03/2010)

TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA.

VERBA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

I - Por possuir o adicional de periculosidade natureza salarial, ainda que pago a destempo, no caso, em virtude de provimento de reclamação trabalhista, deve sofrer a incidência do imposto de renda, o qual detém como fato gerador justamente o acréscimo patrimonial. Precedente: REsp 356.740/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 06.04.2006.

II - Entendimento pacífico nesta Corte acerca do cabimento da aplicação da Taxa SELIC na atualização dos débitos fiscais dos contribuintes perante a Fazenda Pública. Precedentes: AgRg no REsp 908.959/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 18.03.2008; REsp 665.320/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO

ZAVASCKI, DJ de 03.03.2008; AgRg no Ag 915.013/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 28.02.2008 e AgRg no Ag 923.312/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 06.11.2007.

III - Recurso especial improvido.

(REsp 1040773/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 05/06/2008)

Conforme se observa dos precedentes citados, o exercício de trabalho, função ou cargo em atividade **insalubre, perigosa ou em local de difícil provimento** (*ibi eadem ratio legis idem eadem disposition*) não reclama pagamento de **indenização** por **dano causado ao servidor ou ao trabalhador ou ao magistrado**, mas, sim, o pagamento de um **plus remuneratório** pela prestação de serviços nessas condições. Esse **plus remuneratório** tem natureza de **gratificação** pelo serviço prestado.

Como já se afirmou, trata-se de um **incentivo legal** e não de **indenização** por prejuízos patrimoniais.

Aliás, outro precedente importante e interessante do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro, agora do STF, Teori Albino Zavascki, tratou da incidência ou não da denominada “indenização por desgaste orgânico, recebida durante a vigência do contrato de trabalho de um mergulhador”. No caso, o mergulhador, além do salário-base da categoria, percebia igualmente e quando em exercício de determinado mergulho, o dito saturado, uma indenização por desgaste orgânico, conforme previsto nas Convenções Coletivas de Trabalho.

O Ministro Teori Albino Zavascki, em voto proferido no REsp n. 928.561, assim se pronunciou:

Sobre a matéria, proferi voto nos autos de Ag no Resp n. 638.389/SP, acolhido por unanimidade pela Primeira Turma desta Corte (01.08.05), cuja ementa é a seguinte:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO. FÉRIAS VENCIDAS E NÃO-GOZADAS E FÉRIAS PROPORCIONAIS. ADICIONAL DE 1/3 SOBRE FÉRIAS. NATUREZA. REGIME TRIBUTÁRIO DAS INDENIZAÇÕES. DISTINÇÃO ENTRE INDENIZAÇÃO POR DANOS AO

PATRIMÔNIO MATERIAL E AO PATRIMÔNIO IMATERIAL. PRECEDENTES (RESP 674.392-SC E RESP 637.623-PR). EXISTÊNCIA DE NORMA DE ISENÇÃO (ART. 6º, V, DA LEI 7.713/88. APLICAÇÃO DA SÚMULA 125/STJ).

1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os “acréscimos patrimoniais”, assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte.

2. Indenização é a prestação destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico. Os bens jurídicos lesados podem ser (a) de natureza patrimonial (= integrantes do patrimônio material) ou (b) de natureza não-patrimonial (= integrantes do patrimônio imaterial ou moral), e, em qualquer das hipóteses, quando não recompostos in natura, obrigam o causador do dano a uma prestação substitutiva em dinheiro.

3. O pagamento de indenização pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, dependendo da natureza do bem jurídico a que se refere.

Quando se indeniza dano efetivamente verificado no patrimônio material (= dano emergente), o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida em virtude da lesão, e, portanto, não acarreta qualquer aumento no patrimônio. Todavia, ocorre acréscimo patrimonial quando a indenização (a) ultrapassar o valor do dano material verificado (= dano emergente), ou (b) se destinar a compensar o ganho que deixou de ser auferido (= lucro cessante), ou (c) se referir a dano causado a bem do patrimônio imaterial (= dano que não importou redução do patrimônio material).

4. A indenização que acarreta acréscimo patrimonial configura fato gerador do imposto de renda e, como tal, ficará sujeita a tributação, a não ser que o crédito tributário esteja excluído por isenção legal, como é o caso das hipóteses dos incisos XVI, XVII, XIX, XX e XXIII do art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto 3.000, de 31.03.99.

5. O pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de adicional de 1/3 sobre férias tem natureza salarial, conforme previsto no art. 7º, XVII, da Constituição, sujeitando-se, como tal, à incidência de imposto de renda. 6. Todavia, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de férias vencidas e não gozadas, bem como de férias proporcionais, convertidas em pecúnia, inclusive os respectivos acréscimos de 1/3, quando decorrente de rescisão do contrato de trabalho, está beneficiado por isenção. A lei isenta de imposto de renda “a indenização (...) por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho” (art. 39, XX do RIR, aprovado pelo Decreto 3.000/99 e art. 6º, V, da Lei 7.713/88). Nesse sentido dispõe a Súmula 125/STJ: O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 638389/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 328)

Nesse sentido é a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte: Resp n. 782.646/PR, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 05.12.2005; AgRg no Ag 672.779/SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 26.09.2005; Resp 671.583/SE, 1º Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.11.2005; Resp N. 706.817/RJ, 1º Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 28.11.2005.

2. No caso concreto, o pagamento sobre o qual se pretende ver reconhecida a incidência de IR é referente à ‘indenização por desgaste orgânico’, recebida durante a vigência do contrato de trabalho.

Sobre a natureza dos recebimentos, o autor assim se manifestou na inicial: ‘o querelante recebe salário-base da categoria profissional, acrescido de adicionais legalmente previstos, e quando em exercício de determinado mergulho, dito saturado, o querelante recebe uma indenização denominada com justo motivo, ‘IDO - Indenização de Desgaste

Orgânico', conforme previsto nas Convenções Coletivas de Trabalho apenadas aos autos (fls.10).

Como se demonstrou no precedente invocado, o caráter indenizatório de certo pagamento não é determinante para que se possa afirmar ou afastar a ocorrência do fato gerador do imposto de renda. O acréscimo patrimonial, esse sim, indica a configuração da hipótese de incidência tributária.

Nesse sentido, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de indenização por desgaste orgânico, na vigência do contrato de trabalho, está sujeito à tributação do imposto de renda, já que a) importou acréscimo patrimonial; b) não está beneficiado por qualquer das hipóteses de isenção prevista em lei (art. 39, do RIR, aprovado pelo Decreto n. 3.000/99). Convém observar que as leis que outorgam isenção devem ser interpretadas restritivamente, não comportando extensão por via analógica (CTN, art. 111, II).

No voto-vista apresentado pelo Ministro Luiz Fux, encontra-se também a afirmação de que este tipo de verba, mesmo que se dê a conotação de indenização, caracteriza remuneração de trabalho, razão pela qual há efetiva incidência de imposto de renda. Eis o teor do voto do ministro:

Destarte, a indenização não representa riqueza nova disponível sendo certo que seu recebimento é fato inidôneo a sinalizar capacidade contributiva (Precedentes da Primeira Seção: **REsp 940.759/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.03.2009, DJe 20.04.2009; e **REsp 963.387/RS**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 05.03.2009).

5. Entrementes, in casu, questiona-se a incidência do imposto de renda sobre a verba intitulada "Indenização por Desgaste Orgânico", percebida por "mergulhador profundo", em face de condições de trabalho adversas e nocivas à saúde, prevista em Convenção Coletiva de Trabalho.

6. Prima facie, consoante os lindes do debate ocorrido na instância ordinária, vislumbra-se a identidade entre a verba denominada "Indenização por Desgaste Orgânico" e o "Adicional de Insalubridade", direito social previsto no ar-

tigo 7º, XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verbis : “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

7. A Consolidação das Leis Trabalhistas, ao discorrer sobre as atividades insalubres e perigosas, assim preceitua:

“Art . 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos . (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

[...]

Art . 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

[...]

Art . 194 - O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Art . 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§ 1º - É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§ 2º - Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§ 3º - O disposto nos parágrafos anteriores não prejudica a ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho, nem a realização ex officio da perícia. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Art . 196 - Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho, respeitadas as normas do artigo 11. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)”

8. Acerca da incidência do imposto de renda sobre os adicionais de insalubridade e de periculosidade, esta Corte vem perfilhando entendimento no sentido de sua natureza remuneratória, razão da incidência do imposto de renda (Precedentes das Turmas de Direito Público: **REsp 1.040.773/RN**, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 20.05.2008, DJe 05.06.2008; **REsp 615.327/RS**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19.06.2007, DJe 19.12.2008; e **REsp 486.697/PR**, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.12.2004, DJ 17.12.2004).

9. Deveras, ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio, por isso que se aplica à “Indenização por Desgaste Orgânico” o mesmo entendimento que se empreende em relação aos adicionais de insalubridade e de periculosidade, verbas con-

sideradas de natureza remuneratória, sobre as quais incide o imposto de renda, não se vislumbrando identidade entre a hipótese sub examine e as indenizações por acidente de trabalho previstas no artigo 6º, IV, da Lei 7.713/88.

10. Recurso especial da Fazenda Nacional provido, acompanhando-se o voto do e. Ministro Relator, por fundamento diverso.

O Tribunal de Contas da União, ao caracterizar a Gratificação Especial de Localidade - GEL como tendo natureza **indenizatória**, para o efeito de permitir o seu pagamento para além do subsídio constitucional, efetivamente causa uma **discriminação odiosa**, pois privilegia um simples incomodo ou desconforto do trabalho em localidade de difícil provimento (aliás, muitas das cidades constantes da norma não poderiam nem ser consideradas **desconfortáveis**) em detrimento de outros trabalhos insalubres e efetivamente perigosos, como é o caso do policial militar, dos membros das Forças Armadas, do servidor que exerce serviço de vigilância em horário noturno, dos **mergulhadores** que sempre se encontram em efetivo perigo de morte. No mergulho, o mergulhador está submetido a grave pressão devido ao peso e ao grande volume de água. No caso dos mergulhos de profundidade, a pressão acaba por exercer no corpo humano algumas alterações importantes. Dentre elas, a mais facilmente percebida diz respeito à diminuição do volume interno dos pulmões. Além disso, em ambientes hiperbáricos, o estado físico de alguns gases, como o nitrogênio, por exemplo, se altera de gasoso para líquido, fazendo com que o seu comportamento dentro do organismo também mude. Ao nível do mar, o ser humano sofre a pressão de uma atmosfera. Para se ter uma ideia, a partir de dez metros de profundidade, essa pressão tende a aumentar gradativamente em uma atmosfera a cada dez metros submergidos. Ou seja, se o mergulhador está a 20 metros de profundidade, seu corpo sofre a influência da pressão de duas atmosferas, se 30 metros, três atmosferas, e assim por diante.

