

PODER DE FISCALIZAÇÃO PELO LEGISLATIVO - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 31 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*Eduardo Bottallo**

Sumário: 1 – Introdução. 2 – O Controle Jurisdicional sobre o Poder de Fiscalização pelas Câmaras Municipais. 3 – Poder de Fiscalização pelas Câmaras Municipais e Direito de Defesa. 4 – A Decisão da Câmara Municipal demanda Fundamentação. 5 – Conclusão.

1. Introdução

O artigo 31 da Constituição Federal atribui ao Poder Legislativo Municipal competência para exercer, mediante controle externo, a fiscalização do Município.

Neste contexto, fixa o preceito constitucional que o mencionado controle será feito com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios onde houver (§ 1º). Ademais, prevê que o parecer prévio sobre as contas prestadas, anualmente, pelo Prefeito, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (§ 2º).

O objetivo do presente artigo é analisar as condições e os requisitos que devem ser obedecidos para o adequado desempenho dessas relevantes funções.

2. O Controle Jurisdicional sobre o Poder de Fiscalização pelas Câmaras Municipais

Diga-se, desde logo, que a competência que o artigo 31 da Lei Maior outorga às Câmaras Municipais, não tem, em absoluto, natureza “*jurisdicional*”, de sorte a excluir a intervenção e o controle dos órgãos do Poder Judiciário.

Com efeito, está inserido, entre as garantias individuais, o princípio do amplo e permanente direito de acesso ao Poder Judiciário, em caso de ameaça ou lesão a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Assim, tendo em conta que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados como um todo harmônico, e não como normas estanques e independentes entre

* Professor Titular de Direito Constitucional e Coordenador do Pós-Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

si, conclui-se, necessariamente, que o dispositivo em apreciação não pode ser entendido com restrição ou “limitação” ao postulado que consagra a universalidade do controle jurisdicional.

Aliás, para que não permaneça qualquer dúvida com relação a competência do Poder Judiciário para rever o ato do Poder Legislativo Municipal, que aprecia o parecer do Tribunal de Contas sobre a prestação de contas a cargo dos Prefeitos, lembre-se que o art. 60 da Carta Maior vedou a possibilidade de ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional que vise abolir direitos e garantias individuais.

Ora, se o constituinte originário considerou basilar e intangível o direito de livre acesso ao Judiciário, a ponto de não permitir qualquer iniciativa no sentido de suprimi-lo, não é dado sustentar que, em contexto próximo, tivesse ele limitado ou obstruído tal garantia.

3. Poder de Fiscalização pelas Câmaras Municipais e Direito de Defesa

Superada, pois, a questão atinente à possibilidade de o Poder Judiciário decidir quanto à adequação constitucional das decisões do Legislativo Municipal sobre as contas da Administração, cabe examinar se, neste processo, deve ser assegurado ao Prefeito o direito de exercer sua defesa.

Não hesitamos em sustentar a necessidade de tal garantia ser respeitada sob pena de caracterizar-se manifesta lesão à ordem jurídica vigente.

Com efeito, o princípio do contraditório e da ampla defesa, inscrito no art. 5º, LV, da Constituição, aplica-se, sem dúvida nenhuma, ao processo de apreciação das contas prestadas pelos Prefeitos Municipais.

Nos termos deste dispositivo, “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*”

Portanto, se o procedimento que se desenvolve perante o Legislativo Municipal pode conduzir à rejeição das aludidas contas, então, como corolário, há de ser assegurado ao Chefe do Executivo o direito de defender-se, posto estarem em jogo valores e interesses que dizem respeito diretamente à sua esfera de direitos.

Recorde-se, a propósito, que a não aprovação de suas contas pode acarretar sérias conseqüências para o Prefeito, inclusive a sanção consistente na inelegibilidade para cargos públicos, nos termos do que dispõe o art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar nº 64, de 18.05.90.

