

GIUSEPPE GIAMUNDO NETO

**O devido processo legal no exercício das atribuições constitucionais do
Tribunal de Contas: *exame das garantias concretizadoras e contribuições
da nova LINDB e do CPC/2015 para o seu aperfeiçoamento***

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Doutor Enrique Ricardo Lewandowski

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

GIUSEPPE GIAMUNDO NETO

O devido processo legal no exercício das atribuições constitucionais do Tribunal de Contas: *exame das garantias concretizadoras e contribuições da nova LINDB e do CPC/2015 para o seu aperfeiçoamento*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Doutor Enrique Ricardo Lewandowski.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Nome: GIAMUNDO NETO, Giuseppe.

Título: O devido processo legal no exercício das atribuições constitucionais do Tribunal de Contas: *exame das garantias concretizadoras e contribuições da nova LINDB e do CPC/2015 para o seu aperfeiçoamento*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Doutor Enrique Ricardo Lewandowski.

Aprovado em:

Banca examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição _____
Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____
Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____
Julgamento _____ Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

No livro *A imortalidade*, de Milan Kundera, há uma marcante passagem em que o autor distingue o *caminho* da *estrada*. O primeiro seria uma homenagem ao espaço, em que cada trecho é em si próprio dotado de um sentido e convida-nos a uma pausa. A estrada, por sua vez, não tem qualquer sentido. Assim, quando os caminhos desaparecem da alma humana, a vida do homem se reduz a uma estrada, como uma linha conduzindo de uma etapa à seguinte, do posto de capitão ao posto de general, do estatuto de esposa ao estatuto de viúva.

Essa ideia talvez seja uma boa síntese do que procurei extrair do curso de mestrado. Neste momento final, de reflexão, em que escrevo as gratulações àqueles que fizeram parte de minha jornada, vêm à tona as principais passagens percorridas nos últimos três anos e a certeza de que desfrutei a caminhada. Além das amizades que o convívio acadêmico proporcionou, o período foi de intenso aprendizado e de adorável amadurecimento. Para coroar, tive, no campo pessoal, a maior emoção de toda uma vida: o nascimento do meu filho, *Francesco*. Tenho muito a agradecer, portanto (e por tanto).

O meu principal registro de agradecimento é dirigido ao Prof. *Ricardo Lewandowski*, jurista de conhecimento único, por quem conservo imensa admiração e gratidão, que se expressa sob a forma de um simples e profundo *obrigado*: obrigado por ter me acolhido e por orientar-me nesta pesquisa. Devo destacar que foi a partir das lições extraídas em suas aulas, na disciplina *As garantias do cidadão em juízo*, que tive o impulso e a inspiração de escrever sobre o devido processo legal no Tribunal de Contas.

Agradeço, ainda, profundamente:

À *Fernanda*, minha esposa, por todo o seu amor, carinho, parceria, apoio e, especialmente, por ter sido tão compreensiva com as minhas ausências.

Ao meu filho, *Francesco*, por ser minha fonte inesgotável de alegria.

Aos meus pais, *Antonio e Fátima*, e à minha irmã, *Gabriella*, pelo amor que nos une e por sempre terem acreditado em mim. Ao meu irmão, *Camillo*, companheiro de todas as horas e melhor amigo.

A todos aqueles que me apoiaram e deram seu contributo para este trabalho, por diversas razões e em vários momentos.

À Fernanda

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO I: O CONTROLE EXTERNO E O TRIBUNAL DE CONTAS	21
1.1. O Controle do Estado como Exigência Democrática: Considerações Preliminares.....	21
1.2. O Sistema de Controle Financeiro e o Tribunal de Contas.....	23
1.3. O Enquadramento do Tribunal de Contas na Estrutura Organizacional do Estado Brasileiro	25
1.4. Modelos de controle por Tribunais de Contas no direito comparado.....	30
1.4.1. O modelo belga.....	30
1.4.2. O modelo italiano	32
1.4.3. O modelo francês.....	33
CAPÍTULO II: UMA EXTENSÃO PROGRESSIVA DE COMPETÊNCIAS.....	35
2.1. Gênese e Evolução Histórica do Tribunal de Contas no Brasil	35
2.1.1. Os antecedentes do Tribunal de Contas: Período imperial.....	35
2.1.2. A criação do Tribunal de Contas: Decreto nº 966-A, de 1890 e a Constituição de 1891	37
2.1.3. O Tribunal de Contas na Constituição de 1934.....	42
2.1.4. O Tribunal de Contas na Constituição de 1937.....	44
2.1.5. O Tribunal de Contas na Constituição de 1946.....	46
2.1.6. O Tribunal de Contas na Constituição de 1967.....	48
2.2. O Tribunal de Contas na Constituição de 1988.....	49
CAPÍTULO III: O PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS.....	54
3.1. Antecedente necessário: a natureza jurídica administrativa das funções do Tribunal de Contas	54
3.2. O processo administrativo como ferramenta de controle do controlador	59
3.3. O processo do Tribunal de Contas da União na perspectiva normativa	61
3.3.1. Processo de julgamento de contas	62
3.3.1.1. <i>Tomada de Contas</i>	63
3.3.1.2. <i>Tomada de Contas Especial</i>	65
3.3.1.3. <i>O julgamento dos processos de tomada de contas</i>	66

3.3.1.3.1. Julgamento pela regularidade.....	67
3.3.1.3.2. Julgamento pela regularidade com ressalva	67
3.3.1.3.3. Julgamento pela irregularidade.....	67
3.3.1.4. <i>Cumprimento da decisão que imputar débito</i>	69
3.3.2. Processo de apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo	70
3.3.3. Processo de apreciação de atos sujeitos a registro.....	73
3.3.4. Processos de fiscalização.....	77
3.3.4.1. <i>Processo de auditoria</i>	78
3.3.4.2. <i>Inspeção</i>	80
3.3.4.3. <i>Monitoramento</i>	81
3.3.4.4. <i>Acompanhamento</i>	82
3.3.4.5. <i>Processo de denúncia</i>	83
3.3.4.6. <i>Processo de representação</i>	85
CAPÍTULO IV: O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS	
CONTRIBUIÇÕES DA LINDB E DO CPC/2015 PARA O SEU	
APERFEIÇOAMENTO NO TRIBUNAL DE CONTAS	87
4.1. O surgimento e a evolução do devido processo legal na Inglaterra e nos Estados	
Unidos da América do Norte.....	87
4.2. O <i>due process of law</i> no direito internacional	91
4.3. O devido processo legal no Direito brasileiro	93
4.4. O devido processo legal no processo administrativo.....	98
4.5. Elementos do devido processo legal aplicáveis ao processo administrativo do	
Tribunal de Contas	101
4.6. A regra da conectividade expressa do CPC/15 com o processo administrativo e	
sua relevância para o devido processo legal no Tribunal de Contas.....	103
4.6.1. Aplicação subsidiária e supletiva	103
4.6.2. As novas incidências de normas do processo civil no processo administrativo	
do Tribunal de Contas	105
4.7. A LINDB e a sua aplicação nas decisões da esfera controladora	109
CAPÍTULO V: EXAME INDIVIDUALIZADO DAS GARANTIAS	
CONCRETIZADORAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO TRIBUNAL DE	
CONTAS	112
5.1. Garantia de isonomia processual.....	112
5.1.1. A imparcialidade e independência dos auditores e dos julgadores	115

5.1.2. A possibilidade de dinamização do ônus probatório como garantia da isonomia..	117
5.2. Garantia de publicidade dos atos processuais.....	122
5.2.1. Quem não é parte pode acessar processo em trâmite no Tribunal de Contas? .	123
5.2.2. Expedição de certidão e de informações	128
5.2.3. Vista dos autos por advogado não constituído no processo	130
5.3. Garantia do juiz natural.....	132
5.3.1. A distribuição de processos aos Ministros do Tribunal de Contas.....	136
5.3.2. As competências materiais do Tribunal de Contas.....	137
5.3.2.1. <i>Limites de competência: A sustação de ato administrativo pelo Tribunal de Contas (CF, art. 71, IX e X).....</i>	<i>138</i>
5.3.2.2. <i>Limites de competência: A sustação de contrato administrativo (CF, art. 71, §§ 1º e 2º).....</i>	<i>140</i>
5.3.2.3. <i>Limites de competência: A adoção de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas</i>	<i>144</i>
5.3.2.3.1. A inviabilidade de determinação cautelar de retenção de pagamentos em contratos administrativos	145
5.4. Garantia do contraditório	149
5.4.1. Direito de comunicação dos atos processuais	150
5.4.2. Direito de reação ou de manifestação.....	151
5.4.3. Direito de participação no desenvolvimento do processo e de influência no conteúdo das decisões.....	153
5.4.4. Direito de a parte ter seus argumentos considerados pelo julgador	155
5.4.5. A vedação à prolação de decisões surpresa.....	156
5.4.6. A figura do amicus curiae.....	159
5.4.7. Há efetivo contraditório no Tribunal de Contas?	162
5.5. Garantia da ampla defesa.....	164
5.5.1. Os meios de prova no processo administrativo do Tribunal de Contas	166
5.5.1.1. <i>A posição adotada pelo STF no MS 26.358-DF quanto à prova no TCU.</i>	<i>167</i>
5.5.1.2. <i>A prova pericial</i>	<i>170</i>
5.5.1.3. <i>A prova oral: oitiva de testemunhas e interrogatório da parte.....</i>	<i>175</i>
5.6. Garantia de inadmissão da prova ilícita	176
5.6.1. Prova ilícita e prova ilegítima.....	179

5.6.2. Provas ilícitas por derivação: os frutos da árvore envenenada.....	180
5.7. Garantia do duplo grau de jurisdição administrativa	183
5.7.1. A vedação à <i>reformatio in pejus</i>	188
5.8. Garantia de celeridade processual.....	189
5.8.1. A prescritibilidade da pretensão punitiva do Tribunal de Contas	194
5.9. Garantia de motivação das decisões do Tribunal de Contas.....	197
5.9.1. O dever de consequencialismo decisório	202
5.9.1.1. <i>Decisão calcada em valores jurídicos abstratos (LINDB, art. 20)</i>	202
5.9.1.2. <i>Decisão de invalidação de ação administrativa (LINDB, art. 21)</i>	206
5.9.1.2.1. A regularização da ação administrativa	208
5.9.2. Avaliação das circunstâncias práticas que envolvem a ação do agente (LINDB, art. 22, <i>caput</i> e inciso I)	209
5.9.3. A dosimetria do sancionamento (LINDB, art. 22, incisos II e III).....	213
5.9.3.1. <i>A vedação ao bis in idem sancionatório</i>	215
5.9.4. O dever de a decisão administrativa estabelecer regime de transição quando inovar orientação ou interpretação legal (LINDB, art. 23)	218
5.9.5. Compensação por benefícios indevidos ou prejuízos injustos resultantes do processo (art. 27)	221
5.9.5.1. <i>A celebração de compromisso processual para regulação da compensação (artigo 27 § 2º)</i>	226
CONCLUSÃO.....	229
BIBLIOGRAFIA	241

“– Que diabo se faz no Tribunal de Contas – perguntou Carlos. Joga-se?

Cavaqueia-se?

– Faz-se um bocado de tudo, para matar tempo... Até contas!”

Eça de Queiroz, Os Maias

RESUMO

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. O devido processo legal no exercício das atribuições constitucionais do Tribunal de Contas: exame das garantias concretizadoras e contribuições da nova LINDB e do CPC/2015 para o seu aperfeiçoamento, 2019. 254 folhas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

O Tribunal de Contas da União, desde a sua criação no início da República, com maior ênfase a partir da Constituição de 1988, passou por significativas alterações. As suas competências foram ampliadas, novos parâmetros de controle foram conferidos ao órgão e o espectro de sujeitos passíveis de responsabilização foi alargado. As atribuições constitucionais do Tribunal de Contas são exercidas por meio de processos administrativos de fiscalização. Nesse contexto, assume relevância o estudo desses processos sob a lente do princípio do devido processo legal. Dentre as garantias constitucionais que estruturam o devido processo legal no Tribunal de Contas, destacam-se as seguintes: isonomia processual, publicidade dos atos processuais; juiz natural; contraditório; ampla defesa; inadmissão da prova ilícita; duplo grau de jurisdição administrativa; celeridade processual; e motivação das decisões. Cada uma dessas garantias é examinada frente à disciplina da Lei Orgânica (Lei Federal nº 8.443/1992) e normativos internos do órgão, bem assim de decisões paradigmáticas que dão contorno à matéria. O trabalho, ao identificar situações em que o devido processo legal é inobservado pelo órgão, vale-se do ferramental atualmente existente no ordenamento jurídico, em especial do CPC/2015, que expressamente estabeleceu a sua aplicação *subsidiária* e *supletiva* aos processos administrativos (artigo 15), e dos novos dispositivos da LINDB, acrescidos pela Lei Federal nº 13.655/2018, para verificar que institutos e disciplinas podem e devem ser incorporados nos processos do Tribunal de Contas para efeito de seu aperfeiçoamento.

Palavras-chave: Tribunal de Contas, competências constitucionais, processo administrativo, devido processo legal, CPC/2015, LINDB

ABSTRACT

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. Due process of law in the exercise of the constitutional attributions of the Brazilian Federal Court of Accounts: examination of the concrete guarantees and contributions of new LINDB and CPC/2015 for its improvement, 2019. 254 pages. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

The Brazilian Federal Court of Accounts, since its creation at the beginning of the Republic, with greater emphasis since the 1988 Constitution, has undergone significant changes. Its competencies have been expanded, new control parameters have been conferred to the agency, and the spectrum of responsible subjects has been extended. The constitutional attributions of the Court of Accounts are exercised through administrative procedures. In this context, it is relevant to study these procedures from the perspective of the principle of due process of law. Among the constitutional guarantees that structure due process of law in the Court of Accounts, the following ones stand out: isonomy; publicity of procedural acts; natural judge; adversarial system; full defense; inadmissibility of illegal evidence; double degree of administrative jurisdiction; speed of the procedure; and motivation of decisions. Each of these guarantees is examined in conjunction with the discipline of the Law 8.443/1992 (Organic Law of Federal Court of Accounts) and internal rules of the body, as well as paradigmatic decisions that give rise to matter. The work, by identifying situations in which due process of law is not observed, uses the tools existing in the legal system, especially CPC/2015, which expressly established its subsidiary and supplementary application to administrative procedures (article 15) and the new provisions of LINDB, supplemented by Law 13.655/2018, to verify which institutes and disciplines can and must be incorporated in the Court of Accounts' procedures for the purpose of their improvement.

Keywords: Court of Accounts, constitutional competences, administrative procedures, due process of law, CPC/2015, LINDB

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg – Agravo Regimental
AGU – Advocacia Geral da União
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CADIN – Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015
CPP – Código de Processo Penal
DF – Distrito Federal
DJ – Diário de Justiça
DJe – Diário de Justiça eletrônico
DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura Rodoviária
DOU – Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional
HC – Habeas Corpus
IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais
IN – Instrução Normativa
INTOSAI – Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores
ISSAI – Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores
J. em – Julgado em
LAI – Lei de Acesso à Informação
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
LOTUCU – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União
MS – Mandado de Segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas
PL – Projeto de Lei
REsp – Recurso Especial
RE – Recurso Extraordinário
RITCU – Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
SEGECEX – Secretaria-Geral de Controle Externo
SEMEC – Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STM – Superior Tribunal Militar
TC – Tomada de Contas
TCU – Tribunal de Contas da União
TJ – Tribunal de Justiça
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

INTRODUÇÃO

O debate envolvendo o controle da Administração Pública no Brasil nunca esteve tão em evidência como nas últimas décadas. Motivos não faltam. Seja em decorrência da expansão da estrutura e atividades do Estado – há, hoje, uma verdadeira constelação de entes estatais, políticos e administrativos, e de entidades da sociedade civil, como sindicatos, ordens profissionais, *etc.*, que compõem uma rede de poderes, figurando o Estado como uma espécie de centralizador político¹ –, seja em função de rumorosos e midiáticos casos envolvendo malversação de recursos públicos, fato é que os órgãos responsáveis pela fiscalização financeira e patrimonial estatal ganharam notoriedade e visibilidade nunca antes vista.

É nesse cenário que se destaca o *Tribunal de Contas*² no Brasil. Desde a sua criação no primeiro ano da República, por iniciativa do então Ministro da Fazenda Ruy Barbosa, até os dias atuais, com especial ênfase a partir da Constituição Federal de 1988, o órgão responsável pela fiscalização financeira do Estado passou por um processo progressivo e constante de alargamento de competências, com notável ampliação do alcance de seu controle e do rol de sujeitos controlados. Com efeito, as múltiplas atribuições conferidas ao órgão pelo texto constitucional colocaram-no em posição de imensurável importância para o Estado e para a democracia brasileira.

E para fins deste trabalho, importa a seguinte constatação: a miríade de competências de que dispõe a Corte de Contas é exercida pelo órgão através de *processos administrativos de fiscalização*. É o processo administrativo, portanto, o *instrumento* por meio do qual o poder do Tribunal de Contas se manifesta.

Tais processos, por sua vez, são regulados pela Lei Orgânica do órgão (Lei 8.443/1992), e normativos internos. Estes últimos são editados por força do poder regulamentar detido pela Corte. Indaga-se, então, o seguinte: estaria essa disciplina processual em conformidade com o princípio do devido processo legal? Quais são e como

¹ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23.

² Para fins de recorte epistemológico, o trabalho limita o seu campo de análise ao processo no *Tribunal de Contas da União*. Sendo assim, no decorrer da dissertação serão utilizados, indistintamente, os termos *Tribunal de Contas*, *Corte de Contas* e *TCU* para se referir ao *Tribunal de Contas da União*. De outro lado, quando a expressão estiver no plural (*Tribunais de Contas* ou *Cortes de Contas*) quer-se referir aos Tribunais de Contas dos três níveis da federação (*Tribunal de Contas da União*, *Tribunais de Contas dos Estados* e *Tribunais de Contas Municipais*, para os municípios que o possuem).

se operam as garantias constitucionais concretizadoras do devido processo no Tribunal de Contas? São estas algumas das questões que norteiam o trabalho desenvolvido.

Note-se a importância das perguntas acima no contexto de um Tribunal de Contas fortalecido e com um leque amplíssimo de funções constitucionais. Adianta-se que a pesquisa, ao examinar individualmente cada uma das garantias estruturantes do devido processo em cotejo com a Lei Orgânica, normativos internos e jurisprudência do órgão, constata inúmeras situações em que o devido processo legal é inobservado.

Mas o trabalho, conforme se verá, não se limita a averiguar eventuais desrespeitos às garantias estruturantes do devido processo legal. Valendo-nos do ferramental atualmente existente em nosso ordenamento jurídico, em especial do CPC/2015, que expressamente estabeleceu a sua aplicação *subsidiária e supletiva* aos processos administrativos (artigo 15)³, e dos novos dispositivos da LINDB acrescidos pela Lei 13.655/2018, procurou-se verificar que institutos e disciplinas podem e devem ser incorporados nos processos do Tribunal de Contas para efeito de seu aperfeiçoamento. No tocante ao primeiro diploma, há um evidente abrandamento de fronteiras, favorecendo uma aproximação pela qual o processo administrativo do órgão pode se beneficiar da evolução do processo civil.

Assim, a presente dissertação se divide em *cinco* capítulos. No *primeiro*, busca-se situar o Tribunal de Contas no contexto do sistema de controle estatuído pela Constituição Federal de 1988, com destaque para a relevância e a exigência democrática de suas funções. Também é evidenciada a atuação independente e autônoma do referido órgão constitucional, que não pertence e nem se subordina a nenhum dos três Poderes, muito embora auxilie o Poder Legislativo no exercício do controle externo. São ainda identificados os modelos clássicos de Tribunal de Contas no direito comparado⁴, considerando a sua influência na criação e desenvolvimento do modelo adotado no Brasil.

No *Capítulo II* é realizada uma fundamental incursão histórica para verificar a evolução do tratamento dado ao órgão controlador pelo sistema jurídico-constitucional,

³ Em que pese a lei processual civil já pudesse servir de referência ou mesmo de analogia, em alguns casos, para os processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, a previsão expressa e mandatória no Código de Processo Civil de sua aplicação complementar a estas outras searas parece representar um avanço em termos de garantias aos cidadãos nos respectivos processos.

⁴ São estudados comparativamente os modelos de processo administrativo de contas dos países que serviram de referência para a instituição do Tribunal de Contas no Brasil. Conforme consta da exposição de motivos assinada por Ruy Barbosa do Decreto nº 966-A, de 1890, o Tribunal de Contas brasileiro se valeu da referência do modelo de três países: França, Bélgica e Itália.

especialmente quanto à expansão de suas *atribuições*⁵, considerando as diversas transformações por que passou o país desde a sua criação.

O *Capítulo III*, por sua vez, dedica-se a identificar os diferentes tipos de processos existentes no Tribunal de Contas, segundo a sua orientação normativa, a fim de que seja possível, nos capítulos seguintes, assimilar e examinar adequadamente a aplicação do devido processo legal no âmbito do órgão.

Nessa toada, o *Capítulo IV* objetiva a compreensão do princípio do devido processo legal, valendo-se, para tanto, do resgate à sua origem e desenvolvimento no plano internacional e no direito brasileiro. Uma vez firmado o seu significado, parte-se para a identificação das garantias constitucionais que estruturam e orientam o devido processo no Tribunal de Contas, com breve exame da aplicabilidade e utilidade do uso do CPC/15 e da nova LINDB para tal finalidade.

O derradeiro capítulo (*V*) se ocupa da investigação propriamente dita das garantias que concretizam o devido processo legal na ambiência do Tribunal de Contas. Averiguam-se, assim, as garantias de *isonomia processual*, de *publicidade dos atos processuais*, do *juiz natural*, do *contraditório* e da *ampla defesa*, da *inadmissão da prova ilícita*, do *duplo grau de jurisdição administrativa*, da *celeridade processual* e de *motivação das decisões* frente à atual disciplina regulatória do processo a cargo do órgão, bem assim decisões paradigmáticas que dão contorno à matéria.

Por fim, é válido o registro de que este trabalho acadêmico procura examinar as garantias concretizadoras do devido processo legal no Tribunal de Contas sob um olhar *externo*, considerando que o autor não pertence à estrutura do referido órgão. Como bem observa Bruno Wilhelm Speck, um fenômeno interessante é que muitos dos estudos sobre os Tribunais de Contas são elaborados por seus integrantes. No caso brasileiro, são os ministros e conselheiros, ou seja, os representantes da cúpula dessas instituições, e, em grau reduzido, também auditores, promotores e técnicos os autores dos estudos sobre a instituição⁶. Esta pretensão, por óbvio, não quer desmerecer a incontroversa relevância da

⁵ O estudo das atribuições do Tribunal de Contas é relevante para a dissertação em razão de a tipologia dos processos administrativos que tramitam no órgão possuir relação direta com as competências que lhe são estabelecidas na Constituição Federal. Por exemplo, o processo que examina as contas da Presidência da República tem tramitação e características distintas do processo de tomada de contas de determinado gestor, assim como também difere de uma auditoria operacional. Desse modo, a partir do exame da evolução das atribuições do Tribunal de Contas é possível também compreender, ao menos em parte, a evolução dos processos administrativos que lá tramitam.

⁶ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 18.

produção bibliográfica endógena existente, mas ressaltar que novas visões podem ser importantes para o aperfeiçoamento do tema.

CAPÍTULO I: O CONTROLE EXTERNO E O TRIBUNAL DE CONTAS

1.1. O Controle do Estado como Exigência Democrática: Considerações Preliminares

A palavra *controle* é um galicismo⁷ cujo termo se origina, na França, a partir da junção das palavras *contre* e *rôle*. Esta última com o significado de registro, e *contre*, representando um contraste, conferem a ideia de controle como sendo um registro duplo, uma verificação de determinada ação⁸.

Referido termo, contudo, possui atualmente vários sentidos, sendo possível a sua aplicação em múltiplos contextos. Odete Medauar, valendo-se das lições de Bergeron, indica seis diferentes acepções para o controle: (i) dominação (a que se associam as ideias de subordinação, centralização, monopolização); (ii) direção (comando, gestão); (iii) limitação (ideia de regulamentação, proibição); (iv) vigilância ou fiscalização (ideia de supervisão, inspeção, censura); (v) verificação (exame, constatação); e (vi) registro (identificação, equivalência, autenticação)⁹.

Tais acepções, como é possível observar, caracterizam diferentes graus de intensidade do ato de controle. Do mais forte (dominação, que traz consigo as ideias de força e mesmo de abuso) ao mais fraco (verificação, registro), o que se constata é que todos os significados atribuídos ao controle se enquadram em uma de duas direções antagônicas: uma relacionada à ideia de contraste de uma atuação estatal em face de algo, e outra, relacionada à ideia de direção, influência e mesmo supremacia de um sujeito na formação da vontade do outro¹⁰.

Considerando as múltiplas acepções de *controle* existentes, Floriano de Azevedo Marques Neto as divide em três dimensões. Na primeira, o controle é tomado a partir da ideia de que toda atividade administrativa se submete a normas e procedimentos dentro dos quais o plexo de competências (superior hierárquico, sistemática de recursos, participação de interessados, dever de publicidade *etc.*) representa o próprio mecanismo de controle

⁷ Cf. SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 386.

⁸ BARILARI, André. *Les controles financiers comptables, administratifs et juridictionnels des finances publiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003, p. 17.

⁹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 22-23.

¹⁰ Cf. SAAD, Amauri Feres. *Do controle da administração pública*. 1ª Ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2017, p. 49.

procedimental. Na segunda dimensão estariam os mecanismos de articulação administrativa, efetuada permanentemente dentro dos diversos órgãos e entidades que compõem a Administração, com o objetivo de uniformização, alinhamento, direção. Por fim, estaria o controle em seu sentido estrito, técnico-jurídico, compreendido como fiscalização ou correção. Nesta dimensão, o controle teria como escopo o monitoramento, verificação e adoção de providências em face de condutas indevidas, a fim de invalidá-las ou escoimá-las de falhas ou vícios^{11 12}.

A partir dessas primeiras noções, constata-se que o controle da Administração Pública é um imperativo democrático. Já em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamava o direito de todos os cidadãos, por si ou pelos seus representantes, observarem o emprego das contribuições públicas (artigo 14) e, categoricamente, declarava o direito de a sociedade *pedir contas a todo agente público pela sua administração* (artigo 15). A própria ideia de Estado de Direito, desde os seus primórdios, é inseparável da ideia de controle. Montesquieu advertia no século XVII, como experiência eterna, que “todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”, sendo que “até a própria virtude precisa de limites”¹³.

A primeira finalidade do *controle* nos Estados constitucionais modernos é limitar o poder do Estado por meio da verificação crítica da conformidade ou desconformidade de um ato ou omissão relativamente a um certo padrão. Procura-se, com o controle, assegurar que a administração pública se submeta à Constituição e à lei. Outra finalidade do controle é a de garantir a racionalidade da atuação do Estado, de modo a se obter o máximo benefício social com o mínimo custo social¹⁴. Nesta segunda dimensão, dita *racionalizadora*, há uma interação entre a entidade controladora e a entidade controlada, orientada para o alcance de objetivos predeterminados por meio da maximização dos recursos disponíveis.

Para além das necessidades de limitação do poder e de racionalização da escolha pública, o controle garante, de outro lado, a *prestação de contas* por todos aqueles que gerem recursos públicos. É, também por isto, um instrumento tipicamente *republicano*, na medida

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, n. 100, Belo Horizonte, abr. 2010.

¹² Nesse mesmo sentido, Odete Medauar define a atividade de controle, em uma acepção técnico-jurídica ou restrita, como a “*verificação da conformidade da atuação [da Administração Pública] a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado*”. (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 32).

¹³ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Livro Décimo Primeiro, Capítulo IV, p. 166.

¹⁴ Cf. SOUZA FRANCO, António L. de. O Controlo da Administração Pública em Portugal. *Revista do Tribunal de Contas*, Tomo I, Julho-Dezembro, 1993, pp. 1-5.

em que aquele que assume incumbências públicas deve prestar contas de seus atos ao povo, pois trabalha em função do povo¹⁵¹⁶.

1.2. O Sistema de Controle Financeiro e o Tribunal de Contas

O controle estatal costuma ser classificado em três diferentes tipos, conforme a sua origem: o *controle externo*, exercido por órgão apartado, fora da estrutura na qual se insere o controlado; o *controle interno*, correspondente ao poder de fiscalização e controle exercido pela própria Administração Pública sobre os seus atos, englobando o autocontrole ou autotutela e o controle hierárquico, e realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração; e o *controle social*, inserido dentre os controles em sentido amplo, realizado, exemplificativamente, pelo povo, imprensa etc.¹⁷

Tal classificação, contudo, não é a única existente. As tipologias em matéria de controle variam de autor para autor, conforme os critérios e finalidades didáticas adotados por cada um. Não é objeto deste trabalho discorrer a respeito dessas diferentes tipologias. Contudo, a fim de que se compreenda e examine com maior precisão a atividade do Tribunal de Contas, parece relevante identificar a situação de tal órgão no contexto do sistema de controle.

Nesse sentido, mostra-se útil para a finalidade deste trabalho a divisão formulada por Fernando Facury Scaff, de acordo com a função dos órgãos que exercem o controle financeiro – paralela à clássica separação entre controle *externo*, *interno* e *social*. O autor analisa o sistema de controle de acordo com a seguinte classificação:

- a) Órgãos incumbidos do controle financeiro público *não judicial*;
- b) Órgãos incumbidos do controle financeiro público *judicial*;
- c) Órgão incumbido do controle financeiro *político*;
- d) O controle *social*;
- e) Órgãos incumbidos de controlar os controladores.

¹⁵ Cf. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 423.

¹⁶ Conforme leciona Enrique Ricardo Lewandowski, “numa república os governantes, escolhidos pelo povo, são responsáveis diante dele pela *gestão dos negócios públicos*. Não exercem o poder por direito próprio, constituindo meros mandatários dos cidadãos”. (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade de São Paulo*, v. 100, 2005, p. 194).

¹⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

Desse modo, (a) na esfera dos órgãos incumbidos do controle financeiro público *não judicial* estariam o Tribunal de Contas e o sistema de controle interno de cada Poder, a teor do artigo 71, CF; (b) o Poder Judiciário também exerceria o controle, tendo em vista a inafastabilidade da submissão de lesões ou ameaças de lesões a direitos (artigo 5º, XXXV, CF). O Ministério Público, por sua vez, com funções peculiares, exerceria igualmente o encargo de controlador, abrangendo tanto o aspecto judicial como o não judicial, em especial o Ministério Público de Contas (artigo 130, CF); (c) o controle financeiro *político* exercido sobre os demais Poderes ficaria a cargo do Poder Legislativo, com algumas peculiaridades, tendo em vista que para atividades específicas a função de controle é incumbida apenas ao Senado Federal (especialmente para questões relativas à dívida pública – artigo 52, V a IX, CF); (d) o controle social, exercido diretamente por toda a sociedade; e (e) os órgãos que controlam os controladores, como o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP¹⁸.

O Tribunal de Contas, portanto, será estudado sob a ótica de órgão inserido no controle *externo não judicial*. Conforme dispõe o texto constitucional, o controle financeiro externo da Administração Pública é exercido pelo Poder Legislativo, com o *auxílio* do Tribunal de Contas (artigo 71). Tal previsão integra a Seção IX, denominada “Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, do Título IV, referente à “Organização dos Poderes”.

Observe-se que na referida Seção IX, o artigo 70, CF, assenta uma dualidade de controle ao determinar que a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial da Administração Pública seja exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle *externo* (com o auxílio do Tribunal de Contas) e pelo sistema de controle *interno* de cada Poder. O controle *interno* vem disciplinado no artigo 74, pelo qual os Poderes Legislativos, Executivos e Judiciário manterão, de forma integrada, tal sistema de controle. A finalidade do controle interno é: (i) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governos e dos orçamentos da União; (ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (iii) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e (iv) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

¹⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 429.

A Constituição Federal, assim, confere uma concepção *sistêmica* ao controle financeiro do Estado. Além de caber aos três Poderes a manutenção, de forma integrada, de sistemas de controle *interno*, devem ainda apoiar o controle *externo* no atingimento de suas finalidades institucionais.

Conforme sublinha Helio Mileski, o sistema de controle interno deve agir de forma interativa entre os sistemas mantidos pelos três Poderes, juntamente com os sistemas que integram todas as atividades administrativas do Poder Público, no sentido de bem cumprir com as suas funções que lhe são destinadas constitucionalmente. Em seguida, o autor conceitua o controle interno voltado à fiscalização financeira, contábil e orçamentária, como aquele “efetuado pelos órgãos administrativos, no âmbito da própria Administração, sob o comando de um órgão central e, por isso, organizado de forma sistêmica, no sentido de atuar de maneira integrada em todos os Poderes do Estado”, tendo por finalidade “comprovar a legalidade dos atos praticados pelos administradores e avaliar os resultados da ação governamental, verificando o seu grau de eficiência e eficácia, com prestação do devido apoio ao controle externo no exercício das suas atividades constitucionais”¹⁹.

A existência de um perfeito encadeamento dos órgãos de controle interno com o controle externo, a cargo do Tribunal de Contas, é uma exigência constitucional. Ademais, estão eles obrigados, *sob pena de responsabilidade solidária*, a cientificar ao controle externo quaisquer irregularidades ou ilegalidades apuradas²⁰. A providência objetiva uma ação pronta na identificação de gestores inadimplentes ou mesmo a correção tempestiva de atos ilegítimos ou lesivos ao erário. Agindo assim, integrados em uma cadeia sistêmica, ambos os controles se complementam numa única relação operacional²¹.

1.3. O Enquadramento do Tribunal de Contas na Estrutura Organizacional do Estado Brasileiro

¹⁹ MILESKI, Hélio. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 160.

²⁰ Para Helio Mileski, a disposição constitucional que determina a responsabilização solidária tem por objetivo, além de estabelecer o nível de responsabilidade exercida pelo dirigente do sistema de controle interno, ampliar o seu grau de independência. Sendo o controle interno organismo intestino da própria Administração, submete-se a subordinação hierárquica administrativa, com os seus responsáveis sendo subordinados da autoridade governamental: “por isso, mais que uma norma regulamentadora do apoio que deve dar ao controle externo, é uma regra protetora do regular exercício das atividades de controle em relação ao poder de mando”. (MILESKI, Hélio. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 162)

²¹ Cf. SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 175, 1989, p. 43.

Em matéria de Tribunal de Contas, a definição de sua natureza jurídica talvez seja o campo mais fértil para debates doutrinários. Desde a sua criação, no final do século XIX, até os dias atuais, passando pelas sucessivas Constituições da República, tem sido grande e acalorada a discussão envolvendo o estudo da natureza jurídica do órgão. Faria ele parte do Poder Legislativo? Na condição de órgão *auxiliar* do Poder Legislativo, haveria subordinação a este? A função de *julgar* contas possuiria natureza administrativa ou jurisdicional?