Por isso, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (que não **vincula o Poder Judiciário**) é, sem dúvida, **discriminatória** e total-

mente dissociada com o entendimento dos nossos tribunais, especialmente com as decisões da lavra dos eminentes ministros, agora do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki e Luiz Fux.

Outrossim, a própria Constituição Federal estabelece que as **gratificações** pagas por trabalho insalubre ou perigoso não apresentam caráter indenizatório, pois o texto constitucional caracteriza essa gratificação como **remuneração** e não indenização. Estabelece o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIII - adicional de **remuneração** para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Portanto, foi o próprio constituinte que considerou as gratificações de insalubridade, periculosidade ou de caráter penoso (como é o caso da GEL) como tendo a natureza de **remuneração, ou seja, acréscimo patrimonial, plus salarial**, e não caráter indenizatório.

Daí porque nenhuma lei ordinária ou mesmo nenhuma decisão do Tribunal de Contas da União poderá contrariar o que fora definido pela Constituição Federal, que é a Lei Maior da nação.

Portanto, diante dessas considerações, pode-se afirmar com segurança que a GEL - Gratificação Especial de Localidade **não tem natureza indenizatória**, mas, sim, **remuneratória**, razão pela qual não poderia ser paga juntamente com subsídios fixados em favor dos magistrados.

Aplica-se a máxima: *ubi eadem ratio, idem jus*.

Porém, se o Tribunal de Contas da União mantiver o seu entendimento de que a GEL apresenta caráter indenizatório, tal entendimento também deverá ser estendido às seguintes atividades e serviços públicos:

- a) gratificação paga a magistrado pelo exercício de atividade eleitoral, de Justiça de Trabalho, por aula ministrada em escola de magistratura;
- b) a servidores que percebem funções comissionadas em que não há incidência de contribuição previdenciária e não se incorporam aos proventos de aposentadoria;

c) aos servidores que percebem gratificações de insalubridades, periculosidade ou atividades penosas.

Aplica-se a máxima: *ubi eadem ratio, idem jus*.

Por fim, deve-se refutar também a última afirmação do Tribunal de Contas da União, quanto ao reflexo financeiro da decisão que configurou a Gratificação Especial de Localidade - GEL como tendo natureza indenizatória.

Entendeu o nobre relator do Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União de que não haveria grave dano financeiro ao Estado pelo pagamento da GEL.

Ledo engano.

Na verdade, o nobre relator apenas avaliou o pagamento atual da GEL, no valor médio de R\$ 2.000,00.

Porém, não avaliou o ilustre relator que a caracterização da GEL como tendo natureza indenizatória, de imediato impede a incidência de **Imposto de Renda** sobre essa gratificação, ensejando, ainda, a todos os magistrados que atualmente percebem esta gratificação a restituição do Imposto de Renda nos últimos cinco anos, com juros e correção monetária.

Sem dúvida, devendo o Estado restituir todo esse Imposto de Renda, o valor será de grande monta e causará, sem dúvida, dificuldade financeira ao Tesouro Nacional.

E não é só. Se se mantiver essa orientação, também os servidores que percebem gratificação por trabalho penoso e insalubre também terão direito à restituição do Imposto de Renda nos últimos cinco anos, o que geraria, sem dúvida, uma grave crise financeira à economia brasileira.

10 Principais precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre os dispositivos constitucionais que regulamentam o Tribunal de Contas da União brasileiro

Para encerrar, passa-se a citar as principais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre os dispositivos da Constituição Federal que tratam do Tribunal de Contas da União, precedentes esses que refletem o atual entendimento da Corte Constitucional brasileira sobre o tema.

Art. 71 da Constituição Federal Brasileira:

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

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. (Súmula 347)

Procedimento administrativo e desconsideração expansiva da personalidade jurídica. *Disregard doctrine* e reserva de jurisdição: exame da possibilidade de a administração pública, mediante ato próprio, agindo *pro domo sua*, desconsiderar a personalidade civil da empresa, em ordem a coibir situações configuradoras de abuso de direito ou de fraude. A competência institucional do TCU e a doutrina dos poderes implícitos. Indispensabilidade, ou não, de lei que viabilize a incidência da técnica da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa. A administração pública e o princípio da legalidade: superação de paradigma teórico fundado na doutrina tradicional? O princípio da moralidade administrativa: valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condicionante da legitimidade e da validade dos atos estatais. O advento da Lei 12.846/2013 (art. 5º, IV, *e*, e art. 14), ainda em período de *vacatio legis*. Desconsideração da personalidade jurídica e o postulado da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos. Magistério da doutrina. Jurisprudência. Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar e configuração do *periculum in mora*. Medida liminar deferida. (MS 32.494-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2013, DJE de 13-11-2013.)

A representação ao TCU contra irregularidades em processo licitatório não está limitada pelo prazo do § 2º do art. 41 da Lei 8.666/1993. (MS 27.008, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-2-2010, Plenário, DJE de 12-3-2010.)

Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da administração pública. Sendo a relação jurídica travada entre o Tribunal de Contas e a administração pública, não há que se falar em desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (MS 26.250, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-2-2010, Plenário, DJE de 12-3-2010.)

O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade

que se insere no acervo de competência da função executiva. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público. (ADI 916, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-2-2009, Plenário, DJE de 6-3-2009.)

Cuida-se aqui de fiscalização de empresa – Terracap – formada pelo Distrito Federal e pela União, (...) com capital permanente à União (49%) e ao Distrito Federal (51%). No entanto, a despeito da participação da União, trata-se de ente da administração local. (...) Esta condição de titularidade local do controle societário – e, conseqüentemente, político-gerencial – tornou-se verdadeiramente inequívoco com a plena autonomia política (e não apenas administrativa, já parcialmente exercida) do Distrito Federal face à União, conseqüente à Constituição de 5-10-1988. E disso resulta, obviamente, a impertinência para o caso do *caput* do art. 70 da Constituição, (...). A previsão do parágrafo único do mesmo art. 70 da CF (...) também é inaplicável à espécie: primeiro porque a empresa, legal e ordinariamente, não realiza, com ‘dinheiros, bens ou valores públicos’ da União (...) qualquer das atividades descritas na primeira parte do dispositivo, e segundo porque a União, embora tenha participação significativa no capital social da Terracap, nem responde e nem assume as obrigações da empresa de natureza pecuniária (...). Desde logo afasto a maioria das disposições do art. 71, da Constituição, por não se tratar de aprovação das contas do presidente da República (inciso I), ou de fiscalização em unidade administrativa direta ou indireta da União, em qualquer de seus Poderes (IV), e nem mesmo de repasse de recursos pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres. (...) a interpretação deste inciso II do art. 71 deve ser feita em consonância com o disposto no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição, atribuindo-se a competência do TCU quando houver, especificamente, responsabilidade de administradores e responsáveis dos órgãos da administração pública, direta e indireta, no âmbito da utilização de recursos públicos federais. (...) a questão aqui não diz com a delimitação sobre a abrangência, objetiva e subjetiva, da competência fiscalizató-

ria do TCU, relativamente aos órgãos, entidades, sociedades ou recursos da União, mas sim com matéria estritamente federativa, porque não se pode anuir com a adoção de medidas invasivas (...) da União sobre órgãos, entidades ou sociedades sob o controle de Poder Público estadual ou municipal (...). (MS 24.423, voto do Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 10-9-2008, Plenário, *DJE* de 20-2-2009.)

TCU. Julgamento de recurso de reconsideração. Intimação pessoal da data da sessão. Desnecessidade. Não se faz necessária a notificação prévia e pessoal da data em que será realizada a sessão de julgamento de recurso de reconsideração pelo TCU. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal quando a pauta de julgamentos é publicada no DOU. O pedido de sustentação oral pode ser feito, conforme autoriza o art. 168 do Regimento Interno do TCU, até quatro horas antes da sessão. Para tanto, é necessário que os interessados no julgamento acompanhem o andamento do processo e as publicações feitas no DOU. (MS 26.732-AgR, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 25-6-2008, Plenário, *DJE* de 15-8-2008.)

A Lei Complementar 105, de 10-1-2001, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às comissões parlamentares de inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas Comissões Parlamentares de Inquérito (§ 1º e 2º do art. 4º). Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no art. 71, II, da CF, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da CF, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. (MS 22.801, Rel. Min. **Menezes Direito**, julgamento em 17-12-2007, Plenário, *DJE* de 14-3-2008.) **No mesmo sentido: MS**

22.934, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 17-4-2012, Segunda Turma, *DJE* de 9-5-2012.

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 92, XXX, e art. 122 da Constituição do Estado do Pará, com redação conferida pela Emenda 15/1999, de 3-8-1999. Competência exclusiva da Assembleia Legislativa para julgar anualmente as contas do Tribunal de Contas do Estado do Pará. Prestação de contas pelo Tribunal de Justiça paraense à Assembleia Legislativa no prazo de sessenta dias contados da abertura da sessão legislativa. Alegação de violação do disposto nos art. 71, I e II, e 75, da CB. Inocorrência. A CB de 1988, ao tratar de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prevê o controle externo a ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU. A função fiscalizadora do TCU não é inovação do texto constitucional atual. Função técnica de auditoria financeira e orçamentária. Questões análogas à contida nestes autos foram anteriormente examinadas por esta Corte no julgamento da Rp 1.021 e da Rp 1.179. 'Não obstante o relevante papel do tribunal de contas no controle financeiro e orçamentário, como órgão eminentemente técnico, nada impede que o Poder Legislativo, exercitando o controle externo, aprecie as contas daquele que, no particular, situa-se como órgão auxiliar' (**Rp 1.021**, Rel. Min. Djaci Falcão, julgamento em 25-4-1984). Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (**ADI 2.597**, Rel. p/ o ac. Min. **Eros Grau**, julgamento em 4-8-2004, Plenário, *DJ* de 17-8-2007.)

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o TCU é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança apenas quando o ato impugnado estiver revestido de caráter impositivo. Nesse sentido o MS 24.001, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 20-5-2002. A especificação da autoridade coatora na petição inicial há de ser feita em função do órgão do TCU que tenha proferido a decisão impugnada no *mandamus*. Tanto o presidente daquela Corte de Contas quanto os das respectivas Câmaras podem figurar como autoridades coatoras. O Supremo, no entanto, não faz essa distinção, conhecendo dos mandados de segurança impetrados contra o presidente do TCU (MS 23.919, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 20-6-2003), contra os presidentes de suas Câmaras (MS 25.090,

Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 1º-4-2005 e MS 24.381, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 13-5-2004) ou, simplesmente, contra o TCU (MS 23.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 18-5-2001). O ato emanado do TCU deve impor diretamente determinada conduta ao órgão público, configurando a coação impugnável pelo *writ*. Em se tratando de mandado de segurança de caráter preventivo, a concessão da ordem pressupõe a existência de efetiva ameaça a direito, ameaça que decorra de atos concretos da autoridade pública (**MS 25.009**, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, *DJ* de 24-11-2004). (**MS 26.381-AgR**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 14-6-2007, Plenário, *DJ* de 10-8-2007.)