Assim, inafastável fazer-se presente a garantia do contraditório conforme bem apontado pela doutrina; “*verbis*”:

“...somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando (e onde) possa o administrado participar da feitura do querer administrativo, ou de sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração com a mesma sorte de garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional (particularmente, as certezas do contraditório, da ampla defesa e da publicidade).

Por sem dúvida, a participação democrática no processo administrativo representa a verdadeira contraface do autoritarismo. É dizer, o tema radica-se, fundamentalmente, na dramática e emocionante tensão dialética autoridade x liberdade. Em suma, o caminho da democratização se perfaz somente com o regramento isonômico do processo administrativo mas dele não se prescinde”. (Sérgio Ferraz, **“Processo Administrativo e Constituição de 1988”** in *Revista Trimestral de Direito Público*, 1/1993 – pág. 86).

Aliás, antes e acima de ser objeto de norma constitucional expressa, a ampla defesa é princípio geral e universal do Direito, inerente à própria história da civilização humana:

“Even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence” (sentença britânica do Século XVII, citada por Bernard Schwartz em “Administrative Law”, Toronto, Little, Brown & Company, 1976, pg. 191 – respeitou-se a redação tal como constante do original)

E nem poderia ser de outra forma. Até mesmo quando se trata de mero inquérito policial, onde haveria algum sentido sustentar-se a inexistência do contraditório, este direito deve ser assegurado:

“A Constituição, ao utilizar expressões distintas (litigantes e acusados), estende os princípios do contraditório e da ampla defesa – com os meios e recursos a ele inerentes – ao processo penal e ao processo que denominarei, por brevidade, não penal, posto que civil (contencioso ou não) e administrativo.

Em uma ou outra das duas esferas o processo exige o contraditório, com as conseqüências dele advindas. A exegese se afina com o inc. LXIII, ao fim, quando garante ao acusado assistência por advogado.

Dir-se-ia, para suscitar eventual oposição, que no inquérito não há acusado, o que excluiria a peça policial do conjunto das implicações do novo texto. Porém o inquérito não é um terceiro gênero, estranho aos demais conceitos jurídicos .

Assim, também se vê incluído no rol das garantias individuais do contraditório”. (Walter Ceneviva, “Direito Constitucional Brasileiro”, Saraiva, São Paulo, 1989, pág. 64).

Verifica-se, pois, que caso o direito à ampla defesa seja desprezado pelo órgão julgador (a Câmara Municipal), a decisão que vier a ser proferida sobre a prestação de contas do Executivo será nula de pleno direito.

Assim já teve oportunidade de manifestar-se o CEPAM (Fundação Faria Lima), prestigioso órgão de orientação aos Municípios. Confira-se:

CÂMARA MUNICIPAL – REJEIÇÃO DE CONTAS – “A decisão da Câmara Municipal que rejeitou as contas do Poder Executivo, sem assegurar o contraditório e a ampla defesa ao ex-prefeito acusado, é passível de ser declarada nula pelo Poder Judiciário. Afronta ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.” (Parecer n.º 15.769).

O assunto não é estranho ao Judiciário onde se travou profícuo debate a respeito, cabendo, a propósito, destacar alguns precedentes assentados pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que adotaram entendimento coincidente com o nosso.

Assim é o julgamento proferido pela Colenda Quarta Câmara Civil daquela Corte na apreciação da Apelação Cível n.º 212.477-1/0 da Comarca de Tupã (j. em 23.06.94), do qual cabe destacar este significativo trecho:

“Ora, ainda mesmo em se admitindo que o julgamento das contas do Prefeito é um processo complexo, que se inicia perante o Tribunal de Contas e se encerra com o pronunciamento da Câmara dos Vereadores sobre o parecer emitido por aquele órgão, inaceitável, por afrontar o princípio constitucional da amplitude de defesa, que se negue ao Prefeito cujas contas estejam sendo julgadas pela Câmara, o direito de se defender perante a edilidade, ou de produzir outras provas, não oferecida na fase preliminar de exame e verificação administrativa.