Não foram poucos os juristas que procuraram responder às questões acima, bem assim definir a Corte de Contas e posicioná-la na estrutura organizacional do Estado. A celeuma é compreensível. Trata-se de um órgão peculiar. A sua disciplina constitucional está inserida no Capítulo do Poder Legislativo ao tempo em que suas atividades nem de longe podem ser enquadradas como de natureza legislativa. De outro lado, uma de suas principais competências constitucionais é *julgar* as contas dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, o que poderia aproximá-lo do Poder Judiciário. E ainda que se reconheça como administrativa a natureza de suas funções, não se trata de um órgão integrante do Poder Executivo.

O Tribunal de Contas foi posicionado de diferentes modos nas sucessivas Constituições da República. A Carta de 1891, ao instituí-lo, deixou-o na parte das *Disposições Gerais*, sem relacioná-lo, portanto, a qualquer dos Poderes. Por sua vez, a Constituição Federal de 1934 disciplinou a atividade da Corte no Capítulo VI, que tratava dos *órgãos de cooperação nas atividades governamentais*, acompanhando-o do Ministério Público e dos Conselhos Técnicos incumbidos de assistir os Ministérios do Poder Executivo. A Constituição de 1937, de outro lado, inseriu o Tribunal de Contas no Capítulo referente ao *Poder Judiciário*. Coube à Constituição de 1946, pela primeira vez, posicionar o órgão em Capítulo dedicado ao *Poder Legislativo*, o que se manteve nas Cartas seguintes, de 1967 e de 1988.

Desde o início da República, portanto, as respectivas Constituições alocaram o Tribunal de Contas da seguinte forma: (i) não o relacionaram a nenhum dos Poderes; (ii) caracterizaram-no como órgão de cooperação nas atividades governamentais; (iii) incluíram-no em Capítulo do Poder Judiciário; ou (iv) incluíram-no em Capítulo do Poder Legislativo.

A postura vacilante dos textos constitucionais sobre o posicionamento da Corte de Contas no âmbito do Estado foi possivelmente um dos fatores indutores dos amplos debates sobre a matéria. Contudo, as discussões parecem não decorrer apenas disto. Para melhor

tentar compreender a causa de divergências, deve-se remontar às origens da criação do órgão no sistema jurídico brasileiro.

O nosso Tribunal de Contas foi declaradamente inspirado nos Tribunais de Contas da Itália e da Bélgica, com menções ao modelo francês, conforme exposição de motivos do Decreto que instituiu o órgão. Ocorre que nesses países europeus existe a figura do *contencioso administrativo* (dualidade de jurisdição), em que a Corte de Contas exerce funções judiciárias, com decisões de caráter definitivo²². O sistema jurídico brasileiro, por sua vez, optou pela jurisdição una, com monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário. E da importação de modelos estrangeiros com sistemas próprios e distintos pode decorrer, em boa parcela, a dúvida acerca da natureza jurídica das funções do Tribunal de Contas no Brasil e de seu próprio enquadramento constitucional.

Há os que defendem ser o Tribunal de Contas um preposto do Poder Legislativo, isto é, um órgão técnico criado especificamente para, em nome dele, exercer vigilância contínua dos atos do Poder Executivo em relação à execução financeira e orçamentária. Adepto deste entendimento, Mario Masagão afirmava competir “ao Poder Legislativo tomar as contas da execução orçamentária, como consequência do poder que tem de elaborar as leis de meios. Como é difícil a esse poder, em face da natureza de seus órgãos, exercer vigilância contínua dos atos do Poder Executivo, no respeitante à aplicação da lei de meios, na maior parte dos países civilizados, ele criou um preposto – o Tribunal de Contas. A fiscalização orçamentária nada tem de judiciária”²³.

Outros adotam posição mais radical, no sentido de que o Tribunal de Contas possuiria jurisdição própria e privativa acerca das matérias de sua competência, de modo que a natureza da função de *julgar* contas, portanto, seria *jurisdicional* e teria força de coisa julgada.

²² Como explica J. Guimarães Menegale, na Bélgica as matérias de contabilidade pública são do domínio do contencioso administrativo. Em função deste caráter contencioso, o Tribunal de Contas exerce funções judiciárias, absolvendo ou condenando responsáveis do Tesouro. Seus arestos têm como consequência, por vezes, liquidar questões de direito civil sobre as quais o Tribunal se pronuncia definitivamente. Na Itália o Tribunal de Contas também tem competência judiciária, exercendo função judicial e disciplinar. Já em França a Corte de Contas possui função jurisdicional sobre as contas dos responsáveis. A sua jurisdição, contudo, não alcança os ordenadores de despesa, mas somente as contas. A aplicação de penalidades, portanto, não lhe cabe, embora as suas decisões sobre as contas possuam caráter definitivo. (MENECALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 215-217).

²³ *Apud* LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Administrativo e Ciência da Administração da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1947, p. 265.

Em virtude do plexo de funções atribuídas ao Tribunal de Contas pela Constituição Federal, entendemos não ser possível reduzi-lo a um preposto ou a um órgão auxiliar do Poder Legislativo. Isto não quer dizer que ele não tenha, *também*, tal função. Em outras palavras, ele auxilia o Poder Legislativo, mas não faz só isso. Trata-se de um órgão complexo, de multifárias competências, que vão muito além do apoio ao Poder Legislativo, o que inviabiliza caracterizá-lo como seu preposto.

Tomemos como exemplo a atribuição de *julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos* (artigo 71, II). É uma competência própria do Tribunal de Contas, em que o órgão funciona autonomamente. A sua decisão não é submetida ao Poder Legislativo para validação. Pelo contrário, se as decisões resultarem em imputação de débito ou multa, estas terão eficácia de título executivo (artigo 71, §3º), sem que haja a necessidade de qualquer passagem ou exame do caso pelo Poder Legislativo²⁴.

É sua competência, também, realizar, *por iniciativa própria*, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, *nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário* (artigo 71, IV). Esta função também realça o caráter autônomo e de insubordinação que possui o órgão, a quem incumbe fiscalizar o próprio Poder Legislativo. Assim como tal, poderiam ser citadas outras atribuições que não possuem qualquer vinculação ou relação com o Poder Legislativo, tais como a aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei (artigo 71, VIII), a apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal na Administração (artigo 71, III), dentre outras.

De outro lado, outras tantas funções são exclusivamente de apoio e instrução ao Poder Legislativo, como a tradicional apreciação das contas prestadas pelo Presidente da República, mediante parecer prévio a ser submetido ao Congresso Nacional (artigo 71, I), a realização de inspeções e auditorias solicitadas pelo Poder Legislativo (artigo 71, IV), a prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional sobre a fiscalização e resultados de auditorias realizadas (artigo 71, VII), dentre outras. Nestes casos específicos,

²⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, comentando o inciso II do art. 71, entende estar caracterizada por parte do Tribunal de Contas “*uma atuação combinada, técnica e política, esta, não apenas pela atribuição de examinar a legitimidade das contas, como pela previsão de atuar autonomamente, decidindo apenas por si (julgar as contas) e não mais em cooperação com o Poder Legislativo*”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 223, jan./mar. 2001, p. 18).

funciona a Corte de Contas como verdadeiro órgão auxiliar do Poder Legislativo, dado o assessoramento prestado e a vinculação existente com este Poder.

Contudo, diante das demais competências autônomas mencionadas, não é possível enquadrá-lo como integrante do Poder Legislativo²⁵. Ademais, o texto constitucional é claro ao definir taxativamente, em seu artigo 44, os órgãos que compõem o Parlamento, nos seguintes termos: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, do que se extrai que o Poder Legislativo não é composto pelo Tribunal de Contas²⁶. A relação entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas é, pois, de *harmônica interdependência*²⁷ para atingimento das finalidades do controle externo.

Mas se não integra o Poder Legislativo, de que Poder o Tribunal de Contas faria parte, considerando a complexidade e a riqueza combinatória de suas funções? Posicionamos no sentido de que se trata de *órgão constitucional de controle, independente e autônomo, que não pertence e nem se subordina a qualquer dos três Poderes da União*²⁸.

²⁵ Em linha com este pensamento, Helio Saul Mileski pontua que, embora colocado junto ao Poder Legislativo, “esta participação se dá somente no aspecto da organicidade, em razão da divisão formal dos poderes, na medida em que não mantém qualquer grau de subordinação ao Poder Legislativo. Tanto assim é que, no art. 71 da Constituição brasileira, são estabelecidas competências de controle exclusivas e indelegáveis para o Tribunal de Contas, com exercício sobre os três Poderes do Estado, em que, evidentemente, inclui-se o Legislativo, com estabelecimento de uma composição, a cujos membros são destinadas as mesmas garantias e prerrogativas da magistratura, que lhes asseguram uma atuação com absoluta independência”. (MILESKI, Hélio. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. In: FREITAS, Ney José de (Coord). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 101).

²⁶ É o que argumenta Carlos Ayres Britto para defender que o Tribunal de Contas não é órgão do Poder Legislativo. Após mencionar tal dispositivo constitucional, o jurista assinala que “de sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e de natureza federada”. E arremata: “Sua atuação jurídica se dá a latere do Congresso, junto dele, mas não do lado de dentro”. (BRITO, Carlos Ayres. O regime constitucional do Tribunal de Contas. In: *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 176 e 181).

²⁷ A feliz expressão é de Sérgio Ferraz, que assim conceituou o órgão: “o Tribunal de Contas é órgão constitucional não-integrante do Congresso Nacional (bem como, de qualquer dos outros Poderes do Estado), a ele não-subalterno (o auxílio que presta ao Legislativo é de cunho técnico, alheio a considerações hierárquicas, de qualquer molde); o liame entre Legislativo e TC é de harmônica interdependência, para a plena consecução da função constitucional de controle.” (FERRAZ, Sérgio. *Tribunais de Contas: meditando e remetendo*. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 243)

²⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello, após argumentar que o Tribunal de Contas não integra nenhum dos três Poderes da União, conclui que “o Tribunal de Contas, em nosso sistema, tem uma posição de absoluta peculiaridade. Nada importa que o Texto Constitucional haja se referido a três Poderes e que não se possa alojar o Tribunal de Contas em nenhum deles. Como o Texto Maior desdenhou designá-lo como Poder, é inútil ou improficuo perguntarmo-nos se seria ou não um Poder. Basta-nos uma conclusão, a meu ver irrefutável: o Tribunal de Contas, em nosso sistema, é um conjunto orgânico perfeitamente autônomo”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, out./dez., 1984, p. 136.)

1.4. Modelos de controle por Tribunais de Contas no direito comparado

O modelo de Tribunal de Contas adotado no Brasil é reflexo dos modelos clássicos europeus então existentes por ocasião de sua concepção. Na parte introdutória deste trabalho já se mencionou brevemente que a criação da Corte de Contas no Brasil teve como referência as Cortes de Contas belga, italiana e francesa, conforme constou da exposição de motivos assinada por Ruy Barbosa do Decreto nº 966-A, de 1890, melhor examinada no item *II.1.2*.

Tendo em consideração a fonte inspiradora que tais modelos de direito comparado representaram no processo de concepção e desenvolvimento do modelo brasileiro, entendemos relevante o conhecimento acerca das principais características dos Tribunais de Contas desses três países, com enfoque especial na função que envolve o processo de julgamento das contas dos responsáveis.

1.4.1. O modelo belga

O Tribunal de Contas da Bélgica – *Cour des Comptes* – foi criado em 1830, constando do artigo 180 da Constituição (Título V, sob a epígrafe *Das finanças*). Compete-lhe o controle externo das finanças públicas, em estreita ligação ao Parlamento. O órgão é regulado pela Lei Orgânica de 29 de Outubro de 1846. Trata-se de um órgão constitucional de natureza colegial, com funções jurisdicionais e não jurisdicionais, podendo exercer o controle financeiro prévio, concomitante e sucessivo²⁹.

Os membros do Tribunal de Contas belga são nomeados pela Câmara dos Deputados para mandato de seis anos, renováveis indefinidamente. São selecionados entre os auditores do próprio órgão, muito embora a lei não exija esta condição especial, tratando-se de prática costumeira³⁰.

No que se refere às funções administrativas, compete-lhe redigir a prestação de contas geral do Estado, reunindo as prestações de contas dos Ministros no âmbito de seus respectivos órgãos. Além disso, o Tribunal de Contas elabora anualmente um “caderno de observações” em que registra suas críticas à gestão financeira e as submete ao Parlamento. Também são fiscalizadas as contas das empresas estatais, podendo realizar auditoria contábil

²⁹ Cf. TAVARES, José F. F. *O Tribunal de Contas: Do visto em especial – Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp. 88-89.

³⁰ Cf. MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *BDA – Boletim de Direito Administrativo* nº 2 – Fevereiro de 1992, p. 88.

nos locais de funcionamento das empresas, publicando as contas fiscalizadas no seu “caderno de observações”.

Além disso, a principal atribuição administrativa do modelo belga é a fiscalização prévia, que serviu de referência ao modelo que vigorou no Brasil até 1967. A fiscalização prévia da *Cour des Comptes* incide sobre as ordens de pagamento (*ordonnances de payement*), não sobre os atos e contratos geradores de despesa (*engagements des dépenses publiques*). O órgão, ao examinar, pode autorizar ou recusar o visto (*visa*). Em caso de recusa, o Conselho de Ministros, por solicitação do ministro diretamente responsável, pode deliberar em sentido contrário, ocasião em que o ato é praticado, *mas com reserva*. Neste caso, o processo é submetido ao Parlamento para verificação de eventual responsabilidade política. A *Cour des Comptes* disporia, assim, de um poder de controlar a execução orçamentária, mas sem o poder de impedir o funcionamento da vida administrativa e financeira³¹.

No campo da jurisdição administrativa, o Tribunal de Contas belga exerce controle sobre todos os contadores do tesouro e das províncias, examinando as suas respectivas prestações de contas de fim de gestão. A decisão definitiva da Corte declara o acolhimento ou a rejeição das despesas. Neste caso, fica o responsável obrigado a recolher ao tesouro o débito apurado. O Tribunal de Contas pode ainda impor multas e provocar medidas disciplinares contra os responsáveis.

Conforme explica Odete Medauar, a decisão da Corte de Contas pode ser reapreciada pela Corte de Cassação. Caso esta a anule, por razões de direito, o caso é submetido a uma Comissão especial formada pela Câmara de Representantes (Deputados), que julgará o assunto em última e definitiva instância³².

Em resumo, uma das principais características do Tribunal de Contas belgo é a existência de controle prévio, sendo limitado – e não absoluto –, o seu poder de veto a determinada ordem de pagamento. Este regime foi o acolhido pelo Brasil no bojo das

³¹ De acordo com José F. F. Tavares, o controle prévio não incide sobre a legalidade dos atos e contratos geradores da despesa, mas apenas sobre os atos de execução quanto aos seguintes aspectos: legalidade do procedimento de realização da despesa; verificação da identidade da pessoa credora, beneficiária da ordem de pagamento; verificação do montante devido; verificação do cabimento orçamentário na rubrica adequada; análise dos documentos justificativos da despesa em causa. Assim, “o controlo do Tribunal de Contas incide, sobretudo, sobre a legalidade financeira”. (TAVARES, José F. F. *O Tribunal de Contas: Do visto em especial – Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp. 92-93).

³² Cf. MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *BDA – Boletim de Direito Administrativo* nº 2 – Fevereiro de 1992, p. 89.

Constituições de 1891³³, 1934, 1937 e 1946, sendo abolido com a Constituição de 1967, que eliminou o controle prévio dos atos geradores de despesas. Outra característica importante é que as decisões podem ser reapreciadas pela Corte de Cassação e, em caso de anulação por esta, submetidas ao Parlamento, a quem cabe a última palavra.

1.4.2. O modelo italiano

A *Corte dei Conti* italiana foi criada em 1862, um ano após a proclamação do Reino da Itália. Trata-se de órgão constitucional, autônomo e independente, com funções administrativas e jurisdicionais³⁴.

O órgão exerce fiscalização prévia, concomitante e sucessiva. O poder de controle *prévio*, que desde a sua criação incidia sobre *todos* os atos e contratos geradores de despesa, assim como sobre ordens de pagamento, com poder de veto *absoluto*, foi profundamente reduzido em 1994 para se limitar aos atos e contratos mais importantes, segundo o critério da relevância financeira. O conteúdo deste controle prévio atual envolve a verificação da conformidade dos atos com as leis vigentes e a sua legitimidade. Assim como no modelo belga, em caso de recusa de visto, o Conselho de Ministros poderá superar a negativa, hipótese em que o ato é chancelado *com reserva* e encaminhado ao Parlamento para apreciação de eventual responsabilidade política³⁵.

Conforme sublinha Odete Medauar, o Tribunal de Contas realiza, também, o controle de legalidade *a posteriori*, envolvendo o controle-informação sobre o custo do pessoal do setor público e controle sobre contratos e respectivos atos de execução em matéria de sistema informativo da Administração. No que se refere ao controle sobre os resultados de gestão, trata-se de um controle de alcance geral incidente sobre a regularidade e a legalidade da gestão econômica e contábil de todos os setores da Administração nos respectivos resultados operacionais e sociais, emitindo ao final relatórios ao próprio órgão e aos órgãos de direção política para fins de correção das impropriedades apuradas³⁶. Esta última função, vale

³³ A partir da reforma da regulamentação do Tribunal de Contas, ocorrida em 1896, com a edição do Decreto-Legislativo nº 392, conforme tratado no item II.1.2 deste trabalho.

³⁴ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Dirito Amministrativo*, Vol. I, 3ª Ed. Milano: Giuffré Editore, 1993, p. 162.

³⁵ Cf. TAVARES, José F. F. *O Tribunal de Contas: Do visto em especial – Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp. 99.

³⁶ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 129.

observar, muito se aproxima da *auditoria operacional* realizada pelo Tribunal de Contas brasileiro.

Em relação ao controle *a posteriori* sobre agentes contábeis, este possui natureza *jurisdicional* (cf. artigo 103, da Constituição italiana). A jurisdição, neste caso, é exclusiva da *Corte dei Conti*, não sendo possível o exame de suas decisões por outros órgãos jurisdicionais. As matérias sujeitas à função jurisdicional do Tribunal são as seguintes: (i) prestação de contas dos agentes contábeis; (ii) responsabilidade contábil e patrimonial dos agentes públicos, por danos causados à Administração com dolo ou culpa, por ação ou omissão; e (iii) recursos do interessado em matéria de aposentadoria a cargo do Estado.

O processo de julgamento das contas dos agentes contábeis se inicia com a designação de um relator, com poderes de instrução. Se houver a verificação de irregularidade, oportuniza-se o contraditório ao responsável, com possibilidade de recurso às Seções Reunidas. A condenação do agente acarreta o dever de pagamento do respectivo débito apontado. O mesmo procedimento contencioso é adotado no caso de responsabilização contábil e patrimonial dos agentes públicos por dano ao erário³⁷.

1.4.3. O modelo francês

A *Cour des Comptes* francesa foi instituída em 1807 por Napoleão I, assemelhando-se, em organização, ao Conselho de Estado do país. Desde a sua criação, até os dias de hoje, é composta de sete membros, escolhidos pelo Senado em lista nacional e que gozam de vitaliciedade. A sua fiscalização é *a posteriori*, com atribuições administrativas e jurisdicionais³⁸.

Referido Tribunal de Contas exerce jurisdição administrativa especializada, estando as suas decisões sujeitas, mediante recurso, ao Conselho de Estado. Os contadores públicos devem, anualmente, submeter suas contas ao exame do órgão. Uma vez prestadas as contas, o processo de seu exame é então iniciado, oportunizando-se ao responsável o direito ao contraditório. Quando a decisão decretar a irregularidade das contas (com possibilidade de aplicação de sanção pecuniária), poderá ser objeto de recurso perante a própria *Cour des Comptes* ou perante o Conselho de Estado, para fins de cassação.

³⁷ MEDAUAR, Odente. *Controle da Administração Pública*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 130-131.

³⁸ Cf. MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 179-180.

O controle não jurisdicional da Corte de Contas francesa se dá em relação aos ordenadores e à Administração em geral no que se refere à execução das leis orçamentárias. Este controle, vale observar, evoluiu também para um controle de qualidade da gestão, tendo o órgão amplos poderes de investigação que resultam na elaboração de um relatório de contas e de um relatório sobre a qualidade da gestão, encaminhado ao Presidente da República e ao Parlamento³⁹.

³⁹ Cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 132-133.

CAPÍTULO II: UMA EXTENSÃO PROGRESSIVA DE COMPETÊNCIAS

No capítulo anterior, procurou-se situar o Tribunal de Contas no contexto do sistema de controle estatuído pela Constituição Federal de 1988, com destaque para a relevância e exigência democrática de suas funções. Também foi evidenciada a atuação independente e autônoma do referido órgão constitucional, que não pertence e nem se subordina a qualquer dos três Poderes, muito embora auxilie o Poder Legislativo no exercício do controle externo.

Não é possível, contudo, compreender precisamente o funcionamento do Tribunal de Contas no Brasil sem inseri-lo em uma realidade histórica mais abrangente, que a condicione e eventualmente lhe dê causa. Este segundo capítulo, assim, discorrerá sobre a sua criação e a sua presença nas sucessivas Cartas Constitucionais. O relato histórico será feito com enfoque especial nas competências que foram acrescidas ao órgão no decorrer de sua trajetória. Tal recorte é justificado em razão de o estudo da evolução de suas atribuições facilitar a compreensão dos processos administrativos que lá tramitam, pois é por meio destes que a Corte de Contas se manifesta no exercício de suas competências⁴⁰.

2.1. Gênese e Evolução Histórica do Tribunal de Contas no Brasil

2.1.1. Os antecedentes do Tribunal de Contas: Período imperial

As discussões envolvendo a necessidade da criação, no Brasil, de um órgão voltado à fiscalização da administração financeira do Estado, remontam aos primeiros tempos de nossa vida como nação independente, ainda na época do Império.

A primeira manifestação parlamentar envolvendo a criação de um Tribunal de Contas entre nós ocorreu em 1826, por iniciativa dos senadores Visconde de Barbacena e José Inácio Borges, em projeto apresentado à Câmara Alta sobre a reforma das Secretarias de Estado. O modelo escolhido na proposta era o francês, com a adoção do contraste *a posteriori*. Alguns anos depois, em 1838, o então Ministro da Fazenda, Marquês de Abrantes, apresentou novo

⁴⁰ Na linha do que nos lembra Agustín GORDILLO, “*toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y por ello existe una coincidência entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo*”. (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2. Tomo: *La defensa del usuário y del administrado*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. IX-5).

projeto, criando um Tribunal de Contas com funções judicantes. Nenhum dos projetos, contudo, foi adiante⁴¹.

Já no *segundo reinado*, em 1845, através de projeto de lei apresentado pelo então Ministro da Fazenda Manoel Alves Branco, pensou-se na instituição de um Tribunal de Contas cuja função principal seria a de um tribunal administrativo, com competência para *julgar* as contas de todos os responsáveis da Administração Pública. O órgão teria ainda poder de determinar a prisão do respectivo agente público em caso de desobediência ou contumácia na prestação das contas. Se tivesse ido adiante, a ideia teria representado, nos dizeres de Mário Masagão, a introdução do *contencioso administrativo* em nosso sistema⁴².

Ainda durante o segundo reinado, ocorreram manifestações de homens públicos de destaque acerca da imprescindibilidade da criação da Corte de Contas no Brasil. É o caso de Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, que ao defender a ideia alertou sobre a necessidade de “o país saber se os serviços públicos foram desempenhados e as despesas efetuadas ou não conforme o respectivo orçamento, ou se os ministros passaram créditos de umas para outras rubricas, ou criaram rubricas novas e não contempladas”⁴³.

Visconde de Uruguay, por sua vez, já pontuava em 1865 que a principal qualidade que devem ter os membros de um Tribunal de Contas “é uma inteira independência, principalmente daqueles cujas contas tomam. Não podem ser independentes sem uma alta posição, e se não tiverem vencimentos que os ponham acoberto da necessidade”⁴⁴. No

⁴¹ É o que relata Alfredo Cecílio Lopes. O projeto de 1826 teve a oposição ferrenha do Visconde de Baependi, segundo o qual “(...) 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 todas e quaisquer repartições, poder-se-ia colher dele proveito; mas sendo unicamente destinado ao exame das contas e documentos, exame que se faz no Tesouro, para nada servirá, salvo novidade do sistema e aumento da despesa com os nele empregados”. A proposta de 1838, por sua vez, foi rejeitada após se concluir pela desnecessidade de um órgão independente para o exame das contas públicas frente ao controle que outros órgãos já realizavam. (LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Administrativo e Ciência da Administração da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1947, p. 213-217).

⁴² *Ibid.*, p. 214.

⁴³ É o que se extrai de sua obra *Direito Público e Análise da Constituição do Império*. Ainda segundo o autor, “é necessário saber se as rendas foram bem arrecadadas pelo modo e termos legais, e como empregadas; qual o seu produto, assim como o montante da despesa e últimos resultados de saldo ou débito. Sem esse contraste, sem essa prova real, sem contas devidamente processadas e tomadas, os orçamentos são meras e insuficientes formalidades. (...) 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 as leis 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 possa assegurar a realidade e legalidade das contas” (BUENO, Pimenta. *Direito Público e Análise da Constituição do Império* Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857, pp. 89-90).

⁴⁴ URUGUAY, Visconde. *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil*. Rio de Janeiro: B.L.Garnier, Livreiro Editor, 1865, p. 345.

mesmo sentido, citem-se ainda Silveira Martins, Visconde de Ouro Preto, João Alfredo e José de Alencar⁴⁵.

2.1.2. A criação do Tribunal de Contas: Decreto nº 966-A, de 1890 e a Constituição de 1891

Embora a ideia de sua criação tivesse sido proposta por eminentes estadistas do Império, o Tribunal de Contas somente viria a ser instituído em 07.11.1890, um ano após a proclamação da República, com a edição do Decreto nº 966-A, por iniciativa de Rui Barbosa, à época Ministro da Fazenda do Governo Provisório.

Em sua exposição de motivos, o jurista baiano destacou a necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, por meio de um sistema protegido contra desvios, cuja reorganização se daria com a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura *intermediária* à administração e à legislatura, colocado em posição *autônoma*, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias para exercer as suas funções vitais no organismo constitucional. Ao final, fez o histórico registro a seguir:

Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que cotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro que, comunicando com a Legislatura e intervindo na administração, seja não só a vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração de infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças⁴⁶.

Assinado pelo chefe do governo provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, o Decreto nº 966-A dizia em seu artigo 1º incumbir ao Tribunal de Contas “o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República”.

O controle das despesas era *prévio*, como revelava o artigo 2º, ao estabelecer que todos os decretos, ordens ou avisos do Governo que criassem despesa, deveriam primeiramente ser examinados pelo Tribunal de Contas, que “os registrará, pondo-lhes o seu ‘visto’, quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os créditos votados pelo Poder Legislativo”.

⁴⁵ Cf. LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Administrativo e Ciência da Administração da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1947, p. 215.

⁴⁶ BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 82, out/dez 1999, p. 253.

Se o Tribunal julgasse não poder registrar o ato, deveria devolver ao Ministro que o havia expedido, motivando a sua recusa. Este, se entendesse imprescindível a medida impugnada pelo Tribunal, poderia ainda assim executá-la, sob sua responsabilidade. Neste caso, no entanto, o Tribunal informaria o Congresso a respeito, registrando o ato “sob reserva” (artigo 3º). O artigo 4º estabelecia ainda competência *jurisdicional* do Tribunal, com poder de julgar anualmente as contas de todos os responsáveis por contas, dando-lhes quitação, condenando-os a pagar e, em caso contrário, mandando proceder na forma de direito.

O modelo de Tribunal de Contas adotado foi inspirado no sistema italiano, em que o controle era prévio, mas contou com a moderação do belga, que previa o veto limitado e o registro sob reserva⁴⁷.

O Decreto nº 966-A, contudo, não chegou a ser regulamentado e a Corte de Contas por ele concebida não foi instalada.

Somente a partir da Constituição Federal de 1891, cujo texto definitivo também fora redigido por Rui Barbosa⁴⁸, é que o Tribunal de Contas foi efetivamente instalado e elevado à categoria de órgão constitucional. Em seu artigo 89, foi disposta a instituição de um Tribunal de Contas “para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”, cabendo ao Presidente da República a nomeação dos seus membros, com aprovação do Senado Federal.

O dispositivo constitucional de criação da Corte de Contas foi regulamentado pelo Decreto nº 1.116, de 17 de dezembro de 1892, que disciplinou a atividade do órgão. Tal regulamento possuía algumas extravagâncias jurídicas, a começar pelo fato de ter sido editado com vistas a reorganizar os serviços do Ministério da Fazenda. Desse modo, a criação do Tribunal de Contas foi tratada ao lado de outras repartições da Fazenda⁴⁹, o que

⁴⁷ Na exposição de motivos do Decreto, Rui Barbosa faz longa descrição dos sistemas italiano e francês de Tribunal de Contas, enfatizando as vantagens do primeiro, em que o órgão se antecipa ao abuso, “*atalhando em sua origem os atos do poder executivo susceptíveis de gerar despesa ilegal*”. Contudo, o jurista ressaltou que a lei italiana conferia ao órgão uma competência muito ampla, outorgando-lhe poderes de apreciação não só dos atos do poder executivo relacionados ao orçamento do Estado, mas a todos os decretos reais, seja qual fosse o ministério de que emanassem e o objeto a que se referissem. Daí a pertinência do modelo belga, em que o controle preventivo do Tribunal de Contas era reduzido aos atos do governo relacionados com o ativo ou o passivo do tesouro.

⁴⁸ A respeito, confira-se o relato de Aliomar Baleeiro: “*Rui poliu o projeto, imprimindo-lhe redação castiça, sóbria e elegante, além de ter melhorado a substância com os acréscimos de princípios da Constituição viva dos EUA (...). Não se pode subestimar a mão de obra do brasileiro genial ao aprimoramento da primeira Constituição Republicana.*” (BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições Brasileiras*, vol. 2. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 24).

⁴⁹ A ementa do Decreto tinha a seguinte redação – bem ilustrativo do que ora se afirma: “*Dá regulamento para execução da Lei nº 23 de 30 de outubro de 1891, na parte referente ao Ministério da Fazenda*”. Sobre a questão, Rui Barbosa, à época não mais Ministro da Fazenda, teceu as seguintes

poderia conduzir a uma ideia de dependência do órgão em relação ao Ministério – algo que, definitivamente, inexistia. Outro aspecto que chamava a atenção era a função judicante conferida pelo Decreto ao Tribunal, extrapolando o que fora previsto na Constituição. O artigo 28 do Decreto prescreveu que o órgão possuiria jurisdição própria e *privativa* sobre as pessoas e as matérias sujeitas à sua competência, funcionando como *Tribunal de Justiça*, tendo as suas decisões definitivas *força de sentença com execução aparelhada*⁵⁰.

Ainda de acordo com o Decreto, o sistema de controle era prévio e o veto absoluto. Desse modo, caso entendesse que o registro da despesa possuía alguma ilegalidade, o Tribunal deveria informar a causa em exposição motivada à respectiva repartição. Tal decisão tinha força de coisa julgada e inviabilizava a prática do ato examinado.

Como é fácil imaginar, a prerrogativa de veto absoluto da Corte de Contas tinha o potencial de produzir divergências e grandes embates do órgão com o Poder Executivo. Um célebre episódio nesse sentido merece ser lembrado: em abril de 1893, o então Presidente da República Floriano Peixoto, inconformado com veto à nomeação de uma indicação sua a cargo público vinculado ao Ministério da Viação sob a justificativa de que faltaria lastro orçamentário, elaborou projeto de lei para modificar o momento da fiscalização de *prévio* para *posterior*. O Congresso Nacional, após ampla discussão e mitigações no texto, chegou a aprovar o projeto, embora a sanção presidencial não tenha ocorrido, por razões políticas⁵¹.

críticas em artigo veiculado no *Jornal do Brasil* de 22.06.1893: “*Procedendo a reforma geral das repartições da fazenda, porém, o Governo atual envolveu nela a organização do Tribunal de Contas. A Comissão de Fazenda procedeu, pois, com acerto, desentranhando esse capítulo, contemplado ali por uma inserção forçada, e consagrando-lhe existência distinta em projeto independente. Não só obedecia assim ao disposto no decreto legislativo de 7 de novembro, que prescrevera a regulamentação desta matéria em decreto especial, como retificava erro, que se cometera, confundindo com as repartições de fazenda uma instituição de natureza em grande parte judiciária e política, destinada, por sua índole essencial, a sentenciar sobre assuntos de mais alta gravidade, e servir solidamente de dique aos abusos administrativos em negócios financeiros.*” (BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira. Coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Saraiva, 1931, pp. 442-444.)

⁵⁰ Para Mario Masagão, tal disposição representava a ressurreição do *contencioso administrativo*, abrindo-se a porta à função judicante do órgão que, pela Constituição, não devia ultrapassar as raiais da fiscalização dos atos financeiros do governo (*apud* Alfredo Cecílio Lopes, *op. cit.*, pp. 222-223).

⁵¹ O indicado para o cargo era irmão do ex-Presidente Deodoro da Fonseca. Tal evento culminou com o pedido de exoneração de Serzedello Corrêa, então Ministro da Fazenda, como relembra Luis Wagner Almeida Santos: “*O acontecimento desagradou Floriano, que mandou chamar o Ministro da Fazenda, Serzedello Corrêa, perguntando se já havia no país quem mandasse mais do que ele, em alusão ao Tribunal. Serzedello respondeu com tranqüilidade: ‘Não. Superior a V.Ex.^a, não. Quando V.Ex.^a está dentro da lei e da Constituição, o Tribunal cumpre as suas ordens. Quando V.Ex.^a está fora da lei e da Constituição, o Tribunal lhe é superior. Reformá-lo, não podemos. O meu colega não podia criar lugar para dar a Pedro Paulino. Só o Congresso poderia fazê-lo. Portanto, o que realizou foi ilegal.’ Floriano, pouco depois, enviou ao Ministro minuta de decreto modificando o sistema de registro, impondo ao Tribunal o registro sob protesto. Em famosa correspondência datada de 27 de abril de 1893, dirigida a Floriano Peixoto, Serzedello, em defesa do Tribunal, demitiu-se da Pasta, dando o Tribunal como ‘...um recurso que tinha eu contra os meus próprios erros.’ E completou: ‘Esses decretos anulam o Tribunal de Contas, o reduzem a simples chancelaria do*

A primeira reforma da regulamentação do Tribunal de Contas ocorreria em 1896, com a edição de sua Lei Orgânica (Decreto-Legislativo nº 392). Cuidou ela de disciplinar detalhadamente a organização e composição do órgão, mantendo as suas competências fiscalizatórias, assim como as menções à natureza *jurisdicional* de suas decisões⁵².

A principal modificação se deu no sistema de fiscalização. O controle prévio com veto absoluto deu lugar ao controle prévio e registro sob protesto combinado com o exame *a posteriori*. Desse modo, se o ato em exame fosse entendido como irregular, o Tribunal recusaria o seu registro, comunicando o respectivo Ministro de Estado. Este, se discordasse, submeteria o caso ao Presidente da República, que poderia ordenar a sua prática, com o que o Tribunal registraria o ato sob protesto, dando conhecimento ao Congresso Nacional. Além disso, o Decreto elencou os atos que ficariam submetidos ao controle *a posteriori*⁵³.