Advogado público. Responsabilidade. Art. 38 da Lei 8.666/1993. Tribunal de Contas da União. Esclarecimentos. Prevendo o art. 38 da Lei 8.666/1993 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do TCU para serem prestados esclarecimentos. (**MS 24.584**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 9-8-2007, Plenário, *DJE* de 20-6-2008.)

Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo

posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. (**MS 24.631**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 9-8-2007, Plenário, *DJ* de 1º-2-2008.)

O Presidente da Primeira Câmara do TCU é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança quando o ato impugnado reveste-se de caráter impositivo. Precedente (**MS 24.001**, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 20-5-2002). Prejudicada a impetração quanto ao coordenador-geral de recursos humanos da Abin, mero executor do ato administrativo do TCU. (**MS 24.997**, **MS 25.015**, **MS 25.036**, **MS 25.037**, **MS 25.090** e **MS 25.095**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 2-2-2005, Plenário, *DJ* de 1º-4-2005.) **No mesmo sentido: MS 25.149**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 9-6-2005, Plenário, *DJE* de 18-9-2009; **MS 24.448**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 27-9-2007, Plenário, *DJE* de 14-11-2007.

Surge harmônico com a CF diploma revelador do controle pelo Legislativo das contas dos órgãos que o auxiliam, ou seja, dos tribunais de contas. (**ADI 1.175**, Rel. p/ ac. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 4-8-2004, Plenário, *DJ* de 19-12-2006.)

(...) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América,

no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR. (**MS 24.510**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, voto do Min. **Celso de Mello**, julgamento em 19-11-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004.)

A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (Lei 9.784/1999), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a 'ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente'. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão. (**MS 23.550**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 4-4-2001, Plenário, *DJ* de 31-10-2001.) **No mesmo sentido: MS 30.329**, rel. min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 18-12-2012, Segunda Turma, *DJE* de 20-2-2013.

Inciso I do art. 71 da Constituição Federal brasileira: "apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento"

Constituição do Estado do Tocantins. EC 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo,

para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§ 5º do art. 33 (...)). A CF é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do TCU são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o STF 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, I, CF/1988; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, II, CF/1988. Precedentes. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. (**ADI 3.715-MC**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 24-5-2006, Plenário, *DJ* de 25-8-2006.)

Disposições que, na conformidade da orientação assentada na jurisprudência do STF, ao atribuírem competência exclusiva à Assembleia Legislativa para julgar as contas do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, do Tribunal de Justiça e das mesas diretoras das Câmaras Municipais, entram em choque com a norma contida no inciso I do art. 71 da CF. (**ADI 1.779**, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, julgamento em 1º-8-2001, Plenário, *DJ* de 14-9-2001.)

Inc. II do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Nota: O Plenário do STF, no julgamento do **MS 25.092**, firmou o entendimento de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas estão sujeitas à fiscalização do TCU.

Ao TCU compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443, de 1992, art. 1º, I). As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista. (**MS 25.092**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 10-11-2005, Plenário, *DJ* de 17-3-2006.) **No mesmo sentido: RE 356.209-AgR**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 1º-3-2011, Segunda Turma, *DJE* de 25-3-2011; **MS 26.117**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 20-5-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.

“A circunstância de a sociedade de economia mista não ter sido criada por lei não afasta a competência do Tribunal de Contas. São sociedades de economia mista, inclusive para os efeitos do art. 37, XIX, da CB/1988, aquelas – anônimas ou não – sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido criadas por lei. Precedente (...).” (**MS 26.117**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 20-5-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.)

“Cuida-se aqui de fiscalização de empresa – Terracap – formada pelo Distrito Federal e pela União, (...) com capital permanente à União (49%) e ao Distrito Federal (51%). No entanto, a despeito da participação da União, trata-se de ente da administração local. (...) Esta condição de titularidade local do controle societário – e, conseqüentemente, político-gerencial – tornou-se verdadeiramente inequívoco com a plena autonomia política (e não apenas administrativa, já parcialmente exercida) do Distrito Federal face à União, conseqüente à Constituição de 5-10-1988. E disto resulta, obviamente, a impertinência para o caso do *caput* do art. 70 da Constituição, (...). (...) a interpretação deste inciso II do art. 71 deve ser feita em consonância com o disposto no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição, atribuindo-se a compe-

tência do TCU quando houver, especificamente, responsabilidade de administradores e responsáveis dos órgãos da administração pública, direta e indireta, no âmbito da utilização de recursos públicos federais. (...) a questão aqui não diz com a delimitação sobre a abrangência, objetiva e subjetiva, da competência fiscalizatória do TCU, relativamente aos órgãos, entidades, sociedades ou recursos da União, mas sim com matéria estritamente federativa, porque não se pode anuir com a adoção de medidas invasivas (...) da União sobre órgãos, entidades ou sociedades sob o controle de Poder Público estadual ou municipal (...).” (MS 24.423, voto do Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 10-9-2008, Plenário, DJE de 20-2-2009.)

“Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. LC 101, de 4-5-2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). MP 1.980-22/2000. (...) LC 101/2000. Vícios materiais. Cautelar deferida. (...) Art. 56, *caput*:: norma que contraria o inciso II do art. 71 da Carta Magna, tendo em vista que apenas as contas do presidente da República deverão ser apreciadas pelo Congresso Nacional. Art. 57: a referência a ‘contas de Poder’, no § 2º do art. 57, evidencia a abrangência, no termo ‘contas’ constante do *caput* do artigo, daqueles cálculos decorrentes da atividade financeira dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, que somente poderão ser objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas competente (inciso II do art. 71 da Constituição).” (ADI 2.238-MC, Rel. p/ o ac. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJE de 12-9-2008.)

“A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos (art. 71, II, da CB/1988 e art. 5º, II e VIII, da Lei 8.443/1992). A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao

erário. Precedente (MS 24.961, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 4-3-2005).” (MS 25.880, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 7-2-2007, Plenário, *DJ* de 16-3-2007.)

“O TCU não tem competência para julgar as contas dos administradores de entidades de direito privado. A participação majoritária do Estado na composição do capital não transmuta seus bens em públicos. Os bens e valores questionados não são os da administração pública, mas os geridos considerando-se a atividade bancária por depósitos de terceiros e administrados pelo banco comercialmente. Atividade tipicamente privada, desenvolvida por entidade cujo controle acionário é da União.” (MS 23.875, Rel. Min. **Nelson Jobim**, julgamento em 7-3-2002, Plenário, *DJ* de 30-4-2004.)

“Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da Lei das Licitações. Pretensão do TCU em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 13. ed. p. 377. O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: CC, art. 159; Lei 8.906/1994, art. 32.” (MS 24.073, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 6-11-2002, Plenário, *DJ* de 31-10-2003.)

“Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa – compreendidas na previsão do art. 71, II, da CF, 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.” (ADI 849, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 11-2-1999, Plenário, *DJ* de 23-4-1999.)

“Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao TCU.” (MS 21.797, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 9-3-2000, Plenário, DJ de 18-5-2001.) **No mesmo sentido: MS 22.643**, Rel. Min. **Moreira Alves**, julgamento em 6-8-1998, Plenário, DJ de 4-12-1998.

“Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se à fiscalização do Estado, pois recebe recursos de origem estatal, e seus dirigentes não de prestar contas dos valores recebidos; quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização.” (MS 21.644, Rel. Min. **Néri da Silveira**, julgamento em 4-11-1993, Plenário, DJ de 8-11-1996.)

Inc. III do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório”

“Nos processos perante o TCU asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.” (**Súmula Vinculante 3.**)

“Concessão inicial de pensão julgada ilegal pelo TCU. Alteração da fonte pagadora. Ofensa à coisa julgada. Agravo regimental não provido. Existência de decisão judicial transitada em julgado condenando a União ao pagamento da pensão, conforme se verifica na parte dispositiva da sentença. Não se está diante de hipótese excepcional de lacuna do título judicial ou de desvio administrativo em sua implementação. Desse modo, não pode o TCU, mesmo que indiretamente, alterar as partes alcançadas pela decisão judicial já transitada em julgado. Se o responsável pelo pagamento da pensão era o INSS, essa questão deveria ter sido arguida à

época da discussão judicial. A questão acerca do regime de aposentação da impetrante deveria ter sido arguida durante o trâmite da ação ordinária, e, depois de transitada em julgado a decisão, eventualmente, pela via da ação rescisória, mas não no momento da análise da legalidade da pensão perante o TCU.” (**MS 30.312-AgR**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 27-11-2012, Primeira Turma, *DJE* de 14-12-2012.)

“TCU. Suspensão de pensão concedida com base em lei de anistia por presunção de ilegalidade, sem prévio exame do ato de concessão. Contrariedade ao princípio do devido processo legal.” (**MS 30.799**, rel. min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 2-10-2012, Segunda Turma, *DJE* de 9-11-2012.)

“O TCU, em 2008, negou o registro da aposentadoria do ora recorrente, concedida em 1998, por considerar ilegal ‘a incorporação de vantagem de natureza trabalhista que não pode subsistir após a passagem do servidor para o regime estatutário’. Como o ato de aposentação do recorrente ainda não havia sido registrado pelo TCU, não há que se falar em decadência administrativa, tendo em vista a inexistência do registro do ato de aposentação em questão. Sequer há que se falar em ofensa aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança, pois foi assegurado ao recorrente o direito ao contraditório e à ampla defesa, fato apresentado na própria inicial, uma vez que ele apresentou embargos de declaração e também pedido de reexame da decisão do TCU.” (**MS 27.746-ED**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 12-6-2012, Primeira Turma, *DJE* de 6-9-2012.)

“Aposentadoria. TCU. Negativa de registro de aposentadoria. Segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito. Situação consolidada, prevalecendo a boa-fé e a confiança. Aptidão da justificação judicial para produzir os efeitos a que se destina.” (**MS 22.315**, rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 17-4-2012, Segunda Turma, *DJE* de 16-5-2012.)

“O TCU considerou legal o ato de concessão inicial de pensão do montepio civil da União em favor da impetrante e de sua irmã, ordenando o seu registro. A Corte de Contas também determinou a adoção de medidas com o objetivo de efetuar a alteração dessa pensão para que a irmã da impetrante pas-

sasse a ser a única beneficiária, com fundamento em suposta ocorrência de união estável superveniente. Necessidade de garantir-se à impetrante o exercício do contraditório e da ampla defesa quanto à suposta união estável por ela mantida. Incidência na espécie da Súmula Vinculante 3. Cassação do acórdão do TCU para restabelecer o pagamento integral da pensão até que seja proferida nova decisão pela Corte de Contas.” (MS 28.061-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 2-3-2011, Plenário, *DJE* de 11-4-2011.)

“Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo TCU – que substancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF). A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica. Precedentes. Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de cinco anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas.” (MS 24.781, Rel. p/ o ac. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 2-3-2011, Plenário, *DJE* de 9-6-2011.) **No mesmo sentido:** MS 27.699-AgR, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 21-8-2012, Primeira Turma, *DJE* de 4-9-2012; MS 30.680, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 22-5-2012, Primeira Turma, *DJE* de 18-6-2012; MS 28.255, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 20-3-2012, Segunda Turma, *DJE* de 2-4-2012; MS 26.053-ED-segundos, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 14-4-2011, Plenário, *DJE* de 23-5-2011; MS 25.697, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 17-2-2010, Plenário, *DJE* de 12-3-2010; **Vide:** MS 27.746-ED, rel. min.

Dias Toffoli, julgamento em 12-6-2012, Primeira Turma, *DJE* de 6-9-2012; **MS 26.560**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 17-12-2007, Plenário, *DJE* de 22-2-2008.

“Ato do TCU. (...) Negativa de registro a aposentadoria. (...) A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (*caput* do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade intersubjetiva ou mesmo intergrupala. A própria CF de 1988 dá conta de institutos que têm no perpassamento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º).” (**MS 25.116**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 8-9-2010, Plenário, *DJE* de 10-2-2011.) **No mesmo sentido: MS 28.074**, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 22-5-2012, Primeira Turma, *DJE* de 14-6-2012; **MS 26.053**,

Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 18-11-2010, Plenário, *DJE* de 23-2-2011.

“Envolvendo a espécie, considerados atos administrativos em geral, o registro de aposentadoria, descabe cogitar de situação constituída a atrair o disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999, no que fixa prazo decadencial para a administração pública rever atos praticados. (...) Versando o processo administrativo submetido ao Tribunal de Contas alteração do registro de aposentadoria para aditar-se aos proventos certa parcela, mostra-se dispensável a observância do contraditório.” (**MS 25.525**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 17-2-2010, Plenário, *DJE* de 19-3-2010.) **No mesmo sentido: MS 30.916**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 22-5-2012, Primeira Turma, *DJE* de 8-6-2012.

“Mandado de segurança. TCU. (...) Determinação de retorno do impetrante à atividade para completar o tempo necessário para aposentadoria com proventos integrais, ou sua permanência, na condição de aposentado, com proventos proporcionais. Legalidade do cômputo do prazo de aluno-aprendiz em escola técnica para aposentadoria do impetrante (...). Segurança concedida.” (**MS 27.185**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 17-2-2010, Plenário, *DJE* de 12-3-2010.) **No mesmo sentido: MS 28.399-AgR**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 22-5-2012, Segunda Turma, *DJE* de 5-6-2012.

“O agravante alega ofensa à Súmula Vinculante 3 desta Corte, tendo em vista que, no procedimento de tomada de contas em que foram julgadas irregulares as contas referentes ao período em que o agravante foi prefeito (...), não foi respeitado o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, por não ter sido intimado para o ato de julgamento de suas contas e porque seu nome não foi incluído na pauta de julgamentos. Sustenta que o contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados em qualquer processo perante o TCU. Contudo, a Súmula Vinculante 3 se dirige, exclusivamente, às decisões do TCU que anulem ou revoguem atos administrativos que beneficiem algum interessado. Os precedentes que subsidiaram a elaboração da Súmula Vinculante 3 tratam tão somente de decisões da Corte de Contas que cancelaram aposentadorias

ou pensões. Em nenhum deles há referência a procedimentos de tomadas de contas. O procedimento de tomadas de contas se destina à verificação, pelo Tribunal de Contas, da regularidade da utilização das verbas públicas pelos responsáveis. Ou seja, este procedimento não envolve a anulação ou a revogação de um ato administrativo que beneficia o administrador público. Inadequação da hipótese descrita nos autos à Súmula Vinculante 3, razão por que incabível a reclamação.” (**Rcl 6.396-AgR**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 21-10-2009, Plenário, *DJE* de 13-11-2009.) **No mesmo sentido: Rcl 10.546-AgR**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 24-2-2011, Plenário, *DJE* de 13-4-2011.

“Servidor público. Funcionário(s) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Cargo. Ascensão funcional sem concurso público. Anulação pelo TCU. Inadmissibilidade. Ato aprovado pelo TCU há mais de cinco anos. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Consumação, ademais, da decadência administrativa após o quinquênio legal. Ofensa a direito líquido e certo. Cassação dos acórdãos. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, LV, da CF e art. 54 da Lei federal 9.784/1999. Não pode o TCU, sob fundamento ou pretexto algum, anular ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de cinco anos, sobretudo em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa.” (**MS 26.560**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 17-12-2007, Plenário, *DJE* de 22-2-2008.) **No mesmo sentido: MS 26.237-AgR**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 21-8-2012, Primeira Turma, *DJE* de 6-9-2012; **MS 26.393**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 29-10-2009, Plenário, *DJE* de 19-2-2010; **MS 26.117**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 20-5-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009; **MS 26.406**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 1º-7-2008, Plenário, *DJE* de 19-12-2008; **MS 26.353**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 6-9-2007, Plenário, *DJE* de 7-3-2008. **Vide: MS 25.525**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 17-2-10, Plenário, *DJE* de 19-3-10.

“Aposentadoria – Proventos – Alteração pelo administrador. Uma vez aperfeiçoado o ato complexo alusivo à aposentadoria, com a homologação pelo Tribunal de Contas, a modifica-

ção dos proventos não prescinde da observação do devido processo legal, presente a medula deste último, ou seja, o contraditório.” (RE 285.495, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 2-10-2007, Primeira Turma, DJ de 30-11-2007.)

“O TCU, ao julgar a legalidade da concessão de aposentadoria, exercita o controle externo a que respeita o art. 71 da Constituição, a ele não sendo imprescindível o contraditório. Precedentes (MS 24.784, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19-5-2004; MS 24.728, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 9-9-2005; MS 24.754, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 18-2-2005 e RE 163.301, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28-11-1997).” (MS 25.072, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 7-2-2007, Plenário, DJ de 27-4-2007.) No mesmo sentido: MS 26.737-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-6-2008, Plenário, DJE de 13-3-2009.

“Segurança deferida para assegurar observância do princípio do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Explicitação, na parte dispositiva do julgado embargado, do restabelecimento imediato da percepção do benefício previdenciário cancelado pelo TCU.” (MS 24.268-ED, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-5-2006, Plenário, DJ de 9-6-2006.)

“Vantagem pecuniária incorporada aos proventos de aposentadoria de servidor público, por força de decisão judicial transitada em julgado: não pode o Tribunal de Contas, em caso assim, determinar a supressão de tal vantagem, por isso que a situação jurídica coberta pela coisa julgada somente pode ser modificada pela via da ação rescisória.” (MS 25.460, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 15-12-2005, Plenário, DJ de 10-2-2006.) No mesmo sentido: MS 30.312-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 27-11-2012, Primeira Turma, DJE de 14-12-2012.

“É nula a decisão do TCU que, sem audiência prévia da pensionista interessada, a quem não assegurou o exercício pleno dos poderes do contraditório e da ampla defesa, lhe cancelou pensão previdenciária que há muitos anos vinha sendo paga.” (MS 24.927, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-9-2005, Plenário, DJ de 25-8-2006.) No mesmo sentido: MS

24.859, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 4-8-2004, Plenário, *DJ* de 27-8-2004.

“Art. 71, III, da Constituição. TCU. Controle externo. Julgamento de legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão. Inexistência de processo contraditório ou contestatório. Precedentes.” (**MS 24.728**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 3-8-2005, Plenário, *DJ* de 9-9-2005.)

“O ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido à condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da administração.” (**MS 24.997**, **MS 25.015**, **MS 25.036**, **MS 25.037**, **MS 25.090** e **MS 25.095**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 2-2-2005, Plenário, *DJ* de 1º-4-2005.) **No mesmo sentido**: **AI 844.718-AgR**, Rel. Min. **Luiz Fux**, julgamento em 22-11-2011, Primeira Turma, *DJE* de 13-12-2011; **MS 26.320**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 2-8-2011, Primeira Turma, *DJE* de 17-8-2011; **RE 195.861**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 26-8-1997, Segunda Turma, *DJ* de 17-10-1997. **Vide**: **MS 24.781**, Rel. p/ o ac. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 2-3-2011, Plenário, *DJE* de 9-6-2011.

“Vantagem pecuniária incluída nos proventos de aposentadoria de servidor público federal, por força de decisão judicial transitada em julgado. Impossibilidade de o TCU impor à autoridade administrativa sujeita à sua fiscalização a suspensão do respectivo pagamento. Ato que se afasta da competência reservada à Corte de Contas.” (**MS 23.665**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 5-6-2002, Plenário, *DJ* de 20-9-2002.) **No mesmo sentido**: **MS 31.412-MC**, rel. min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 29-6-2012, *DJE* de 1º-8-2012; **MS 28.150-MC**, Rel. Min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 8-9-2009, *DJE* de 17-9-2009; **RE 475.101-AgR**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 17-10-2006, Primeira Turma, *DJ* de 15-6-2007.

“Tribunal de Contas: registro de aposentadoria: mandado de segurança posterior para compelir a autoridade administrativa a alterar o ato concessivo já registrado não impõe ao Tribunal de Contas deferir o registro da alteração: aplicação da Súmula

6/STF, não elidida pela circunstância de o ato administrativo subsequente ao registro ter derivado do deferimento de mandado de segurança para ordenar a sua prática à autoridade competente retificar a aposentadoria que concedera, mas não para desconstituir a decisão anterior do Tribunal de Contas.” (MS 22.658, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 10-9-1997, Plenário, DJ de 27-3-1998.)

“No exercício da sua função constitucional de controle, o TCU procede, dentre outras atribuições, a verificação da legalidade da aposentadoria e determina, tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo, a efetivação, ou não, de seu registro. O TCU, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame. Constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao TCU, especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora, recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical da recusa de registro. Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução a diligência recomendada pelo TCU – reafirmando, assim, o seu entendimento quanto à plena legalidade da concessão da aposentadoria –, caberá a Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro.” (MS 21.466, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 19-5-1993, Plenário, DJ de 6-5-1994.)

Inc. IV do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

Inc. V do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo”;

Inc.VI do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”

“Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna, que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União – mediante convênio, acordo ou ajuste – de recursos originariamente federais.” (MS 24.312, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 19-2-2003, Plenário, DJ de 19-12-2003.)