Aceitar-se, após a vigência da Constituição de 1988, um julgamento final e definitivo, sem assegurar-se o direito de defesa, é afrontar a Lei Maior e, muito pior, admitir-se um julgamento meramente inquisitorial, medievalesco, em forma de tribunal enclausurado, prepotente e autoritário, que refoge aos princípios

Posteriormente, em 19 de outubro de 1999, a Colenda Primeira Câmara de Direito Público do mesmo Egrégio Tribunal reafirmou este ponto de vista em magnífica e bem fundamentada decisão, cuja ementa está assim inscrita:

“Prefeito Municipal – Prestação de Contas - Exercício de defesa negado no processo em curso na Câmara Municipal – Cerceamento de defesa – Trata-se de órgão julgador – Violação ao princípio constitucional da ampla defesa – Recurso improvido.”

(Apelação Cível n.º 38.225-5/8 de Santo André, Rel. Des. José Raul Gavião de Almeida).

Este v. acórdão trouxe à lume as diversas posições que se defrontaram no seio da Corte a respeito do tema, vindo, a final, a prevalecer a orientação do voto condutor, do qual permitimo-nos extrair as passagens que se seguem:

“II – As partes estão assentes quanto a não ser concedida oportunidade de defesa à pessoa do demandante quando do julgamento das contas pelo Legislativo de Santo André, bem como quanto a ter sido exercido o direito de defesa durante a apreciação das contas no Tribunal de Contas do Estado. Assim, põe-se a primeiro desate a questão de garantia do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal exigir nova oportunidade de defesa quando do julgamento das contas pela Câmara de Vereadores, ou restar satisfeita com a só participação do Prefeito junto ao Tribunal de Contas.

No sentido da suficiência da defesa efetivada junto ao Tribunal de Contas já se pronunciou este Tribunal:

“Cerceamento de defesa – Inocorrência – Rejeição de contas do Executivo por Câmara Municipal – Processo legislativo – Não incidência, nesses casos, dos princípios da ampla defesa e do contraditório – Defesa, ademais, que deve ser desenvolvida perante o Tribunal de Contas – Recurso não provido”. (Apelação Cível nº 215.133-1 – Relator: Marcus Andrade).

“Prefeito Municipal – Prestação de contas – Rejeição pela Câmara Municipal – Processo legislativo – Não incidência, na hipótese, dos princípios da ampla defesa e do contraditório – Defesa, ademais, que deve ser desenvolvida perante o Tribunal de Contas – Cerceamento de defesa inócurrenente – Ação improcedente – Recurso não provido”. (JTJ 162/106).

“Prefeito Municipal – Prestação de contas – Rejeição pela Câmara Municipal – Processo legislativo – Inaplicabilidade do princípio da ampla defesa – Exercício perante o Tribunal de Contas – Ação improcedente – Recurso não provido”. (Apelação Cível nº 254.806-1 – Relator: Antônio Villen).

Em posição contrária, exigindo oportunidade de defesa junto ao legislativo judicante, também há precedente desta Corte:

“Mandado de Segurança – Objetivo – Anulação do Julgamento do Tribunal de Contas do Estado referente as contas da Câmara Municipal – Rejeição de vista ao processo – Processo Administrativo onde as garantias de ampla defesa e do contraditório tem que ser observadas – Ordem concedida”. (Mandado de Segurança nº 15781-0, Relator: Odyr Porto).

Impõe-se reconhecer o acerto desta última orientação.

.....

Depreende-se de tais dispositivos (o art. 31 da Constituição Federal e o art. 105 da Constituição do Estado de São Paulo) que o julgamento das contas dá-se pela Câmara Municipal, em primeira e última instância, no que é apenas assessorada pelo Tribunal de Contas, que tecnicamente fez o exame da receita e despesa do exercício.