Em 1911 foi editado o Decreto-Legislativo nº 2.511, que regulou o procedimento de exame, pela Corte de Contas, da prestação de contas anuais do Presidente da República ao Congresso Nacional. Caberia ao Tribunal de Contas emitir parecer prévio em relação às referidas contas, de modo a subsidiar a decisão do Congresso Nacional⁵⁴, em sistema semelhante ao previsto em nossa Constituição atual (artigo 71, I).

O Decreto ainda inovou ao estabelecer disciplina específica para os contratos administrativos. Uma vez assinado o contrato, este deveria ser publicado na imprensa oficial e remetido ao Tribunal de Contas, tudo no prazo máximo de 10 dias. Caberia à Corte de

Ministério da Fazenda, tiram-lhe toda a independência e autonomia, deturpam os fins da instituição, e permitirão ao Governo a prática de todos os abusos e vós os sabeis — é preciso antes de tudo legislar para o futuro. Pelo que venho de expor, não posso, pois, Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor. (SANTOS, Luis Wagner Almeida. *As sementes do controle externo nas bases do pensamento do 'Águia de Haia'*. Prêmio Serzedello Corrêa – 1999 – Monografias vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 2000, p. 166)

⁵² Cf. “Art. 2º - *O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e as matérias sujeitas à sua competência; abrange todos os responsáveis por dinheiros, valores e material pertencentes à República, ainda mesmo que residam fora do país. Agindo como Tribunal de Justiça, as suas decisões definitivas têm força de sentença judicial.*”

⁵³ Eram eles, taxativamente, de acordo com o art. 2º, §6: (i) as despesas com o pagamento de letras do tesouro, e de quaisquer títulos da dívida flutuante e dos juros devidos; (ii) as despesas miúdas e de expediente das repartições; (iii) as operações de crédito autorizadas em lei; (iv) os suprimentos de fundos para compra de gêneros alimentícios, combustível e matéria prima para as oficinas de estabelecimentos públicos e para as estradas de ferro; e (v) as despesas feitas em período de guerra ou estado de sítio.

⁵⁴ O parecer do Tribunal de Contas consideraria a regularidade e exatidão das contas, opinando se, na execução do orçamento, o Poder Executivo observou as autorizações legislativos e preceitos da contabilidade pública (cf. §5º, art. 1º). Caso as contas não fossem aprovadas pelo Congresso, a consequência seria a instauração de processo de apuração de crime de responsabilidade, de que tratava o Decreto nº 27, de 1892.

Contas julgá-lo em até 15 dias. Findo este prazo sem julgamento, o contrato era tido como registrado, para todos os fins⁵⁵.

Em 1918, o Tribunal de Contas seria reorganizado por meio da Lei 3.454: foram criadas *delegações* do Tribunal junto às delegacias fiscais nos Estados e órgãos específicos⁵⁶; o seu corpo deliberativo, que antes possuía quatro membros, passou a compor-se de nove, que receberam o tratamento de Ministros (no lugar da antiga denominação de Diretores); duas Câmaras foram criadas, com competências materiais distintas; foi criado um corpo especial de auditores; dentre outras previsões.

Sob a égide da Constituição Federal de 1891, portanto, observa-se a efetiva instalação, organização e desenvolvimento das primeiras atribuições do Tribunal de Contas no Brasil.

Apesar de o texto constitucional ter destinado apenas um dispositivo à Corte de Contas, pelo qual deveria o órgão somente “liquidar as contas da receita e despesa, e verificar a sua legalidade, antes de serem restadas ao Congresso”, a legislação infraconstitucional, por meio de sucessivas reformas, estabeleceu: (i) a sua composição por nove ministros; (ii) a sua estrutura, ao final dividida em quatro corpos – deliberativo, especial, instrutivo e Ministério Público; (iii) a sua função judicante, o que obviamente gerou muitos debates acerca da constitucionalidade da previsão; (iv) procedimentos específicos de fiscalização voltados ao exame de contratos administrativos, prestação de contas anuais do Presidente da República, dentre outros; (v) o sistema de fiscalização, cujo controle prévio com veto absoluto inicialmente concebido pelo Decreto nº 1.166, de 1892, de estilo italiano, foi substituído pelo controle prévio com veto sob protesto, inspirado no sistema belga.

No período compreendido entre 24/10/1930 – em que ocorreu o *Golpe de 1930* – e a promulgação da Constituição de 1934, o Brasil foi governado por decretos, sendo revogada a Constituição de 1891. Sob tal regime, o registro prévio das despesas feito pelo Tribunal de Contas deu lugar ao exame *a posteriori*, feito no mês subsequente ao da ocorrência (Decreto

⁵⁵ É o que dizia o seu artigo 5º. O mesmo dispositivo ainda estabelecia que se o Poder Executivo não encaminhasse o contrato ao Tribunal, o representante do Ministério Público provocaria o órgão para tanto, em petição instruída com a respectiva publicação da assinatura do contrato no Diário Oficial. Além disso, caso o Tribunal recusasse o registro do contrato, poderia o Presidente da República ordenar a sua prática, sem prejuízo de futuro exame da situação pelo Congresso Nacional.

⁵⁶ A instalação efetiva das delegações somente veio a ocorrer em 1922, com o Decreto nº 15.770, que determinou a sua organização. Como observa Alfredo Cecilio Lopes, “*desde muito que se reclamava o funcionamento dessas representações do Tribunal de Contas, porquanto, sem elas, era impossível fiscalizar-se o emprego dos dinheiros públicos distribuídos às Delegacias Fiscais e outras estações fazendárias. Clamava-se contra o absurdo de serem fiscalizados os ordenadores primários, os Ministros, e não o serem os ordenadores secundários, deles subalternos. Por isso, a instalação das Delegações foi considerada valiosa medida para o aperfeiçoamento da atividade fiscalizadora do Tribunal*” (op. cit., p. 229).

nº 19.799, de 27/03/1931). Outros decretos editados nesse interregno reduziram as atribuições, composições e estrutura do Tribunal de Contas, fragilizando a sua ação fiscalizadora. O restabelecimento de suas funções e estrutura somente se daria a partir da promulgação da Constituição de 1934.

2.1.3. O Tribunal de Contas na Constituição de 1934

A Constituição Federal de 1934 disciplinou a atividade do Tribunal de Contas em seus artigos 99 a 102, constantes do Capítulo VI, que tratava dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais⁵⁷.

Incumbiria ao órgão “acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos” (artigo 99)⁵⁸. Cabe aqui a primeira observação, consistente no emprego do verbo *julgar* ao tratar do exame das contas. Em que pese já não fosse novidade a função judicante do Tribunal de Contas em razão da competência que se lhe atribuíram a legislação infraconstitucional, a Constituição anterior, de 1891, limitava-se a dizer competir ao órgão “liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”. Tal atividade do órgão, portanto, passou a ter esteio constitucional, encerrando, com isso, as discussões quanto à constitucionalidade de tal função.

De acordo com o artigo 100, a nomeação dos Ministros da Corte seria feita pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal, tendo eles as mesmas garantias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Foi destinado, ainda, um dispositivo específico para tratar dos contratos administrativos. Estabelecia o *caput* do artigo 101 que os contratos que interessassem à receita ou à despesa, só se reputariam perfeitos e acabados após registro pelo Tribunal de Contas. Em caso de recusa do registro, o contrato ficaria suspenso até pronunciamento do Poder Legislativo. É o que se denominou à época de veto *suspensivo*⁵⁹, cuja sistemática

⁵⁷ Além do Tribunal de Contas, constaram no referido capítulo, como *Órgãos de Cooperação*, o Ministério Público (arts. 95 a 98) e os Conselhos Técnicos incumbidos de assistir os Ministérios do Poder Executivo (art. 103).

⁵⁸ A Lei nº 156, de 24 de dezembro de 1935 (Lei Orgânica do TCU), regulamentando o art. 99, estabeleceu possuir ao Tribunal de Contas “jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, abrangendo todos os responsáveis por dinheiro, valores e material pertencentes à nação, ou pelas quais este responda, ainda mesmo que exerçam suas funções, ou residam, no exterior; bem como os herdeiros, fiadores e representantes dos ditos responsáveis” (art. 21).

⁵⁹ A Lei Orgânica do TCU, de 1935, detalhou no artigo 28 o procedimento de exame de contratos da seguinte forma: 1) Os contratos deveriam ser publicados na imprensa oficial e remetidos ao Tribunal no prazo máximo de dez dias úteis a contar de sua assinatura; se não fosse feita a remessa nesse prazo, o Ministério Público junto

substituiu o antigo registro sob protesto dos contratos estabelecido no Decreto-Legislativo nº 2.511, de 1911.

O registro prévio ficou estendido, ainda, a qualquer ato da Administração Pública de que resultasse obrigação de pagamento pela Fazenda Pública (artigo 101, §1º).

Caso houvesse a recusa do registro de contrato ou ato administrativo por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, o veto do Tribunal de Contas seria absoluto e definitivo. Na hipótese de a recusa ter outra motivação, a despesa respectiva poderia ocorrer mediante autorização do Presidente da República, com registro sob reserva do Tribunal de Contas e comunicação à Câmara dos Deputados (§2º).

O controle, portanto, era prévio. E coexistiam dois tipos de veto: o relativo, como regra geral; e o absoluto, em caráter excepcional nas hipóteses especificadas.

A Constituição Federal de 1934, como se observa, manteve a sistemática de fiscalização preventiva então vigente até 1930, instituída pela legislação ordinária. Inovou, contudo, não apenas ao erigir tal sistemática como preceito constitucional, mas especialmente ao criar hipóteses em que o veto do órgão seria absoluto (falta de saldo no crédito ou imputação a crédito impróprio) e ao fixar o veto suspensivo para os contratos administrativos, caso em que a palavra final caberia ao Poder Legislativo. Neste aspecto, o sistema de controle se tornou um tipo misto ou intermediário entre o belga e o italiano.

O texto constitucional ainda estabeleceu a atribuição de a Corte de Contas dar parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas anuais que o Presidente da República deveria prestar à Câmara dos Deputados (artigo 102). A introdução desta importantíssima função do órgão também não era novidade, na medida em que prevista originalmente em lei ordinária

ao Tribunal de Contas promoveria o seu exame mediante petição acompanhada da respectiva publicação do Diário Oficial; 2) O Tribunal tinha então prazo de quinze dias úteis para registro contados da data de sua entrada, salvo se houvesse interrupção por diligência determinada pelo Tribunal; 3) Negado o registro pelo Tribunal, a execução do contrato ficava suspensa até pronunciamento do Poder Legislativo; 4) Permitia-se à autoridade que teve o registro de seu contrato negado apresentar pedido de reconsideração no prazo de quinze dias úteis da decisão do Tribunal, que tinha o mesmo prazo para apreciá-lo; 5) A comunicação da recusa de registro deveria ser feita à Câmara dos Deputados em até cinco dias úteis; e 6) Exceto nas hipóteses de veto absoluto (falta de saldo ou imputação a crédito impróprio), o Poder Legislativo poderia relevar a recusa do registro se entendesse conveniente, em um juízo político, aos interesses da nação. Isto não prejudicaria eventual responsabilização dos agentes responsáveis pelo ato.

O § 8º, do artigo 28, estabelecia ainda interessantes parâmetros de exame dos contratos. Deveriam ser observados os seguintes requisitos: (i) terem sido lavrados nos ministérios ou repartições competentes; (ii) se foram celebrados por autoridade competente para a execução dos serviços permitidos em lei e dentro do quantitativo e duração dos créditos, à conta dos quais deva correr a despesa; (iii) se guardam conformidade com as condições estabelecidas na lei para os serviços, obras e fornecimentos; e (iv) se respeitam as disposições da legislação fiscal e de direito comum no que lhes forem aplicáveis.

(Decreto-Legislativo nº 2.511, de 1911). Isto, contudo, não diminui o avanço consistente na alçada dessa competência ao texto constitucional⁶⁰.

Como bem observou Themistocles Cavalcanti, ao discorrer sobre o regime jurídico do Tribunal de Contas na Constituição de 1934, o texto consubstanciou as reivindicações dos que propugnavam pelo prestígio do órgão e a ampliação de suas funções em consonância com suas verdadeiras finalidades. Em arremate, disse o autor o seguinte:

Quer quanto ao registro prévio das despesas, quer quanto ao exame prévio e à suspensão da execução dos contratos, quando negado o seu registro pelo Tribunal de Contas, ficaram vitoriosos os princípios salutareos dos que viam no Tribunal de Contas uma organização independente, embora colaboradora do Congresso e da administração, na moralidade dos contratos e boa ordem da contabilidade financeira do Estado.⁶¹

2.1.4. O Tribunal de Contas na Constituição de 1937

Em 10/11/1937, deu-se o golpe de Estado que criaria o chamado “Estado Novo” e culminaria na revogação da Constituição de 1934. Em seu lugar, foi outorgada pela Presidência da República a Constituição de 1937, conhecida como Constituição “Polaca” – dada a sua inspiração fascista, tal qual a Carta Magna polonesa de 1935 –, vigente até 1945. O período foi marcado pelo autoritarismo, censura e centralização do poder pelo Presidente da República, o que obviamente refletiu no texto constitucional.

Nesse contexto, não era de se esperar um aprimoramento do controle exercido pelo Tribunal de Contas, e sim o seu enfraquecimento e redução de funções, o que de fato se verificou a partir do que dispôs o artigo 114 da referida Carta, único dispositivo a tratar do órgão. Tal artigo estava inserido no capítulo referente ao Poder Judiciário, embora deste não fizesse parte, fato este sintomático não apenas da atecnia na estruturação de seu texto, mas também da pouca atenção que se deu ao órgão.

Segundo o seu texto, seria *instituído* um Tribunal de Contas para acompanhar a execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e a legalidade dos contratos celebrados pela União. Os seus membros seriam nomeados pelo

⁶⁰ Comentando tal dispositivo, Alfredo Cecilio Lopes sustenta ser esta uma das tarefas principais do Tribunal de Contas, na medida em que “*efetiva a sua atividade precípua de auxiliar do poder legislativo na tomada de contas do poder executivo, característica própria dos regimes democráticos. Somente nos hiatos criados pelos governos ditatoriais é que se não verifica o exercício dessa atribuição do Tribunal de Contas, coroamento de sua obra contrasteadora, porque aos ditadores repugna a prestação das contas da gestão dos dinheiros públicos, que julgam, como os monarcas absolutos, fazenda própria*”. (op. cit., pp. 248-249)

⁶¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*, Vol. II, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1952, p. 201.

Presidente da República, assegurando-se aos seus Ministros as mesmas garantias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A primeira observação a ser feita diz respeito ao verbo *instituir* empregado no dispositivo, que deixava claro o intuito de criação de um *novo* Tribunal de Contas e não a manutenção do existente. Esta intenção se confirmou com o advento do Decreto-lei nº 7, de 17/11/1937, que estabeleceu a manutenção do Tribunal de Contas existente, com regras específicas discriminadas em seus respectivos artigos, até que fosse efetivamente criado e regulado o novo órgão. Em 1938 foi então editado o Decreto-lei nº 426, representando a Lei Orgânica que regeria o Tribunal de Contas instituído pela Carta de 1937.

Outro apontamento a ser realizado diz respeito à exclusão, do texto constitucional, da função de elaborar parecer prévio às contas anuais da Presidência da República prestadas ao Congresso Nacional. Embora trágica, sob o prisma da transparência e do devido controle da Administração Pública, a omissão não surpreende, tendo em vista o contexto autoritário em que outorgada a Constituição⁶².

No que diz respeito à nomeação e garantia dos Ministros, a Carta de 1937 não diferiu da de 1934, assegurando a independência de seus membros ao manter a sua equiparação com os Ministros do Supremo Tribunal Federal. A única alteração consistiu na desnecessidade de aprovação do Senado Federal às nomeações de Ministros pelo Presidente da República. Com isto, passou o Chefe do Executivo a ter competência exclusiva na nomeação dos membros da Corte de Contas, em linha com o perfil centralizador e autoritário do então regime.

Coube ao Decreto-lei nº 426, de 1938, que instituiu a nova Lei Orgânica do Tribunal, organizar e disciplinar o novo Tribunal de Contas. Em linhas gerais, a nova norma conservou as disposições da antiga Lei Orgânica (Lei nº 156, de 1935) relacionadas ao funcionamento e processo de tomada de contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. No tocante ao sistema de fiscalização, contudo, as alterações foram significativas, deixando evidente o objetivo de limitação ao controle prévio até então exercido pelo órgão.

Eliminou-se o veto absoluto consagrado na Constituição de 1934 na hipótese de crédito impróprio. Desse modo, ainda que a Corte de Contas verificasse tal ocorrência e

⁶² A prestação de contas do Presidente ao Poder Legislativo veio a ser prevista pela nova Lei Orgânica do Tribunal (artigo 20, § 5º, do Decreto-lei nº 426, de 1938), o que não afastou o retrocesso da omissão constitucional, tendo em vista a facilidade que se teria, via lei ordinária, para se derrogar ou alterar tal obrigação.

recusasse o respectivo registro, o Presidente da República poderia determinar a realização da despesa (artigo 40).

O Decreto-Lei nº 426 ainda estabeleceu espécies de despesas que não se sujeitariam ao controle preventivo do Tribunal de Contas, mas sim a um exame *a posteriori*, a ser feito a partir de trinta dias da ocorrência do ato (artigo 35). Foram elas: (i) As despesas realizadas à conta de créditos que não estiverem “em ser” no Tribunal; (ii) As despesas relativas a vencimentos e ajudas de custo dos funcionários, as de pensionistas que solicitarem o pagamento em estação diversa daquela em que recebiam e as de funeral dos contribuintes do montepio civil e militar; (iii) As despesas com o pagamento de letras, bilhetes e promissórias do Tesouro e de quaisquer títulos das dívidas consolidada e flutuante, e dos juros respectivos; (iv) As operações de crédito autorizadas em lei; e (v) As despesas extraordinárias que se tiverem de realizar ao estado de guerra ou de emergência.

Tal abertura à fiscalização *a posteriori* implicou em inúmeros abusos por parte dos agentes responsáveis por despesas, gerando muitas críticas à ineficácia e à inoperância a que foi levada a atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas⁶³. O controle *a posteriori*, que deveria ser exceção, passou a ser a regra em tal regime. Desse modo, pode-se dizer que o sistema de fiscalização no bojo da Constituição de 1937 caracterizou-se como um misto entre os sistemas belga e francês, mais tendente para este último dado o controle majoritariamente *a posteriori*. Ao mesmo tempo, houve um afastamento da influência do sistema italiano, dadas as limitações ao registro prévio com veto absoluto.

2.1.5. O Tribunal de Contas na Constituição de 1946

A Constituição de 1946 foi promulgada logo após a queda do Estado Novo e teve o mérito de restabelecer os valores democráticos e republicanos da Constituição de 1934. Nesse sentido, voltou a ser dado o devido tratamento constitucional ao Tribunal de Contas,

⁶³ Confira-se, a respeito, o entendimento de Alfredo Cecilio Lopes: “[De acordo com o Decreto-lei nº 426] não dependiam de registro prévio do Tribunal de Contas ‘as despesas realizadas à conta de créditos que não estiverem ‘em ser’ no Tribunal ou suas delegações’. Ora, créditos ‘em ser’ são os não distribuídos, aqueles que se acham sem destino. De maneira que os créditos que não se encontrassem em tal situação no Tribunal, vale dizer, os distribuídos ao Tesouro ou às tesourarias ministeriais e repartições, estariam isentos do registro prévio do Tribunal. E como o poder executivo, através de decretos-leis, podia operar tais distribuições, escancarava-se a porta ao abuso, as despesas que corriam por esses créditos distribuídos eram efetuadas antes do contraste do Tribunal, que não tinha, por lei, outra alternativa senão proceder, ulteriormente, ao registro ‘a posteriori’ dessas despesas, ou à tomada de contas aos responsáveis”. (op. cit., pp. 259-260).

que pela primeira vez foi inserido no capítulo dedicado ao Poder Legislativo (Capítulo II, Seção VI – Do Orçamento)⁶⁴.

Foram mantidas as garantias aos Ministros da Corte, bem como a sua nomeação pelo Presidente da República. Retornou ao texto, além disso, a necessidade de prévia aprovação do Senado Federal, procedimento democrático suprimido no regime da Constituição anterior. Também se garantiu a autonomia interna do órgão, em linha com o princípio da independência da magistratura⁶⁵.

As competências do Tribunal de Contas foram fixadas no artigo 77. Além das atribuições já constantes das Constituições anteriores, como (i) a fiscalização da execução orçamentária, (ii) o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, (iii) o registro prévio de contratos que interessem à receita ou à despesa, e (iv) o registro de atos administrativos de que resultem obrigações de pagamento; foi restabelecido no texto constitucional o exame das contas anuais do Presidente da República prestadas ao Congresso Nacional, função esta silenciada na Constituição de 1937.

Foi ainda acrescida nova competência, consistente no julgamento da legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões (artigo 77, II). Os demais atos da Administração Pública que implicassem em obrigação de pagamento seriam submetidos a registro prévio ou posterior, de acordo com o que a lei estabelecesse (artigo 77, §2º)⁶⁶. Desse modo, abriram-se as portas para a fiscalização *a posteriori*, que viria ganhar corpo nas décadas seguintes.

⁶⁴ Apesar de a Corte de Contas ter integrado o capítulo referente ao Poder Legislativo, a hoje conhecida expressão “*órgão auxiliar do Poder Legislativo*” não foi utilizada na Constituição de 1947. A primeira alusão ao ente como órgão auxiliar do Poder Legislativo foi feita por sua Lei Orgânica, editada dois anos após a nova Carta (Lei nº 830, de 1949). Assim dizia o respectivo artigo 1º: “*O Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização da administração financeira da União, especialmente na execução do orçamento, tem sua sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional*”.

⁶⁵ O § 1º, do artigo 76, da Constituição de 1946, previu que os Ministros do Tribunal de Contas “*terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juizes do Tribunal Federal de Recursos*”. Em seguida, o § 2º estatui que o órgão exercerá “*as atribuições constantes do art. 97, e terá quadro próprio para o seu pessoal*”. O artigo 97, integrante do capítulo referente ao Poder Judiciário, fixa poderes garantidores de autonomia interna dos Tribunais, pelos quais lhes são garantidos: (i) eleger seus presidentes e demais órgãos de direção; (ii) elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares; (iii) propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; (iv) conceder licença e férias, nos termos da lei, aos seus membros.

⁶⁶ A Lei nº 830, de 1947 (Lei Orgânica do TCU), regulamentou tal dispositivo, elencando os casos de despesa sujeitos a registro “*a posteriori*”. Eram eles (art. 67): “I – salário e salário família do pessoal extranumerário diarista e tarefeiro; II – gratificação de representação; III – gratificação de representação de gabinete; IV – ajuda de custo; V – diárias; VI – substituições; VII – recepções, excursões, hospedagens e homenagens; VIII – aposentadoria do pessoal extranumerário, na parte referente à dotação orçamentária; IX – gratificação por exercício em zonas ou locais insalubres e por trabalho com risco de vida ou de saúde; X – auxílio para funeral; XI – auxílio para fardamento; XII – comissões e despesas no exterior; XIII – custeio e execução da lei do serviço militar; XIV – salário a presos”.

Por fim, voltou a existir o veto absoluto do Tribunal de Contas nas hipóteses de falta de saldo no crédito ou imputação a crédito impróprio, previsto na Constituição de 1934 e mitigado pela de 1937. Nas demais hipóteses, a recusa ao registro pela Corte de Contas poderia ser afastada, realizando-se a despesa, após despacho do Presidente da República.

Como se observa, a Constituição de 1946 estatuiu a coexistência de três sistemáticas clássicas de controle, quais sejam: (i) o controle prévio com veto absoluto nas hipóteses específicas de falta de saldo no crédito ou imputação a crédito impróprio; (ii) o controle prévio com veto relativo (no caso de atos que gerem despesa, passível de superação por decisão do Presidente da República e, no caso de contratos, suspensão até que o Congresso Nacional dê a palavra final); e (iii) o controle posterior, para os casos definidos em lei.

Adotou-se, portanto, um sistema híbrido, contemplando elementos dos três tipos alienígenas que influenciaram não apenas a criação do Tribunal de Contas no início da República como as Constituições que se sucederam desde então. Do sistema francês, a fiscalização *a posteriori*; do italiano, o controle prévio com veto impeditivo; e do belga, o controle prévio com registro sob protesto.

2.1.6. O Tribunal de Contas na Constituição de 1967

A Constituição de 1967 operou relevantes avanços no sistema fiscalizatório do Tribunal de Contas, ainda que isto pareça paradoxal diante do contexto histórico em que inserida (regime militar) e do tom que pautou o seu texto, voltado para um Poder Executivo hipertrofiado, centralizador e com expressivo controle sobre os demais poderes.

A Corte de Contas permaneceu no capítulo referente ao Poder Legislativo, alocada especificamente na Seção VII – Da Fiscalização Financeira e Orçamentária, cujo sistema passou por grande reformulação, mediante a instituição de controles externo e interno, este último mantido pelo Poder Executivo.

Quanto ao controle externo financeiro e orçamentário da União, seria ele exercido pelo Congresso Nacional, *com o auxílio* do Tribunal de Contas. Embora a caracterização como *órgão auxiliar* do Poder Legislativo não fosse novidade, dado que constou pela primeira vez na Lei nº 830, de 1949 (Lei Orgânica do TCU, editada sob a égide da Constituição de 1937), foi na Constituição de 1967 que a expressão se consagraria, repetindo-se posteriormente em nossa Carta atual, de 1988.

Cotejando a Constituição de 1967 com as anteriores, mudança significativa a ser observada diz respeito à abolição do controle prévio dos atos geradores de despesas e

contratos. O registro prévio de atos e contratos criado nos idos da República por leis ordinárias e que posteriormente seria alçado à categoria de preceito constitucional na Carta de 1934, deixou de existir a partir da nova Constituição. Em contrapartida, foi atribuído ao Tribunal de Contas o exercício da *auditoria* financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas dos três poderes da União (§§1º e 3º, artigo 71). A instituição das auditorias potencializou à Corte um alcance mais amplo de sua fiscalização sobre a Administração Pública.

Verificada ilegalidade de qualquer despesa, passou o órgão a ter, ainda, o poder de assinar prazo para que a Administração Pública adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Em caso de não atendimento, o Tribunal poderia *sustar* a execução do respectivo ato. Esta nova atribuição, exercida no curso de auditorias financeiras e orçamentárias, conferiu um grande salto de eficácia do exercício de controle a cargo do órgão, na medida em que viabilizou a realização de fiscalizações *concomitantes* à atividade administrativa.

A eficiência do controle *concomitante* às atividades desenvolvidas pela Administração decorre da possibilidade de se identificar distorções durante ou muito proximamente à sua ocorrência, viabilizando assim correções imediatas. O exame prévio das despesas e dos contratos que até então era feito pelo Tribunal de Contas na forma dos registros prévios, apesar de ser antecedente ao ato, não tinha o mesmo alcance. Era tido como um controle formal, protocolar e burocrático, de pouca efetividade⁶⁷.

2.2. O Tribunal de Contas na Constituição de 1988

O regime jurídico do Tribunal de Contas está assentado na Seção IX, do Capítulo I (Do Poder Legislativo), do Título IV (Da Organização dos Poderes) da Constituição da República de 1988. Nos artigos 70 a 75 foram estabelecidas a *organização* da Corte de Contas (artigo 73 e 75), a sua *independência financeira, administrativa e funcional*, em semelhança aos Tribunais do Poder Judiciário (artigo 73, *caput*, c/c artigo 96, I, e 75), bem como as suas *funções* (artigo 71, 74, §§1º e 2º, e 75).

Quanto à *organização* do Tribunal de Contas, a Carta de 1988 fixa o seguinte modelo de provimento dos nove cargos de Ministro que o integram: um terço (três ministros) pelo

⁶⁷Cf. ARAUJO, Julio Cesar Manhães. *Controle da Atividade Administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 132.

Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo um deles indicado livremente pelo Chefe do Executivo e os outros dois, alternadamente, dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal; e os dois terços restantes (seis ministros) de escolha direta do Congresso Nacional. Em ambos os casos deverão ser cumpridos os requisitos previstos no § 1º, do artigo 73⁶⁸.

A Constituição estende aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, assim como dos Tribunais de Contas dos Municípios, as normas quanto ao sistema de fiscalização, organização e composição do Tribunal de Contas da União. Cabe às Constituições estaduais disciplinar as Corte de Contas respectivas, que deverão ser integradas por sete Conselheiros⁶⁹.

A autonomia *administrativa* do Tribunal de Contas é garantida ao se atribuir ao órgão as mesmas prerrogativas dos Tribunais do Poder Judiciário previstas no artigo 96 da Constituição Federal. Nesse sentido, compete ao Tribunal de Contas, por exemplo, eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, incluindo disposições sobre o funcionamento e organização de seus órgãos internos, secretarias e serviços auxiliares; prover os cargos necessários à sua administração; conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e servidores; e propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos e a fixação de subsídio de seus membros⁷⁰.

Por sua vez, a autonomia *funcional* é assegurada ao Tribunal de Contas por meio da atribuição aos Ministros das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, o que é estendido ao auditor que estiver em substituição a Ministro. A teor do artigo 95 da Constituição Federal, são suas

⁶⁸ “Art. 73. ...§ 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.”

⁶⁹ Apesar de o modelo federal ter de ser seguido pelos Estados e pelos Municípios, o Tribunal de Contas da União não se configura como uma instância recursal das decisões dos demais Tribunais de Contas das unidades federadas, na medida em que o sistema é federativo e estanque, não hierarquizado. Cada Tribunal de Contas é competente no âmbito da unidade federativa em que se encontra instalado (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, P. 449).

⁷⁰ Sobre o tema, assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 4.418: “As cortes de contas seguem o exemplo dos tribunais judiciais no que concerne às garantias de independência, sendo também detentoras de autonomia funcional, administrativa e financeira, das quais decorre, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento, conforme interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, da CF.” (STF, ADI 4418, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15/12/2016)

garantias, portanto, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio. Os *impedimentos* são os seguintes: exercer outro cargo ou função, exceto o magistério; receber participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas; e exercer a advocacia no Tribunal antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Já a autonomia *financeira*, entendida como a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão dos recursos destinados a prover as atividades do órgão, também é atribuída ao Tribunal de Contas. Como bem observa Hugo Nigro Mazzili, “a autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como são o Ministério Público e os Tribunais de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência financeira de outro órgão controlador de suas dotações”⁷¹.

No que se referem às *funções*, a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente as atribuições e os poderes do Tribunal de Contas. As mudanças podem ser esquematizadas, para fins didáticos, como sendo de quatro ordens:

- (i) *Extensão do alcance do sistema de fiscalização*. Além da fiscalização financeira e orçamentária, previstas na ordem constitucional anterior, o órgão passou a ser competente pela fiscalização *contábil, operacional e patrimonial* da União e das entidades da administração direta e indireta⁷².
- (ii) *Inclusão de outros parâmetros de controle*. Antes reduzida à verificação da legalidade e da regularidade formal das despesas, a fiscalização passou a ter como referência e a examinar, também, a *legitimidade* e a *economicidade* dos atos⁷³.
- (iii) *Ampliação do rol de responsáveis sobre os quais o controle se exerce*. A ordem constitucional anterior estabelecia competir ao órgão o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. A Constituição atual estendeu a responsabilidade aos gestores da

⁷¹ MAZZILI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 61.

⁷² De se destacar a fiscalização *operacional*, que permite ao Tribunal apreciar a eficiência, a eficácia e a economicidade dos atos de gestão praticados. Trata-se de um controle, nos dizeres de Jair Lins Neto, que permite medir “a relação custos incorridos X benefícios recebidos”, representando “o mais alto estágio do sistema de controle” (NETO, Jair Lins. Tribunal de Contas: sempre combatido, nunca conhecido. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 200, abr./jun.1996, p. 79).

⁷³ A ação do Tribunal era restrita à verificação da exatidão das contas. Se os atos praticados pelos responsáveis se harmonizassem às normas legais e regulamentares, em tese estes não poderiam sofrer qualquer censura, por mais prejudiciais e antieconômicos que pudessem ser os resultados. Daí a evolução que a introdução dos novos parâmetros representou para o sistema de fiscalização do controle externo.

administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público⁷⁴, assim como àqueles que causarem prejuízo ao erário, no que podem ser incluídas pessoas física e jurídica privada⁷⁵.

- (iv) *Acréscimo de novas competência à Corte de Contas.* A Constituição de 1967 atribuía ao Tribunal de Contas as seguintes funções: a) apreciação de contas do Presidente da República; b) realização de auditoria financeira e orçamentária; c) julgamento das contas dos responsáveis por bens e valores públicos; d) julgamento da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões; e, e) caso verificada ilegalidade, assinatura de prazo para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, podendo sustar o ato na hipótese de não atendimento.

A Constituição de 1988, além de manter estas competências, acresceu as seguintes:

- f) apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título; g) realização de auditorias de natureza contábil, operacional e patrimonial; g) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe; h) 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; i) prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional sobre a fiscalização e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; j) aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei; e k) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Como se observa, não foram poucas nem singelas as alterações do regime jurídico do Tribunal de Contas introduzidas pela Constituição Federal de 1988. Houve um alargamento sem precedentes de suas missões, assim como dos instrumentos passíveis de utilização no exercício de seu controle e respectivo espectro de sujeitos passíveis de responsabilização. Nunca os Tribunais de Contas Brasileiros dispuseram de competências

⁷⁴ Como assinala Caio Tácito, “o alcance do controle do Tribunal de Contas dilatou-se, sensivelmente, na medida em que passou a alcançar as múltiplas empresas estatais, assim como o acompanhamento da aplicação dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios”. (TÁCITO, Caio. A moralidade administrativa e a nova lei do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo. v. 190. out./dez., 1992, p. 80)

⁷⁵ Observe-se que a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, alterou o parágrafo único do artigo 70 para expressamente incluir as pessoas jurídicas de direito *privado* no elenco dos obrigados a prestar contas na hipótese de utilização, guarda, gerenciamento ou administração de bens e recursos públicos. Eis o texto: “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, assumo obrigações de natureza pecuniária”.

constitucionais tão amplas e incisivas, para desempenho de sua missão, inclusive com listagem taxativa de competências no texto constitucional⁷⁶.

E é com esta noção de amplitude das atribuições e do alcance das fiscalizações conferida ao órgão pela Carta de 1988, que passaremos à fase seguinte deste trabalho, lançando-nos ao estudo do processo no Tribunal de Contas – instrumento por meio do qual as suas atividades são exercidas.

⁷⁶ Cf. Guallazzi. Ainda segundo o autor, comparando-se à Carta anterior, “a atual Constituição do Brasil, de 1988, apresenta notável evolução, no sentido de fortalecer e dignificar, jurídica e politicamente, a atividade de controle externo, concentrando-a nos Tribunais de Contas: neste aspecto, a Constituição da República, de 1988, transpôs para a área de controle interno e externo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, que regem a Administração Pública Brasileira, de acordo com o art. 37 (caput) de nossa atual Carta Magna”. (GUALLAZZI, Eduardo. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 173.)