Inc. VII do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas”;

Inc. VIII do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”

“Nepotismo cruzado. (...) Reconhecida a competência do TCU para a verificação da legalidade do ato praticado pelo impetrante, nos termos dos arts. 71, VIII e IX, da CF. Procedimento instaurado no TCU a partir de encaminhamento de autos de procedimento administrativo concluído pelo MPF no Estado do Espírito Santo. (...) A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade.” (MS 24.020, Rel. Min.

Joaquim Barbosa, julgamento em 6-3-2012, Segunda Turma, *DJE* de 13-6-2012.)

“Não é possível, efetivamente, entender que as decisões das Cortes de Contas, no exercício de sua competência constitucional, não possuam teor de coercibilidade. Possibilidade de impor sanções, assim como a lei disciplinar. Certo está que, na hipótese de abuso no exercício dessas atribuições por agentes da fiscalização dos tribunais de contas, ou de desvio de poder, os sujeitos passivos das sanções impostas possuem os meios que a ordem jurídica contém para o controle de legalidade dos atos de quem quer que exerça parcela de autoridade ou poder, garantidos, a tanto, ampla defesa e o devido processo legal.” (RE 190.985, Rel. Min. **Néri da Silveira**, julgamento em 14-2-1996, Plenário, *DJ* de 24-8-2001.)

“O TCU é parte legítima para figurar no polo passivo do mandado de segurança, quando sua decisão está revestida de caráter impositivo.” (MS 21.548, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 4-2-1999, Plenário, *DJ* de 25-6-1999.)

“Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da presidência ao presidente do Conselho Regional de Medicina em causa.” (MS 22.643, Rel. Min. **Moreira Alves**, julgamento em 6-8-1998, Plenário, *DJ* de 4-12-1998.)

Inc. IX do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”

“Nepotismo cruzado. (...) Reconhecida a competência do TCU para a verificação da legalidade do ato praticado pelo impetrante, nos termos dos arts. 71, VIII e IX, da CF. Procedimento instaurado no TCU a partir de encaminhamento de autos de procedimento administrativo concluído pelo MPF no Estado do Espírito Santo. (...) A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio

da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade.” (**MS 24.020**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 6-3-2012, Segunda Turma, *DJE* de 13-6-2012.)

“O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou”. (**MS 23.550**, Rel. p/ o ac. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 4-4-2002, Plenário, *DJ* de 31-10-2001.) **No mesmo sentido: MS 26.000**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 16-10-2012, Primeira Turma, *DJE* de 14-11-2012.

Inc.X do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”;

Inc. XI do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.

§ 1º do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”.

“Constituição do Estado do Tocantins. EC 16/2006, que (...) atribuiu à Assembleia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e os eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, XXVIII, e art. 33, IX e § 1º). A CF é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do TCU são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. (...) A CF dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/1988).” (**ADI 3.715-MC**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 24-5-2006, Plenário, *DJ* de 25-8-2006.)

§ 2º do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito”.

§ 3º do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.

NOVO: “O Estado-Membro não tem legitimidade para promover execução judicial para cobrança de multa imposta por tribunal de contas estadual à autoridade municipal, uma vez que a titularidade do crédito é do próprio ente público prejudicado, a quem compete a cobrança, por meio de seus representantes judiciais. Com base nessa orientação, a Primeira Turma negou provimento a agravo regimental em recurso extraordinário, no qual se discutia a legitimidade ad causam de município para execução de multa que lhe fora aplicada. O min. Dias Toffoli destacou que, na omissão da municipalidade nessa execução, o Ministério Público poderia atuar.” (**RE 580.943 AgR**, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 18-6-2013, Primeira Turma, *Informativo 711*.)

“Tribunal de Contas do Estado do Acre. Irregularidades no uso de bens públicos. Condenação patrimonial. Cobrança. Competência. Ente público beneficiário da condenação. Em caso de multa imposta por Tribunal de Contas estadual a responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos, a ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação do Tribunal de Contas. Precedente.” (**RE 510.034-AgR**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 24-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 15-8-2008.) **No mesmo sentido:** **AI 765.470-AgR**, rel. min. **Rosa Weber**, julgamento em 18-12-2012, Primeira Turma, *DJE* de 19-2-2013; **AI 826.676-AgR**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 8-2-2011, Segunda Turma, *DJE* de 24-2-2011. **Vide:** **RE 580.943 AgR**, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 18-6-2013, Primeira Turma, *Informativo 711*.

§ 4º do art. 71 da Constituição Federal brasileira: “O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades”.

“Legitimidade da competência da Assembleia Legislativa para julgar as contas do Tribunal de Contas do Estado. Reveste-se de plena legitimidade constitucional a norma inscrita na Carta Política do Estado-membro que atribui à Assembleia

Legislativa competência para efetuar, em sede de fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial, o controle externo das contas do respectivo Tribunal de Contas. Doutrina. Precedentes. O Tribunal de Contas está obrigado, por expressa determinação constitucional (CF, art. 71, § 4º), aplicável ao plano local (CF, art. 75), a encaminhar ao Poder Legislativo a que se acha institucionalmente vinculado tanto relatórios trimestrais quanto anuais de suas próprias atividades, pois tais relatórios, além de permitirem o exame parlamentar do desempenho, pela Corte de Contas, de suas atribuições fiscalizadoras, também se destinam a expor ao Legislativo a situação das finanças públicas administradas pelos órgãos e entidades governamentais, em ordem a conferir um grau de maior eficácia ao exercício, pela instituição parlamentar, do seu poder de controle externo. Precedente.” (**ADI 687**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 2-2-1995, Plenário, *DJ* de 10-2-2006.)

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

“Inconstitucionalidade formal da lei estadual, de origem parlamentar, que altera e revoga diversos dispositivos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. A Lei estadual 2.351/2010 dispôs sobre forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização do Tribunal de Contas estadual. Conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam as Cortes de Contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, *d*, da CF (...).” (**ADI 4.418-MC**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 6-10-2010, Plenário, *DJE* de 15-6-2011.) **Vide: ADI 1.994**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 24-5-2006, Plenário, *DJ* de 8-9-2006.

“A posição constitucional dos Tribunais de Contas – órgãos investidos de autonomia jurídica – inexistência de qualquer vínculo de subordinação institucional ao poder legislativo – atribuições do Tribunal de Contas que traduzem direta emanção da própria Constituição da República. Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanção que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. Doutrina. Precedentes.” (ADI 4.190-MC-REF, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 10-3-2010, Plenário, DJE de 11-6-2010.)

§ 1º do art. 73 da Constituição Federal brasileira: «Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos»:

Inc. I do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade”

“Mandado de segurança. Elaboração de lista singular para preenchimento de cargo de ministro do TCU. Pedido de elaboração de nova lista tríplice. Limite objetivo de idade não admite exceções, CF, art. 73, § 1º. A lista deve ser tríplice quando houver candidatos aptos, Regimento Interno do TCU, art. 281, § 5º. Lista singular elaborada em conformidade com o Regimento Interno do TCU. Prejuízo do mandado de segurança em virtude do fato de o impetrante já ter completado setenta anos.” (MS 23.968, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 14-4-2008, Plenário, DJE de 13-6-2008.)

Inc. II do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “idoneidade moral e reputação ilibada”;

Inc. III do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública”

“Tribunal de Contas estadual. Conselheiros. Nomeação. Qualificação profissional formal. Notório saber. A qualificação profissional formal não é requisito à nomeação de conselhei-

ro de tribunal de contas estadual. O requisito notório saber é pressuposto subjetivo a ser analisado pelo governador do Estado, a seu juízo discricionário.” (AO 476, Rel. p/ o ac. Min. **Nelson Jobim**, julgamento em 16-10-1997, Plenário, DJ de 5-11-1999.)

Inc. IV do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior”.

§ 2º do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:”

“(…) a decisão impugnada parece invadir a prerrogativa constitucional da Assembleia Legislativa de escolher nome para compor a Corte local de Contas. (...) o art. 73, entre outras disposições, estabelece a forma de composição do TCU, aplicável, ‘no que couber’, aos tribunais locais. Assim, não parece razoável que, em juízo liminar, precário pela natureza mesma do momento processual, o Poder Judiciário crie proibição a outro Poder, no caso ao legislativo, no sentido de que se abstenha ‘(...) de iniciar, dar andamento ou finalizar’ o processo de escolha de nome para o cargo.” (SS 4.580, Rel. Min. Presidente **Cezar Peluso**, decisão monocrática, julgamento em 2-3-2012, DJE de 13-3-2012.)

“Lei do Estado de Pernambuco que prevê que a escolha de membros indicados para o Tribunal de Contas do Estado será feita do seguinte modo: as três primeiras pela Assembleia Legislativa e as três seguintes pelo governador. A aplicação pura e simples do critério cronológico permite que vagas ocupadas originalmente por membros indicados pela Assembleia Legislativa sejam posteriormente ocupadas por membros indicados pelo governador, ferindo assim o entendimento desta Corte, exposto na Súmula 653, de que nos tribunais de contas estaduais que contêm sete membros, a seguinte proporção deverá ser respeitada: 4/7 indicados pela Assembleia Legislativa e 3/7 indicados pelo governador. A determinação acerca de qual dos poderes tem competência para fazer a escolha dos membros dos tribunais de contas estaduais deve preceder à escolha da clientela sobre a qual recairá a nomea-

ção. A aplicação irrestrita do inciso II do art. 1º da lei atacada é anacrônica e posterga a transição do antigo regime de composição dos tribunais de contas para o novo regime estabelecido pela CF/1988. Ação direta julgada parcialmente procedente para: (1) emprestar interpretação conforme ao inciso II do art. 1º da Lei 11.192/1994, do Estado de Pernambuco, para entender que a expressão ‘as três últimas vagas’ somente se refere às vagas pertencentes à cota do governador, ou seja, às vagas que originalmente foram preenchidas por indicação do governador; (2) declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da mesma lei.” (ADI 3.688, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 11-6-2007, Plenário, DJ de 24-8-2007.) **No mesmo sentido**: ADI 374, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 22-3-2012, Plenário, *Informativo* 659; ADI 1.957, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 22-10-2010.

“A nomeação livre dos membros do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Contas dos Municípios pelo governador dar-se-á nos termos do art. 75 da CB, não devendo alongar-se de maneira a abranger também as vagas que a Constituição destinou aos membros do MP e aos auditores. Precedentes. O preceito veiculado pelo art. 73 da CB aplica-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas dos Municípios. Imposição do modelo federal nos termos do art. 75. A inércia da Assembleia Legislativa cearense relativamente à criação de cargos e carreiras do Ministério Público Especial e de auditores que devam atuar junto ao tribunal de contas estadual consubstancia omissão inconstitucional. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada procedente.” (ADI 3.276, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 2-6-2005, Plenário, DJ de 1º-2-2008.) **No mesmo sentido**: ADI 4.416-MC, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 6-10-2010, Plenário, DJE de 28-10-2010.