Nesta linha preleciona Pinto Ferreira:

“O controle externo da fiscalização e orçamentária dos Municípios será feita pela Câmara Municipal e, além disso, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ou ainda dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

O auxílio é obrigatório e não somente facultativo. Trata-se de medida evidentemente saneadora:

“O Prefeito deve prestar contas anualmente, mas a Câmara Municipal fica parcialmente adstrita ao parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas. Tal parecer prévio só deixará de prevalecer no caso da Câmara rejeitá-lo por dois terços de seus membros”. (Comentários à Constituição Brasileira, vol. 2º, p. 281/282, Saraiva, São Paulo, 1990).

Outra não é a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Muitas das tarefas que reclama o controle externo são eminentemente técnicas. Por isso, é mister que o Legislativo seja auxiliado nessa tarefa por órgão técnico de competência indiscutível. É exatamente isto que prevê a norma em exame. Tal órgão será, conforme preferir a Constituição Estadual, ou o próprio Tribunal de Contas do Estado, ou outro que for criado para desempenhar essa tarefa específica”. (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1º, p. 222, editora Saraiva, 1990).

Assim, o Tribunal de Contas, que surgiu com o Decreto 966-A de 07 de novembro de 1890 e foi erigido a nível constitucional na República (artigo 89 da Constituição de 1891), “auxilia o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária”. (José Celso de Mello Filho, em Constituição Federal Anotada, p. 185, editora Saraiva, São Paulo, 1984).

E se a fiscalização financeira é do Legislativo, perante ele deve ser deduzida a defesa, de forma a convencer os julgadores, não ao órgão técnico que emite parecer. A ampla defesa está a exigir a possibilidade de influir na formação do convencimento do julgador, o que se dá, marcantemente, com o exercício do direito de ser ouvido.

Nessa linha aponta a doutrina de Ada Pellegrini Grinover no relacionar o direito de defesa ao agir, “para a tutela de seus direitos e interesses, utilizando toda gama de poderes e faculdades pelos quais se pode dialeticamente preparar o espírito do juiz”. (Novas Tendências do Direito Processual, p. 5, editora Forense Universitária, 1990).

E não assume relevante influência, na formação do convencimento dos membros da Câmara Municipal (órgão julgador), a defesa exaurida junto ao Tribunal de Contas (órgão de auxílio técnico).

Maior destaque assume a insuficiência da defesa só possibilitada perante o órgão técnico auxiliar, ao destacar-se que o julgamento legislativo é político, consoante doutrina de José Afonso da Silva:

“O controle é feito por um órgão de natureza política... Daí deflui que se contamine de inegável teor político, que é amenizado pela participação do Tribunal de Contas, órgão eminentemente técnico. O controle externo é, pois, basicamente controle de caráter político, no Brasil...” (Curso de Direito Constitucional Positivo, editora RT, São Paulo, 1984).

Disso decorre que as próprias razões a serem apresentadas ao Tribunal de Contas e à Câmara Municipal são distintas.

Só o atuar perante o órgão julgador (a Câmara Municipal) asseguraria, portanto, a efetiva participação do “acusado” no julgamento, proporcionando respeito à exigência constitucional da garantia de ampla defesa.” (esclarecemos no primeiro parêntese).*

Conquanto longa, a transcrição mostra-se pertinente, uma vez que afasta as possíveis dúvidas que poderiam surgir quanto ao alcance que, no caso, deve ser atribuído ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como se vê, doutrina e jurisprudência se harmonizam no sentido de prestigiar o entendimento segundo o qual a não garantia do exercício direito de defesa – pessoalmente ou através de profissional habilitado –, com os “*meios e recursos*” a ele inerente, constitui causa de irreparável nulidade do processo de apreciação das contas do Prefeito por parte da Câmara Municipal.