CAPÍTULO III: O PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS

No capítulo antecedente, objetivamos descrever o processo histórico que resultou na criação e na evolução do Tribunal de Contas no Brasil. Pudemos observar o adensamento progressivo e constante de suas atribuições a cada nova Carta Constitucional até que se chegasse à atual configuração, a partir de 1988. Esta, ao lado de novas competências, tem por característica a inclusão de novos parâmetros de controle, além da extensão do alcance da fiscalização e ampliação do rol de sujeitos controlados.

Tal quadro amplíssimo de atividades e de missões constitucionais tem reflexo direto nas espécies e no encaminhamento dos processos que o órgão instaura, visto que é por meio dos processos que ocorre o exercício de seu plexo de atribuições. Assim, este capítulo procurará identificar os diferentes tipos de processos existentes no Tribunal de Contas, segundo a sua orientação normativa, a fim de que, nos capítulos seguintes, seja possível compreender e examinar adequadamente a dimensão do devido processo legal no âmbito do órgão.

3.1. Antecedente necessário: a natureza jurídica *administrativa* das funções do Tribunal de Contas

Por muito tempo se discutiu sobre a natureza jurídica das funções do Tribunal de Contas, se seriam elas *jurisdicionais* ou não, especialmente por conta da atribuição constitucional de *julgar* contas dos responsáveis. Até hoje a questão não está pacificada pela moderna doutrina, embora majoritariamente esta classifique como *administrativa* a natureza jurídica das funções do órgão.

Importantes nomes já defenderam – e alguns ainda defendem – a ideia de que o Tribunal de Contas possuiria jurisdição própria e privativa acerca das matérias de sua competência – a natureza da função de *julgar* contas, portanto, seria *jurisdicional* e teria força de coisa julgada. Ainda de acordo com esta corrente, nas demais atribuições do Tribunal, seria ele auxiliar do Poder Legislativo.

Nesse sentido, entendia Castro Nunes que “as decisões proferidas na jurisdição constitucional de contas, que têm naquele Tribunal o seu órgão privativo, condicionam a instauração da ação penal e não podem ser revistas, quer no juízo penal, quer no juízo cível

da execução”⁷⁷. Na mesma linha, Pontes de Miranda apontava que “desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz a julgasse novamente depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de Contas julgava ou não julgava”.

Mencione-se ainda Seabra Fagundes, para quem a Corte de Contas seria investida no parcial exercício da função judicante:

Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo⁷⁸.

Autores mais recentes adotam semelhante posicionamento, como é o caso de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para quem o constituinte não teria empregado o vocábulo *julgar* displicentemente, havendo rigor científico na terminologia adotada, na medida em que “para algumas tarefas empregou-se o termo *apreciar*, em outras, *fiscalizar*, em outras, realizar inspeção e auditoria e apenas em um caso, *julgar*”. Ainda em defesa da ideia, aponta que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal “não veda que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão, não integrante do Poder Judiciário, ou, mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial”.

De modo mais contundente, Furtado argumenta que:

Os processos de contas que tramitam nos Tribunais de Contas obedecem aos trâmites e princípios próprios da atividade jurisdicional – tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com prazos para contestações, recursos etc. – e são julgados sob critérios objetivos, com

⁷⁷ Ainda segundo o autor, “o Tribunal de Contas estatui somente sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base de acusação. Não julga a este, não o condena nem o absolve, função da justiça penal. Fixa-lhe apenas a responsabilidade material, apurado o alcance. Outros aspectos da imputação pertencem por inteiro à justiça comum, que pode absolver o responsável alcançado, contanto que não reveja o julgado de contas, não negue a existência material da infração financeira. A jurisdição de contas é o juízo constitucional de contas. A função é privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. O Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para as rever, para apurar o alcance dos responsáveis, para os liberar. Essa função é ‘própria e privativa’ do Tribunal de Contas” (Teoria e Prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 30).

⁷⁸ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 170.

aplicação da técnica jurídica, submetendo-se condutas de pessoas à incidência das normas jurídicas, aplicando-se a lei mediante a subsunção de casos concretos aos tipos legais. Tais julgamentos são irretroatáveis, definitivos, tanto no âmbito administrativo quanto no judiciário, salvo vício de procedimento ou manifesta ilegalidade, produzindo, portanto, coisa julgada.

Não nos convence, para justificar a existência de suposta definitividade das decisões do Tribunal de Contas, o argumento de que nos processos de contas é observado o devido processo legal, incluindo as garantias ao contraditório, ampla defesa, julgamento objetivo, dentre outros princípios. Fosse assim, toda e qualquer decisão administrativa advinda de processo administrativo regulado pela Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal) seria irretroatável e definitiva, como o são as decisões judiciais transitadas em julgado, tendo em vista que a referida lei estabelece a obrigatoriedade, por parte da Administração, de observância das mesmas garantias na condução de seus processos.

Cabe, ademais, a seguinte indagação: em um processo de contas, ao responsável ou interessado a garantia do contraditório e da ampla defesa é efetivamente garantida?⁷⁹ Muito embora a LOTCU, agregada aos demais diplomas que disciplinam o processamento de feitos na Corte, prevejam a oportunização do contraditório e da ampla defesa aqueles que têm suas contas examinadas pelo órgão, deve-se lembrar que cabe ao responsável ou interessado defender-se contra pareceres técnicos exarados pelo mesmo órgão que examinará os seus argumentos e ao final decidirá. Em outras palavras: o Tribunal de Contas aponta determinada irregularidade em sua fiscalização, oportuniza o contraditório ao responsável, examina as razões de defesa deste, acolhendo-as ou não, para ao final ele mesmo decidir e em seguida apreciar eventual recurso contra sua decisão.

Diante dessa dinâmica – e apenas levando em consideração o aspecto de o mesmo órgão acusar, manifestar-se sobre a defesa, julgar e apreciar o respectivo recurso contra a sua decisão –, teria este órgão, em teoria, isenção e imparcialidade suficientes para se conferir caráter *definitivo* a esta decisão, como o são as decisões do Poder Judiciário? A resposta para nós é negativa, na medida em que, para fins de definitividade jurisdicional, há certa incompatibilidade lógica nessas atividades.

A ampla possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário das decisões do Tribunal de Contas, ademais, em hipótese alguma amesquinha a importância do seu papel em julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, nem tampouco reduz tal

⁷⁹ Esta mesma indagação é objeto do item V.4.7 deste trabalho, em que se trata da garantia constitucional do contraditório no âmbito do Tribunal de Contas e ao qual ora se remete.

função a “inútil formalismo”, como escreveu Seabra Fagundes. A fiscalização levada a cabo pelo Tribunal de Contas, bem como as suas conclusões, mediante decisão que eventualmente aponte irregularidades, identifique responsáveis e impute débitos, é detentora de legitimidade (como o são os atos administrativos) e de incontestável força, dada a tecnicidade de que se reveste. E isto certamente é levado em consideração pelo Poder Judiciário no momento em que syndica determinada decisão da Corte de Contas.

A corrente hoje majoritária, e com a qual nos filiamos, defende a natureza *administrativa* das funções do Tribunal de Contas, incluindo a de *julgar* as contas dos responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos, tendo em vista vigorar no Brasil o sistema de jurisdição una⁸⁰. Ao *julgar*, defende Fernando Facury Scaff que a Corte de Contas

⁸⁰ Em linha com este entendimento, Celso Antonio Bandeira de Mello argumenta que “*se o texto constitucional houvesse pretendido excepcionar a competência do Judiciário na matéria tê-lo-ia feito de modo claro e expreso, dando efeito de sentença às decisões do Tribunal de Contas que desejasse tivessem tal caráter. Ademais, como ao indicar as atribuições do Judiciário ou a competência de seus membros não excluiu as matérias supostamente adjudicadas à Corte de Contas, vê-se que não foi seu intento retirá-las de sua sede natural*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de. *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 71-72). Para José Afonso da Silva, “*não se trata de função jurisdicional, pois não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas*” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 755). Celso Ribeiro Bastos observa que “*a não-jurisdicionalidade das suas decisões fica manifesta quando se leva em conta que não cabe a eles julgar as pessoas. Bastam somente as contas. Ora, esta é uma decisão técnica. As contas podem ser tidas por regulares e irregulares, mas, para que haja atividade jurisdicional é necessário que estejam presentes as partes. Só pessoas são julgadas; conseqüentemente a atividade do Tribunal de Contas é de natureza técnica facilitadora da deliberação final pelo Legislativo*” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 89 e 90). Hely Lopes Meirelles, embora com concepção própria acerca da diferença entre função jurisdicional e judicial, alcança a mesma conclusão: “*Não se confunda jurisdicional com judicial. Jurisdição é atividade de dizer o direito, e tanto diz o direito o Poder Judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam a lei. Todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. É por isso que a jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa, estando suas decisões sujeitas a correção pelo Poder Judiciário quando lesiva de direito individual, como já foi sumulado pelo STF (Súmula 6) e reiteradamente decidido pela nossa Justiça*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Ed. atual. AZEVEDO, Eurico de Andrade. ALEIXO, Délcio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 764). Eduardo Gualazzi assinala que “*os Tribunais de Contas, no Brasil, emitem vereditos administrativos, mas não exercem jurisdição stricto sensu, privativa do Poder Judiciário*” (op. cit., p. 203). De acordo com J. Guimarães Menegale, “*preceito algum da Constituição confere, expressa ou implicitamente, função jurisdicional ao Tribunal de Contas por forma a equipará-lo, na competência ou nas prerrogativas, aos tribunais judiciários. A atribuição de ‘julgar contas de responsáveis por dinheiros e outros bens públicos’, assim como ‘da legalidade de contratos, reformas e pensões’, é, manifestamente de caráter técnico*”. (...) “*O Tribunal de Contas não substitui, por sua própria atividade, a atividade dos particulares na atuação da vontade da lei. Sua função de julgar não corresponde mais que a uma dessas hipóteses em que a administração julga de sua própria atividade, e tal não é a função dos tribunais judiciários, que julgam da atividade alheia*” (op. cit., p. 223 e 225). Alfredo Buzaid assevera que “*quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e a dos administradores dos entes autárquicos, é corporação administrativa autônoma*” (BUZOID, Alfredo. *O Tribunal de Contas do Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 62, 1967). Luciano Ferraz afirma que “*a competência prevista no art. 71, II, da CF/88, relativamente ao Tribunal de Contas, reveste-se, assim como as demais, de natureza meramente administrativa. Não faz coisa julgada matéria e sua exatidão aptidão ser*

exerce a função de *jurisdição administrativa*, no sentido de que diz o direito em última instância administrativa, sem, contudo, fazer coisa julgada. Em sua dicção, há que se ter “a necessária cautela com a expressão jurisdição administrativa pois esta não afasta a jurisdição prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição, que garante ao Poder Judiciário a análise de quaisquer lesões ou ameaça de lesão a direitos”⁸¹.

Carlos Ayres Britto reforça seu posicionamento contrário ao exercício de função jurisdicional do Tribunal de Contas indo além, para examinar, sob a ótica constitucional, outros aspectos da atividade judicante. Confira-se:

A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da Lex Legum; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código político de 1988. Note-se que os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo impulso externo ou non-ex-officio. Deles não participam advogados, necessariamente, porque a indispensabilidade dessa participação apenas se dá ao nível do processo judiciário (art. 133 da CF). Inexiste a figura dos “litigantes” a que se refere o inciso LV do art. 5º da Constituição. E o “devido processo legal” que os informa somente ganha os contornos de um devido processo legal (ou seja, com as vestes do contraditório e da ampla defesa), se alguém passa à condição de sujeito passivo ou acusado, propriamente.

Por sua vez, Maria Sylvia Di Pietro obtempera a compreensão acerca da natureza puramente administrativa das funções do Tribunal de Contas para conferir às suas decisões característica peculiar, na medida em que, se é possível afirmar que estas não se igualam a decisão jurisdicional, na medida em que também sujeitas ao controle do Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa: “ela se coloca em meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas, qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da Administração Pública, mesmo no nível máximo da Chefia do Poder Executivo”⁸².

Frente a tudo o que se expôs e às lições dos autores citados, concluímos ser *administrativa* a natureza das funções do Tribunal de Contas. As suas decisões não são

questionada em face do Poder Judiciário” (FERRAZ, Luciano. Tribunal de Contas – Controle de Serviço Concedido. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005, p. 174).

⁸¹ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 450.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada – Aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista do Tribunal de Contas da União*, out-dez.1996.

dotadas do caráter de definitividade que possuem as decisões judiciais, dado que o nosso sistema de jurisdição é uno. De outro lado, por serem proferidas por um órgão constitucional dotado de autonomia e, como tal, por advirem de competências expressamente previstas na Constituição Federal, devem ser observadas e cumpridas por toda a Administração Pública e demais responsáveis fiscalizados. Nesse sentido, as decisões do Tribunal de Contas se sobrepõem a quaisquer outros atos e decisões administrativos eventualmente adotados pelo agente objeto do controle, mas sem perder a sua natureza *administrativa*.

Por conseguinte, tais decisões são plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário, que sobre elas pode exercer amplo e irrestrito controle por força do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, plasmado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido, tal controle não encontra limitações, podendo alcançar, para além de vícios de procedimento e de formalidade do ato, o próprio mérito ou matéria da decisão administrativa, seja ela de julgamento de contas ou de qualquer outra espécie, uma vez verificado erro ou ilegalidade⁸³.

3.2. O processo administrativo como ferramenta de controle do controlador

O processo administrativo, entendido como uma série de atos, lógica e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração⁸⁴, está intimamente ligado à ideia de Estado Democrático de Direito. Isso porque, ao mesmo tempo em que permite o controle interno e externo da atividade estatal, também representa uma garantia dos cidadãos frente ao poder do Estado, sendo ainda uma forma de materialização da participação destes na gestão da coisa pública, apanágio do Estado Democrático de Direito (controle social)⁸⁵. Nas palavras de Odete Medauar, em razão de a controlabilidade da Administração vincular-se à democracia e a incontrolabilidade ao

⁸³ O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria, por ocasião do julgamento do REsp 1032732/CE, adotando posição similar ao ora defendido: “(...) 6. *A natureza do Tribunal de Contas de órgão de controle auxiliar do Poder Legislativo, decorre que sua atividade é meramente fiscalizadora e suas decisões têm caráter técnico-administrativo, não encerrando atividade judicante, o que resulta na impossibilidade de suas decisões produzirem coisa julgada e, por consequência, não vincula a atuação do Poder Judiciário, sendo passíveis de revisão por este Poder, máxime em face do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, à luz do art. 5º, XXXV, da CF/88*”. (STF, REsp 1032732/CE. Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03/12/2009).

⁸⁴ Cf. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 25.

⁸⁵ BORGES, Alice Gonzales. *Processo Administrativo e Controle*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 226: 179-186, out./dez. 2001.

arbítrio, “o processo administrativo, também no tocante ao objetivo de facilitar o controle, se coaduna à ideia de Administração democrática”⁸⁶.

O processo administrativo, ademais, propicia o conhecimento e a verificação de como são tomadas as decisões, contribuindo para que estas tenham maior grau de objetividade⁸⁷. Sublinha Augustín Gordillo que um processo administrativo leal e justo “sirve también a un criterio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder”⁸⁸, permitindo que o exercício da atividade administrativa seja controlada em sua juridicidade e em sua legitimidade. E o processo administrativo contemporâneo, vale destacar, não se concentra de modo exclusivo na viabilização do controle *a posteriori* da decisão administrativa, mas, especialmente, em tornar possível que os interessados participem e condicionem *a priori* o conteúdo da respectiva decisão⁸⁹.

A partir dessa ordem de ideias, verifica-se que o processo administrativo é importante meio instrumental para o exercício do controle. Sob o prisma do cidadão ou do interessado, viabiliza, a qualquer tempo, a observância de seus direitos e garantias constitucionais, coibindo abusos e arbitrariedades. Por conseguinte, contribui para a prolação de decisões de conteúdo mais qualificado ou materialmente justas. Sob o prisma do Estado, obriga a autoridade que o conduz a cumprir procedimentos pré-determinados e a se atentar à legalidade de seus atos e decisões, favorecendo a realização do controle interno a cargo do próprio órgão, bem assim a sindicabilidade externa, no que se inclui o controle exercido pelo Poder Judiciário.

A questão é igualmente relevante quando tratamos de processos administrativos conduzidos pelo Tribunal de Contas⁹⁰, cuja principal função institucional é a de controlar a

⁸⁶ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp.68-69.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 224.

⁸⁸ GORDILLO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo, 2º Tomo: La defensa del usuário y del administrado*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. IX-15.

⁸⁹ Cf. SCHMIDT-ASS MANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003.

⁹⁰ Adota-se, aqui, a compreensão de Helio Saul Mileski acerca do processo administrativo do Tribunal de Contas: “O processo administrativo é designação genérica que envolve todas as espécies destinadas ao alcance de uma finalidade jurídica no âmbito da Administração. Como a ação de controle desenvolvida pelo Tribunal de Contas não se enquadra na função legislativa nem na judiciária, como conjunto de atos que possui a finalidade jurídica de verificar a regularidade da atividade financeira, com vista à constatação da boa ou má gerência dos recursos financeiros e patrimoniais, o processo de fiscalização deve ser entendido como uma espécie do processo administrativo. Dessa forma, o processo de fiscalização efetuado pelo Tribunal de Contas, como uma espécie do processo administrativo, deve estar regulado em norma específica, conforme a finalidade jurídica de cada caso – auditoria, apreciação de legalidade, julgamento de contas etc. -, com observância das normas de processo e garantias processuais das partes, sem deixar de atender aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo”. (*op. cit.*, p. 341)

Administração. Trata-se, portanto, de um órgão controlador, sendo a tarefa de controlar o controlador sempre desafiadora. E no caso do Tribunal de Contas, o desafio parece ser ainda maior se levarmos em conta a inexistência de órgão administrativo que o controle⁹¹, como é o caso do Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário ou o Conselho Nacional do Ministério Público para o Ministério Público⁹².

O exercício das atribuições do Tribunal de Contas, como já se expôs, se dá por meio de processos administrativos. A existência destes e a obediência aos ritos e procedimentos legais asseguram uma sequência minimamente previsível e controlável das atividades do órgão. Com isto, forma-se uma espécie de escudo contra arbitrariedades.

Ao processo administrativo a cargo do Tribunal de Contas, desse modo, é reservada importante incumbência, consistente no papel de principal mecanismo para que as atividades realizadas pelo órgão sejam objeto de sindicabilidade. Não serve apenas como meio assecuratório de que as funções do Tribunal sejam exercidas satisfatoriamente ou em conformidade com o ordenamento jurídico. Para além disto, serve de instrumento viabilizador de verificação e controle de suas atividades pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo e por parte dos cidadãos e interessados em geral.

3.3. O processo do Tribunal de Contas da União na perspectiva normativa

A organização do Tribunal de Contas da União, seu funcionamento e estrutura hierárquica administrativa, são disciplinados pela Lei Federal nº 8.443/1992 (“Lei Orgânica do TCU”). É nela que são encontradas, ainda, as bases do processo administrativo a cargo do órgão⁹³.

⁹¹ Convém lembrar que o Tribunal de Contas é fiscalizado pelo Congresso Nacional, a quem deve encaminhar relatório de suas atividades (art. 71, §4º, CF), como bem aponta Fernando Facury Scaff. Tal fórmula, contudo, segundo o mesmo autor, deveria ser aperfeiçoada, na medida em que há uma fiscalização recíproca e um indevido conúbio entre fiscalizador e fiscalizado, pois incumbe ao Tribunal de Contas o controle financeiro e orçamentário da administração pública dos três Poderes, incluindo o Legislativo. O mais adequado, desse modo, seria estabelecer uma forma autônoma para esse procedimento. Após mencionar a existência de diversas propostas de emenda constitucional voltadas à criação de um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTP), o autor arremata o seguinte: “algo deve ser feito para controlar esses órgãos de controle financeiro não judicial, que se encontram fora de qualquer controle efetivo, como se vê pela análise efetuada, e considerando ainda que não existe sequer uma estrutura recursal nacional sobre as decisões dos Tribunais de Contas, uma vez que, como é sabido, o TCU não funciona como sede recursal para os Tribunais de Contas dos entes subnacionais”. (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 294).

⁹² Ambos os Conselhos foram inseridos na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e constituem mecanismos do controle externo da administração da justiça.

⁹³ A Lei Orgânica do TCU é complementada por seu Regimento Interno, editado nos limites da competência regulamentar que lhe foi conferida pela referida lei (*Art. 3º - Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de*

Considerando o rol de atribuições fiscalizatórias previsto na Constituição Federal, a Lei Orgânica do Tribunal estabelece diferentes tipos de processos de controle, que variam conforme o objetivo e o sujeito fiscalizado. Para fins didáticos, pode-se dividir os processos do Tribunal de Contas em quatro espécies: (i) processo de julgamento de contas; (ii) processo opinativo sobre as contas do Chefe do Poder Executivo; (iii) processo de apreciação de atos de pessoal; e (iv) processo de fiscalização em sentido estrito (auditoria, inspeção e denúncia).

3.3.1. Processo de julgamento de contas

Todos aqueles que de alguma forma administram recursos públicos têm o dever de prestar contas. É o que determina o parágrafo único do artigo 70 da CF/88. O texto constitucional procurou ser o mais abrangente possível, de modo a não deixar lacunas ou subterfúgios quanto a tal dever. O sujeito da obrigação pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada. As ações do sujeito também são amplas: utilização, guarda, gerenciamento ou administração de recursos públicos. Os recursos, por sua vez, englobam dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações pecuniárias.

A avaliação e o *julgamento* de tais contas na sistemática do controle externo competem ao TCU, conforme dispõe o artigo 71, II, da CF/88. Este dispositivo estabelece dois objetos de julgamento a cargo do órgão: (i) as contas dos administradores e demais responsáveis da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades mantidas pelo Poder Público; e (ii) as contas daqueles que tiverem causado prejuízo ao erário.

No primeiro caso se instaura processo administrativo de avaliação das contas, que pode resultar na conclusão pela sua regularidade, regularidade com ressalva ou irregularidade. São os processos de *tomada de contas*, conforme se detalhará a seguir. No segundo caso o processo administrativo tem por objetivo a apuração dos responsáveis pela irregularidade de que resultou prejuízo aos cofres públicos, bem como a quantificação e ressarcimento do respectivo dano, além da aplicação de sanções cabíveis. Trata-se da *tomada de contas especial*.

sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matérias de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade”).

É relevante fazer aqui uma distinção. As contas de que tratam o artigo 71, II, da CF/88, abordadas neste tópico, são as contas de *gestão*, também chamadas de contas dos ordenadores de despesa. Tais contas diferem das contas de *governo*, reguladas no artigo 71, I, c/c artigo 49, IX, da CF/88, que se referem à prestação de contas anual realizada pelo Chefe do Poder Executivo. Ambas são apreciadas pelo TCU, mas apenas as primeiras são objeto de julgamento pelo órgão, na medida em que as contas de *governo* são julgadas exclusivamente pelo Congresso Nacional⁹⁴.

3.3.1.1. Tomada de Contas

O processo de tomada de contas ordinário a cargo do TCU se constitui a partir do dever de todo ordenador de despesa submeter, ao final do exercício, suas contas ao Tribunal

⁹⁴ A redação dos incisos I e II, do art. 71, da CF/88, é clara quanto ao papel do Tribunal de Contas e da Casa Legislativa no exame das contas. Quando se tratar das contas de governo dispostas no primeiro inciso, a competência é do Poder Legislativo para decidir a respeito. De outro lado, cabe ao Tribunal de Contas apreciar e decidir sobre as contas dos ordenadores de despesa, inexistindo previsão de seu encaminhamento à Casa Legislativa respectiva.

A celeuma surge quando o Chefe do Poder Executivo também ordena despesas, situação bastante comum em pequenos Municípios, nos quais a máquina burocrática tem porte reduzido e parte dos atos de gestão é realizada diretamente pelo alcaide. Nesse caso, atuando o Chefe do Poder Executivo como ordenador de despesas, a quem compete julgar tal conta de gestão: ao Tribunal de Contas ou à Casa Legislativa? A questão é relevante pois a desaprovação das contas pelo Tribunal de Contas é critério de inelegibilidade (art. 1º, I, g, da Lei Complementar 64/90).

A jurisprudência do TSE foi vacilante acerca da matéria nas últimas décadas, ora entendendo que a competência para julgamento seria dos Tribunais de Contas (RespE 8974/SE e RO 40.137/CE), ora assentando que seria do Legislativo (RespE 29535/PB). Coube ao STF, por meio do RE 848826/CE, por maioria, decidir que as contas de prefeitos, sejam elas de gestão ou de governo, devem ser decididas pelas Câmaras Municipais. Foi fixada tese nos seguintes termos: “*Para os fins do art. 1o, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores*”. (Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Relator p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, j. em 10/08/2016, DJe-187, 24/08/2017)

(arts. 81 e 81, do Decreto-Lei 200/67, e art. 7º, da Lei Orgânica do TCU)⁹⁵. Seu objeto são as *contas de gestão*, apresentadas com periodicidade anual⁹⁶.

O procedimento que antecede o encaminhamento da tomada de contas ao TCU (fase interna) é o seguinte: os órgãos de contabilidade analítica do respectivo órgão realizam tomada de contas do ordenador de despesa, as quais devem ser examinadas pelo órgão de auditoria interna competente; na sequência, as contas são submetidas para pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente⁹⁷; caso esta autoridade verifique qualquer irregularidade, é seu dever adotar as providências necessárias para resguardo do interesse público⁹⁸, sem prejuízo do encaminhamento das contas ao Tribunal de Contas. O prazo máximo para remessa ao TCU das contas do ordenador de despesa é de 180 (cento e oitenta) dias do encerramento do exercício financeiro, isto é, até 30 de junho do ano seguinte.

O processo de tomada de contas no TCU, assim, é constituído inicialmente com as contas do ordenador de despesa (ou relatório de gestão), acompanhadas do parecer conclusivo do órgão de controle interno competente e do pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da unidade jurisdicionada (ou da autoridade máxima respectiva). Em acréscimo a tais peças, a Instrução Normativa nº 63/2010 do TCU estabelece que o processo deve também conter: (i) rol de responsáveis; (ii) relatório de gestão dos responsáveis; (iii) relatórios e pareceres de órgãos, entidades ou instâncias que devam se pronunciar sobre as

⁹⁵ Estão sujeitas à tomada de contas, segundo o art. 6º, da Lei Orgânica do TCU, o seguinte rol de pessoas: (i) qualquer pessoa física, órgão ou entidade da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária; (ii) aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; (iii) os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal; (iv) os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; (v) os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social; e (vi) todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei.

⁹⁶ Em caráter excepcional, a Instrução Normativa 63/2010 do TCU dispõe que em razão da complexidade do negócio, da necessidade de acompanhamento tempestivo ou do monitoramento dos atos de gestão das unidades jurisdicionadas, o Tribunal pode determinar a apresentação de informações sobre a gestão em periodicidade inferior a um ano (art. 15).

⁹⁷ Além de o pronunciamento da autoridade dever ser expresso a respeito do conhecimento das conclusões da auditoria interna, ele é indelegável por força do disposto no art. 52, da Lei Orgânica do TCU.

⁹⁸ Compreende-se por irregularidade não apenas o desfalque ou desvio de recursos públicos, como ainda a prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, bem como a omissão no dever de prestar contas e a não aplicação dos recursos repassados pela União. Em tais hipóteses, determina o art. 8º, da Lei Orgânica do TCU, que a autoridade deve instaurar tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. Posteriormente, deve encaminhar as conclusões de tal tomada de contas especial à Corte de Contas.

contas ou sobre a gestão dos responsáveis pela unidade jurisdicionada; (iv) relatório de auditoria de gestão, emitido pelo órgão de controle interno; e (v) certificado de auditoria, emitido pelo órgão de controle interno.

3.3.1.2. Tomada de Contas Especial

O processo de tomada de contas especial é instaurado quando se verifica a ocorrência de irregularidades. Difere, portanto, da tomada de contas ordinária, cuja instauração decorre do simples dever de prestar contas. Trata-se de um processo que objetiva apurar fatos, quantificar danos e identificar responsáveis a fim de obter ressarcimento por prejuízos causados à Administração Pública.

A Lei Orgânica do TCU, em seu artigo 8º, *caput*, indica que o processo deve ser deflagrado quando se verificar qualquer das seguintes irregularidades: (i) omissão no dever de prestar contas; (ii) não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União; (iii) ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens e valores públicos; (iv) prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte prejuízo ao erário.

Como se observa, as irregularidades compreendem condutas comissivas e omissivas, que podem ou não causar dano aos cofres públicos. No momento da instauração não se exige que já se tenha como certa a ocorrência da irregularidade, até mesmo porque uma das finalidades da tomada de contas especial é apurar os fatos, mediante o contraditório e a ampla defesa. Contudo, é necessária a presença de elementos mínimos de ordem fática ou jurídica que indiquem indícios de atos irregulares ou afrontosos à lei⁹⁹.

O processo de tomada de contas especial deve ser instaurado pela autoridade administrativa competente que constatar a irregularidade, no prazo máximo de cento e oitenta dias^{100 101}. Caso não adote tal providência, ficará sujeita à responsabilização solidária,

⁹⁹ A IN 71/2012, do TCU, alterada pela IN 76/2016, exige a indicação, no ato da instauração, de documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à ocorrência da situação potencialmente danosa. Também é requerida a indicação de nexo de causalidade entre a situação danosa e a conduta da pessoa física ou jurídica eventualmente responsável, além de outros elementos (at. 5º, parágrafo único).

¹⁰⁰ A IN 71/2012, do TCU, alterada pela IN 76/2016, ao estabelecer tal prazo no art. 4º, §1º, preceitua que a sua contagem tem início: (i) nos casos de omissão no dever de prestar contas, do primeiro dia subsequente ao vencimento do prazo para apresentação da prestação de contas; (ii) nos casos em que os elementos constantes das contas apresentadas não permitirem a conclusão de que a aplicação dos recursos observou as normas pertinentes e/ou atingiu os fins colimados, da data-limite para análise da prestação de contas; e (iii) nos demais casos, da data do evento ilegítimo ou antieconômico, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela administração.

¹⁰¹ A tomada de contas especial pode igualmente ser iniciada por recomendação dos órgãos de controle interno (art. 50, III, da Lei Orgânica do TCU) ou, ainda, por determinação do próprio TCU em caso de omissão na

além das demais sanções previstas em lei. O processo deve ser concluído pela autoridade administrativa e encaminhado ao TCU para fins de julgamento. A documentação deve ser enviada em meio eletrônico, no prazo máximo de cento e oitenta dias após a instauração (arts. 11 e 14, IN 71/2012, alterada pela IN 76/2012).

Pode-se dizer, portanto, que em regra o processo de tomada de contas especial é composto de duas fases. A primeira, *interna*, a cargo da autoridade administrativa competente, que não decide, apenas realiza instrução, mediante a coleta de evidências para futura apuração dos fatos e das responsabilidades. A segunda, denominada fase *externa*, é realizada pelo Tribunal de Contas, a quem compete o julgamento das contas.

Remetido ao TCU, o processo de tomada de contas especial deve ser iniciado com as seguintes peças: (i) relatório do tomador das contas com todas as informações do processo de origem, responsáveis, quantificação do débito, irregularidades, medidas adotadas, dentre outros elementos; (ii) certificado de auditoria do órgão de controle interno, assim como seu parecer conclusivo; e (iii) pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente.

O processo de tomada de contas especial também pode ter início no TCU a partir da conversão de outro processo de fiscalização em trâmite no Tribunal¹⁰². Tome-se como exemplo uma auditoria realizada pela Corte de Contas em determinada unidade jurisdicionada. Caso, após o exercício do contraditório e da ampla defesa, constate-se a presença de indícios de irregularidades no levantamento realizado pelos auditores, será proferido acórdão pelo TCU com tais indicativos e determinação de conversão dos autos em processo de tomada de contas especial. O novo processo se iniciará com todas as garantias de defesa aos responsáveis, ainda que tal prerrogativa já tenha sido desempenhada no anterior.

3.3.1.3. O julgamento dos processos de tomada de contas

prestação de contas ou inércia na sua instauração pelo gestor (art. 4º, § 4º, da IN 71/2012, do TCU, alterada pela IN 76/2016).

¹⁰² A hipótese, que é muito comum, encontra fundamento no art. 47, da Lei Orgânica do TCU, *verbis*: “Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial”. A respeito, assim já decidiu o TCU: “Nas situações em que disponha de todos os elementos fáticos para apuração da responsabilidade e quantificação do dano ou nas quais tais evidências possam ser buscadas e analisadas por suas unidades técnicas, o TCU deve utilizar a competência que lhe foi deferida pelo art. 47 da Lei 8.443/1992, isto é, proceder à conversão do processo de fiscalização em tomada de contas especial, e não expedir determinação para que o órgão da Administração instaure o referido procedimento”. (TCU. Acórdão 170/2018-Plenário, j. em 31/01/2018, Rel. Min. Benjamin Zymler)

Após a realização da fase de instrução, o processo de tomada de contas, inclusive o especial, será objeto de julgamento pelo TCU, que decidirá se as contas são *regulares*, *regulares com ressalvas* ou *irregulares*.

3.3.1.3.1. Julgamento pela regularidade

O julgamento pela *regularidade* ocorre quando os demonstrativos contábeis se apresentam exatos e os atos de gestão do responsável são entendidos como legais, legítimos e econômicos. Em tal hipótese, o Tribunal dá quitação plena ao ordenador de despesa (arts. 16 e 17, da Lei Orgânica do TCU, e art. 207 RITCU).

3.3.1.3.2. Julgamento pela regularidade com ressalva

O TCU julga as contas *regulares com ressalva* quando verifica a existência de impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal que não tenha implicado prejuízo ao erário. Neste caso, o ordenador de despesas tem as suas contas quitadas, sem prejuízo de o TCU determinar a adoção de medidas visando à correção das irregularidades a fim de evitar novas ocorrências semelhantes (art. 16, II, e 18, da LOTCU, e art. 208 do RITCU).

Igualmente, as contas apresentadas em desconformidade com as normas legais, mas que tenham tido, por parte do responsável, a demonstração de que os recursos foram regularmente aplicados, poderão ser julgadas *regulares com ressalva* pelo TCU (art. 209, §2º, RITCU).

3.3.1.3.3. Julgamento pela irregularidade

As contas são julgadas *irregulares*, nos termos do artigo 16, III, da LOTCU, quando houver: (i) omissão no dever de prestar contas; (ii) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; (iii) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; e (iv) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos¹⁰³.

¹⁰³ O RITCU acrescenta ainda, como hipótese para o julgamento pela irregularidade, o descumprimento de determinação do TCU de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas (art. 209, §1º).

No caso das contas irregulares com constatação de prejuízo ao erário, o TCU responsabiliza solidariamente o agente público que praticou o ato irregular bem como o terceiro que eventualmente concorreu para a prática do evento danoso, seja como contratante ou parte interessada (art. 16, §2º, da LOTCU)¹⁰⁴.