“TCU. Composição. Vinculação de vagas. Inteligência e aplicação do art. 73, § 2º, I e II, da CF. Deferimento cautelar. O TCU é composto por nove Ministros, sendo 2/3 escolhidos pelo Congresso Nacional e 1/3 pelo presidente da República (CF, art. 73, § 2º, I e II). O preenchimento de suas vagas obedece

ao critério de origem de cada um dos Ministros, vinculando-se cada uma delas à respectiva categoria a que pertencem. A CF ao estabelecer indicação mista para a composição do TCU não autoriza adoção de regra distinta da que instituiu. Inteligência e aplicação do art. 73, § 2º, I e II, da Carta Federal. Composição e escolha: inexistência de diferença conceitual entre os vocábulos, que traduzem, no contexto, o mesmo significado jurídico. Suspensão da vigência do inciso III do art. 105 da Lei 8.443, de 16-7-1992, e do inciso III do art. 280 do Regimento Interno do TCU.” (**ADI 2.117-MC**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 3-5-2000, Plenário, *DJ* de 7-11-2003.)

“Constituição: princípio da efetividade máxima e transição. Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento. Tribunal de contas dos Estados: implementação do modelo de composição heterogênea da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 rompeu com a fórmula tradicional de exclusividade da livre indicação dos seus membros pelo Poder Executivo para, de um lado, impor a predominância do Legislativo e, de outro, vincular a clientela de duas das três vagas reservadas ao chefe do governo aos quadros técnicos dos auditores e do Ministério Público especial. Para implementar, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, a serem providas pelo chefe do Poder Executivo, a preferência deve caber às categorias dos auditores e membros do Ministério Público especial.” (**ADI 2.596**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 19-3-2003, Plenário, *DJ* de 2-5-2003.) **No mesmo sentido: ADI 2.209**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 19-3-2003, Plenário, *DJ* de 25-4-2003.

Inc. I do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento”

“Segundo precedente do STF (ADI 789/DF), os procuradores das Cortes de Contas são ligados administrativamente a elas, sem qualquer vínculo com o Ministério Público comum. Além de violar os arts. 73, § 2º, I, e 130, da CF, a conversão automática dos cargos de procurador do Tribunal de Contas dos Municípios para os de procurador de Justiça – cuja investidura depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos – ofende também o art. 37, II, do texto magno.” (ADI 3.315, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 6-3-2008, Plenário, DJE de 11-4-2008.)

“MP junto ao TCU. Instituição que não integra o MPU. Taxatividade do rol inscrito no art. 128, I, da Constituição. Vinculação administrativa à Corte de Contas. Competência do TCU para fazer instaurar o processo legislativo concernente à estruturação orgânica do MP que perante ele atua (CF, art. 73, *caput, in fine*). Matéria sujeita ao domínio normativo da legislação ordinária (...). O MP que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, § 2º, I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração juridico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do MPU. O MP junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na ‘intimidade estrutural’ dessa Corte de Contas, que se acha investida – até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput, in fine*) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente a sua organização, a sua estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos.” (ADI 789, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 26-5-1994, Plenário, DJ de 19-12-1994.)

Inc. II do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “dois terços pelo Congresso Nacional”.

§ 3º do art. 73 da Constituição Federal brasileira: Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos

Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (*Redação da EC 20/1998*)”

NOVO: “Ministro aposentado do TCU. Férias não gozadas por necessidade de serviço motivada por exclusivo interesse do poder público. Exercício, no caso, por ministro do TCU, de funções inerentes à administração superior da Corte de Contas. Superveniência de sua aposentadoria. Deliberação do TCU que impõe limitação do pagamento de férias não usufruídas por imperiosa necessidade do serviço ao período máximo de dois meses (Loman, art. 67, § 1º). Inaplicabilidade ao caso dessa restrição de ordem temporal, sob pena de, negada a reparação indenizatória do dano infligido ao agente estatal, configurar-se inadmissível enriquecimento sem causa do poder público.” (**MS 31.371-AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 28-5-2013, Segunda Turma, *DJE* de 28-10-2013.)

“Equiparação constitucional dos membros dos tribunais de contas à magistratura – garantia de vitaliciedade: impossibilidade de perda do cargo de conselheiro do Tribunal de Contas local, exceto mediante decisão emanada do Poder Judiciário. Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro dispõem dos mesmos predicamentos que protegem os magistrados, notadamente a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CF, art. 75 c/c o art. 73, § 3º), que representa garantia constitucional destinada a impedir a perda do cargo, exceto por sentença judicial transitada em julgado. Doutrina. Precedentes. A Assembleia Legislativa do Estado-membro não tem poder para decretar, *ex propria auctoritate*, a perda do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, ainda que a pretexto de exercer, sobre referido agente público, uma (inexistente) jurisdição política.” (**ADI 4.190-MC-REF**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 10-3-2010, Plenário, *DJE* de 11-6-2010.)

Redação Anterior:

§ 3º do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão

aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos”.

§ 4º do art. 73 da Constituição Federal brasileira: “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”.

“Estrutura dos tribunais de contas estaduais. Observância necessária do modelo federal. Precedentes. Não é possível ao Estado-membro extinguir o cargo de auditor na Corte de Contas estadual, previsto constitucionalmente, e substituí-lo por outro cuja forma de provimento igualmente divirja do modelo definido pela CB/1988. Vício formal de iniciativa no processo legislativo que deu origem à LC 142/1999.” (ADI 1.994, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 24-5-2006, Plenário, DJ de 8-9-2006.)

“Tem legitimidade ativa *ad causam* a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), uma vez que os textos impugnados promovem vinculação de vencimentos entre os auditores do Tribunal de Contas do Estado e os juízes do Tribunal de Alçada, evidenciando o interesse corporativo da entidade. Vencimentos. Equiparação e vinculação de remuneração. Inconstitucionalidade, excetuadas situações especialmente previstas no próprio Texto Constitucional. Percepção dos vencimentos em virtude do exercício do cargo em substituição. Acumulação de vencimentos não caracterizada. Precedentes do STF.” (ADI 134, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 25-3-2004, Plenário, DJ de 3-9-2004.)

“Escolha de conselheiros da Corte de Contas paranaense. Criação de cargo de controlador do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Alegada ofensa ao art. 37, II e XIII, aos § 1º e § 2º do art. 73, e ao art. 75 da CR. Observância do modelo federal compulsório. Vinculação dos vencimentos do cargo de controlador com os vencimentos do cargo de auditor. A jurisprudência desta Corte, fixada na ADI 892 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), prevê a inconstitucionalidade da reserva do provimento de cinco das sete vagas do Tribunal de Contas Estadual à Assembleia Legislativa, uma vez que implicaria a subtração

ao governador da única indicação livre que lhe concede o modelo federal, de observância compulsória, de acordo com o art. 75 da Constituição. Precedentes: ADI 1.957-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, *DJ* de 11-6-1999; ADI 219, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, *DJ* de 23-9-1994 e ADI 2.502-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, *DJ* de 14-12-2001. Incompatibilidade do disposto nos arts. 54, XVII, e 77, § 2º, bem como no art. 87, XV, da Constituição do Estado do Paraná com a CF. Inconstitucionalidade da previsão de nomeação de auditores e controladores sem aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, conforme determina o art. 37, II, da Constituição. Precedentes: ADI 373, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 6-5-1994; ADI 1.067, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, *DJ* de 5-3-1997. Criação da figura de controlador em desacordo com o disposto na CF (art. 73, § 4º, CF).” (ADI 2.208, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 19-5-2004, Plenário, *DJ* de 25-6-2004)

Os auditores do Tribunal de Contas estadual, quando não estejam substituindo os conselheiros do Tribunal de Contas, não podem ser equiparados, em decorrência do mero exercício das demais atribuições inerentes ao seu cargo, a qualquer membro do Poder Judiciário local, no que se refere a vencimentos e vantagens, eis que a Carta Política, em matéria remuneratória, veda a instituição de regramentos normativos de equiparação ou de vinculação, ressalvadas as hipóteses expressamente autorizadas em sede constitucional.” (ADI 507, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 14-2-1996, Plenário, *DJ* de 8-8-2003.)

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

“(…) a decisão impugnada parece invadir a prerrogativa constitucional da Assembleia Legislativa de escolher nome para compor a Corte local de Contas. (...) o art. 73, entre outras disposições, estabelece a forma de composição do TCU, aplicável, ‘no que couber’, aos tribunais locais. Assim, não parece

razoável que, em juízo liminar, precário pela natureza mesma do momento processual, o Poder Judiciário crie proibição a outro Poder, no caso ao legislativo, no sentido de que se abstenha '(...) de iniciar, dar andamento ou finalizar' o processo de escolha de nome para o cargo." (SS 4.580, Rel. Min. Presidente **Cezar Peluso**, decisão monocrática, julgamento em 2-3-2012, *DJE* de 13-3-2012.)

"Equiparação constitucional dos membros dos tribunais de contas à magistratura – garantia de vitaliciedade: impossibilidade de perda do cargo de conselheiro do Tribunal de Contas local, exceto mediante decisão emanada do Poder Judiciário. Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro dispõem dos mesmos predicamentos que protegem os magistrados, notadamente a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CF, art. 75 c/c o art. 73, § 3º), que representa garantia constitucional destinada a impedir a perda do cargo, exceto por sentença judicial transitada em julgado. Doutrina. Precedentes. A Assembleia Legislativa do Estado-membro não tem poder para decretar, *ex propria auctoritate*, a perda do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, ainda que a pretexto de exercer, sobre referido agente público, uma (inexistente) jurisdição política." (ADI 4.190-MC-REF, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 10-3-2010, Plenário, *DJE* de 11-6-2010.)

"Tribunal de contas. Norma local que obriga o Tribunal de contas estadual a examinar previamente a validade de contratos firmados pela administração. Regra da simetria. Inexistência de obrigação semelhante imposta ao TCU. Nos termos do art. 75 da Constituição, as normas relativas à organização e fiscalização do TCU se aplicam aos demais tribunais de contas. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da função executiva. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público." (ADI 916, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 2-2-2009, Plenário, *DJE* de 6-3-2009.)