4. A Decisão da Câmara Municipal Demanda Fundamentação

Outro ponto de grande relevância a ser considerado diz respeito à necessidade de fundamentação da decisão da Câmara Municipal que examina e julga as contas das prestadas pelo Prefeito: o descumprimento desse requisito é, também, causa de nulidade.

Para que tal assertiva reste demonstrada, faz-se necessário superar o equivocado entendimento de que o julgamento das contas do Prefeito corresponderia à prática de ato inserido no denominado “*processo legislativo*”, o que liberaria seus autores de atender ao superior predicado da motivação.

Na verdade, não se pode confundir o “*processo legislativo*”, cuja culminância é a produção da lei (norma geral e abstrata), com o “*processo*” de julgamento das contas da Administração, que não tem estas características, pois submete-se ao conceito tradicional que a expressão comporta, albergando, necessariamente, além do contraditório, o dever de fundamentação a ser atendido pelos julgadores, como dimensão, que é, do já examinado princípio da ampla defesa.

O ato de apreciação do parecer do Tribunal de Contas não se mostra, assim, fruto ou conseqüência do “*processo legislativo*” e sim de um “*julgamento*”, nos termos do art. 31, § 2º, da Constituição Federal.

* Este julgamento foi proferido em ação que patrocinamos na condição de advogado do saudoso Prefeito de Santo André, Celso Daniel.

Este “*juízo*”, a seu turno, guarda perfeita simetria com os que são próprios do Poder Judiciário. Daí terem plena aplicação as disposições do art. 93, IX e X, da Lei Maior, que fulminam de nulidade decisões nas quais se mostrem ausentes os necessários atributos da fundamentação e da motivação.

O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com perfeita didática, elucida este ponto, ao discorrer sobre a competência equivalente que cabe ao Congresso Nacional:

“De fato, os itens do art. 49 atribuem ao Congresso o “resolver”, o “autorizar” ou “permitir” ou “aprovar” ou “sustar”, o “mudar”, o “fixar”, o “julgar”, o “deliberar”, e só a menção desses verbos já mostra que está em face de questões sobre as quais o constituinte quis deixar a decisão última ao Congresso, especialmente como forma de fiscalização do Poder Executivo.

Somente os itens VII e VIII sobre a fixação da remuneração, respectivamente, de Deputados e Senadores e do Presidente e Vice-Presidente da República é que dão azo à edição de normas gerais. As outras hipóteses, apenas à de normas individuais. Ora, a elaboração de normas individuais não é matéria considerada como pertencente ao “processo legislativo” nem ao “processo normativo” em sentido estrito.”

(“Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, São Paulo, 17ª edição, 1989, pág. 186 – grifamos).

Assim, o “*juízo*” as contas do Prefeito configura ato de elaboração de norma individual, estranho ao processo legislativo, mas submetido, por inteiro, aos preceitos constitucionais que garantem o contraditório, a ampla defesa e o agora destacado dever de fundamentação e motivação.

5. Conclusão

Resumindo as idéias aqui expostas, sentimo-nos autorizados a concluir que é nula a decisão da Câmara Municipal que aprecia as contas prestadas pelo Executivo, caso o faça com preterição do direito de defesa, ou com ausência de fundamentação.

Neste particular não é demais lembrar que o fato de competir à Câmara Municipal o julgamento das contas do Poder Executivo não lhe dá o direito de fazê-lo arbitrariamente, ou seja, sem a necessária consideração das bases jurídicas que alicerçam tão relevante atribuição.

Isto é assim por dois motivos: o primeiro, resulta da própria essência desse controle, que não pode converter-se em simples instrumento de pressão do Legislativo sobre o Executivo (os Poderes são harmônicos e independentes); o segundo, decorre do fato de que tais decisões podem causar agravos a direitos individuais do Prefeito, o que exige sejam elas sempre movidas por ponderada e isenta apreciação dos fatos e do Direito, e não por meras paixões políticas.