Em caso de débito, o TCU condena o responsável ao ressarcimento do prejuízo constatado, acrescido de correção monetária desde a data da irregularidade e juros de mora, podendo ainda ser aplicada multa correspondente a até cem por cento do valor do dano ao erário atualizado (art. 57 da LOTCU). Caso não tenha havido débito, o TCU pode, ainda assim, aplicar multa aos responsáveis (art. 58, I, da LOTCU). A graduação da multa aplicável aos responsáveis é disciplinada pelo RITCU no artigo 268.

Outra repercussão das contas julgadas irregulares é o dever de encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público, para que este adote as medidas que julgar conveniente (art. 16, §3º, da LOTCU).

Também pode o TCU, considerando grave a infração cometida, inabilitar o responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública por um período de cinco a oito anos. Neste caso, a decisão deve ser por maioria absoluta dos membros da Corte de Contas.

Igualmente, a rejeição das contas é critério de *inelegibilidade* para qualquer cargo nos oito anos seguintes à data da decisão, conforme disposto na Lei Complementar nº 64/1990, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010¹⁰⁵. Para tanto, as contas devem ter sido julgadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa. Mera irregularidade formal ou irregularidade sanável que não cause prejuízo ao erário, praticadas sem o elemento subjetivo doloso, são insuficientes para tornar o responsável inelegível.

Trata-se a inelegibilidade de uma privação temporária dos direitos políticos do responsável, visto que fica suspensa a sua capacidade eleitoral passiva. A inelegibilidade possui, na dicção de José Afonso da Silva, “um fundamento ético evidente” e “tem por objeto

¹⁰⁴ O RITCU disciplina que a responsabilidade do terceiro decorrerá do cometimento de irregularidade que não se limite ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou ao não pagamento de títulos de crédito. Haverá tal responsabilidade quando houver recebimento de benefício indevido ou pagamento superfaturado (art. 209, §6º).

¹⁰⁵ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”

proteger a probidade administrativa, a normalidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato”¹⁰⁶. Sempre que realizadas eleições, inclusive municipais, cabe ao TCU enviar ao Ministério Público Eleitoral, com a devida antecedência ou quando solicitado, o nome dos responsáveis que tiveram as contas julgadas irregulares para tal fim (art. 220, RITCU).

Vale registrar que, sendo o ordenador de despesa o próprio Chefe do Poder Executivo, as contas somente serão entendidas como irregulares para fins de inelegibilidade se o Poder Legislativo mantiver a rejeição, conforme a interpretação dada pelo STF ao dispositivo¹⁰⁷.

3.3.1.4. Cumprimento da decisão que imputar débito

A decisão definitiva do TCU que imputar débito ou aplicar multa torna a respectiva dívida líquida, certa e exigível, com eficácia de título extrajudicial, portanto. A força executiva das decisões do TCU decorre de expressa previsão constitucional (art. 71, §3º).

Tal decisão, formalizada por meio de acórdão publicado no Diário Oficial da União, confere ao responsável o prazo regimental (quinze dias) para recolhimento aos cofres públicos do valor do débito ou da multa que lhe tiverem sido imputados. O Tribunal pode autorizar o recolhimento parcelado da importância devida, incidindo sobre cada parcela os correspondentes acréscimos legais¹⁰⁸ (arts. 25 e 26, da LOTCU).

Ocorrendo o recolhimento integral, será dada quitação do débito ou da multa ao responsável. Tal ato, contudo, não extingue nem afasta as demais sanções que eventualmente lhe tiverem sido aplicadas (art. 218, §1º, RITCU). Para todos os efeitos, as contas permanecem irregulares, apenas evita o responsável de ter contra si uma execução judicial ou desconto em sua folha de pagamento.

De outro lado, se não houver pagamento no prazo, a dívida será cobrada judicialmente, mediante ação de execução (por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, que encaminha a documentação pertinente à AGU ou aos dirigentes das entidades

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 391.

¹⁰⁷ A tese adotada pelo STF no julgamento do RE 848826 foi a seguinte: "Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores"

¹⁰⁸ O RITCU admite o parcelamento em até trinta e seis vezes, desde que o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial, sendo que a falta de qualquer parcela importa no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217).

jurisdicionadas, que por sua vez propõem a respectiva ação judicial, conforme o caso). A cobrança da dívida pode ser feita tanto por execução comum de título extrajudicial como por meio de execução fiscal. No primeiro caso, a execução terá o acórdão como título e seguirá o rito do Código de Processo Civil. A segunda hipótese se dará sempre que o débito tiver sido previamente inscrito em dívida ativa, ocasião em que deve seguir o rito determinado pela Lei Federal nº 6.380/80¹⁰⁹.

Pode ainda o TCU, sendo o responsável servidor público federal ou funcionário de empresa estatal, determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos seus vencimentos, salários ou proventos, observados os limites da legislação pertinente (art. 28, da LOTCU). Em tal hipótese, já decidiu o STF que a determinação do desconto por parte do Tribunal independe de aquiescência do servidor¹¹⁰.

Por fim, outra consequência do não pagamento da dívida é a inclusão do nome do responsável no CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal), conforme prevê o art. 219, III, do RITCU.

3.3.2. Processo de Apreciação das Contas do Chefe do Poder Executivo

A apreciação, pelo TCU, das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, conforme prevê o artigo 71, I, da CF, dá ensejo à instauração de processo administrativo visando à elaboração de parecer opinativo por sua regularidade ou rejeição. O parecer, não vinculativo, servirá de base para que o Congresso Nacional julgue em definitivo as respectivas contas.

¹⁰⁹ Nesse sentido, confira-se a orientação do STJ a respeito: “*PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE DECISÃO CONDENATÓRIA DO TCU. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA E CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DA LEI N. 6.830/80. 1. Consoante a orientação jurisprudencial predominante nesta Corte, não se aplica a Lei n. 6.830/80 à execução de decisão condenatória do Tribunal de Contas da União quando não houver inscrição em dívida ativa. Tais decisões já são títulos executivos extrajudiciais, de modo que prescindem da emissão de Certidão de Dívida Ativa - CDA, o que determina a adoção do rito do CPC quando o administrador discricionariamente opta pela não inscrição. 2. Recurso especial provido para determinar que a execução prossiga nos moldes do Código de Processo Civil*”. (STJ, REsp 1.390.993/RJ, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 17/9/2013)

¹¹⁰ Eis a ementa respectiva: “*LEGITIMIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Imposição de valor a ser ressarcido aos cofres públicos e previsão de desconto, considerado o que percebido pelo servidor, geram a legitimidade do Tribunal de Contas da União para figurar no mandado de segurança como órgão coator. PROVENTOS - DESCONTO - LEIS NºS 8.112/90 E 8.443/92. Decorrendo o desconto de norma legal, despicienda é a vontade do servidor, não se aplicando, ante o disposto no artigo 45 da Lei nº 8.112/90 e no inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.443/92, a faculdade de que cuida o artigo 46 do primeiro diploma legal - desconto a pedido do interessado*”. (STF, MS: 24544 DF, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 04/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00283 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 171-189)

Apesar de o texto constitucional dispor sobre o exame das contas do Presidente da República, o que se avalia, em realidade, é a consolidação das contas do governo da União. São as chamadas *contas de governo*. Examinam-se os balanços gerais da União e o relatório do órgão central de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos que integram a lei orçamentária anual (são eles: orçamento fiscal; orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e orçamento da seguridade social).

A análise anual das contas de governo, vale registrar, é uma das mais relevantes tarefas constitucionais atribuídas ao TCU, além de ser a principal atividade de interação entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas.

O parecer prévio das contas deve ser elaborado pelo Tribunal de Contas no prazo de sessenta dias a contar de seu recebimento (art. 71, I, CF). Antes de chegar ao TCU, as contas são apresentadas pelo Presidente da República diretamente ao Congresso Nacional, em até sessenta dias após a abertura da sessão legislativa. O Congresso Nacional, por sua vez, é quem as envia ao TCU. O parecer do TCU é denominado de *prévio* tendo em vista que as contas receberão novo parecer quando forem restituídas ao Congresso Nacional para julgamento. Este segundo parecer fica a cargo de uma Comissão Mista permanente de Deputados e Senadores, a teor do que determina o artigo 166, §1º, da CF.

O RITCU, ao regulamentar o processo, estabelece que o relatório e a proposta de parecer prévio das contas do Presidente da República devem ser apresentados pelo relator ao Plenário no prazo de cinquenta dias contados do recebimento das contas pelo Tribunal, prazo este que não pode ser prorrogado, salvo por justo motivo autorizado pelo Plenário e desde que não comprometa o prazo de sessenta dias para encaminhamento do parecer prévio ao Congresso Nacional (art. 223).

Para a elaboração do parecer prévio que será submetido ao Plenário, pode o relator solicitar esclarecimentos adicionais às autoridades competentes, assim como determinar a realização de fiscalizações que julgar necessárias para a conclusão de seu trabalho (art. 224, RITCU).

Uma vez concluído o parecer prévio pelo relator, este o submeterá à apreciação do Plenário, mediante realização de sessão extraordinária específica para tal deliberação. O RITCU prevê que tal sessão deve ser realizada com antecedência mínima de setenta e duas horas do término do prazo de sessenta dias para a remessa do parecer ao Congresso Nacional.

O parecer prévio deve conter conclusão quanto à regularidade das posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial das contas no fim do exercício. Deve ainda opinar acerca da observância das normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos.

O relatório que integrará o parecer prévio, nos termos do §2º, do artigo 228, do RITCU, deve registrar: (i) o cumprimento dos programas previstos na lei orçamentária anual quanto à legitimidade, eficiência e economicidade, bem como o atingimento de metas e a consonância destes com o plano anual e com a lei de diretrizes orçamentárias; (ii) o reflexo da administração financeira e orçamentária federal no desenvolvimento econômico e social do País; e (iii) o cumprimento dos limites e parâmetros constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Após deliberação pelo Plenário do TCU, o parecer prévio e o respectivo relatório das contas de governo são encaminhados ao Congresso Nacional, que julgará as contas do Presidente da República.

Deve-se assegurar plenamente ao agente político o direito de defesa quando o parecer não lhe for favorável. Contudo, por competir privativamente ao Congresso Nacional decidir sobre a regularidade das contas, é naquela casa que deve se dar o devido processo legal e não no Tribunal de Contas¹¹¹, até mesmo como decorrência lógica do princípio do juiz natural sacramentado no artigo 5º, XXXVII, da CF, pelo qual ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Isto não afasta, por óbvio, que na análise das contas para fins de confeccionar o parecer prévio e seu respectivo relatório, a Corte de Contas solicite informações adicionais e esclarecimentos durante o prazo que possui para concluir seu trabalho. Tal providência, além de possível, é absolutamente salutar para que se tenha precisão nas conclusões do parecer.

Nesse sentido, o TCU estabelece a possibilidade de concessão de prazo de até quinze dias para apresentação de contrarrazões do Presidente da República caso sejam identificadas distorções ou indícios de irregularidades que indiquem a rejeição das contas. Se isto ocorrer, o prazo de sessenta dias do TCU para conclusão de seu parecer ficará comprometido, o que deve ensejar comunicação ao Congresso Nacional de que as contas não estão em condições

¹¹¹ É o que observa Fernando Rodrigues Martins: “...sendo o parecer prévio compreendido como procedimento administrativo, ao agente público é garantido o direito de defesa quando a opinião lhe for desfavorável, todavia, a mesma dar-se-á não no âmbito do Tribunal de Contas, que é órgão meramente opinativo, mas na órbita do Poder Legislativo responsável pelo julgamento final das contas”. (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 126)

de serem apreciadas em tal prazo. Também se prevê, em tal cenário, a possibilidade de o Ministério Público junto ao Tribunal se manifestar no prazo de cinco dias quanto a tais apontamentos (Resolução-TCU 291/2017, arts. 3º e 4º).

3.3.3. Processo de apreciação de atos sujeitos a registro

O processo de apreciação de atos sujeitos a registro deriva da competência do TCU de examinar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, de concessão de aposentadorias, reformas e pensões que envolvam a administração direta e indireta, incluindo as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Ficam fora desse controle apenas as nomeações para cargo de provimento em comissão (art. 71, III, CF).

Isto quer dizer que se submetem a registro os atos de admissão e concessão dos três poderes, além do Ministério Público, bem como das entidades integrantes da administração indireta, composta pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Neste sentido, observe-se que mesmo sob o regime celetista, não estatutário, o ato é examinado pelo TCU. É o que ocorre no caso dos atos de admissão das estatais e fundações criadas com personalidade de direito privado¹¹².

Cabe à autoridade administrativa responsável pela admissão, concessão de aposentadoria, reforma e pensão, submeter o seu ato ao órgão de controle interno respectivo. Este dará parecer a respeito da legalidade do ato e em seguida encaminhará a matéria à apreciação do TCU (art. 260, RITCU). A documentação disponibilizada pelo órgão de controle interno dá origem, no TCU, à instauração de processo cuja análise poderá resultar no registro do ato considerado legal ou na recusa, se entendido como ilegal.

Tendo em vista o grande número de atos de pessoal existente no âmbito da Administração Pública, o TCU criou um sistema eletrônico, denominado *e-Pessoal*, com o objetivo de conferir maior celeridade na coleta de informações, processamento e apreciação dos atos sujeitos a registro. O assunto é regulado pela IN 78/2018, que dispõe sobre os atos

¹¹² Sobre o tema, ver ARAUJO, Julio Cesar Manhães de. (*op. cit.*, p. 436). O autor registra que todos os atos de admissão se submetem ao crivo do Tribunal quando se tratar de entidade da administração indireta cujo regime de trabalho seja o determinado pela lei trabalhista. Contudo, ressalva os de aposentadoria, sob o argumento de que, enquanto os funcionários estatutários têm sua aposentadoria custeada pelo erário, os celetistas têm sua aposentadoria custeada pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, com recursos advindos das contribuições previdenciárias levadas a efeito ao longo dos anos de trabalho.

a serem submetidos ao Tribunal para fins de registro¹¹³, forma de apresentação das informações¹¹⁴ e a atuação do órgão de pessoal, do controle interno e do TCU.

A autoridade administrativa responsável pela gestão de pessoal deve cadastrar, no *e-Pessoal*, as informações relacionadas aos atos de admissão e de concessão do respectivo órgão. Tal providência deve ser adotada no prazo de noventa dias da data do ato ou, em se tratando de admissão de pessoal, da data do efetivo exercício do cargo pelo interessado (art. 7º, IN 78/2018). Uma vez no sistema, os atos de admissão e de concessão serão objeto de parecer por parte do órgão de controle interno quanto à sua legalidade. O parecer, por sua vez, deve ser elaborado no prazo de cento e vinte dias a contar da disponibilização do ato, quando então deverá ser disponibilizado ao TCU para exame^{115 116}.

No TCU, o processo se inicia com o exame realizado pela equipe de auditoria responsável pela fiscalização de atos de pessoal, que elaborará relatório contendo as suas conclusões. Os atos de admissão e de concessões que não tiverem irregularidades constatadas, bem como aqueles cujas falhas forem sanadas durante a auditoria, são agrupados para autuação em conjunto, com recomendação de legalidade e registro (IN 16/97, TCU, art. 18, §1º).

Já os atos de admissão e de concessões nos quais se constate qualquer irregularidade são autuados em processos distintos. No respectivo relatório de auditoria deve ser indicada a ocorrência verificada e a norma infringida. Ao final, o relatório conterá recomendação de oitiva do responsável para apresentação de justificativas.

O processo é então remetido ao relator, que oportunizará o contraditório ao responsável. As razões de justificativa apresentadas pelo responsável são primeiramente

¹¹³ Os atos a serem encaminhados ao TCU são os seguintes: (i) admissão de pessoal; (ii) concessão de aposentadoria; (iii) concessão de pensão civil; (iv) concessão de pensão especial a ex-combatente; (v) concessão de reforma; (vi) concessão de pensão militar; e (vii) alteração de concessão (art. 2º). Além destes, a Instrução determina o envio ao Tribunal de informações relativas aos seguintes atos, embora não estejam eles sujeitos a registro: (i) desligamento de servidor; (ii) cancelamento de concessão; (iii) restabelecimento de admissão; (iv) exclusão de beneficiário; (v) anulação de admissão; e (vi) anulação de concessão (art. 3º).

¹¹⁴ A coleta de informações funciona da seguinte forma: a autoridade administrativa responsável as apresenta em meio eletrônico, via sistema e-Pessoal. O sistema possui alguns parâmetros pré-definidos que identificam automaticamente inconsistências ou omissões nos lançamentos de dados. Os atos rejeitados por tal crítica preliminar não podem ser enviados até que as falhas sejam sanadas ou justificadas.

¹¹⁵ Há situações em que o prazo é reduzido. O parecer quanto à admissão de pessoal contratado por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público deve ser entregue em trinta dias (§2º, art. 11). Também pode o TCU, frente a indício de irregularidade, determinar que o parecer seja providenciado no prazo máximo de trinta dias (§4º, art. 11).

¹¹⁶ Durante o prazo dos cento e vinte dias, caso haja a necessidade de esclarecimentos sobre as informações recebidas, pode o órgão de controle interno realizar diligência junto à respectiva autoridade administrativa responsável. Nesta hipótese, o decurso do prazo ficará temporariamente suspenso, por até trinta dias, prorrogáveis excepcionalmente por mais trinta, considerando ser este o prazo que a autoridade administrativa tem para cumprir a diligência (art. 12).

examinadas pela equipe de auditoria, que emitirá manifestação conclusiva a respeito. Em seguida, o processo é remetido ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para parecer. Vale destacar que a participação do Ministério Público é obrigatória nos processos relacionados aos atos de admissão e de concessões por força da LOTCU (art. 81, II).

Se as razões de justificativa forem acolhidas, o TCU considerará legal a admissão ou concessão, determinando o seu registro. Em caso de rejeição, o Tribunal assinará prazo para que o responsável cumpra o que determina a lei. Não sendo cumprida a determinação, o TCU considerará ilegal o ato impugnado, comunicando ao Poder Legislativo a sua decisão e aplicando multa ao responsável. Além disso, o órgão responsável deve adotar as medidas saneadoras pertinentes, de modo a cessar qualquer pagamento decorrente do ato questionado, sob pena de responsabilização solidária quanto ao ressarcimento de valores pagos após esta data (arts. 21 e 24, IN 16/97, TCU).

O TCU, contudo, jamais pode se substituir ao administrador. Em outras palavras, não lhe cabe determinar ou impor ao órgão fiscalizado a adoção de providências voltadas à aplicação de seu entendimento. Observe-se que a linha é tênue entre assinar prazo para que o administrador adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (competência prevista no artigo 71, inc. IX, CF) e determinar o que o administrador deve fazer.

Na dicção de Luís Roberto Barroso, “quando da apreciação do ato de aposentadoria de servidor, não tem o Tribunal de Contas competência para ordenar à Administração que modifique a fixação dos proventos em favor do servidor, sob pena de sanção”. Ainda segundo o hoje magistrado do STF, “é facultado ao órgão de contas converter a apreciação em diligência e submeter à Administração suas ponderações. Havendo, contudo, divergência, somente o Poder Judiciário poderá determinar a modificação do ato, se for o caso”¹¹⁷.

Na fase de oitiva do responsável (quando verificada qualquer irregularidade no respectivo ato pela equipe de auditoria), deve ser determinada, igualmente, a manifestação da entidade fiscalizada e do terceiro interessado sobre fatos que possam resultar em decisão de desconstituição do ato ou do processo administrativo por força do artigo 250, V, do RITCU.

Neste ponto, contudo, pode surgir a seguinte indagação: o terceiro interessado, isto é, o servidor que será atingido pela decisão, deve ser ouvido previamente, em atenção às

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 203, jan./mar. 1996, p. 134.

garantias do contraditório e da ampla defesa? Se o pronunciamento da equipe de auditoria ou do Ministério Público de Contas for pela recusa do registro, entendemos que sim, deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa ao servidor. A exceção ocorre se a irregularidade for relacionada a atos que lhe são alheios, ocasião em que pode ser dispensada a oitiva prévia¹¹⁸.

A oitiva será obrigatória, portanto, se o fato questionado tiver relação com a atuação pessoal ou com a situação do servidor. Neste caso, devem ser assegurados, igualmente, todos os meios de prova e recursos adequados à sua defesa. Tome-se como exemplo o processo de exame de admissão de servidor que já adquiriu estabilidade. A negativa do registro pelo TCU pode acarretar a perda do cargo do servidor em situação de estabilidade. Ocorre que o artigo 41, §1º, II, da CF/88, é taxativo quanto às hipóteses de perda do cargo de servidor estável, sendo elas: (i) por sentença judicial transitada em julgado; (ii) por processo administrativo em que lhe seja dada ampla defesa; e (iii) por procedimento de avaliação periódica (art. 41, §1, II, da CF/88)¹¹⁹. Desse modo, tendo o processo no Tribunal de Contas natureza administrativa, é de rigor a oportunização da ampla defesa e do contraditório ao servidor estável, sob pena de nulidade da respectiva decisão¹²⁰.

O TCU, contudo, consolidou jurisprudência no sentido de não se ver obrigado a garantir o contraditório e a ampla defesa dos beneficiários, sob pena de comprometimento da efetividade do controle externo. O entendimento firmado é de que o contraditório e a ampla defesa ao interessado em tais processos são devidos somente quando houver decorrido lapso temporal de cinco anos contados da entrada do ato sujeito a registro no Tribunal¹²¹.

Tais julgados acompanham o entendimento firmado pelo STF a respeito. Por meio da súmula vinculante nº 3, o STF assegurou ao particular o exercício do contraditório e da

¹¹⁸ A nossa posição está em linha com o entendimento de Luiz Manoel Gomes Junior, que ao tratar da questão cita como exemplos a nulidade de edital do concurso ou benefício inconstitucional inserido no edital como casos em que a ilegalidade não tem correlação com a atuação dos interessados, sendo, portanto, dispensável a sua prévia oitiva (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Tribunais de Contas: Aspectos Controvertidos*. São Paulo: Editora Forense, 2003, p. 101).

¹¹⁹ Há ainda uma quarta hipótese, prevista no art. 169, §4, da CF/88, relativa à extrapolação dos limites de gastos fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹²⁰ Reconhecendo tais fundamentos, o TCU já anulou decisões que proferiu por não haver conferido o direito ao contraditório e à ampla defesa a servidores com estabilidade, em processo de análise de admissão (v. Acórdão 1043/2014-2ª Câmara, Relator Aroldo Cedraz, j. 18/03/2014, com a seguinte ementa: *Pessoal. Admissão. Contraditório e ampla defesa. É nula a decisão que julga, sem oportunizar o contraditório e a ampla defesa ao interessado, ilegal ato de admissão de servidor que já adquiriu estabilidade*).

¹²¹ V. Acórdão 587/2011, Rel. Min. Valmir Campelo. No mesmo sentido: Acórdão 754/2014-Primeira Câmara, Rel. Valmir Campelo; Acórdão 1010/2014-Primeira Câmara, Rel. Valmir Campelo; Acórdão 2251/2014-Plenário, Rel. Bruno Dantas; Acórdão 364/2015-Segunda Câmara, Rel. Raimundo Carreiro; Acórdão 6310/2016-Primeira Câmara, Rel. José Múcio Monteiro; Acórdão 922/2018-Segunda Câmara, Rel. José Múcio Monteiro.

ampla defesa quando a decisão do TCU puder acarretar anulação ou revogação de ato administrativo que o beneficie, salvo na “apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”¹²². Contudo, ao se deparar com grande volume de atos dessa natureza não apreciados pelo TCU em tempo razoável, o STF alterou parcialmente o seu posicionamento consubstanciado na súmula. No julgamento dos MS 24.781/DF e MS 25.403/DF, relatados pelo Ministro Ayres Britto, a Corte estabeleceu que se o controle do ato de concessão inicial da aposentadoria não for realizado em até cinco anos, o beneficiário passa a ter direito ao contraditório e à ampla defesa no respectivo processo.

Entendemos, contudo, que a ausência de contraditório e ampla defesa nos processos que cuidam de atos de pessoal, bem como a sua obrigatoriedade somente após determinado lapso temporal (cinco anos), não estão respaldadas pelo texto constitucional. Não há justificativa que se sobreponha ao que está expresso no artigo 5º, LV, da CF, pelo qual são assegurados aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo* e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Havendo, portanto, pronunciamento que possa levar à recusa do registro em processos administrativos de apreciação conduzidos pelo Tribunal de Contas, parece-nos inafastável a aplicação do dispositivo constitucional.

3.3.4. Processos de fiscalização

Nos itens anteriores tratamos dos processos relacionados às atribuições constantes dos incisos I a III do artigo 71, da CF, quais sejam, os que apreciam as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, os de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis pela gestão de recursos públicos e os de apreciação, para fins de registro, dos atos de pessoal. Quanto às demais competências controladoras estatuídas nos incisos IV a VII do artigo 71, faremos o seu agrupamento, para fins didáticos, sob a denominação de *processos de fiscalização*. Estes devem ser compreendidos em seu sentido estrito, na medida em que não envolvem a elaboração de *parecer* sobre contas (a serem

¹²² Observe-se que a ressalva para o contraditório e ampla defesa constante da súmula não menciona os *atos de admissão* de pessoal, apenas os de concessão (aposentadorias, reformas e pensões) e suas alterações de fundamento legal. Por ocasião da aprovação da súmula vinculante, a questão chegou a ser debatida pelos Ministros do STF, tendo em vista que a redação inicial proposta pela Relatora Ministra Ellen Gracie contemplava na exceção também os processos relacionados a atos de admissão. Prevaleceu, contudo, a posição suscitada pelo Ministro Cezar Peluso de que os atos de admissão não haviam sido objeto dos precedentes, com o que procedeu à sua exclusão da redação (cf. DJe 78/2007, 10/08/2007, pp. 39-43).

julgadas pelo Congresso Nacional, conforme inciso I), nem o *juízo* de contas (inciso II), tampouco a apreciação de atos para fins de *registro* (inciso III). O seu escopo é a fiscalização em si mesma.

Os processos de fiscalização no sentido estrito ora empregado são instaurados mediante instrumentos de auditoria, inspeção, monitoramento ou acompanhamento. A natureza de tais processos fiscalizatórios pode ser contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Para o exercício de tal missão e, principalmente, para a organização e planejamento de suas ações, o TCU realiza anualmente um plano de fiscalização, por meio do qual programa as auditorias, acompanhamentos e monitoramentos que serão realizados. Tal plano é aprovado em Plenário, em sessão reservada, tendo em vista a sua natureza estratégica. Os critérios utilizados para que determinada fiscalização conste do plano envolve a verificação de risco, materialidade, relevância e oportunidade¹²³.

Não estão contemplados no plano de fiscalização os levantamentos e inspeções, na medida em que estas ações podem ser realizadas a qualquer tempo por determinação de ministro do TCU ou por solicitação do Congresso Nacional. Basta que exista motivação, além de disponibilidade de recursos humanos e materiais para tanto.

3.3.4.1. Processo de auditoria

O processo de auditoria decorre da atribuição do Tribunal de Contas hospedada no artigo 71, IV, da CF, pelo qual cabe ao órgão, por iniciativa própria ou por solicitação do Poder Legislativo, a realização de inspeções e *auditorias* de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Constata-se, desse modo, que o processo de auditoria tem por escopo justamente o que a Constituição Federal preceitua, no artigo 70, *caput*, como sendo a fiscalização a cargo dos controles externo e interno, qual seja, a fiscalização de natureza contábil, financeira,

¹²³ O plano de fiscalização é disciplinado pela Resolução-TCU 257/2013. A iniciativa de sua elaboração compete ao Presidente, que deve consultar os ministros relatores antes de submetê-lo ao Plenário. A aprovação deve ocorrer até a penúltima sessão do mês de março (art. 13, II). As fiscalizações necessárias para cumprimento do plano podem ser propostas a qualquer tempo pelos ministros ou por unidade técnica do Tribunal (art. 17).

orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, sob os vetores da legalidade, legitimidade e economicidade.

A Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), ao estabelecer diretrizes envolvendo a fiscalização do setor público, descreve a auditoria como sendo “um processo sistemático de obter e avaliar objetivamente evidência para determinar se a informação ou as condições reais de um objeto estão de acordo com critérios estabelecidos”. Ainda de acordo com o órgão:

A auditoria do setor público é essencial, pois fornece aos órgãos legislativos e de controle, bem como aos responsáveis pela governança e ao público em geral, informações e avaliações independentes e objetivas acerca da gestão e do desempenho de políticas, programas e operações governamentais¹²⁴.

O RITCU, por sua vez, regulamentando a matéria, define a auditoria como sendo instrumento de fiscalização voltado: ao exame da legalidade e da legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; à avaliação do desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; a subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro (art. 239, I a III).

O rol de matérias sujeitas a um processo de auditoria, portanto, é bastante amplo, visto que acompanha o próprio escopo do sistema de fiscalização a cargo do controle externo constante do artigo 70, *caput*, da CF. É seu objetivo apurar a *boa e regular* utilização dos recursos públicos. A avaliação quanto à *regularidade* compreende verificar se o ato de gestão é *legal e legítimo*. Já a verificação da *boa* aplicação dos recursos vai além, para avaliar o desempenho, a eficácia da ação governamental. O seu parâmetro é a *eficiência*.

Nesse sentido, costuma-se classificar os processos de auditoria do TCU em dois tipos, conforme a sua natureza¹²⁵:

- (i) Auditorias de *regularidade*: processo voltado ao exame da legalidade e da legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis. Avaliam-se os aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e

¹²⁴ Cf. ISSAI 100 - Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores - Princípios Fundamentais de Auditoria do Setor Público, traduzidas pelo TCU, p. 4. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-internacionais-das-entidades-fiscalizadores-superiores-issai/> (Consulta em: 09/03/2019).

¹²⁵ As Normas de Auditoria do TCU, aprovadas pela Portaria-TCU 280/2010, adotam tal classificação (p. 66).

(ii) Auditorias *operacionais*: processo que examina a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de avaliar o seu desempenho e de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.

A auditoria *operacional* consiste no exame dos empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo com vistas a verificar se o seu funcionamento está compatível com os princípios da economicidade, eficiência e efetividade, bem como se há espaço para aperfeiçoamento¹²⁶. Tal auditoria permite uma visão do objeto fiscalizado sob diferente perspectiva, na medida em que mede o desempenho da ação governamental. O seu objeto constitui um levantamento que também avalia os resultados da gestão frente às ações e decisões tomadas pelo gestor. Considerando, contudo, o campo de discricionariedade de que o administrador dispõe, o processo de auditoria operacional resulta em *recomendações* à entidade fiscalizada, voltadas ao aperfeiçoamento de suas ações.

Já no processo de auditoria de conformidade, em que o TCU defronta os atos fiscalizados com as normas aplicáveis, há um grande campo para a constatação de irregularidades. Caso isto ocorra, pode Tribunal adotar providências visando à sustação do ato, bem como aplicar sanções aos responsáveis, observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Por certo, se houver a constatação de qualquer desconformidade no curso de uma auditoria operacional, as mesmas consequências podem advir.

3.3.4.2. Inspeção

A inspeção, assim como a auditoria, é decorrente do que prevê o artigo 71, IV, da CF, ao estabelecer caber ao TCU, por iniciativa própria ou por solicitação do Poder Legislativo, a realização de *inspeções* e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

O RITCU, ao tratar da inspeção, descreve-a como sendo instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas

¹²⁶ Cf. definição constante do ISSAI 300 (Princípios Fundamentais de Auditoria Operacional), traduzidas pelo TCU, p. 5. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-internacionais-das-entidades-fiscalizadores-superiores-issai/> Acesso em: 09/03/2019.

ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável (art. 240).

Como se verifica, a realização de inspeção pressupõe a existência de outro processo de fiscalização. Daí o seu principal caráter distintivo em relação à auditoria, qual seja, a sua vinculação a outras ações de controle. Não se trata, portanto, de um processo autônomo, mas instrumento utilizado no âmbito de processo pré-existente.

A realização de inspeções no TCU é disciplinada pela Portaria-Segecex 29/2010. Nela se estabelece que a inspeção é planejada e executada no curso de processo de controle externo pré-existente e se vincula à ação de controle objeto do referido processo, limitando-se o seu escopo a tal ação. Se a unidade técnica responsável pela inspeção se deparar com irregularidades que extrapolem o escopo da ação de controle, poderá apresentar proposta de realização de auditoria específica (art. 2º).

3.3.4.3. Monitoramento

O monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo TCU para verificar o cumprimento de suas determinações e recomendações, bem como os respectivos resultados advindos (art. 243, RITCU). São passíveis de monitoramento: (i) as determinações de adoção de providências corretivas por parte do responsável quando se verificar falhas formais ou impropriedades que não ensejem a aplicação de multa; (ii) as recomendações de adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho; e (iii) as deliberações que tenham fixado prazo para adoção de medidas visando à solução de apontamento (art. 250, II e III, RITCU e art. 2º, §§1º e 3º, Portaria-Segecex 27/2009).

De outro lado, não são monitoráveis as deliberações que tenham deixado de explicitar as providências a serem adotadas pelo gestor ou responsável, bem como aquelas que determinarem, genericamente, o cumprimento de normas (art. 2º, §2º, Portaria-Segecex 27/2009).

Por fim, vale o registro de que o monitoramento não interfere no curso do processo de onde foi extraído, nem impede o seu encerramento, salvo determinação de seu processamento nos próprios autos. A forma de realização do monitoramento, bem como as situações em que o mesmo deve ser feito e demais procedimentos, estão disciplinados na Portaria-Segecex 27/2009.

3.3.4.4. Acompanhamento

O acompanhamento é um instrumento de fiscalização voltado ao exame *concomitante* da execução dos atos de gestão. Ele ocorre por um período determinado e seu principal objetivo é prevenir a ocorrência de atos danosos ao interesse público. O viés do acompanhamento pode se dar tanto sob o prisma da verificação da legalidade e da legitimidade, como também do desempenho, nos termos do que dispõe o artigo 241 do RITCU¹²⁷.

Nota distintiva do acompanhamento em relação a outros instrumentos, tais como a auditoria, a inspeção e o monitoramento, refere-se ao fato de a fiscalização se realizar no tempo em que ação do gestor é realizada, isto é, ao longo de seu desenvolvimento. Por outro lado, as auditorias e inspeções, normalmente, verificam fatos passados, além de possuir prazo menor de conclusão. Como exemplo de acompanhamento, podemos citar a realização da Copa do Mundo de 2014, objeto da IN TCU 62/2010. Por meio de processo específico instaurado (TC 017.603/2012-9), os órgãos gestores tiveram que manter atualizadas todas as informações referentes a licitações de aquisição de bens, realização de obras, serviços e eventos em um portal denominado *Portal de Acompanhamento de Gastos para a Copa do Mundo de Futebol de 2014*.

Há três formas de realização do acompanhamento por parte do TCU¹²⁸. São elas:

- (i) mediante obtenção de informações, sem autuação de processo de controle externo ou por meio de produção de conhecimento, em publicações oficiais, sítios eletrônicos do órgão ou da entidade, sistemas informatizados da Administração Pública federal, diligências, visitas técnicas ou participações em eventos;
- (ii) mediante autuação de processo não fiscalização do tipo acompanhamento (Acom), nos casos em que as informações obtidas em consulta a sistemas informatizados ou em resposta a diligências forem suficientes para

¹²⁷ “Art. 241. Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – examinar, ao longo de um período determinado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e II – avaliar, ao longo de um período determinado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados”.