“Art. 78, § 3º, da Constituição do Estado do Paraná. Possibilidade de reexame, pelo Tribunal de Contas estadual, das decisões fazendárias de última instância contrárias ao erário. Violação do disposto no art. 2º e no art. 70 da CB. A CB – art. 70 – estabelece que compete ao tribunal de contas auxiliar o Legislativo na função de fiscalização a ele designada. Precedentes. Não cabe ao Poder Legislativo apreciar recursos interpostos contra decisões tomadas em processos administrativos nos quais se discuta questão tributária. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 78 da Constituição do Estado do Paraná.” (ADI 523, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

“O MP especial junto aos tribunais de contas estaduais não dispõe das garantias institucionais pertinentes ao MP comum dos Estados-membros, notadamente daquelas prerrogativas que concernem à autonomia administrativa e financeira dessa instituição, ao processo de escolha, nomeação e destituição de seu titular e ao poder de iniciativa dos projetos de lei relativos à sua organização. Precedentes. A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição – que não outorgou, ao MP especial, as mesmas prerrogativas e atributos de autonomia conferidos ao MP comum – não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger, unicamente, os membros do MP especial no relevante desempenho de suas funções perante os tribunais de contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República – que se projeta em uma dimensão de caráter estritamente subjetivo e pessoal – submete os integrantes do MP especial junto aos tribunais de contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, em tema de direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do MP comum. O MP especial junto aos tribunais de contas estaduais não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus procuradores pela própria CR (art. 130), encontra-se consolidado na ‘intimidade estrutural’ dessas Cortes de Contas (RTJ 176/540-541), que se acham investidas – até mesmo em função do poder de autogoverno que lhes confere a Carta Política (CF,

art. 75) – da prerrogativa de fazer instaurar, quanto ao MP especial, o processo legislativo concernente à sua organização.” (ADI 2.378, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 19-5-2004, Plenário, DJ de 6-9-2007.)

“Lei do Estado de Pernambuco que prevê que a escolha de membros indicados para o Tribunal de Contas do Estado será feita do seguinte modo: as três primeiras pela Assembleia Legislativa e as três seguintes pelo governador. A aplicação pura e simples do critério cronológico permite que vagas ocupadas originalmente por membros indicados pela Assembleia Legislativa sejam posteriormente ocupadas por membros indicados pelo governador, ferindo assim o entendimento desta Corte, exposto na Súmula 653, de que nos tribunais de contas estaduais que contêm sete membros, a seguinte proporção deverá ser respeitada: 4/7 indicados pela Assembleia Legislativa e 3/7 indicados pelo governador. A determinação acerca de qual dos poderes tem competência para fazer a escolha dos membros dos tribunais de contas estaduais deve preceder à escolha da clientela sobre a qual recairá a nomeação. A aplicação irrestrita do inciso II do art. 1º da lei atacada é anacrônica e posterga a transição do antigo regime de composição dos tribunais de contas para o novo regime estabelecido pela CF/1988. Ação direta julgada parcialmente procedente para: (1) emprestar interpretação conforme ao inciso II do art. 1º da Lei 11.192/1994 do Estado de Pernambuco, para entender que a expressão ‘as três últimas vagas’ somente se refere às vagas pertencentes à cota do governador, ou seja, às vagas que originalmente foram preenchidas por indicação do governador; (2) declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da mesma lei.” (ADI 3.688, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 11-6-2007, Plenário, DJ de 24-8-2007.) **No mesmo sentido:** ADI 374, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 22-3-2012, Plenário, *Informativo* 659; ADI 1.957, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 22-10-2010.

“Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 92, XXX, e art. 122 da Constituição do Estado do Pará, com redação conferida pela Emenda 15/1999, de 3 de agosto de 1999. Competência exclusiva da Assembleia Legislativa para julgar anualmente as contas do Tribunal de Contas do Estado do Pará. Prestação

de contas pelo Tribunal de Justiça paraense à Assembleia Legislativa no prazo de 60 dias contados da abertura da sessão legislativa. Alegação de violação do disposto nos art. 71, I e II, e 75, da Constituição do Brasil. Inocorrência. A Constituição do Brasil de 1988, ao tratar de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prevê o controle externo a ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União. A função fiscalizadora do TCU não é inovação do texto constitucional atual. Função técnica de auditoria financeira e orçamentária. Questões análogas à contida nestes autos foram anteriormente examinadas por esta Corte no julgamento da Rp 1.021 e da Rp 1.179. 'Não obstante o relevante papel do Tribunal de Contas no controle financeiro e orçamentário, como órgão eminentemente técnico, nada impede que o Poder Legislativo, exercitando o controle externo, aprecie as contas daquele que, no particular, situa-se como órgão auxiliar' (**Rp n. 1.021**, Ministro **Djaci Falcão**, Julgamento de 25-4-84). Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente." (**ADI 2.597**, Rel. p/ o ac. Min. **Eros Grau**, julgamento em 4-8-2004, Plenário, *DJ* de 17-8-2007.)

"Impossibilidade de procuradores de Justiça do Estado do Espírito Santo atuarem junto à Corte de Contas estadual, em substituição aos membros do Ministério Público especial. Esta Corte entende que somente o Ministério Público especial tem legitimidade para atuar junto aos tribunais de contas dos Estados e que a organização e composição dos tribunais de contas estaduais estão sujeitas ao modelo jurídico estabelecido pela CB (art. 75). Precedentes. É inconstitucional o texto normativo que prevê a possibilidade de procuradores de Justiça suprirem a não existência do Ministério Público especial, de atuação específica no tribunal de contas estadual." (**ADI 3.192**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 24-5-2006, Plenário, *DJ* de 18-8-2006.) **No mesmo sentido: ADI 3.307**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 2-2-2009, Plenário, *DJE* de 29-5-2009; **MS 27.339**, Rel. Min. **Menezes Direito**, julgamento em 2-2-2009, Plenário, *DJE* de 6-3-2009.

"Ação direta de inconstitucionalidade: processo de escolha dos conselheiros dos Tribunais de Contas do Estado do Pará e dos Municípios – art. 307, I, II e III e § 2º, das Disposições

Constitucionais Gerais, da Constituição do Estado, conforme a redação dada pela EC 26, de 16-6-2004. Controvérsia relativa ao critério de precedência (ou de prevalência) na ordem de preenchimento de vagas, com alternância entre o Legislativo e o Executivo. Não ofende a Constituição o estabelecimento, pela Constituição Estadual, da precedência da indicação feita por um dos Poderes sobre a do outro (v.g. ADI 419, Rezek, *DJ* de 24-11-1995; ADI 1.068, Rezek, *DJ* de 24-11-1995; ADI 585, Ilmar, *DJ* de 2-9-1994). Entretanto, no caso da composição dos Tribunais de Contas paraense, a situação atual, marcada com indicações feitas sob quadros normativos diferentes, necessita de ajuste para se aproximar do desenho institucional dado pela Constituição. ‘Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento’ (ADI 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-3-2003, Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para conferir ao texto impugnado e ao seu § 1º, por arastamento, interpretação conforme à Constituição, nestes termos: Quanto ao TCE: a) a cadeira atualmente não preenchida deverá ser de indicação da Assembleia Legislativa; b) após a formação completa (três de indicação do governador e quatro da Assembleia), quando se abra vaga da cota do governador, as duas primeiras serão escolhidas dentre os auditores e membros do MP junto ao tribunal; Quanto ao TCM: a) Das duas vagas não preenchidas, a primeira delas deverá ser de indicação da Assembleia Legislativa e a segunda do governador, esta, dentre auditores; b) após a formação completa, quando se abra a vaga das indicações do governador, o conselheiro será escolhido dentre os membros do MP junto ao Tribunal.” (ADI 3.255, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22-6-2006, Plenário, *DJ* de 7-12-2007.) **No mesmo sentido: ADI 1.957**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, *DJE* de 22-10-2010.

“Constituição do Estado do Tocantins. EC 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua

competência de julgamento de contas (§ 5º do art. 33) e atribuiu à Assembleia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e os eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, XXVIII, e art. 33, IX e § 1º). A CF é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do TCU são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o STF 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, I, CF/1988; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, II, CF/1988. Precedentes. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes.” (**ADI 3.715-MC**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 24-5-2006, Plenário, *DJ* de 25-8-2006.)

“A nomeação livre dos membros do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Contas dos Municípios pelo governador dar-se-á nos termos do art. 75 da CB, não devendo alongar-se de maneira a abranger também as vagas que a Constituição destinou aos membros do MP e aos auditores. Precedentes. O preceito veiculado pelo art. 73 da CB aplica-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas dos Municípios. Imposição do modelo federal nos termos do art. 75. A inércia da Assembleia Legislativa cearense relativamente à criação de cargos e carreiras do MP especial e de auditores que devam atuar junto ao Tribunal de Contas estadual consubstancia omissão inconstitucional. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada procedente.” (**ADI 3.276**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 2-6-2005, Plenário, *DJ* de 1º-2-2008.) **No mesmo sentido: ADI 4.416-MC**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 6-10-2010, Plenário, *DJE* de 28-10-2010.

“Surge harmônico com a CF diploma revelador do controle pelo Legislativo das contas dos órgãos que o auxiliam, ou seja, dos tribunais de contas.” (ADI 1.175, Rel. p/ ac. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 4-8-2004, Plenário, DJ de 19-12-2006.)

“Inexistência de violação ao princípio da simetria pelo disposto no art. 74, § 1º, da Constituição estadual, uma vez que a necessária correlação de vencimentos dos conselheiros do Tribunal de Contas se dá em relação aos desembargadores do Tribunal de Justiça. Precedente: RE 97.858, **Néri da Silveira**, DJ de 15-6-1984.” (ADI 396, Rel. p/ o ac. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 27-5-2004, Plenário, DJ de 5-8-2005.)

“Tribunal de contas. Fiscalização contábil, financeira e orçamentária. CF, arts. 70, 71, III, e 75. Inclusão, na Constituição baiana, art. 80, das isenções fiscais, como objetivo da fiscalização por parte do Tribunal de Contas do Estado e bem assim a outorga ao Tribunal de Contas da competência para julgar recursos de decisão denegatória de pensão (Constituição baiana, art. 95, I, b): inconstitucionalidade, dado que citados dispositivos são ofensivos à norma dos arts. 70 e 71, III, CF, aplicáveis aos tribunais de contas dos Estados, *ex vi* do disposto no art. 75, CF.” (ADI 461, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 8-8-2002, Plenário, DJ de 6-9-2002.)

“Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Competência para executar suas próprias decisões: impossibilidade. Norma permissiva contida na Carta estadual. Inconstitucionalidade. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público, que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões

(CE, art. 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, art. 75).” (RE 223.037, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 2-5-2002, Plenário, DJ de 2-8-2002.) **No mesmo sentido: AI 765.470-AgR**, rel. min. **Rosa Weber**, julgamento em 18-12-2012, Primeira Turma, DJE de 19-2-2013; **RE 677.454-AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 28-8-2012, Segunda Turma, DJE de 19-9-2012; **AI 826.676-AgR**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 8-2-2011, Segunda Turma, DJE de 24-2-2011. **Vide: RE 603.025**, Rel. Min. **Luiz Fux**, decisão monocrática, julgamento em 29-3-2012, DJE de 10-4-2012.

