

O FADÁRIO DA AÇÃO PREVISTA NA LC 64/90

Reginaldo Fanchin*

No julgamento do RO 912/RR, em 2006, o TSE reduziu o alcance do enunciado da Súmula nº. 1, passando a exigir idoneidade processual à ação desconstitutiva, prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90, para suspender a inelegibilidade. A condição ganha corpo na exibição de pronunciamento judicial cautelar, suspensivo dos efeitos de decisão que rejeita a prestação de contas públicas. Depois de 14 anos de vigência, a Súmula nº. 1 é revista. Entre 1992 e 2006 prevaleceu o entendimento impeditivo de a Justiça Eleitoral examinar a viabilidade processual da referenciada ação. Agora, a egrégia Corte Superior fez profissão de fé na infalibilidade do juiz de primeiro grau da jurisdição cível. E, ao mesmo tempo, desatendeu lição de escol, assim enunciada: “Súmula – dizia o meu saudoso mestre Victor Nunes – não é norma a interpretar, mas interpretação de norma’. Quando se começa a discutir, abstratamente, a partir da redação da súmula, qual o seu alcance, chegou a hora de reconhecer que essa súmula merece ser cancelada, até que se chegue a uma outra redação que seja inequívoca e correspondente a decisões em casos concretos”. (Min. Sepúlveda Pertence, voto de desempate no Acórdão 12.079-ES – Jusrip. Trib. Sup. Eleit., 1995, v. 6, n. 4, p.220).

Para agravar o quadro, tornou-se majoritária no Tribunal de Justiça do Paraná a orientação, que limita o seu controle à regularidade formal dos atos praticados pelo Tribunal de Contas e pelas Câmaras Legislativas, incidentes sobre contas públicas. Ressalvam-se as demandas promovidas na via do mandado de segurança em cuja sede o Tribunal de Justiça tem anulado, inclusive, multas aplicadas a agentes políticos pelo mencionado órgão técnico (Acórdão 8241-OE). Não obstante, aquela postura reduz, embora de forma transversa, o exercício do direito de ação a que alude o focalizado dispositivo legal, já extremamente limitado no âmbito da Justiça Eleitoral.

A aventada restrição jurisprudencial, desconsidera a evidência segundo a qual, em regra, o ato administrativo constitui o instrumento primordial da função típica do Poder Executivo. Só excepcionalmente os demais Poderes e Órgãos autônomos o produzem, v.g., quando seus dirigentes dispõem sobre os respectivos servidores.

Portanto, no exercício das atribuições institucionais, o Tribunal de Contas – ente auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização externa das contas públicas - não pratica ato administrativo.

Todavia, a mencionada jurisprudência parece encerrar raciocínio, articulado por exclusão simétrica, ou seja, se o ato não for legiferante nem jurisdicional será necessariamente administrativo.

Além da falsidade da premissa oculta, as decisões do Tribunal de Contas não retratam juízo de conveniência e oportunidade. A conveniência faculta ao administrador, e só a ele, a estimativa da vantagem ou desvantagem da medida a ser tomada, na pauta da lei e do interesse público. A oportunidade, da mesma forma, diz com a circunstância de tempo, que cerca a ação administrativa, e o momento azado, que não deve ser precoce ou tardio. Tais critérios constituem a discricionariedade, atributo inerente a determinadas modalidades de ato administrativo. De suas excelências, é juiz - soberano e exclusivo - o eleitor.

Hoje em dia, nem os atos administrativos discricionários parecem refratários à ação do Judiciário. Lúcia Valle Figueiredo sufraga este ousado avanço. Diz ela: “Impende, pois, asseverar: mercê do nosso texto constitucional, todos os atos submetem-se, ou podem ser submetidos a controle jurisdicional, primado do Estado de Direito. Desse controle nem os atos políticos ou os chamados interna corporis podem escapar, pois devem estar rigorosamente confinados ao texto constitucional e a seus princípios fundamentais”. (“Mandado de Segurança”, Edit. Malheiros, 3ª ed., 2000, p. 117). A inovadora doutrina ressoou na

jurisprudência timidamente: “Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.” (REsp nº. 493.811/SP. Rel. Min. Eliana Calmon – Segunda Turma. Maioria. DJU 15/03/2004).