¹²⁸ Cf. Manual de acompanhamento / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2018, p. 8.

acompanhar o objeto fiscalizado, sendo necessário elaborar instrução para a análise da documentação obtida e/ou proposição de adoção de medidas corretivas pelo Tribunal; e

- (iii) mediante autuação de processo de fiscalização do tipo Relatório de Acompanhamento (Racom), quando exigir trabalhos de campo ou a complexidade da matéria exigir a designação de equipe de fiscalização.

Trata-se, portanto, de uma ação fiscalizatória preventiva com vistas a evitar a ocorrência de irregularidades ou de dano ao erário. Outra característica sua é poder ocorrer em relação a um mesmo objeto fiscalizado por mais de um período ou em período maior, conforme a necessidade.

O acompanhamento, proposto pela unidade técnica respectiva, pode ser deferido pelo relator ou pelo Plenário do TCU quando da ocorrência de situações como omissão de informações que deveriam ser prestadas pelo gestor; falha ou irregularidade na gestão; iminência da prática de ato de gestão significativo em termos de materialidade, risco ou relevância; dentre outras. Se durante a realização do acompanhamento se verificar procedimento que possa resultar dano ao erário ou irregularidade grave, a unidade técnica do TCU poderá propor a adoção de medida cautelar para sustação do ato ou outras providências, bem como a realização de outra ação de controle a fim de concluir a análise dos fatos identificados e buscar a respectiva responsabilização.

3.3.4.5. Processo de denúncia

A Constituição Federal legitima a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU (art. 74, §2º). A possibilidade de denúncia e seu processamento, além de constituir mecanismo de aproximação entre a sociedade civil e o Tribunal, é um importante instrumento de controle *social* da função administrativa do Estado. Por meio dela confere-se maior efetividade à atuação da Corte de Contas.

A denúncia deve tratar de matéria de competência do Tribunal, bem como envolver administrador ou responsável que esteja sujeito à sua jurisdição. Deve ainda ser redigida em linguagem clara e objetiva, contendo o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, e estar acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade denunciada (art. 235, RITCU). Conforme já decidiu o TCU, a faculdade de denunciar não

visa à tutela de interesses particulares, sendo vedada a revisão de atos administrativos pelo Tribunal quando não ficar evidenciada a preponderância de interesse público¹²⁹.

Uma vez apresentada a denúncia por qualquer um de seus legitimados, a respectiva apuração ocorre em caráter sigiloso até o momento em que houver a comprovação de sua procedência, o que ocorre somente por ocasião de decisão definitiva sobre a matéria. A regra do sigilo, neste caso, tem por objetivo evitar danos à imagem e à honra do denunciado caso os fatos objeto da denúncia não se confirmem, estando alinhada à proteção à imagem conferida pelo texto constitucional (art. 5º, V e X).

Não se deve confundir, contudo, o sigilo do processamento da denúncia com anonimato do denunciante, vedado por nosso ordenamento jurídico (art. 5º, IV, CF). A denúncia, como requisito de admissibilidade, deve conter nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, salvo contrário não será sequer conhecida (art. 235, RITCU). São os fatos narrados na denúncia que recebem tratamento sigiloso até decisão definitiva a respeito, em resguardo aos direitos e garantias individuais do denunciado (art. 236, RITCU).

Vale registrar que o STF julgou inconstitucional dispositivo da LOTCU que autorizava o TCU a manter o sigilo em relação ao nome da pessoa que fez a denúncia (artigo 55, que continha a expressão *manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*). O fundamento foi o de que o anonimato não é admitido pela Constituição (art. 5º, IV), sendo que, ao permitir-se o anonimato do denunciante em relação ao denunciado, este não poderia adotar contra aquele as providências que o texto constitucional autoriza em caso de dano à sua imagem, além de servir de incentivo ao denunciismo irresponsável¹³⁰.

A LOTCU prevê que “reunidas as provas que indiquem a existência de irregularidade ou ilegalidade, serão públicos os demais atos do processo, assegurando-se aos acusados a oportunidade de ampla defesa” (art. 53, §4º). Considerando a má redação do dispositivo, uma leitura desatenta poderia conduzir à interpretação de que o exercício da ampla defesa por parte do denunciado somente ocorrerá após a confirmação da irregularidade narrada na denúncia e a publicização dos atos processuais. Tal procedimento, contudo, feriria de morte diversas garantias constitucionais. O exercício do contraditório e da ampla defesa pelo

¹²⁹ Cf. Acórdão 554/2018-Primeira Câmara, j. em 30/01/2018. Relator Weder de Oliveira.

¹³⁰ Eis a ementa do julgado: “I. - A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (§ 1º do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal. II. - Mandado de Segurança deferido”. (MS 24405, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2003, DJ 23-04-2004)

denunciado, por óbvio, deve ocorrer tão logo seja recebida a denúncia a fim de que este possa participar ou ao menos se pronunciar acerca da produção de provas a respeito de fato que lhe é imputável. Desse modo, os atos do processo devem ser disponibilizados ao acusado antes de qualquer decisão, sob pena de se lhe tolher direito fundamental. Por sua vez, a publicização do conteúdo da denúncia e dos atos do processo somente tem lugar após a conclusão do processo, mediante decisão definitiva, quando o ciclo do contraditório e da ampla defesa tiver se encerrado.

Dentro da lógica de incentivo da participação e do controle social, e a fim de se evitar retaliações, o denunciante não fica sujeito a qualquer sanção, seja de natureza administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia que apresentar, exceto quando comprovadamente tiver agido de má-fé. Em outras palavras, ainda que a denúncia seja julgada improcedente (seja pelos fatos narrados não corresponderem à realidade, seja pela verificação de que os fatos, ainda que existentes, não tenham configurado irregularidade ou ilegalidade), o denunciante não sofrerá qualquer sanção. De outro lado, caso verifique-se que sua ação tenha sido dolosa, com o intuito de induzir o Tribunal a erro, de modo a prejudicar o acusado, o denunciante pode ser responsabilizado.

3.3.4.6. Processo de representação

A representação é o instrumento de provocação da atuação do Tribunal de Contas por parte daqueles que são legitimados pela Constituição Federal ou por legislação específica. Assim como a denúncia, a representação volta-se à apuração de irregularidade ou ilegalidade cuja matéria seja de competência do TCU e nas quais os responsáveis respectivos estejam sob sua jurisdição.

São legitimados a representar perante o TCU: (i) o Ministério Público Federal¹³¹; (ii) os órgãos de controle interno¹³²; (iii) os senadores da República, deputados federais, estaduais e distritais, juízes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem; (iv) os tribunais de contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as câmaras municipais e os ministérios públicos estaduais; (v) as equipes de inspeção, auditoria, e as

¹³¹ Conforme disposto no art. 6º, XVIII, c, da Lei Complementar 75/93, compete ao Ministério Público representar ao TCU “*visando ao exercício das competências deste*”.

¹³² Nos termos do art. 74, §1º, da CF, “*os responsáveis pelo controle interno, o tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária*”.

unidades técnicas do Tribunal; e (vi) outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei (art. 237, RITCU).

Como exemplo de outras pessoas detentoras da prerrogativa de representação por força de lei, cite-se o disposto no artigo 113 da Lei 8.666/93, pelo qual qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica pode representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades envolvendo licitações e contratos administrativos^{133 134}.

Uma vez apresentada a representação, assim como ocorre em relação à denúncia, eventual requerimento de desistência por parte de seu autor não obsta o prosseguimento do processo, tendo em vista que as questões tuteladas pelo Tribunal são de interesse público¹³⁵.

¹³³ Representações envolvendo licitações e contratos públicos são recorrentes no TCU. Por tal motivo, há farta jurisprudência da qual se extraem alguns entendimentos firmados a respeito, consolidados pela Portaria Segecex-TCU 12/2016: - *Não se inserem nas competências do TCU solucionar controvérsias instaladas no âmbito de contratos administrativos firmados entre seus jurisdicionados e terceiros, ou ainda prolatar provimentos em substituição às tutelas jurisdicionais reclamadas por particulares para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos, salvo se, de forma reflexa, afetarem o patrimônio público ou causarem prejuízo ao erário* (Acórdão 332/2016-TCU-Plenário); - *Não cabe ao Tribunal controlar a legalidade da aplicação de penalidades administrativas aos contratados* (Acórdão 3.202/2014 –TCU-Plenário e Acórdão 3.797/2015–TCU-2ª. Câmara); - *O Tribunal não se presta a funcionar como instância recursal em que o licitante vem defender seus interesses contra a administração, após ter recebido negativa de provimento de pleito de reequilíbrio econômico financeiro do contrato* (Acórdão 2.182/2016 – TCU – 2ª. Câmara); - *Habilitar ou não concorrente em certame licitatório, sem prejuízo de assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências com o intuito de promover a anulação de ato viciado, identificado em procedimento licitatório* (Acórdão 584/2013-TCU-Plenário); - *Não cabe ao TCU deliberar a respeito da licitude do conteúdo de minuta de edital ainda não publicada* (Acórdão 726/2008-TCU-Plenário).

¹³⁴ Conforme explica Guilherme Corona Rodrigues Lima, tal dispositivo, aliado ao art. 71 da CF, “é o mote legitimador da atuação preventiva do Tribunal de Contas sobre os editais de licitação, objetivando, dentro dos limites de sua competência constitucional, evitar, de forma prévia, a ocorrência de ilegalidades no instrumento convocatório das licitações públicas, podendo o Tribunal suspender o procedimento licitatório e apontar as correções necessárias para a esmerada realização do certame, com base em seu poder geral de cautela”. (LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. *O Controle Prévio dos Editais de Licitação pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 54).

¹³⁵ A jurisprudência do TCU é uniforme neste sentido, conforme se verifica a partir das seguintes ementas: “*A desistência de pleito formulado ao TCU por representante não determina o encerramento do processo instaurado, que é de ordem pública e cujo objeto é sempre o interesse público, irrenunciável por parte da Administração*” (Acórdão 283/2014-Primeira Câmara, j. em 04/02/2014, Rel. José Múcio Monteiro). “*A qualidade de representante ou de denunciante é insuficiente para conferir legitimidade processual, pois, em regra, pelo princípio do impulso oficial, instaurado o processo a partir da provocação inicial, o próprio TCU toma o curso das apurações*” (Acórdão 246/2017, j. em 15.02.17, Rel. Ana Arraes).

CAPÍTULO IV: O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS CONTRIBUIÇÕES DA LINDB E DO CPC/2015 PARA O SEU APERFEIÇOAMENTO NO TRIBUNAL DE CONTAS

*If you are a man who leads,
Listen calmly to the speech of one who pleads;
Don't stop him from purging his body
Of that which he planned to tell.
A man in distress wants to pour out his heart
More than that his case be won.
About him who stops a plea
One says: "Why does he reject it?"
Not all one pleads for can be granted,
But a good hearing soothes the heart.*

The Instruction of Ptahhotep (Egyptian, 6th Dynasty, 2300-2150 B.C.)¹³⁶

Este capítulo tem por objetivo examinar o conteúdo do princípio do *devido processo legal*. Considerando se tratar, como veremos, de um *sobreprincípio*, cujo significado é vastíssimo e reunidor de inúmeras garantias processuais e substantivas ao indivíduo frente à ação estatal, e considerando, ainda, que seu significado tem variado ao longo do tempo, conforme as circunstâncias políticas e sociais de sua época de aplicação, afigura-se relevante estudar o contexto em que se deu o seu surgimento na Inglaterra, assim como a sua evolução desde então, especialmente por força da jurisprudência norte-americana. Em seguida, o *due process of law* será focado à luz do Direito brasileiro e do processo administrativo, tendo em vista a sua expressa previsão no texto constitucional a partir de 1988.

Uma vez compreendido o seu significado, parte-se para a identificação das garantias constitucionais que estruturam e orientam o devido processo no Tribunal de Contas, com breve exame da aplicabilidade e utilidade do uso do CPC/15 e da nova LINDB para tal finalidade.

4.1. O surgimento e a evolução do devido processo legal na Inglaterra e nos Estados Unidos da América do Norte

O surgimento do princípio do *devido processo legal* remonta à Idade Média, quando a Magna Carta de 1215, de João Sem-Terra, positivou-o pela primeira vez. O histórico documento, editado no contexto de contenção do poder dos monarcas da Inglaterra e que

¹³⁶ Transcrito por Mashaw, Jerry L., *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*. Faculty Scholarship Series. Paper 1152, 1981. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1152. Acesso em: 23/03/2019.

marcou a passagem do Estado Absoluto para o Estado Constitucional, previa em seu artigo 39 que “nenhum homem livre poderá ser preso, encarcerado, desapossado, proscrito, banido ou de qualquer modo subtraído, não podendo o rei sentenciá-lo, nem dar ordem de prisão contra o mesmo a não ser no caso de ter sido julgado por seus pares ou pela lei da terra”¹³⁷.

O texto da Magna Carta, portanto, somente admitia limitações aos direitos dos indivíduos se observados determinados procedimentos, assim como o direito sedimentado nos precedentes judiciais que amparava o direito consuetudinário inglês – ou, na expressão original, *by the law of the land*¹³⁸. Esta expressão, aliás, somente viria a ser substituída pela conhecida *due process law* em 1354, com a edição, no reinado de Edward III, do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, segundo o qual “nenhum homem de qualquer estado ou condição será expulso de suas terras ou propriedades, nem preso, deserdado ou condenado à morte sem haver respondido ao processo legal regular”¹³⁹.

A cláusula do *devido processo legal*, desse modo, foi concebida originalmente como meio de proteção da sociedade inglesa contra as arbitrariedades do monarca. E por se tratar de um consagrado princípio fundamental até os dias de hoje, é certo que o seu sentido evoluiu no decorrer da história.

A consagração do instituto, vale destacar, veio com sua incorporação às Emendas nºs V (1791) e XIV (1869) à Constituição norte-americana. A primeira estabeleceu que “nenhuma pessoa será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa compensação”¹⁴⁰. A segunda emenda, por sua vez, reiterou que “nenhum Estado-membro

¹³⁷ Tradução livre do inglês: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his rights any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land”. A redação original, contudo, está em latim: “Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruetur, nec supere eum ibimus, nec supere eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”. (*Constitute: the world’s constitutions to read, search and compare*. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/United_Kingdom_2013?lang=en. Acesso em: 11/12/2017).

¹³⁸ D.J.Galligan explica o seguinte sobre a expressão: “The law of the land, the legem terrae, could now be translated as the rule of law, a notion which depended not only on there being a framework of legal rules, but also on the courts adjudicating upon and upholding those rules. Within the notion of the law of the land, or the rule of law, was a sense of due process in both its substantive and procedural aspects: in its substantive aspect, it meant that rights and liberties would not be affected except by law properly made, while in its procedural sense, it meant that suitable procedures would be available to determine whether any action was justified by law”. (GALLIGAN, D. J. *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford University Press, 2004, p. 178).

¹³⁹ Cf. LEMBO, Claudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri, São Paulo: Manole, 2007, p. 210.

¹⁴⁰ Tradução livre do original: “no person shall be deprived of life, liberty or property without due process of law, nor shall private property be taken for public use without just compensation”. Esta emenda fez parte do *Bill of Rights*, composto pelas dez primeiras emendas ao texto constitucional, que objetivou inscrever determinadas garantias fundamentais no ordenamento jurídico norte-americano. (*Constitute: the world’s*

privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”¹⁴¹. A emenda nº V se aplica às leis e atos do Governo Federal, enquanto a emenda nº XIV estende o *due process* aos Estados^{142 143}.

Registre-se, contudo, que muito antes de sua previsão nas Emendas nºs V e XIV, a cláusula do *devido processo legal* já se via positivada em várias Constituições das antigas colônias inglesas da América do Norte, assim como em suas Declarações de Direitos (*Bill of Rights*), embora sob a denominação originária *law of the land*¹⁴⁴.

No entanto, o sentido original do *devido processo legal*, plasmado na Magna Carta da Inglaterra antiga e recepcionado pelas Declarações de Direitos das colônias inglesas norte-americanas, assim como pela Constituição dos Estados Unidos, por meio das Emendas nºs V e XIV, era o de uma garantia *processual*, adjetiva. Apenas posteriormente, com a evolução jurisprudencial norte-americana, é que o conceito evoluiu para resultar em um princípio substantivo, limitador do mérito das normas e decisões do Poder Público, mediante a formulação da teoria do *substantive due process*.

Essa fase *inicial*, de interpretação exclusivamente processualística da cláusula do devido processo legal pela Suprema Corte (*procedural due process*), perdurou até o final do

constitutions to read, search and compare - Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en. Acesso em: 11/12/2017)

¹⁴¹ Tradução livre do original: “*nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*”. (*Constitute: the world’s constitutions to read, search and compare* - Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en. Acesso em 11/12/2017)

¹⁴² Cf. D.J. GALLIGAN. *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford University Press, 2004, p. 188.

¹⁴³ Assinala Adhemar Ferreira Maciel, além disso, referindo-se ao conteúdo, que a diferença mais marcante entre as duas emendas “*estaria no fato de a primeira coexistir com outras garantias expressas no Bill of Rights como procedimento justo através do tribunal do júri, possibilidade de se ver acusado perante o grand jury, fianças e multas pecuniárias compatíveis com a situação financeira do réu. Já a Emenda XIV ‘contém implicitamente não só os padrões de retitude e justiça’ encontrados na cláusula da V Emenda, mas também muitas garantias que são expressamente ressalvadas no Bill of Rights*’. *Se observamos bem, veremos que a Emenda XIV, sobretudo pela proximidade da cláusula da ‘igual proteção das leis’ (equal protection of the laws), fornece inteligência mais abrangente ao due process do que aquela da Emenda n. V*”. (MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due Process of Law, in Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp.411-412.).

¹⁴⁴ É o que aponta Carlos Roberto Siqueira Castro, relatando ainda que em pesquisa dessas “Cartas” coloniais encontrou referências perfeitamente identificadas com a primeira previsão do instituto na Magna Carta. Nesse sentido, o autor menciona a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776 (“*That no man be deprived of his liberty, except by the ‘law of the land’ or the judgment of his peers*”), a Declaração de Delaware, também de 1776 (“*That every freeman for every injury done him in his goods, lands or person, by any other person, ought to have remedy by the course of the law of the land, and ought to have justice and right for the injury done to him freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land*”), assim como as Declarações de Direitos de Maryland (1776), Carolina do Norte (1776), Vermont (1777), Massachusetts (1780), New Hampshire (1784). (SIQUEIRA CASTRO, Carlos. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp 9-12).

século XIX e início do século XX, quando alguns julgados passaram a aplicar entendimento mais amplo e elaborado da garantia.

A primeira vez que o *devido processo legal substantivo* foi aplicado, segundo alguns autores, teria sido no *Minnesota Rate Case*, em 1890, no qual o Tribunal Supremo deliberou que a fixação de tarifas ferroviárias pelos Estados sujeitava-se ao controle do Poder Judiciário, com fundamento na XIV Emenda¹⁴⁵. Antes desse julgado, no entanto, a Suprema Corte já vinha ensaiando uma aplicação substantiva da garantia do *devido processo legal* desde o início do século XIX, existindo inúmeras decisões nesse período que, no mínimo, iniciaram tal discussão¹⁴⁶.

Tal movimento de mudança jurisprudencial acompanhou e retratou o momento histórico da época, em que se lutava contra o arbítrio e o avanço intervencionista do Estado, em prestígio ao regime econômico da livre iniciativa. Para compreender melhor o contexto em que a nova hermenêutica jurisprudencial se deu, são válidas as lições de Carlos Roberto Siqueira Castro a respeito do tema:

Estimulada pela fluidez redacional da cláusula *due process of law* e reverente aos princípios liberais e ao preconceito ‘antiarbítrio’ que subjazem a ideia de contrato social formador da federação americana, a justiça estadunidense não teve cerimônia em passar em revista a legislação econômico-social editada em profusão a partir da segunda década do Século XX, resultando do conjunto de suas decisões o axioma de que uma lei não pode ser considerada um *law of the land*, ou consentânea com o *due process of law*, quando incorrer na falta de ‘razoabilidade’ ou de ‘racionalidade’, ou seja, em suma, quando for arbitrária. Assim é que, antes mesmo do fim do Século XIX, teve início a grande série de pronunciamentos judiciais que, a pretexto de se preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa, invalidaram os primeiros exemplares da legislação intervencionista do Estado contemporâneo. Inaugurava-se, aí, a era do ‘governo dos Juizes’, com os Tribunais assumindo um papel de censor da vida social, política e econômica da nação. O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase ‘substantiva’ na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata

¹⁴⁵ É o que indica Eduardo Yoshikawa, citando ainda, em abono à sua opinião, Juan Cianciardo e Richard C. Cortner. Outros defendem que o primeiro caso seria o *Dred Scott* (Scott v. Sandfort, 60 U.S. 393), julgado em 1857, pouco antes da Guerra de Secessão, quando a Corte teria conferido interpretação substantiva à cláusula do devido processo legal ao declarar inconstitucional lei federal que proibia a escravidão nos territórios (Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle de razoabilidade das leis do Século XVII ao XXI*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007, p. 187).

¹⁴⁶ Mencione-se, nesse contexto, o paradigmático julgado do caso *Marbury vs. Madison* (1803), que marcou o início do controle de constitucionalidade substancializado na nulidade de leis contrárias ao texto constitucional. Na decisão, a Suprema Corte norte-americana rejeitou a aplicação, por inconstitucionalidade, de lei que lhe atribuía competência para expedir *writs of mandamus* a toda e qualquer autoridade pública. A partir deste precedente o Poder Judiciário pontuou sua força ao afastar a aplicação de norma infraconstitucional sobre competência proveniente do Poder Legislativo, bem como por não ter cedido às pressões do Poder Executivo.

a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente ‘substantivo’ no seio das instituições governativas¹⁴⁷.

Disso se extrai uma importante característica da cláusula do devido processo legal, qual seja, a de que se trata de um conceito normativo aberto, cujo conteúdo tem sido, ao longo do tempo, determinado pelos operadores do Direito de acordo com as respectivas circunstâncias políticas, sociais e culturais. Como bem sintetiza Antônio de Sampaio Dória, “o conteúdo material de *due process* é, pois, e deve continuar, insuscetível de confinamentos conceituais, que o esvaziariam de seus significados mais fecundos”¹⁴⁸.

4.2. O *due process of law* no direito internacional

No último século, especialmente após o período da segunda guerra, foi grande a preocupação com o aumento da proteção dos direitos da pessoa humana seja em âmbito internacional (cite-se, a título exemplificativo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948) seja na esfera nacional dos países, por meio das Constituições contemporâneas. Ao lado dessa difusão e fortalecimento de direitos materiais, evoluíram também as garantias processuais, fazendo com que se alargasse o conteúdo do *devido processo legal*.

Nessa esteira, a Declaração Universal dos Direitos Humanos garantiu a todo ser humano, em seu artigo 8º, “direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”, assim como “direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial” (artigo 10); “direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (artigo 11, I); impossibilidade de “ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional” (artigo 11, II)¹⁴⁹.

¹⁴⁷ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45.

¹⁴⁸ DÓRIA, Antônio de Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 33.

¹⁴⁹ Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em 11/12/2017.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), por sua vez, estabeleceu o direito a qualquer pessoa a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num *prazo razoável*, “por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela” (artigo 6º, I). Garantiu ainda ao acusado os seguintes direitos: a) *Ser informado no mais curto prazo*, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) *Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa*; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, *se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso*, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer *interrogar as testemunhas* de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) *Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete*, se não compreender ou não falar a língua usada no processo (artigo 6º, III)¹⁵⁰.

Disciplina similar passou a valer nas Américas, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*, 1969), segundo a qual:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um *prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (artigo 8º, I).

Além disso, descreveu as seguintes garantias mínima a qualquer pessoa durante o processo: a) direito do acusado de *ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete*, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do *tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa*; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de *comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor*; e) direito irrenunciável de *ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado*, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de *inquirir as testemunhas* presentes no tribunal e de obter o

¹⁵⁰ Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em 11/12/2017.

comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de *não ser obrigado a depor contra si mesma*, nem a declarar-se culpada; e h) direito de *recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior* (artigo 8º, II)¹⁵¹.

Em que pese muitas das garantias supranacionais constantes tanto da Convenção Europeia como da Convenção Americana já se encontrassem contempladas na maior parte das Constituições nacionais de seus países-membros, tais diplomas tiveram o mérito de explicitar e desdobrar certas garantias constitucionais. Além disso, nova garantia surgiu a partir de tais textos, qual seja, a do direito à *razoável duração do processo*.

De uma garantia contra as arbitrariedades do monarca no Estado absolutista inglês, passando para um princípio protetivo da supremacia do Poder Legislativo, até uma garantia de eficácia dos direitos fundamentais – sempre customizando-se às necessidades e circunstâncias históricas da sociedade –, verifica-se que o instituto tem sido, historicamente, um dos principais instrumentos de proteção do cidadão diante da ação estatal.

4.3. O devido processo legal no Direito brasileiro

A expressão *devido processo legal* somente foi positivada no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente previu no artigo 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*”.

Isto não significa que tal princípio não tivesse sido abarcado, ainda que implicitamente, em Constituições e leis anteriores. É entendimento assente na doutrina que o *devido processo legal* foi contemplado por todas as Constituições brasileiras, especialmente a partir 1934, quando se estabeleceu a necessidade de observância dos direitos à ampla defesa, ao contraditório, à isonomia, dentre outros decorrentes e componentes do *due process of law*¹⁵². Desse modo, a importação e menção da expressão no texto constitucional brasileiro não representou a introdução de um novo e desconhecido regime jurídico por aqui – o que de modo algum afasta o acerto e a importância de seu emprego expreso.

¹⁵¹ Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 11/12/2017.

¹⁵² A primeira Constituição Republicana do Brasil, de 1891, já previa, como garantia individual, o direito à plena defesa na esfera criminal (cf. artigo 72, §16): “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”. A Constituição de 1934 ampliou as garantias processuais tidas como fundamentais, para também estabelecer (artigo 113): “XXIV – A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta; XXV – Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas”.

Ao comentar referido dispositivo, Enrique Ricardo Lewandowski afirma tratar-se de uma moeda de duas faces: “de um lado, quer dizer que é indispensável a instauração de um processo antes da restrição a quaisquer direitos. De outro, significa que o processo precisa ser adequado, ou seja, não pode ser simulacro de procedimento, devendo assegurar, no mínimo, igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa”¹⁵³.

Observe-se que ao determinar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, o texto constitucional obriga a aplicação de tal princípio a todos em qualquer processo, sem exceção, seja ele judicial ou administrativo. E por se tratar de um princípio de enorme riqueza exegética, o *devido processo legal* está na origem de vários outros princípios e garantias elencados na Constituição Federal, como são exemplos o contraditório e a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, a inadmissão das provas ilícitas, o juiz natural, dentre outros. Desse modo, integram o seu conteúdo todas essas garantias e outras mais que, ainda que implícitas no texto constitucional, protejam os direitos fundamentais do cidadão frente a qualquer ação estatal.

Justamente por isso o *due process of law* é chamado por alguns de um *superprincípio* ou *princípio estruturante*, tendo em vista que coordena e delimita todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento, sendo sua finalidade o alcance do *justo*, do *correto*, da *efetividade* e da *presteza* da prestação jurisdicional^{154 155}.

Nesse sentido, ao assegurar no artigo 5º, LIV, o devido processo legal em processo de qualquer natureza que possa ocasionar privação à liberdade ou aos bens do cidadão, a nossa Carta sintetizou em um único dispositivo a essência do Estado Democrático de Direito.

Nas lições de J.J. Canotilho, são considerados elementos do Estado de Direito (i) a supremacia da Constituição; (ii) a legalidade da administração; (iii) a divisão dos poderes; (iv) a independência dos tribunais e a vinculação do juiz à lei; e (v) a garantia dos direitos

¹⁵³ Lewandowski, Enrique Ricardo. Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos. *Revista Consultor Jurídico*, 27/11/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido>. Acesso em 12/01/2019.

¹⁵⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 33 (nov/dez 2009). Porto Alegre: Magister, p. 9.

¹⁵⁵ Também o STF já se posicionou acerca do alcance que o *due process of law* possui em nosso texto constitucional: “Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexó com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – procedural due process – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa”. (STF, ADI 1.511 MC, voto do rel. min. Carlos Velloso, j. 16-10-1996, P, DJ de 6-6-2003).

fundamentais¹⁵⁶. Todos estes elementos, identificados pelo autor português, relacionam-se direta ou indiretamente com a cláusula do *devido processo legal*, na medida em que se trata de um princípio constitucional que se sobrepõe a qualquer lei ou ato da Administração. Além disso, são seus pressupostos o respeito à divisão dos poderes e a vinculação do juiz à lei, visto que o processo somente será devido e legal se conduzido por juiz competente, que aja e siga os ritos em conformidade com o estabelecido previamente pela lei. Por fim, a cláusula tem por objetivo precípuo a garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

É de se notar, ademais, que cada vocábulo que compõe a expressão *devido processo legal* carrega consigo conteúdos especiais que, conjugados, fazem a garantia ter a dimensão que possui.

Processo quer significar a necessidade de existir um procedimento formal, sistemático, que se materializa por meio de um conjunto de atos que se ordenam cronologicamente e de que se vale o Estado para a solução de uma lide. Trata-se de um instrumento para legitimação do exercício de poder, mas que, sozinho, é insuficiente para garantir uma efetiva justiciabilidade, na medida em que é meio e não fim.

Ao examinar o significado de *processo* sob o prisma democrático, Cármen Lúcia Antunes Rocha pontua que a democracia política e a democracia social têm nele uma forma de manifestação e realização dos seus princípios. Contudo, ressalva a autora que:

A antidemocracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio¹⁵⁷.

É somente por meio de um *processo* formal regular, portanto, que podem ser atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja. Esta afirmação não afasta, por óbvio, hipóteses extremas em que a ação do Estado deve ser instantânea, como nos lembra Egon Bockmann Moreira, ao destacar situações urgentes, especialmente as derivadas do “poder de polícia administrativa”, em que se impõe ação imediata e sem subordinação a

¹⁵⁶ CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 250.

¹⁵⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 209, 1997, p. 192.

prévia notícia ou consulta ao particular afetado, sob pena de tornar imprestável sua ação e lesar o interesse público em jogo¹⁵⁸.

Mas para a garantia do *due process of law* não basta a existência de um *processo*. A sua instauração deve estar prevista em lei prévia à ocorrência do fato que o justifique. Deve tal lei disciplinar o procedimento e a sucessão de atos que comporão o processo, assim como a possibilidade e os limites de restrição à liberdade ou à propriedade do envolvido. A esta lei estará totalmente vinculando o Estado em seu agir, sob pena de arbítrio e nulidade. Tem-se, com isso, o *processo legal*.

Indo além, exige-se que ao indivíduo se dê acesso a uma série de garantias processuais, em proteção à ação estatal, de modo a assegurar a apreciação legal, justa e razoável do litígio discutido no processo. Busca-se, com isso, um processo legal *devido*, tanto sob o aspecto processual como pelo prisma substantivo.

Tais garantias, constantes do texto constitucional de 1988, podem ser elencadas como as seguintes: (i) a *segurança jurídica do processo*, decorrente da independência do Poder Judiciário e sua harmonia com os demais poderes, assim como da reserva de jurisdição (arts. 2º e 5º, II); (ii) o *acesso à jurisdição*, ao se estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, bem como a assistência jurídica integral e gratuita aos impossibilitados (art. 5º, XXXV e LXXIV); (iii) a *igualdade processual material* (art. 5º, *caput*); (iv) o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º, LV); (v) o *duplo grau de jurisdição* (art. 5º, LV); (vi) a *motivação* das decisões (art. 93, IX e X), (vii) o *juiz natural* (art. 5º, XXXVII e LIII), (viii) a *inadmissão de provas ilícitas* (art. 5º, LVI) e (ix) a *duração razoável* do processo (art. 5º, LXXVIII).

Essa exegese acerca das garantias que integram o *devido processo legal* é acolhida pela jurisprudência, como se extrai do julgado abaixo do STF, em que se elencaram algumas de suas prerrogativas:

Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria *persecutio criminis*. O exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia

¹⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017 p. 335.

de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao *due process of law*, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. (STF, HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, 2ª T, DJE de 27-2-2009]. = Ext 1.126, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 22-10-2009, P, DJE de 11-12-2009)

Apesar de se tratar e ser pensada como uma garantia dos indivíduos frente ao Estado, certo é que a observância do *devido processo legal* já vem sendo admitida também na esfera privada, em litígios extrajudiciais. Como defende Paula Sarno Braga, “é chegado o momento de incidir, também, nas relações particulares, para limitar os poderes privados – sobretudo em processos de formação e adimplemento restritivo dos negócios jurídicos”. Conclui o autor que “o devido processo legal, enquanto exigência de moderação e legalidade no exercício do poder, deve vincular os particulares, para deter e reprimir abusos e desmandos privados e negociais”¹⁵⁹.

A tese não é novidade na jurisprudência pátria, que já anulou ato societário por reconhecer o desrespeito ao contraditório e à ampla defesa em litígio extrajudicial¹⁶⁰. Há,

¹⁵⁹ BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do Devido Processo Legal a Processos Particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos. *Revista de Processo – RePro* 161 – ano 33 – julho – 2008.

¹⁶⁰ Confira-se o julgado a seguir do STF: *Sociedade Civil. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio. Alegado descumprimento de resoluções da sociedade e propositura de ações que acarretaram prejuízos morais e financeiros à entidade. Direito constitucional de ampla defesa desrespeitado. Antes de concluir pela punição, a comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Infringência ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Punição anulada. Pedido de reintegração procedente. Recurso desprovido* (STF, RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 11/10/2005). Confira-se, no mesmo sentido: “*Cooperativa. Exclusão de associado. Caráter punitivo. Devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo*

portanto, uma tendência ao alargamento do conteúdo do *devido processo legal*, de modo a atingir relações entre particulares – e proteger direitos fundamentais de qualquer indivíduo – frente ao arbítrio de outros poderes para além do estatal, como é o caso do poder econômico e social. Como observou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no julgamento referenciado, “(...) a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de mecanismos de poder econômico e social, o que acabaria por permitir a supressão daquele *standard* mínimo de liberdade pelo uso (abusivo) de posições dominantes no plano econômico-social”.

4.4. O devido processo legal no processo administrativo

O princípio do devido processo legal, originalmente empregado para a garantia dos cidadãos no âmbito da jurisdição penal e posteriormente na jurisdição civil, com o tempo passou a ser estendido também à esfera administrativa¹⁶¹. Com efeito, tem-se hoje como ideia assente que as funções estatais (legislativa, jurisdicional e administrativa) devem ser exercidas com respeito à garantia do devido processo.

O aumento progressivo das funções estatais nas últimas décadas, conjugado à interface dessas ações com a sociedade civil, tornou a esfera administrativa campo fértil e vasto para a afirmação do devido processo legal¹⁶². Este princípio, quanto ao processo administrativo, passou a constituir baliza limitadora da ação do Poder Público tanto quanto à forma quanto ao conteúdo das decisões administrativas, assegurando a certeza do dever público, de um lado, e o direito do particular, de outro¹⁶³.

O artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, consagra, no âmbito administrativo, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja. Na dicção de Celso Antonio Bandeira de Mello, “privar da liberdade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender

sumário. *Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa*”. (STF, RE 158.215, rel. min. Marco Aurélio, j. 30-4-1996, 2ª T, DJ de 7-6-1996).

¹⁶¹ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 164.

¹⁶² Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *op. cit.*, p. 321.

¹⁶³ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 209, 1997. p. 205.

ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal”¹⁶⁴.

A cláusula do devido processo legal tem a seguinte lógica: quando o interesse de uma pessoa envolvendo a sua liberdade ou a sua propriedade puder ser afetado em decorrência de uma ação do Estado, determinados procedimentos devem ser observados tanto para que o afetado tome conhecimento da existência do processo, como para que seja ouvido e as suas razões efetivamente consideradas na decisão final. A partir dessa ideia, aponta D.J. Galligan que a aplicação do devido processo legal deve ser feita considerando dois estágios. Primeiramente é necessário demonstrar que a ação estatal pode afetar um dos interesses anteriormente mencionados (liberdade ou propriedade). Em seguida, caso esta condição precedente seja satisfeita, deve-se verificar que processo é o mais adequado para satisfação da cláusula. Dito de outro modo, deve-se analisar que processo é *devido*. Trata-se de definir o escopo do processo, limitando-o ou ampliando-o, a depender das circunstâncias. Para tanto, deve-se examinar a natureza da decisão, a importância dos interesses em jogo e os custos de cumprimento do procedimento¹⁶⁵.

A ideia acima é válida para o processo administrativo brasileiro em razão de o nosso texto constitucional não ter restringido as hipóteses de incidência da cláusula. Em outras palavras, aplica-se o devido processo legal para todo e qualquer processo administrativo. E a depender da relação jurídico-processual em jogo, o devido processo legal assume diferentes extensões. É o que defende Egon Bockman Moreira, para afirmar que a aplicação da cláusula nem sempre será idêntica em todos os processos administrativos, cabendo às peculiaridades do caso concreto revelar “a dimensão a ser desempenhada pelo princípio e sua ponderação com outros que incidam na mesma questão”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 119.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, pp. 190-191. Em seu texto, além da “liberdade” e da “propriedade”, o autor estadunidense acrescenta a “vida” como terceiro interesse a ser considerado. E isto porque a cláusula do *due process of law* nos Estados Unidos, assim como na Inglaterra, protege “a vida, a liberdade e a propriedade”, o que não se estende ao nosso direito positivo. A “vida” não foi inserida pela Constituição Federal de 1988 na cláusula do devido processo legal, como nos lembra Egon Bockman Moreira (ob. Cit., p. 342-345), na medida em que a mesma Carta veda qualquer investida contra a vida, salvo na excepcional situação de “guerra declarada (art. 5º, XLVII, c/c o art. 84, XIX), sendo cláusula pétrea a proibição à pena de morte (art. 60, § 4º, IV).

¹⁶⁶ O autor sustenta existir ao menos três espécies de relação jurídico-processual, que ele denomina de direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, as quais são determinantes para a verificação da extensão da cláusula: “Logo, também o devido processo legal assume diferentes extensões em sentidos diversos: ao tratar imediatamente da proteção a direitos de primeira dimensão, em máximo grau de potência unilateral em favor do cidadão (afinal, aqui poderá haver sanções e sacrifício de direitos individuais indisponíveis); quando se trata de direitos de segunda e terceira dimensões, os interesses coletivos e/ou difusos em jogo podem implicar o legítimo sacrifício ou limitação administrativo a direitos das pessoas privadas”. (op. cit., p. 36-347)

Nessa linha, a busca do processo *devido* para o caso concreto deve ter como premissa básica o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II). O processo administrativo e a respectiva decisão da autoridade devem estar em conformidade com o que determina a lei. Com efeito, é de rigor a observância aos preceitos constitucionais e legislação aplicáveis à hipótese examinada, de modo a aplicá-los correta e adequadamente.

Deve-se, igualmente, considerar o contexto que abarca o caso concreto. O caso *Mathews v. Eldridge*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, é citado por D.J. Galligan como paradigma de sopesamento de três fatores na definição do processo administrativo mais adequado¹⁶⁷, quais sejam: (i) o interesse particular afetado ou em risco; (ii) o risco de se privar injustamente o interesse do particular em jogo; e (iii) o interesse público, levando-se em conta a função administrativa envolvida, os custos e os encargos administrativos de mais exigências procedimentais. Os dois primeiros fatores estão associados e decorrem do princípio segundo o qual a lei deve ser devidamente aplicada, bem como observados os direitos e interesses identificados do particular. Deve-se questionar, nesta etapa, se o processo administrativo e os seus desdobramentos conduzirão à correta aplicação da lei, tendo em vista a natureza e o peso dos interesses em discussão. O terceiro fator a ser sopesado é o interesse público. Isto significa adotar o processo que seja mais econômico possível, o que em princípio não conflita com o interesse do particular, desde que, por óbvio, o resultado da decisão seja correto. Por exemplo, se uma decisão pode ser tomada de forma justa e precisa por meio de manifestação por escrito ou por meio da realização de sessão de audiência dos envolvidos, é do interesse do Estado a utilização da forma escrita em razão de sua economicidade.

Reconhece-se que a ponderação dos fatores acima aludidos não é tarefa das mais simples. Nem sempre é claro o resultado diverso que a prática de determinado ato processual ou a produção de determinada prova adicional podem levar, a fim de se avaliar a utilidade de tal providência. Também os custos da máquina administrativa envolvidos podem não ser facilmente estimados, dificultando assim o confronto com o interesse particular em risco. Assume relevo, neste aspecto, atentar-se aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, o que certamente servirá de auxílio na definição do processamento mais adequado.

Com efeito, a avaliação do sacrifício de direitos do particular frente a interesse estatal somente tem lugar, registre-se, quando inexistir previsão legal determinando como o caso

¹⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 201-203.

administrativo deve ser processado ou, existindo, quando a norma deixar a critério da autoridade, de modo discricionário, a adoção ou não de determinada providência ou rito procedimental. Existindo regras procedimentais estabelecidas, estas não podem ser relevadas. E após a entrada em vigor do CPC/2015, cuja aplicação subsidiária e supletiva a todos os processos administrativos é imperativa, também a disciplina deste diploma deve ser considerada para este fim.

É interessante observar, neste ponto, a relação do devido processo legal, entendido como um princípio constitucional do Direito Administrativo¹⁶⁸, com a existência de leis processuais administrativas específicas. Entende-se que na ausência de leis ou regras específicas, deve-se aplicar ao caso concreto o devido processo administrativo como princípio – o que acarreta a necessidade de observância de todos os seus elementos garantidores, como é o caso do contraditório e da ampla defesa, da isonomia processual, juiz natural, dentre outros. Se, de outro lado, existirem leis ou regras específicas aplicáveis a determinado processo administrativo, a sua aplicação deve ocorrer em compatibilização com o princípio do devido processo administrativo, que a elas se sobrepõe.

A questão acima exposta é premissa que sustenta o objeto do presente trabalho, tendo em vista que os processos administrativos a cargo do Tribunal de Contas, como já se viu, são disciplinados pela Lei 8.443/92, *sendo certo que este diploma deve ser aplicado de modo aderente aos elementos caracterizadores do devido processo administrativo, constantes do texto constitucional*.

4.5. Elementos do devido processo legal aplicáveis ao processo administrativo do Tribunal de Contas

O princípio do devido processo legal, conforme já se expôs, origina uma série de outras garantias, formando um conjunto de normas que asseguram o seu cumprimento. Trata-se, portanto, de um princípio estruturante, que tem por essência a proteção do particular frente aos arbítrios do Estado, em qualquer que seja a sua esfera. Possui, ademais, papel de complementariedade e de correção, sendo verdadeiro *building block of the legal order*¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 119.

¹⁶⁹ Cf. CANANEA, Giacinto della. *Due process of law beyond the state*. Oxford, 2016, p. 178.

Na dicção de Cândido Rangel Dinamarco, tal princípio é o “ponto de convergência e o substrato político de todos os demais princípios e garantias referentes ao processo”, na medida em que, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, o texto constitucional obriga que se observem as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da igualdade, da publicidade, da imparcialidade, dentre outras. Daí a conclusão do autor de que em nossa Constituição o devido processo legal se reveste de uma função *organizatória*, pela qual, mesmo que não haja a explicitude do devido processo legal no plano infraconstitucional, o princípio se impõe do mesmo modo, seja porque um preceito constitucional não necessita de confirmação infraconstitucional, seja por ser decorrência natural da imposição dos outros princípios¹⁷⁰.

Embora existam garantias do devido processo legal comuns a todo e qualquer processo, independentemente de sua natureza (contraditório e ampla defesa, duração razoável, dentre outros), há garantias que se estabelecem conforme o respectivo campo em que o interesse do indivíduo está em jogo. No âmbito da jurisdição penal, por exemplo, existem garantias do devido processo legal específicas, tais como a presunção de inocência, expressa sob o brocardo *in dubio pro reo*, e os requisitos para a ocorrência da prisão (direito de permanecer calado, direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial, direito à liberdade provisória, dentre outros)¹⁷¹. Na jurisdição civil, por sua vez, outras garantias específicas protegem os litigantes, como o exercício do direito de ação, a inafastabilidade do controle judicial etc¹⁷². De igual modo, as peculiaridades do processo administrativo atraem garantias próprias de sua espécie.

Considerando que o objeto desta pesquisa envolve os processos administrativos a cargo do Tribunal de Contas, é possível destacar, do texto constitucional, os seguintes elementos garantidores do devido processo legal que os orientam, levando-se em conta as suas particularidades: (i) *isonomia processual* (art. 5º, *caput*); (ii) *publicidade dos atos processuais* (art. 5º, XXXIII e LX) (iii) *juízo natural* (art. 5º, XXXVII e LIII); (iv) *contraditório e ampla defesa* (art. 5º, LV); (v) *duplo grau de jurisdição* (art. 5º, LV); (vi) *inadmissão da prova ilícita* (art. 5º, LVI); (vii) *celeridade processual* (art. 5º, LXXVIII) e (viii) *motivação das decisões* (art. 93, IX e X).

¹⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca.* – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 53.

¹⁷¹ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *op. cit.*, p. 277-279.

¹⁷² Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *op. cit.*, p. 292.

No Capítulo V deste trabalho, cada uma das garantias constitucionais acima destacadas e que orientam os processos administrativos a cargo do Tribunal de Contas serão examinadas considerando a disciplina estabelecida na LOTCU e respectiva regulamentação com as luzes da aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015, bem como, no que toca ao princípio da motivação, de acordo com o que determina a LINDB, com os novos dispositivos acrescidos pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

4.6. A regra da conectividade expressa do CPC/15 com o processo administrativo e sua relevância para o devido processo legal no Tribunal de Contas

Com o advento da Lei nº 13.105/15, que instituiu o Código de Processo Civil a partir de março/2015 (CPC/2015), a lei processual civil transpôs os limites da regência dos processos jurisdicionais, passando a ter o papel expresso de fonte *subsidiária e supletiva* dos processos administrativos ao estabelecer em seu artigo 15 que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivas e subsidiariamente”. Incide, portanto, em todos os processos administrativos, no que se inclui aqueles em trâmite no Tribunal de Contas.

O objetivo de tal dispositivo foi o de propagar aos processos não jurisdicionais toda a exigência de respeito aos princípios e normas inerentes ao direito processual constitucional, bem como a sua própria disciplina desses preceitos superiores, além de certos institutos técnico-processuais¹⁷³. A pertinência é total, portanto, com a temática do devido processo legal.

4.6.1. Aplicação subsidiária e supletiva

Apesar de os termos *aplicação subsidiária* e *aplicação supletiva* serem compreendidos com frequência como sinonímia, não o são. Etimologicamente, os adjetivos *subsidiário* e *supletivo* advêm do latim. O primeiro, *subsidiarius*, significa “que é da

¹⁷³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional* / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 150.

reserva”, “que é de reforço”¹⁷⁴. O segundo, *suppletīvu*, representa a ideia de “suprir”, “completar”, “preencher”¹⁷⁵.

A aplicação *supletiva* pressupõe omissão legal (ainda que parcial), isto é, a sua incidência ocorrerá em situações nas quais a norma que disciplina o processo administrativo não regulamentou determinada situação ou o fez apenas parcialmente, de modo incompleto. Estando a hipótese prevista no CPC/2015 e guardando compatibilidade harmônica com o respectivo sistema processual administrativo, aplica-se a lei processual civil.

A aplicação *subsidiária*, por seu turno, não tem a omissão como pressuposto. Ao contrário, a norma processual administrativa existe, mas pode ser enriquecida ou passar a ter um sentido diferente, compatibilizado com os princípios fundamentais do processo civil¹⁷⁶¹⁷⁷. A subsidiariedade importa, desse modo, na integração das duas normas.

O alcance dos adjetivos conjugados é amplo e implica incidência da lei processual civil não apenas quando houver omissão em lei específica de processo administrativo, mas também quando a norma existir. Permite-se, com isso, importante interação entre a norma de processo administrativo e o CPC/2015, com o que se assegura potencialmente melhor proteção ao direito material envolvido.

O artigo 15 do CPC/2015, desse modo, confere grande influência da nova legislação processual civil nos processos administrativos a cargo do Tribunal de Contas, especialmente para o aprimoramento das garantias dos cidadãos e interessados nesses processos. O CPC/2015, nesse sentido, deve ser aplicado não apenas quando houver omissão de regras no processo administrativo, mas também para complementar, aprimorar e atualizar aquelas já previstas.

¹⁷⁴ Cf. SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.339.

¹⁷⁵ Cf. SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1357.

¹⁷⁶ Na linha do que expõe Teresa Arruda Alvim Wambier ao comentar o disposto: “*não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão*”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. In WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et. al (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 135).

¹⁷⁷ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sublinha que a aplicação supletiva “*se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação*”, enquanto a subsidiária “*serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto*”, embora “*na prática, tem-se confundido a etimologia destas palavras, aplicando, uma ou outra, nos dois sentidos*” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Das normas fundamentais do processo civil*. In WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et. al (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.).

Como resultado, tem-se uma integração voltada ao preenchimento de lacunas de três ordens: (i) *normativa*, quando ausente norma para subsunção do caso concreto; (ii) *ontológica*, quando a norma existe, mas está envelhecida e incompatível com a realidade e respectivos valores sociais, políticos e econômicos; e (iii) *axiológica*, quando a aplicação da lei existente se revelar manifestamente injusta para a solução do caso concreto¹⁷⁸.

Em que pese a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil já pudesse ocorrer a critério do Tribunal de Contas da União¹⁷⁹, a novidade parece representar avanço na medida em que: (i) tornou obrigatória, na hipótese de omissão das normas regimentais, a aplicação subsidiária e supletiva da lei processual civil, afastando com isso qualquer discricionariedade antes existente, a cargo do órgão, quanto à aplicação do Código de Processo Civil; (ii) incluiu a *supletividade*, que tem o condão de suprir lacunas e, como já exposto a, conferir novos contornos a regras já existentes do processo administrativo; e (iii) estabeleceu conexão entre o processo civil e o processo administrativo de contas, aproximando-os.

4.6.2. As novas incidências de normas do processo civil no processo administrativo do Tribunal de Contas

É certo que o empréstimo de institutos e princípios do Código de Processo Civil não deve ser feito de modo automático e sem qualquer critério. A compatibilidade com as regras da lei especial que disciplina o processo administrativo de contas deve ser observada, preservando-se a sua racionalidade. Há, em poucas palavras, que se ter uma *integração*

¹⁷⁸ É o que descreve Carolina Tupinambá. Em complemento, a autora observa que “a aplicação supletiva e subsidiária determinada pelo art. 15, portanto, importa admitir, em prol da efetividade como fim unitário do direito processual, que a regulamentação do novo CPC colmatará lacunas normativas, ontológicas e axiológicas das demais legislações especiais de índole processual, as quais não se acomodarão com interpretações isoladas ou apegadas a eventual reputação de autonomia de seus respectivos ramos de processo. Doravante, a partir da literalidade do art. 15 do Código, a construção de soluções de aparentes antinomias do ordenamento do direito processual como um todo não se desvendará exclusivamente pelo critério da especialidade”. (TUPINAMBÁ, Carolina. Comentários ao artigo 15 do Novo Código de Processo Civil. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 50.

¹⁷⁹ Confirma-se nesse sentido o teor da Súmula TCU 103: “Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil”. O Regimento Interno é até mais expresso e retira a prerrogativa do TCU em decidir sobre essa aplicação, quando estabelece em seu artigo 298 que “aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica”.

*harmônica*¹⁸⁰. As regras da lei processual civil devem ser consonantes com o espírito da regulamentação processual administrativa, não sendo possível transpor o Código para as hipóteses em que o silêncio da lei é proposital, deliberado, não ocasional¹⁸¹. De outro lado, na medida em que o novo Código de Processo Civil forneça instrumentos mais efetivos de tutela de direitos, ameaçados ou violados, eles devem ser adotados, a despeito de solução diversa dada pela legislação específica¹⁸².

Nessa ordem de ideias, e tendo como parâmetro de avaliação a compatibilidade lógico-formal das normas, parece-nos de inegável importância o exame dos elementos garantidores do devido processo legal no processo administrativo do Tribunal de Contas considerando as repercussões do CPC/2015.

Tem especial relevo a incidência, nos processos administrativos, das *normas de direitos fundamentais* constantes dos artigos 1º a 12 do CPC/15, que se voltam a conferir legitimidade democrática ao exercício da jurisdição por meio de limitações impostas a este exercício, síntese do devido processo legal¹⁸³. Ei-las a seguir:

- a *aplicação da Constituição Federal ao processo* (artigo 1º), segundo a qual o processo deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais constitucionais;
- o *direito às partes de obter a solução do processo em prazo razoável*, estabelecida no artigo 4º, em que pese tal direito já estivesse cristalizado no artigo 5º, LXXVIII da Carta Magna, com expressa referência aos processos administrativos.

¹⁸⁰ Como bem acentua Egon Bockmann Moreira ao se referir à lei geral do processo administrativo (Lei 9.784/1999, mas cuja ideia aqui se aplica perfeitamente: “o CPC/2015 não pode ser compreendido como lei estranha ou extraordinária ao processo administrativo (inclusive em relação à Lei nº 9.874/1999). Ao contrário: a leitura deve ser integrada, de molde a fazer com que o CPC/2015 seja, sempre que viável, aplicado: tanto nos casos de omissão da lei específica como naqueles em que proveja solução mais adequada ao caso concreto (desde que compatível com o regime jurídico-administrativo). Não se faz necessária a omissão em sentido estrito (a mais absoluta ausência de norma), pois o que está em jogo é a aplicação do princípios da efetividade”. (Op. cit., p. 318).

¹⁸¹ Cf. DUARTE, Zulmar. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral. GAJARDONI, Fernando da Fonseca et.al, (livro eletrônico). São Paulo: Forense, 2015. P. 130.

¹⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. O mandado de segurança e o Novo Código de Processo Civil. In CIANCI, Mirna; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; REDONDO, Bruno Garcia; DANTAS, Bruno; DELFINO, Lúcio; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coords.). *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*, vários autores, vários coordenadores, São Paulo: Saraiva, 2016, v. I, p. 196.

¹⁸³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional* / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 25.

- o *dever de boa-fé processual*, constante do artigo 5º, cujo comportamento se espera tanto por parte do sujeito do processo administrativo como por parte do próprio órgão controlador, incluindo-se os seus auditores e julgadores;
- o *dever de cooperação das partes* (art. 6º), de modo a se obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva;
- a *paridade de tratamento entre as partes* (artigo 7º), assegurada quanto ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao julgador zelar pelo efetivo contraditório;
- o dever, por parte do julgador, de *observância à proporcionalidade, à razoabilidade, à legalidade, à publicidade e à eficiência* (artigo 8º);
- a obrigação do *contraditório prévio a qualquer decisão* (art. 9º), ressalvados os casos de medidas de urgência;
- a *vedação a decisões surpresa*, fixada no artigo 10, segundo o qual não pode o juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar;
- a *publicidade dos julgamentos e o dever de motivação das decisões*, sob pena de nulidade, constante do artigo 11.
- o atendimento preferencial à *ordem cronológica dos julgamentos* (artigo 12).

Pode-se dizer que parte das normas fundamentais acima elencadas já eram previstas ou aplicadas pelo Tribunal de Contas, seja por força de sua lei orgânica seja em decorrência de sua jurisprudência. A nova lei processual civil, nesse sentido, tem o mérito de reforçar tais preceitos, disciplinando-os expressamente. Outras normas fundamentais, contudo, aprimoram ou ampliam garantias processuais, representando inequívoco avanço quanto aos direitos e prerrogativas daqueles que estão sujeitos a tais processos administrativos.

Nessa mesma linha, e partindo para os livros seguintes do CPC/2015, devem ser observadas, em especial, as novas incidências no tocante à intervenção de terceiros no processo administrativo (disciplina do *amicus curiae*, em especial) e à produção de provas.

Tem-se a figura do *amicus curiae*, previsto no artigo 138 do CPC/2015, pelo qual, “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”, poderá o juiz solicitar ou admitir “a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”.

A regulação da participação dos amigos da corte no processo se coaduna, ademais, com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à relevância de tal colaboração. É o que aponta Egon Bockmann Pereira:

Afinal, conforme tem afirmado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, muitas vezes a participação de terceiros é fundamental para conferir legitimidade às decisões e assegurar o caráter plural e democrático dos processos cujas implicações na sociedade ‘são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do País e a de seus cidadãos’ (ADPF 187-DF, Min. Celso de Mello, j. 15.6.2011). Devem, portanto, se pautar por um juízo de utilidade e de legitimidade (ADI 2130 MC-SC, Min. Celso de Mello, DJ 2.2.2001). Tal raciocínio aplica-se com perfeição aos processos administrativos.¹⁸⁴

Também a produção de provas no processo administrativo de contas pode ser repensada a partir da incidência do CPC/2015. A lei que disciplina o processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas é omissa, por exemplo, em relação à possibilidade de interrogatório para oitiva da parte ou de testemunhas. O mesmo ocorre em relação à produção de prova pericial, que não encontra previsão¹⁸⁵. Desse modo, cabe a verificação da compatibilidade da realização de tais provas no âmbito do processo administrativo de contas.

O CPC/2015, ademais, além de adotar a teoria *estática* do ônus da prova, segundo a qual, via de regra, o ônus da prova constitui ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, consagrou também a teoria *dinâmica* do ônus da prova. Isto quer dizer, a teor do que dispõe o seu artigo 373, §§1º e 2º, que o juiz pode inverter a obrigação tradicional de produção probatória seja por força de lei seja diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo.

Merece reflexão, nesse sentido, a possibilidade de inversão do ônus da prova em determinados processos administrativos de contas¹⁸⁶. A título exemplificativo, cite-se o

¹⁸⁴ *Op. cit.*, p. 328.

¹⁸⁵ Note-se, inclusive, existir jurisprudência do TCU que se apoia justamente nessa ausência de disciplina no Regimento Interno e na Lei Orgânica do TCU para inadmitir a produção de prova pericial, conforme ementa a seguir: “O processo de controle externo não admite a produção de prova pericial, não cabendo aplicação analógica das disposições referentes à prova do processo civil, pois a Lei 8.443/1992 e o Regimento Interno do TCU dispõem, exhaustivamente, acerca dos meios de prova disponíveis aos responsáveis”. (Acórdão 2491/2016 – Primeira Câmara, Relator Walton Alencar Rodrigues)

¹⁸⁶ O TCU possui jurisprudência consolidada no sentido de caber ao gestor o ônus de provar a regularidade da aplicação dos recursos públicos. Com relação ao particular, de outro lado, o TCU entendeu recentemente que cabe a ele (TCU) comprovar as alegações de ilegalidade. Veja o respectivo precedente: “O ônus da prova sobre ocorrências ilegais imputadas a terceiros contratados pela Administração Pública cabe ao TCU, o qual deve evidenciar a conduta antijurídica praticada para fins de imputação de débito. A obrigação de demonstrar a

processo que apura Denúncia, no qual o ônus da prova tenderia a recair sobre o responsável denunciado. A partir da nova lei processual civil, a depender das circunstâncias, e sempre a critério do Relator do caso, o ônus da prova poderia recair sobre o próprio denunciante por impossibilidade ou excessiva dificuldade que o responsável denunciado teria para tanto.

O CPC/2015 é um estatuto cujo espírito se assenta na busca por maior segurança jurídica das decisões. É, além disso, uma lei garantista, que infraconstitucionaliza princípios constitucionais com o objetivo de assegurar a observância dos preceitos integrantes da tutela constitucional do processo, formando um sistema garantístico próprio¹⁸⁷. Daí a relevância, desta dissertação, da verificação de seus reflexos no processo administrativo do Tribunal de Contas frente ao princípio do devido processo legal.

No próximo capítulo, em que serão tratadas cada uma das garantias extraíveis do devido processo legal no processo administrativo do Tribunal de Contas, as normas fundamentais previstas no CPC/2015, assim como as relativas à intervenção de terceiros, à produção de provas e a outros institutos, sempre que compatíveis, serão detalhadamente examinadas a fim de que se constitua aparato teórico à sua utilização.

4.7. A LINDB e a sua aplicação nas decisões da esfera controladora

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, responsável pelo acréscimo de dez novos dispositivos ao Decreto-Lei nº 4.465, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou “LINDB”), foi concebida a partir da busca por maior qualidade da atividade decisória pública, exercida nos vários níveis da Federação e nos diferentes Poderes, bem como nos órgãos autônomos de controle (Ministério Público e Tribunal de Contas)¹⁸⁸.

boa e regular aplicação de recursos públicos é atribuída ao gestor, e não a terceiros contratados pela Administração Pública”. (Acórdão nº 901/2018 – 2ª Câmara)

¹⁸⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional* / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 54.

¹⁸⁸ É o que explica Carlos Ari Sunfeld. Segundo o autor, os novos dispositivos foram criados para trazer mais equilíbrio à ação estatal, tornando mais segura a atuação dos gestores e dos particulares, sem comprometer o controle público: “com essa inclusão, a LINDB se tornaria uma lei de segurança jurídica para a inovação pública. (...) As novas normas da LINDB são uma espécie de guia geral para a tomada de decisões na esfera pública. Esse guia tem de valer para a administração pública e também para quem a controla. A paridade é necessária. O gestor é obrigado a examinar as consequências do que vai fazer e a considerar as melhores alternativas. Como poderia o controlador substituir a opção do gestor sem fazer análise semelhante”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume I*. FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 36)

Na mesma esteira teleológica do CPC/2015, as novas disposições da LINDB revelam um propósito de maior afinamento sistemático com a Constituição Federal. Nesse sentido, os novos artigos positivam alguns princípios e parâmetros que devem nortear os agentes estatais na aplicação da lei, especialmente diante de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, isto é, de normas suscetíveis a múltiplas possibilidades de subsunção.

No campo das novidades, destacam-se (i) a vedação à decisão amparada em valores jurídicos abstratos, sem observância das consequências jurídicas e administrativas da determinação, impondo-se ao administrador o dever de motivação e indicação dos limites à eficácia da decisão (artigos 20 a 22); (ii) a necessidade de modulação dos efeitos da decisão que estabelece nova interpretação ou orientação sobre determinada matéria, e a concessão de importância cognitiva ao contexto judicial predominante à época da prática do ato, conferindo, assim, adequação e proporcionalidade às normas de transição (artigos 23 e 24) e, ainda, (iii) a valorização da consensualidade entre autoridades públicas e particulares para regularização de situações irregulares ou cuja regularidade esteja sob significativa controvérsia jurídica (artigo 26).

O tema parece de extrema relevância ao presente trabalho. *Primeiro* porque as novas disposições da LINDB se destinam expressamente à atividade do Tribunal de Contas. Note-se que os dispositivos, reiteradas vezes, especificam que as suas regras voltam-se, para além das esferas administrativas e judicial, também à esfera *controladora*¹⁸⁹ – muito embora, diga-se de passagem, para efeito de aplicabilidade à atividade do Tribunal de Contas, bastaria a remissão à esfera *administrativa*, dada a natureza jurídica do órgão. *Segundo* porque a maior parte das novas disposições relacionam-se ao dever de motivação dos atos e decisões estatais. Relembre-se que esta dissertação tem por objeto de análise as garantias constitucionais concretizadoras do devido processo legal no âmbito do Tribunal de Contas. E uma das principais garantias que compõem tal princípio é justamente a da motivação das decisões.

Sendo assim, absolutamente pertinente o exame dos efeitos da aplicação da nova LINDB nos processos do Tribunal de Contas tendo como pano de fundo o devido processo

¹⁸⁹ É o que se verifica a partir da leitura de seu art. 20, segundo o qual “nas esferas administrativa, *controladora* e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos”. E ainda, art. 21: “a decisão que, nas esferas administrativa, *controladora* ou judicial” decretar a invalidação de ação administrativa deverá indicar suas consequências. Art. 23: “a decisão administrativa, *controladora* ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova (...) deverá prever regime de transição”. Art. 24: “a revisão, nas esferas administrativa, *controladora* ou judicial, quanto à validade de ato, ajuste, processo ou norma jurídica (...) levará em conta as orientações gerais da época”. Art. 27: “a decisão do processo, nas esferas administrativa, *controladora* ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos”.

legal. No item V.9 do próximo Capítulo, portanto, a garantia constitucional de motivação das decisões será estudada considerando os reflexos advindos dos dispositivos da nova LINDB aplicáveis à atividade decisória do Tribunal de Contas.

CAPÍTULO V: EXAME INDIVIDUALIZADO DAS GARANTIAS CONCRETIZADORAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO TRIBUNAL DE CONTAS

5.1. Garantia de isonomia processual

A garantia de isonomia processual, compreendida como o equilíbrio entre os sujeitos processuais, decorre do princípio geral de igualdade previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Trata-se de uma garantia de imensurável valor democrático, integrando a essência do que se entende por processo justo.

Quando se fala em isonomia processual, o que se espera é o equilíbrio de tratamento em todas as etapas, atos e marchas procedimentais do processo, incluindo o seu julgamento. Espera-se equivalência de tratamento em relação às faculdades e ônus processuais, havendo, por isto, forte ligação da isonomia com o contraditório, na medida em que um dos aspectos fundamentais desta última garantia é a igualdade concreta entre as partes envolvidas na lide.

Ocorre que as partes nem sempre se encontram em condições de igualdade no processo. Como apontam Mauro Cappelletti e Brayant Garth, “a perfeita igualdade, naturalmente, é utópica”, na medida em que “as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas”¹⁹⁰.

É o que se verifica, por exemplo, nos processos judiciais com os incapazes em geral, cujos direitos não admitem confissão real ou ficta, de modo a impedir que incidam os efeitos da revelia em relação a essas pessoas. No mesmo sentido, a inversão do ônus da prova a favor do consumidor no processo civil quando for verossímil a sua alegação ou quando for ele hipossuficiente (art. 6º, VIII, Lei 8078/90). Outro exemplo é o benefício da gratuidade da justiça para situações nas quais a parte não tenha condições de arcar com as despesas do processo, sob pena de comprometer sua subsistência (Lei 1.060/1950).

Em todos os casos mencionados, nota-se uma ruptura da sistemática processual a fim de conferir tratamento desigual aos desiguais, conforme as suas desigualdades¹⁹¹. O sistema

¹⁹⁰ CAPPELLETTI Mauro e GARTH, Brayant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988, p. 15.

¹⁹¹ Relembrando-se, aqui, da clássica lição de Rui Barbosa de que a regra da igualdade “*não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade*”. (*Orações aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 8).

proporciona nova conformação àquele que se encontra em posição de hipossuficiência de modo a afastar ou ao menos reduzir aspectos distorcivos da participação das partes no processo. Observe-se, nesse sentido, que a situação de desigualdade é preexistente à relação processual instalada. O consumidor, o incapaz, o idoso ou qualquer outro sujeito que em decorrência de sua situação de dificuldade deva receber tratamento especial já é detentor de tal condição independentemente do processo. E uma vez instalado o litígio, o que se procura é minimamente equilibrar as possibilidades de participação no debate processual entre as partes envolvidas.

A noção de igualdade processual, como se observa, é relativa e não absoluta. São oportunas, a propósito, as lições de Bobbio ao tratar do conceito de igualdade. Para o filósofo italiano, há ao menos três variáveis que precisam ser consideradas: (i) os sujeitos entre os quais se trata de repartir os bens e os ônus; (ii) os bens e os ônus a serem repartidos; e (iii) o critério com base no qual fazer a repartição. Em suas palavras, devem ser respondidas três perguntas: “Igualdade sim, mas entre quem, em relação a quem e com base em quais critérios?”¹⁹².

Se a igualdade processual não é absoluta mesmo em processos jurisdicionais típicos, como são os que tratam de litígios entre particulares, ao tratarmos do processo administrativo a cargo do Tribunal de Contas, a constatação de que pode haver diferenças consideráveis entre as partes se reforça, na medida em que o Tribunal: (i) realiza a fiscalização; (ii) uma vez constatada irregularidade, aprecia os esclarecimentos apresentados pelo responsável; (iii) decide; e, por fim, (iv) aprecia eventual recurso tirado contra sua própria decisão. Todas estas atribuições a cargo do mesmo órgão, não há dúvida, deixam o particular (sujeito do processo) em uma posição de vulnerabilidade, com o que se revela necessária a adoção de soluções que possam garantir a isonomia prevista na Constituição Federal.

Trata-se, é bem verdade, de uma problemática que envolve não apenas os processos em trâmite no Tribunal de Contas, mas os processos administrativos em geral nos quais o Estado é parte e juiz. Como sublinha Carmen Lúcia Antunes Rocha, no processo administrativo o Estado – na condição de pessoa exercente das funções de administração do bem público – comparece em posição dúplice: como polo ativo ou passivo da arguição feita e como julgador da situação processada. Enquanto no processo judicial há uma evidente equidistância das partes litigantes, no processo administrativo o órgão julgador integra o

¹⁹² BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significações de uma distinção política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2001, p. 111.

poder que administra, o que caracteriza uma relação extremamente sensível, delicada e vulnerável¹⁹³.

Tal relação de desigualdade deve ser compensada por uma atuação mais isenta possível na condução do processo, seja afastando-se situações de conflito de interesse, seja não reservando ao administrado um tratamento que o coloque em posição subalterna¹⁹⁴. O Estado-Administração, quando contraditor, deve posicionar-se de modo equivalente ao particular.

A Lei 8.443/92 (LOTUCU) nada dispôs acerca da garantia de isonomia às partes. Por se tratar de uma garantia constitucional aplicável a todo e qualquer processo, a aplicação supletiva do artigo 7º do CPC/15 ao processo administrativo do Tribunal de Contas se mostra compatível e pertinente. O dispositivo assegura às partes “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

No processo administrativo do Tribunal de Contas, são consideradas partes, pelo RITCU (art. 144): o *responsável* (seja ele administrador, gestor ou qualquer pessoa responsável por dinheiros, bens e valores públicos, conforme assim determinar a Constituição e a legislação aplicável) e o *interessado* (aquele que tenha razão legítima para intervir no processo).