“Serventuário da Justiça titular de serventia extrajudicial – Concessão de ‘gratificação de assiduidade’ e de ‘adicional por tempo de serviço’, próprios dos servidores públicos – Impossibilidade de tal extensão, diante da Súmula 339 desta Corte – Reconhecimento da competência do Tribunal de Contas do Estado para recusar o registro desses benefícios, diante do que dispõem os art. 71, III e 75, da CF.” (RE 213.461, Rel. Min. Octavio Galloti, julgamento em 18-4-2000, Primeira Turma, DJ de 26-5-2000.)

Parágrafo único do art. 75 da Constituição Federal brasileira: “As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros”.

“No tribunal de contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha.” (Súmula 653.)

“Nos termos do Enunciado 653 da súmula desta Corte, nos tribunais de contas estaduais, compostos por sete conselheiros, três deles serão escolhidos pelo governador do Estado, cabendo-lhe indicar um entre auditores e outro entre membros do MP especial, o terceiro sendo da sua livre escolha. Os demais são escolhidos pela Assembleia Legislativa. Quanto aos dois primeiros, apenas os audito-

res e membros do MP junto ao Tribunal de Contas podem figurar entre os possíveis conselheiros.” (ADI 397, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 3-8-2005, Plenário, DJ de 9-12-2005.) **No mesmo sentido: RE 634.891-AgR**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 21-6-2011, Primeira Turma, DJE de 1º-8-2011; **ADI 3.160**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009.

“Quanto ao mais, é pacífica a jurisprudência do Plenário, no sentido de que, nos tribunais de contas, compostos por sete membros, três devem ser nomeados pelo governador (um dentre membros do Ministério Público, um dentre auditores, e um de livre escolha) e quatro pela Assembleia Legislativa. Só assim se pode conciliar o disposto nos arts. 73, § 2º, I e II, e 75 da CF. Nesse sentido: ADI 219, ADI 419, ADI 892-MC, ADI 1.043-MC, ADI 1.054, ADI 1.068, ADI 1.068-MC, ADI 1.389-MC, ADI 1.566 e ADI 2.013-MC. Devem, portanto, ser suspensos, no caso, os incisos I e II do § 2º do art. 82 da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF), o primeiro dos quais só confere ao governador o poder de nomear dois conselheiros, um oriundo do Ministério Público respectivo e outro dentre auditores, não, assim, um terceiro, de livre escolha. E o inciso II porque confere à Câmara Legislativa a escolha de cinco membros do Tribunal de Contas, quando, para se observar a expressão no que couber contida no art. 75 da CF, somente lhe caberá a escolha de quatro. Tudo conforme a referida jurisprudência. Padece do mesmo vício o art. 8º do ADCT da LODF, pois atribui à Câmara Legislativa o poder de preencher cinco (e não apenas quatro) vagas de conselheiro (v. ADI 1.043-MC e ADI 1.054-MC). Com a necessidade de suspensão, pura e simples, das normas referidas, não é possível cogitar-se, no caso, de lhes dar interpretação conforme a Constituição, como ocorreu na hipótese considerada na ADI 2.209.” (ADI 2.502-MC, rel. min. **Sydney Sanches**, julgamento em 3-10-2001, Plenário, DJ de 14-12-2001.) **No mesmo sentido: ADI 2.409-MC**, rel. min. **Sydney Sanches**, julgamento em 13-3-2002, Plenário, DJ de 24-5-2002.

- AFONSO, Orlando. Notas sobre o Conselho Superior da Magistratura. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 16, n. 62, p. 140-149, abr./jun.1995.
- ALLEGRETTI, Umberto. *L'imparzialità amministrativa*. Padova: CEDAM, 1965.
- ALLEN, Carleton Kemp. *Law and orders*. London: Stevens & Sons. 1945.
- AMARAL, Diogo Freitas do; CAUPERS, João; CLARO, João Martins, et al. *Código de procedimento administrativo anotado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1955.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 6.
- BARROS, Carlos Roberto Galvão. *O controle ativista da administração pública pelos tribunais de contas luso-brasileiros*. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2009.
- BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typ. Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & Cia., 1857.
- BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 62, n.2, p. 37-62, 1967.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CAGGIANO, Monica Hermann. *Direito parlamento e direito eleitoral*. São Paulo, 2004.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. v. 2.
- CANOTILHO, Gomes J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- _____. *Constituição da república portuguesa*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v. 2.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch Y Cía Editores, 1950.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1965. v. 2.

COSTA, Carlos Casimiro. Funções jurisdicionais e administrativas dos tribunais de contas efeitos dos seus julgados. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 47, n. 275, p. 7-34, set. 1958.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: IBdeF, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987.

CURA, António Alberto Vieira. *Curso de organização judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. London: Yale University Press; New Haven, 1989.

UNIÃO EUROPEIA. *Das instituições da União Europeia*. Manuscrito concluído em maio de 1995. CECA-CE-CEEA, Bruxelas, Luxemburgo, 1995, p.11.

DUARTE, Tiago. Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efectiva? Yes, we can!. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, n. 71, p. 31-37, set./out. 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNÁNDEZ, Ricardo Cueva. *De los niveladores a marbury vs. madison: la génesis de la democracia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

FERREIRA, Eduardo Paz. Os tribunais e o controlo dos dinheiros públicos. In: *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. II. Estudos Variados Direito Comunitário. Org: Jorge de Figueiredo Dias; Ireneu Cabral Barreto; Teresa Pizarro Beleza; Eduardo Paz Ferreira. Coimbra: Coimbra Editora, s/d.

FIGUEIRA, Alvaro Reis. Conselho Superior da Magistratura. *Tribunal da Justiça*. Lisboa, n. 37, jul./ago. 1988.

FISHER, Louis. *Constitutional conflicts between Congress and the Presidente*. 4th. ed. Lawrence: University Press of Kansas, 1997.

FRANCO, Antônio Sousa. *Finanças públicas e direito financeiro*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal sua origem e evolução*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1994.

GOLDSCHIMIT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GUIJARRO, Javier Medina. A independência e a imparcialidade da função jurisdicional do Tribunal de Contas em Espanha. Lisboa: *Revista do Tribunal de Contas*, n. 41, p. 221-250, jan./jun. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *L'intégration républicaine: essais de théorie politique*. Paris, 1998.

HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. Fayard, 3.ed. Tradução de La Constitución de la libertad. Madrid, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Brasília: Martins Fontes, 1990.

KOWALSKI, Kathiann M. *Checks and balances: a look at the powers of government*. Minneapolis: Lerner, 2011.

LA CHINA. Norma giuridica (dir. Proc. Civ.). *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978.

LAUN, Rudolph. *La démocratie: essai sociologique, juridique et de politique morale*. Paris: Librairie Delagrave, 1933.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Tribunal de Contas e o Poder Judiciário. *Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 351-371, jan./jul., 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

MANDRIOLI, Crisante. *Diritto processuale civile*. Nozioni introduttive e dispo-

sizioni generali. 17. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. v. 1.

MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *A defesa fiscal e o orçamento do estado no ordenamento jurídico português*. Lisboa: Almedina, 2004.

MARTINS, Guilherme D'Oliveira. *Tribunal de contas: contas com história*. Lisboa, 2007.

MARTINS, Guilherme D'Oliveira; MARTINS, Guilherme Waldemar; MARTINS, Maria D'Oliveira. *A lei de enquadramento orçamental: anotada e comentada*. Coimbra: Almedina, s/d.

MARTINS, M. Abranches. *Em Portugal houve sempre fiscalização de contas*. Lisboa: 1957.

MELO, Leopoldo da Cunha. *Pareceres*. v. IV.

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950, v. 1.

MENDES, A. Ribeiro; FREITAS, J. Lebre. O Conselho Superior da Magistratura portuguesa. *Revista del Poder Judicial*, n. 73. Primer Trimestre, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: estrutura constitucional da democracia*. Tomo VII. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a Emenda n. 1/69*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 3.

MOREIRA, Alzira. Subsídios para a história do tribunal de contas. *Boletim Trimestral do Tribunal de Contas*. Lisboa, 1987.

MORENO, Carlos. *Finanças públicas: gestão e controlo dos dinheiros públicos*. UAL, Lisboa, 1998.

NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

OLIVEIRA, António Cândido. Abertura do seminário de justiça administrativa. In: *Cadernos de Justiça Administrativa*, Porto, n. 71, set./out., 2008.

PEREIRA, Ernesto da Trindade. *O tribunal de contas*. Lisboa: Tribunal de Contas, 1962.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RAU, Virgínia. *A casa dos contos*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Letras, 1951.

REDENTI, Enrico. Intorno al concetto di giurisdizione. In: *Studi per simoncelli*, Napoli, 1917.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do STF: 1 a 621*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução de Angela Romeira Vera. Buenos Aires, 1955. t.1.

ROSS, Alf. *Why democracy?* Tradução de Castelhana. Por que democracia? Madrid: [s.l.] 1989.

SAMPAIO, Carlos de Almeida. O tribunal de contas e a natureza dualista do controle financeiro externo. In: *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Estudos Variados Direito Comunitário. Org. Jorge de Figueiredo Dias; Ireneu Cabral Barreto. Teresa Pizarro Beleza; Eduardo Paz Ferreira; Coimbra: Coimbra Editora, [s/d]. v. 2.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy 1942*. Tradução francesa Capitalisme, socialisme et démocratie, Paris, 1972.

SHANE, Peter M.; BRUFF, Harold H. *Separation of powers law : cases and materials*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2005.

SOUZA, Alfredo José. *Controlo externo das finanças públicas: o tribunal de contas*. Coimbra, 1997. Tribunal de Contas: comemorações dos 150 anos de Tribunal de Contas, Lisboa, 2000.

TAVARES, José F. F. *O tribunal de contas*. Coimbra: Almedina, 1998.

TAVARES, José F. F. *Do tribunal de contas: do visto, em especial*. Coimbra: Almedina, 1988.

TAVARES, José. F. F. *Separata de estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1.

TRIBUNAL DE CONTAS. *Estudos de direito comparado*. Lisboa: Tribunal de Contas, 1998.

_____. *Comemorações dos 150 anos de tribunal de contas*. Lisboa: Tribunal de Contas, 2000.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1985.

VARELA, J. Miguel. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1985.

VASCONCELLOS, Wilson Accioli de. O tribunal de contas e o problema da apreciação da constitucionalidade das leis e atos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 5, n. 18, abr./ jun. 1968.

VILAÇA, Marcos Vinícios. Os tribunais de contas na melhoria da administração pública. *Tribunal de Contas*. Brasília, v. 28, n. 74, out./dez. 1997.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of power*. 2nd. ed. London: Oxford University Press, 1967.

WILLIAM B. GWYN. *The meaning of the separation of powers*. 1965.