Assinale-se outrossim que, por meio da indispensável motivação, agora imperativa (art. 93, X, da CF/88), - um plus aos motivos determinantes - o mérito do ato administrativo, ainda quando contenha alguma discricção, pode abrir-se ao exame judicial. Para C.A. Bandeira de Mello esse controle deve estender-se à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato (Elementos de Direito Administrativo, Edit. RT, 1991, 2ª ed., p. 315).

Em verdade, o crivo do Tribunal de Contas incide predominantemente sobre a legalidade dos atos a ele submetidos por determinação constitucional. Nessa operação contrastante do ato administrativo com a lei, não lhe remanesce a mínima margem de opção, seja pela conveniência seja pela oportunidade. Logo, mesmo visto sob o conceito de ato administrativo genuíno, seus pronunciamentos estariam mais para os do tipo vinculado do que para a espécie dos discricionários. E, sabe-se, o ato vinculado não enseja escolhas. Ante o exposto, pode afirmar-se que, mesmo se considerando (erroneamente) administrativas as decisões do Tribunal de Contas, elas sujeitar-se-iam ao exame judicial, tanto nos seus aspectos extrínsecos quanto no seu conteúdo.

Sucede que a Constituição de 1988 enriqueceu não apenas o repertório de matérias postas sob os cuidados do Tribunal de Contas, mas também diversificou a natureza e o alcance de suas deliberações. Do rol de competências reservadas ao Tribunal de Contas, podem-se extrair variadas espécies de funções, conforme a matéria posta em relevo.

Quando o TC emite o parecer prévio acerca das contas prestadas por agentes políticos, para fins de julgamento pelo Legislativo (art. 71, I), a função é técnico-opinativa; quando julga as contas de servidores burocráticos responsáveis por dinheiros públicos (art. 71, II), a função é jurisdicional administrativa, e se lhe aplica sanções, a função é acumulativamente disciplinar (art. 71, VIII); quando realiza auditorias sobre exame de atos e fatos administrativos (art. 71, IV) a função é pericial; quando fiscaliza as contas nacionais das empresas supranacionais (art. 71, V), a aplicação dos recursos repassados pela União, mediante convênio (art. 71, VI) e quando da ciência ao Congresso Nacional sobre suas auditorias e inspeções (art. 71, VII), as funções são informativas; quando fixa prazo para as entidades corrigirem irregularidades (art. 71, IX) e susta a execução de ato (art. 71, X) as decisões são fiscalizadoras; e, por último, quando apura denúncia de irregularidades e ilegalidades (art. 74, parágrafo único), a decisão é investigativa.

A primeira observação, que esse painel sugere, consiste no significativo acréscimo de atribuições conferidas ao Tribunal de Contas, pela CF/88, comparadas com a simplicidade das enumeradas pela CF/69, art. 70. Nesta, o controle externo resumia-se ao parecer prévio sobre as contas do Chefe do Executivo, à auditoria financeira e orçamentária e ao julgamento das contas dos servidores burocráticos responsáveis por dinheiros públicos.

A segunda observação é determinada pela inclusão de outras matérias estranhas ao controle externo das finanças e do orçamento público, efetuado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. Neste passo, como em tantos outros, a CF/88 distribui a matéria sem sistema, como observou Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 15ª e última edição autêntica, p. 53). Daí a necessidade de tratar em separado as matérias alheias ao controle externo, que não se sujeitam ao julgamento do Poder Legislativo.

A terceira observação diz respeito à radical diferença entre a decisão que emite o parecer prévio sobre as contas anuais (art. 71, I) e a que julga das contas dos servidores burocráticos responsáveis por dinheiros públicos (art. 71, II), ambas integrantes do sistema de controle externo. Desde logo, deve ficar assentado que, na primeira, o Tribunal de Contas tão-somente exara um parecer, de cunho opinativo, no qual afere sobretudo a legalidade das despesas, em cuja peça descabem sanções de qualquer gênero. As imposições disciplinares são restritas aos jurisdicionados abrangidos pelo inciso VIII do art. 71 da CF/88.

Assim é que, não sendo administrativas em sentido estrito, e nem judiciais, as decisões do Tribunal de Contas, podem ser classificadas entre as duas, talvez como um terceiro gênero misto semelhante ao proposto pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “funções de colorido quase-jurisdicional” (MS 23550-1-DF, citado no MS 24268-MG in RTJ 191/932). Tais considerações são suficientes para delinear a finalidade destas notas.

Com efeito, vedar o acesso do Judiciário no conteúdo estritamente jurídico das decisões do Tribunal de Contas, mormente as alusivas ao controle externo do Poder Legislativo, importa transformá-lo em contencioso administrativo, sobranceiro ao Poder Judiciário. Nesta hipótese, suas resoluções fariam coisa julgada material. A dedução faz ‘tabula rasa’ do monopólio da jurisdição e do direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário, garantidos pelo art. 5º, XXXV, da CF/88.

É ilustrativo recordar que, no passado, a Emenda 7 à CF/69 autorizou a criação de contencioso administrativo, competente para julgar as causas derivadas da relação de trabalho dos servidores com a administração da União, questões fiscais, previdenciárias e de acidentes de trabalho. Apesar de prever recurso da parte vencida nessa instância, ao Tribunal Federal de Recursos, os catedráticos repeliram como juridicamente inadmissível a supressão de um grau de jurisdição. Graças à resistência dos juristas atuantes, aquele preceito constitucional jamais foi regulado por lei, e decaiu com a Carta de 1969.

Alvo de maior rejeição há de ser esta anomalia. Sem possibilidade de revisão, em instância superior, por óbvia inexistência desta, o Tribunal de Contas será elevado a status de tribunal de exceção, hipótese enfaticamente coibida pelo art. 5º, XXXVII, da CF/88.

De sorte que, se no vigente Estado Democrático de Direito, a simples ameaça ao direito subjetivo não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, por que – cabe a pergunta - haveria de sê-lo uma operação realizada pelo Tribunal de Contas, limitada a verificar a legalidade das despesas públicas pertinentes ao controle externo do Poder Legislativo? A jurisprudência ainda não revelou o motivo. Simplesmente evoca a impenetrabilidade do “mérito”.

Na hipótese de a ação voltar-se contra deliberação do Poder Legislativo sobre a prestação de contas anuais, o quadro se repete.

É sabido que o Poder Legislativo legisla, fiscaliza e julga. Das três, só a primeira é atividade intrínseca, por derivar da própria natureza ontológica da instituição, também classificada como função típica. Esta encontra limite no rito procedimental e no repertório de competências. As demais são funções atípicas, restringindo-se a fiscalizadora à aferição da legalidade, e a que julga, ao devido processo legal e à subsunção do fato à norma (legalidade). De sorte que somente a opção política do legislador, na feitura da lei, paira sobranceira ao controle judicial.

Em suma: enquanto o Tribunal de Justiça respeita o “mérito” da decisão contrária à aprovação das contas anuais prestadas pelos seus responsáveis, o Tribunal Superior Eleitoral prossegue exigindo que o interessado, para afastar a conseqüente inelegibilidade, exiba despacho concessivo de medida judicial suspensiva do respectivo ato. Tutela de difícil entrega, convenha-se, já que a ação visa desconstituir rejeição por alegada “irregularidade insanável” supostamente existente nas contas questionadas.

Salvo exagero deste analista, as interpretações pretorianas estão gradativamente desarmando precioso instrumento de defesa do direito político fundamental protegido pelo art. 1º, I, g, da LC 64/90.

* O autor é advogado em Curitiba.