Apesar de não constarem formalmente como parte no RITCU, as unidades técnicas e equipes de inspeção e auditoria do TCU, ao realizarem o seu trabalho de fiscalização, imputando eventuais irregularidades ao responsável mediante expedição de relatório ou formulação de representação, devem ser tidas, para fins de observância da garantia de isonomia processual, como participantes do processo administrativo. Isto quer dizer que os mesmos direitos e faculdades que tais participantes tiveram para realização de seu trabalho e para o alcance de suas constatações devem ser oportunizados àqueles que constarem como responsáveis ou interessados da fiscalização. Se determinada auditoria, por exemplo, diante

¹⁹³ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 209, 1997, p. 24.

¹⁹⁴ Como pontua Cármen Lúcia Antunes Rocha, “*não se haverá, pois, de cogitar-se de prazos diferenciados para a prática de quaisquer atos processuais, nem de possibilidade de presunções favoráveis à entidade administrativa em detrimento ou diferenciadamente do particular, nem o que quer que favoreça ou facilite, imotivadamente, o comportamento público, discriminando privilegiadamente a pessoa estatal. A discriminação que beneficia o Estado prejudica o particular. O mesmo ocorreria, de resto, se do contrário se cogitasse, mas, em geral, os "privilégios" são exibidos pela entidade pública, ainda fantasiada com o argumento de que privilegia-se pela condição de responsável pelo privilegiado interesse público. Nada é mais interesse público que a garantia de cada um e de todos de que a igualdade jurídica prevalece em todos os casos em que não haja fundamento jurídico para desigualar, ou, dito de outro modo, que não há desigualdade jurídica a relevar.*” (op. cit., p. 216).

da complexidade da situação examinada, levou meses para ser concluída, não se mostra isonômico conferir prazo exíguo para que o responsável apresente os seus esclarecimentos.

A situação se diferencia em relação aos demais legitimados para representar irregularidades ao TCU, tais como o Ministério Público, os órgãos de controle interno, os parlamentares e outros órgãos, entidades e pessoas que detenham tal prerrogativa por força de lei, assim como em relação aos legitimados para apresentar denúncias perante o Tribunal (qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato). Nestes casos, tais legitimados apenas provocam ou impulsionam a fiscalização a ser exercida pelo Tribunal. Em função da representação ou da denúncia apresentada, o Tribunal, verificando a presença dos requisitos de admissibilidade, realiza fiscalização que provocará a manifestação dos responsáveis e interessados. O contraditório a ser feito pelo responsável, em geral, se dá em relação às constatações da fiscalização das unidades técnicas e equipes de inspeção e auditoria do TCU a partir da representação ou denúncia¹⁹⁵. Isto não afasta, é certo, o dever de garantia de isonomia para o responsável ou interessado em relação a todos os participantes do processo, inclusive em relação ao autor da denúncia ou da representação, ainda que estes tenham apenas provocado as apurações.

No processo administrativo do Tribunal de Contas, o tratamento paritário exigirá que o responsável ou interessado possua instrumentos para contrapor-se ao que vier a ser apurado pela fiscalização. O processo deve assegurar a ausência de arbítrio ou subjetividade nas apurações fiscalizatória e respectivo julgamento, cabendo aos órgãos do Tribunal de Contas manter postura equidistante, garantindo-se ao responsável ou interessado as mesmas oportunidades processuais que tiveram aqueles que lhes imputaram irregularidades.

5.1.1. A imparcialidade e independência dos auditores e dos julgadores

Como desdobramento natural da garantia de isonomia processual, tem-se os deveres de imparcialidade e independência dos auditores e julgadores do Tribunal de Contas. Se o

¹⁹⁵ Em reforço ao que ora se afirma, confira-se os seguintes julgados do TCU: “*A qualidade de representante ou de denunciante é insuficiente para conferir legitimidade processual, pois, em regra, pelo princípio do impulso oficial, instaurado o processo a partir da provocação inicial, o próprio TCU toma o curso das apurações*” (Acórdão 246/2017-Plenário, j. 15/02/2017, Rel. Ana Arraes). “*A atuação do TCU não está adstrita às questões suscitadas por quem o provocou. O Tribunal, com base no princípio do impulso oficial, pode, por iniciativa própria, circunscrito às suas competências, ampliar o escopo de investigação dos fatos trazidos ao seu conhecimento*” (Acórdão 2278/2016-Plenário, j. 31/08/2016, Rel. Weder de Oliveira). “*O representante pode desistir da pretensão firmada perante este Tribunal. Todavia, o TCU pode continuar a aferir, no mérito, a procedência ou não das questões alegadas, quando envolvida matéria de ordem pública*” (Acórdão 2813/2004-Primeira Câmara, j. 09/11/2004, Rel. Marcos Vinícios Vilaça).

juiz ou o auditor responsável pela fiscalização não são independentes ou são parciais, a efetividade da garantia de igualdade no processo fica comprometida. A decisão que vier a ser tomada em processo que contém tal vício é, além de ilegal, ilegítima.

Relembre-se, conforme já apontado no item II.2, que o Tribunal de Contas tem sua autonomia funcional assegurada constitucionalmente por meio da atribuição aos Ministros das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. A teor do artigo 95 da Constituição Federal, são suas *garantias*, portanto, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio. Os *impedimentos* são os seguintes: exercer outro cargo ou função, exceto o magistério; receber participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas; e exercer a advocacia no Tribunal antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Tais prerrogativas e impedimentos constantes do artigo 95 do texto constitucional favorecem a *independência* necessária para que os membros do Tribunal de Contas possam exercer plenamente suas funções, em atenção ao princípio da *imparcialidade*.

No plano infraconstitucional, outras situações de impedimento e suspeição foram previstas. Nesse sentido, é obrigação de qualquer servidor que exerce funções de controle externo no Tribunal de Contas manter, no desempenho de suas tarefas, atitude de independência, serenidade e imparcialidade (LOTUCU, art. 86, I). É vedado a ministro, auditor e membro do Ministério Público junto ao Tribunal intervir em processo de interesse próprio, de cônjuge ou de parente consanguíneo ou afim, na linha reta ou na colateral, até o segundo grau (LOTUCU, art. 94), ou de amigo íntimo ou inimigo capital, assim como em processo em que tenha funcionado como advogado, perito, representante do Ministério Público ou servidor da Secretaria do Tribunal ou do Controle Interno (RITCU, art. 39, VIII). É ainda motivo de impedimento do Ministro a atuação em processo no qual esteja postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau (RITCU, art. 39, IX).

O CPC/2015, ao tratar das situações de impedimento e suspeição do juiz, prevê as mesmas hipóteses da LOTUCU e RITCU, além de outras, que se mostram pertinentes e aplicáveis complementarmente ao processo administrativo no Tribunal de Contas. Tais situações estão elencadas nos arts. 144 e 145 do CPC/2015, merecendo destaque o impedimento em processos em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até

o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório (art. 144, VIII), assim como no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que seja seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente até o terceiro grau, mesmo que não intervenha diretamente no processo (art. 144, §3º).

Assim como no CPC/2015 as causas de suspeição e impedimento se aplicam não apenas ao juiz, como também aos auxiliares da justiça, aos membros do Ministério Público e aos demais sujeitos imparciais do processo (art. 148), igualmente às figuras correlatas atuantes no processo administrativo do Tribunal de Contas deve incidir tal disposição – visto que plenamente aderente à garantia da isonomia processual –, no que se incluem, além dos ministros, os auditores e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

5.1.2. A possibilidade de dinamização do ônus probatório como garantia da isonomia

Aquele que utilize bens, dinheiros e valores públicos tem o dever de prestar contas. Esta obrigação, conforme se expôs no item III.3.1, deriva da Constituição Federal (art. 70, §ú). O Decreto-Lei 200/1967, igualmente, determina o dever de justificação do bom e regular emprego de dinheiros públicos por quem o utilize (art. 93). No mesmo sentido, a Lei 8.666/93 estabelece competir aos responsáveis por contratos e demais instrumentos regidos pela lei a demonstração, perante o Tribunal de Contas, da legalidade e regularidade da despesa e da execução (art. 113, *caput*).

A partir dessas disposições verifica-se que nos processos administrativos do Tribunal de Contas que tratem de prestação ou de tomadas de contas ordinária, cabe ao respectivo responsável provar o bom emprego dos recursos utilizados. Consoante já se apontou em relação a estes processos no item III.3.1.1, a tomada de contas ordinária compreende a submissão, por parte do ordenador de despesas, de suas contas ao Tribunal ao final do exercício (arts. 81 e 81, do Decreto-Lei 200/67, e art. 7º, da Lei Orgânica do TCU). O Tribunal de Contas, em tais processos, tem uma atuação que podemos denominar de passiva, visto que examina os documentos e informações que o gestor público disponibiliza. É, assim, decorrência lógica que em tais circunstâncias o ônus probatório acerca da regularidade da aplicação dos recursos públicos recaia ao ordenador de despesa, na medida em que conhecedor das particularidades e aspectos fáticos que envolvem a situação concreta.

Com isso se observa a prevalência em processos de prestação ou tomada de contas ordinária, como regra, a *inversão do ônus da prova*, na medida em que se transfere ao

responsável o ônus de comprovar a regularidade da utilização dos recursos públicos sob a sua gestão. Caso não a demonstre, resta confirmada a constatação de irregularidade apontada pela auditoria, com as respectivas consequências cabíveis (instauração de processo de tomada de contas especial, condenação em débito, multa etc.).

No tocante aos processos de fiscalização, de outro lado, em que estão compreendidas as auditorias, representações, denúncias, levantamentos, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos, cabe primeiramente ao Tribunal de Contas, por meio de seu corpo técnico instrutivo, demonstrar as irregularidades apontadas na fiscalização mediante evidências e fatos que sustentem a sua conclusão. Aos responsáveis e aos interessados, por sua vez, compete demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Estado em obter ressarcimento ou punir em função dos apontamentos deduzidos pela respectiva unidade técnica do Tribunal em sua fiscalização. Há, portanto, a atribuição de ônus probatório tanto à equipe técnica do órgão que conduz a instrução como para o responsável ou interessado.

A distribuição do ônus probatório nos processos de fiscalização parece-nos similar à clássica disciplina geral existente no processo civil voltada ao autor e ao réu em que ao primeiro incumbe fazer prova quanto ao fato constitutivo de seu direito; e, ao segundo, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. É o que se denominou chamar de distribuição fixa ou *estática* do ônus da prova, tendo em vista que a legislação desde logo afirma, *a priori* e abstratamente, a quem incumbe provar os fatos em discussão.

Ocorre que o CPC/2015, além de adotar a teoria *estática* do ônus da prova, inovou ao consagrar também a teoria *dinâmica* do ônus da prova¹⁹⁶. Isto quer dizer, a teor do que dispõe o seu art. 373, §§1º e 2º, que o juiz pode inverter a obrigação tradicional de produção

¹⁹⁶ Sobre as diferenças entre distribuição estática e dinâmica do ônus probatório, confira-se: “O atual CPC inova ao prever, de forma expressa, a possibilidade de dinamização do ônus da prova. Anteriormente, havia tão somente a previsão da inversão do ônus da prova no art. 6º, VIII, do CDC, o qual era apenas uma via de mão única de facilitação probatória para um grupo restrito de sujeitos e demandas. Na distribuição estática do ônus da prova, cada uma das partes sabe, de antemão, sobre quais espécies de fatos sua atividade probatória deve recair, como também sobre quem recai o risco de não prová-los. A distribuição dinâmica do ônus da prova, por sua vez, significa que o encargo probatório será distribuído tendo em vista as condições probatórias das partes litigantes, conforme o caso concreto. Por conseguinte, dinamizar significa a possibilidade de alterar o ônus estático previsto previamente em lei consoante o direito material e as especificidades do caso. Trata-se de uma forma de efetivar os princípios da cooperação, do acesso à justiça e da adequação, permitindo que os ônus probatórios possam ser modificados em concreto, de forma a não gerar dificuldades excessivas na produção de provas”. (MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi, art. 373. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 558.

probatória seja por força de lei seja diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo.

A regra permite ao magistrado, a partir da análise do caso concreto, avaliar quem está em melhores condições de produzir a prova, distribuindo o respectivo ônus entre as partes de forma diversa da prevista em lei. O juiz deve se atentar à extrema dificuldade ou impossibilidade que a parte, a quem incumbiria originariamente o ônus, teria para fazer a prova de determinado fato ou à maior facilidade com que uma das partes possui para fazer prova de do mesmo fato¹⁹⁷.

Diante desse dispositivo, exsurge a possibilidade de o Tribunal de Contas, fazendo as devidas adaptações, redistribuir o ônus probatório em casos nos quais, por suas particularidades, seja impossível ou muito dificultosa a comprovação de que houve a boa e regular utilização do recurso público. Sempre que as condições materiais e processuais se fizerem presentes, a Corte de Contas pode (e, pensando em um processo justo, *deve*¹⁹⁸) dinamizar o ônus da prova, a fim de tutelar adequadamente os interesses em jogo.

A aplicação da dinamização do ônus da prova pressupõe estarem presentes as suas condicionantes. Dito de outro modo, o Tribunal de Contas deve primeiramente verificar a inadequação de se aplicar a regra prevalecente acerca da obrigação de se produzir determinada prova. Se a regra diz que incumbe ao responsável ou interessado, em um processo de fiscalização, provar fatos que afastem a imputação de ato irregular atribuído pelo corpo instrutivo do Tribunal, o seu afastamento somente pode ocorrer em situações nas quais tal incumbência não se mostra *razoável*. O caso concreto, muitas vezes, pode não estar harmonizado com a regra geral referente ao ônus probatório. Em razão de suas especificidades ou estando-se diante de uma situação anormal, inexistente aderência do caso com a razão motivadora da regra. Nestas hipóteses, o princípio da razoabilidade orienta a sua inaplicação.

¹⁹⁷ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 891-892.

¹⁹⁸ Nesse sentido: “*presentes os requisitos há dever-poder do juiz da distribuição dinâmica, sob pena de violação da norma*” (FERREIRA, William Santos. Art. 373. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Tereza Arruda et al. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1411). “*A prescrição legal trabalhou como ‘poderá’, no que nos causa estranheza, posto que avalizamos como dever, assim como tivemos a inclusão de várias outras passagens do NCPC de deveres do magistrado. A interpretação judicial não pode ser outra, pois a ratio da norma é o procedimento probatório e, caso o juiz não determine, restará inviabilizada a prova e qual será o papel da teoria da decisão nesse feito?*” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. Art. 373. In ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 492)

Nesse sentido, o art. 373, §1º, do CPC/2015, estabeleceu parâmetros a serem considerados para que se excepcione a regra geral, isto é, para que se modifique a atribuição do ônus da prova quando a regra não se mostrar razoável. São quatro as hipóteses: (i) nos casos previstos em lei; (ii) diante de peculiaridades da causa relacionadas à *impossibilidade* da parte cumprir o encargo; (iii) diante de peculiaridades da causa relacionadas à *excessiva dificuldade* de cumprir o encargo; (iv) diante de peculiaridades da causa relacionadas à maior *facilidade* de obtenção da prova do fato contrário. Em todos os casos a decisão deve ser motivada.

Observe-se que o Tribunal de Contas já fez uso do disposto no artigo 373, do CPC/2015. O caso envolvia suposto sobrepreço apurado em obra pública, já em fase de tomada de contas especial. Os responsáveis foram instados a se manifestar sobre as irregularidades constatadas somente treze anos após a ocorrência dos fatos, o que dificultou a apresentação de provas da economicidade dos preços contratados. Por tal circunstância, ao apreciar recurso interposto pelos responsáveis contra a decisão de mérito que lhes havia imputado débito, o Tribunal entendeu existir sérias dúvidas sobre a existência ou não de prática de preços acima do mercado, bem como não ser possível assegurar a exatidão do dano imposto aos responsáveis. Considerando ainda a própria dificuldade ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelo transcurso de tempo desde a ocorrência dos fatos, o Plenário da Corte de Contas entendeu por bem arquivar o feito por falta de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Confira-se o enunciado do referido julgado:

A distribuição do ônus probatório nos processos de fiscalização do TCU segue a disciplina do art. 373 da Lei 13.105/2015 (CPC), aplicada às peculiaridades da atividade de controle externo, competindo: a) à unidade técnica do Tribunal demonstrar os fatos apurados nas fiscalizações, mediante a juntada das evidências que os suportam; b) aos órgãos fiscalizados e aos terceiros interessados provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Estado de obter ressarcimento e/ou punir a prática de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico que lhes fora atribuída pelo corpo instrutivo do Tribunal¹⁹⁹.

Ao reconhecer a dificuldade dos responsáveis na apresentação de provas da economicidade dos preços contratados e afastar tal ônus por conta do longo período decorrido entre a ocorrência dos fatos e a citação, o Tribunal de Contas aplicou, ainda que sem menção expressa, a teoria *dinâmica* do ônus da prova, consubstanciada no §1º, do art.

¹⁹⁹ Cf. Acórdão 1522/2016-Plenário, j. 15/06/2016, Rel. Benjamin Zymler.

373, do CPC, pelo qual “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (...), poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”.

A situação descrita no caso apreciado pelo TCU não é incomum. Por vezes a intimação do responsável ou do interessado para se manifestar a respeito de determinado ato imputado como irregular se dá após longo transcurso de tempo da sua ocorrência. Como consequência, a produção de provas em seu favor pode se tornar árdua ou mesmo inviável. A distância dos fatos prejudica a memória dos acontecimentos e das justificativas que envolveram a situação questionada, além de comprometer a reunião de informações e documentos necessários ao exercício pleno do contraditório. No mais das vezes, o responsável já mudou de função, de órgão ou mesmo já se afastou do serviço público, limitando o seu acesso às informações que necessitará prestar. Isto sem considerar a possibilidade de ter havido descarte ou extravio de documentos relevantes para a demonstração da boa e regular aplicação dos recursos. Enfim, todas essas situações, e muitas outras que podem advir de um longo decurso temporal entre o ato questionado e a intimação, dificultam sobremaneira ou impossibilitam a realização da prova, não sendo razoável que o respectivo encargo de provar a inoccorrência de irregularidades recaia sobre o responsável ou o interessado.

Em casos como esse, a aplicação da carga dinâmica do ônus probatório se mostra adequada seja para atribuir exclusivamente ao corpo instrutivo do Tribunal de Contas o encargo de provar, de modo incontroverso, os fatos constitutivos da irregularidade, seja para concluir que, em função da extrema dificuldade ou inviabilidade da produção probatória em favor do responsável ou interessado, o exame da matéria restou inconclusivo, conduzindo à extinção do processo.

Vale destacar que a prova dos fatos constitutivos da irregularidade somente pode ser tida como *incontroversa* se, projetando-se o cenário em que as condições de o responsável ou interessado realizar contraprova fossem possíveis, ainda assim inexistiria chance de se afastar a impropriedade detectada. Dito de outro modo, não pode haver dúvida de que o ato irregular ocorreu, e mesmo que se produzisse determinada contraprova que se mostra inviável ou dificultosa na ocasião, esta não seria suficiente para elidir as respectivas consequências da constatação. Havendo dúvida, entretanto, a solução deve ser a extinção do processo, diante da impossibilidade de se ter um exame preciso e completo da matéria.

Outra situação hipotética em que a distribuição dinâmica da prova pode se mostrar recomendável diz respeito à comprovação de fatos negativos (ex.: não realizei determinado ato; não estive com aquela pessoa). Imagine-se uma denúncia apresentada ao Tribunal de Contas dando conta da ocorrência de fraude em determinada licitação. A denúncia narra a ocorrência de conluio entre licitantes, mediante combinação de lances entre o representante da empresa A e o representante da empresa B. Suponha-se que a denúncia seja inverídica e, ao contrário de sua narrativa, os dois representantes nunca mantiveram contato. Por se tratar de um fato negativo e indefinido, é impossível ou excessivamente difícil ao representante da empresa A provar que nunca teve contato com o representante da empresa B. Em um caso como esse, o ônus da comprovação deve caber ao denunciante ou ao corpo instrutivo do Tribunal de Contas (caso este, ao receber a denúncia, verifique que a mesma preencha os requisitos de admissibilidade). E se não lograrem êxito em produzir tal prova, a denúncia deve ser rejeitada.

Pode-se concluir que a possibilidade de flexibilização do ônus da prova nos processos administrativos do Tribunal de Contas, sempre que o caso concreto assim exigir, por conta de suas particularidades, tem o condão de tornar o processo mais justo e efetivo, evitando-se desigualdades. Representa, por isso, importante instrumento de que o órgão julgador e os interessados podem se valer com vistas à garantia da isonomia processual.

5.2. Garantia de publicidade dos atos processuais

A publicidade da ação estatal, qualquer que seja a sua vertente (Estado-Administração, Estado-Legislator, Estado-Juiz), é um atributo essencial dos regimes democráticos. É por meio do acesso aos atos e negócios públicos que a sociedade verifica se os seus interesses estão sendo protegidos e se a lei está sendo cumprida.

É dever do Estado ser maximamente transparente, primando pela publicização das suas ações a fim de que, tornando-as conhecidas do grande público ou dos interessados que solicitem seu acesso, viabilize-se o controle social. Este controle, por sua vez, somente possível se o exercício do poder é visível, tende a inibir a prática de atos arbitrários, ilegais e contrários aos interesses coletivos ou individuais eventualmente em discussão. O segredo e a restrição ao acesso, como regra, de documentos e dados armazenados pelo Estado, somente têm lugar em regimes autoritários.

5.2.1. Quem não é parte pode acessar processo em trâmite no Tribunal de Contas?

A Constituição Federal adotou o princípio da máxima publicidade estatal, tratando-o como um direito fundamental do cidadão. Assegura-se a todos, à luz do artigo 5º, XXXIII, o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei”. E a autoridade ou agente que não viabilizar tal acesso pode ser responsabilizada. Tal cominação excepciona apenas as informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

De pronto, é possível notar a amplitude que o Texto Constitucional conferiu ao direito do cidadão de acesso a informações. Qualquer informação detida por órgão público pode ser acessada, desde que de interesse coletivo ou de interesse particular daquele que a solicita. De outro lado, também a concepção de órgão público é muito vasta, englobando qualquer unidade do Estado que possua um *feixe de atribuições*²⁰⁰. Resguardam-se, apenas, as informações que sejam sigilosas por questões de segurança estatal e da sociedade.

Outros dispositivos constantes do Texto Constitucional realçam o dever de publicidade que deve guiar a atividade do Estado. São exemplos o artigo 5º, LXXII, que previu o *habeas data* para assegurar “o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”, o artigo 216, §2º, que dispõe caber à administração pública “a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”, e o artigo 5º, XXXIV, “b”, que garante a todos, independentemente do pagamento de taxas, “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

O artigo 5º, da Constituição, especifica em seu inciso LX a publicidade que deve existir nos *atos processuais*. Segundo tal dispositivo, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Interpretando-se a *contrario sensu*, extrai-se que os atos processuais sempre serão públicos. Somente deixarão de ser caso assim a lei o determine. E a lei, no caso, para fins de restrição da publicidade, deve circunscrever-se à proteção da intimidade ou do interesse social levando em conta os danos que a revelação do ato processual potencialmente pode causar às partes envolvidas, a terceiros ou à coletividade.

²⁰⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 650).

Outro aspecto a ser observado é que a Constituição Federal, ao estabelecer a publicidade dos atos processuais sem fazer qualquer distinção, encarece o dever de observância de tal princípio em qualquer forma de processo, seja ele judicial ou administrativo. Nos processos judiciais, em acréscimo, dispõe o artigo 93, IX, da CF, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. E para os processos administrativos, o dever é reforçado por força do disposto no *caput* do artigo 37, da CF, que exige obediência ao princípio da publicidade, dentre outros, para toda e qualquer atividade administrativa dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Embora os primeiros destinatários do conhecimento dos atos processuais sejam as partes e seus advogados, aos quais não se pode opor qualquer restrição, até mesmo para viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório²⁰¹, a possibilidade de acesso aos atos processuais transcende o interesse das partes, para se posicionar como um direito de toda a sociedade.

Desse modo, também terceiros, e não apenas as partes do processo administrativo, podem ter acesso aos autos, inclusive mediante consulta em secretaria e extração de cópias, tendo em vista as garantias dispostas no artigo 5º, incisos XXXIII e LX, da Constituição Federal. A restrição à consulta dos atos processuais por terceiros somente terá lugar se o interesse social ou o direito à intimidade daqueles que compõem o processo estiverem em jogo.

A publicidade dos atos processuais, portanto, é a regra. Somente nas hipóteses em que se justificar restrições por conta dos interesses em discussão é que o sigilo deve ser decretado.

Nesse sentido, a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), ao regular o artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal, viabilizou a ampliação do controle social da gestão pública por meio do acesso a informações e documentos produzidos, gerenciados e guardados pelo Estado. Referida lei previu a possibilidade de restrição parcial da divulgação quando se fizer necessário o resguardo de informações e documentos comprometedores da segurança da sociedade ou do Estado (art. 23), além de não excluir as demais hipóteses legais

²⁰¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional* / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 126.

de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial (art. 22). Em todos os casos de informação sigilosa, contudo, assegura-se o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

No que toca aos órgãos de controle externo e interno, o artigo 7º, VII, b, da Lei 12.527/2011 garantiu o acesso ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas por eles realizadas, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Resta saber, diante de tal dispositivo, bem como do §3º do mencionado artigo 7º (“o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”) se é possível que terceiro obtenha vista de processo administrativo em trâmite no Tribunal de Contas antes da apreciação de seu mérito.

Há julgados do Tribunal de Contas da União no sentido de que tal faculdade somente é exercível após o resultado do processo de controle externo. Assim, apenas a partir da prolação de ato decisório de mérito nasceria o direito ao acesso à informação²⁰². De outro lado, em contraste, merece menção o Acórdão 9062/2017-Primeira Câmara²⁰³, sob a relatoria do Min. Bruno Dantas, em que se admitiu que o acesso aos autos de processo não constitui prerrogativa exclusiva das partes, “mas uma garantia do cidadão, conforme estabelece a recente Lei 12.527/2011, que regula o acesso a informações previsto nos arts. 5º, inciso XXXIII, e 37, § 3º, inciso II, da CF/1988”. Confira-se:

(...) 21.A supracitada Lei de Acesso à Informação (LAI) orienta-se de acordo com um conjunto de padrões estabelecidos com base nos melhores critérios e práticas internacionais, dentre os quais é possível destacar os seguintes princípios e diretrizes: divulgação máxima, não exigência de motivação, limitação de exceções e transparência ativa.

22.Pertinente registrar que o direito de acesso à informação não se confunde com o direito de petição, este sim restrito às partes, pois não se admite a manifestação processual de terceiros sem interesse jurídico, sendo imprescindível a devida habilitação nos autos.

23.Em seu bojo, a LAI restringiu o acesso apenas às informações sigilosas (em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado) e às informações pessoais (relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa natural), além de expressamente não excluir as demais hipóteses legais de sigilo (como, por exemplo, o das denúncias

²⁰² Cf. Acórdão 1219/2013-Plenário, com o seguinte enunciado: “*Apenas com a prolação de ato decisório de mérito pelo Tribunal de Contas da União nasce o direito ao acesso à informação, consagrado na Lei de Acesso à Informação. Antes desse ato de mérito, as normas aplicáveis aos referidos processos de controle externo em tramitação no TCU são a sua Lei Orgânica e o seu Regimento Interno.*” (Rel. Walton Alencar Rodrigues, j. em 22/05/2013)

²⁰³ J. em 26/09/2017.

formuladas ao TCU, com base no art. 55 da Lei 8.443/1992) e de segredos de justiça ou industrial.

24.Ou seja, quer me parecer que o filtro que limita a visibilidade do processo é o grau de confidencialidade a ele aplicado, e não a condição de ser parte, sob o risco de que seja indevidamente restringido o acesso a processos do Tribunal, tolhendo o direito fundamental que a LAI pretende salvaguardar. Enfim, vejo não só como possível, mas desejável o acesso pela sociedade a todas as informações produzidas ou sob guarda do poder público.

25.No presente caso, noto que o processo não é classificado como sigiloso. E, mesmo nos casos em que eventualmente haja alguma peça sigilosa dentro de processo não sigiloso, aplica-se o disposto no art. 27, § 2º, da Resolução-TCU 249/2012: Quando se tratar de informação parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

26.Assim, considerando as garantias de acesso à informação previstas nos arts. 5º, incisos XXXIII e LX, e 37, § 3º, inciso II, da CF/1988, na Lei 12.527/2011 e na Resolução-TCU 249/2012, julgo que devem ser deferidos os pedidos de cópia formulados.

A posição assumida pelo TCU no julgado acima transcrito nos parece a que melhor se adequa ao que determina a Constituição Federal quanto ao acesso à informação e à publicidade dos atos processuais. Somente nos casos em que se caracterizar o dever de sigilo é que a limitação deve ocorrer. A interpretação restritiva da Lei de Acesso à Informação que resulta na impossibilidade de se obter vista de processo administrativo no Tribunal de Contas antes de sua conclusão não se coaduna com as diretrizes fixadas no art. 5º, incisos XXXIII e LX, do Texto Constitucional.

Os dispositivos constitucionais mencionados somente permitem restrição à informação ou ato processual quando a sua publicização puder comprometer interesse social ou o direito à intimidade, ou quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Qualquer limitação para além destas hipóteses, ainda que implementada por lei, deve ser tida como inconstitucional.

Observe-se que a LOTCU não faz qualquer restrição à concessão de vista a terceiros de processo administrativo no TCU. Somente o faz ao tratar dos processos originados a partir de denúncias. Confere-se caráter sigiloso a tais denúncias até que haja decisão definitiva por parte da Corte (art. 55). O conteúdo da denúncia, portanto, assim como os atos do processo somente são passíveis de consulta por terceiros após a conclusão do processo, mediante decisão final.

O objetivo da LOTCU ao impedir o acesso a processo de denúncia antes da apreciação de seu mérito pelo Tribunal de Contas é nobre e louvável. Quer-se evitar a exposição do denunciado, bem como proteger a sua imagem antes da confirmação dos fatos

que lhe são imputáveis. Estaria o denunciado – invariavelmente um servidor público –, sujeito, por exemplo, a explorações políticas e midiáticas decorrentes da existência da denúncia, além de potencialmente ter a sua reputação abalada injustamente.

Ainda assim, importa observar que a denúncia nem sempre tratará de situações em que o denunciante imputa a determinado agente público a prática de irregularidades que colocam em risco a sua imagem e reputação, hipóteses em que o sigilo é justificável. É o caso, por exemplo, de denúncia ou representação que envolva atos da Administração praticados no curso de licitação: um licitante ou mesmo um cidadão, entendendo que determinado edital licitatório está eivado de vícios, denuncia tal fato ao Tribunal de Contas para que este tome conhecimento e examine a regularidade do certame. Nesta hipótese, bastante corriqueira, o acesso à denúncia por terceiros, bem como de eventual manifestação produzida por equipe de auditoria da Corte de Contas antes do julgamento do assunto em nada compromete direitos e garantias individuais alheias. O procedimento licitatório e os respectivos documentos e informações produzidos em seu curso já eram públicos antes da denúncia, inclusive eventuais impugnações e recursos apresentados por interessados. Não é lógico, portanto, além de contrário ao disposto no art. 5º, incisos XXXIII e LX, da Constituição Federal, proibir a concessão vista de autos que têm por objeto tal matéria.

No mesmo sentido são as auditorias que envolvem a execução de contratos públicos. A fiscalização do Tribunal de Contas examina a legalidade, legitimidade e economicidade de tais contratações. Nada do que se discute, em regra, reveste-se de caráter sigiloso. Para além da Lei de Acesso à Informação, a própria Lei 8.666/93, que rege os contratos administrativos, garante a qualquer cidadão o acesso aos quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada (art. 7º, §8º). Salvo se houver qualquer situação, nos autos, que possa comprometer direitos individuais alheios ou quando se verificar as hipóteses de sigilo, não há justificativa para negativa de acesso.

Observe-se que as mesmas discussões existentes em um processo no Tribunal de Contas podem ser travadas no Poder Judiciário, sem que se imponha neste âmbito qualquer restrição à publicidade. Supondo-se que o denunciante do vício editalício tenha, em paralelo, também ingressado com ação judicial para afastar as irregularidades verificadas (v.g. ação popular ou mandado de segurança). O respectivo processo em trâmite no Poder Judiciário, contendo os mesmos documentos, matéria e conteúdo do processo em andamento no Tribunal de Contas, será de livre acesso desde o seu ajuizamento por qualquer cidadão. De outro lado, o mesmo não ocorre com o processo administrativo, caso prevaleça o

entendimento de que a publicização somente se dá por ocasião de seu término, o que não se mostraria justificável.

O CPC/2015, vale registrar, estabelece como regra que “os atos processuais são públicos”, exceto os que tramitam em segredo de justiça. Dentre estes, destacam-se, pela compatibilidade com os processos administrativos do Tribunal de Contas, aqueles em que o exija o interesse público ou social e os em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade (art. 189, I e III). Nestes casos, o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores (art. 189, §1º).

O Tribunal de Contas, portanto, mesmo quando estiver tratando de processo de denúncia – hipótese em que há regra específica da LOTCU limitando o acesso do processo até o seu julgamento definitivo (art. 55) –, ou de qualquer outro tipo de processo, deve examinar o caso concreto para verificar se o sigilo se justifica. Caso não o faça, negando o acesso indistintamente, como se verifica dos julgados e do normativo interno que estendem tal regra a todos os processos em curso no Tribunal – não apenas para as denúncias –, estará ferindo garantia alçada à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal (XXXIII e LX).

5.2.2. Expedição de certidão e de informações

Conforme já mencionado, a Constituição Federal consagra o princípio da publicidade ao também assegurar, em favor de qualquer pessoa, a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para *defesa de direitos e esclarecimento de situações* (art. 153, §35). Certidões, como leciona Nina Ranieri, “são documentos oriundos de autoridade ou de agente do Poder Público, que nessa qualidade provam ou confirmam determinado ato ou fato. São provas documentais, sendo esta sua finalidade. Constituem garantia em favor de terceiro da veracidade do afirmado”²⁰⁴.

Embora o Texto Constitucional mencione que “a lei assegurará a expedição de certidões”, o que à primeira vista faria supor que somente por meio de lei infraconstitucional tal direito poderia ser exigido, a doutrina desde sempre deixou assentado que tal prerrogativa, por nascer da Constituição e não encontrar óbice material algum à sua imediata vigência, é

²⁰⁴ RANIERI, Nina. A obtenção de certidões em repartições públicas. Hipóteses constitucionais de expedição e de indeferimento. Tentativa de identificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N. 19. Editora Revista dos Tribunais. Abr-Jun 1997, pp. 150/168.

de eficácia plena, sendo, portanto, imediata e irrestritivo, independentemente de qualquer outra lei²⁰⁵.

A LOTCU, ao tratar dos processos de fiscalização do Tribunal de Contas, somente dispôs da possibilidade de expedição de certidão requerida por denunciante de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal. Previu-se a possibilidade de o autor da denúncia solicitar certidão dos despachos e fatos apurados, a ser fornecida no prazo máximo de quinze dias – desde que o respectivo processo de apuração tenha sido concluído ou arquivado ou desde que decorrido noventa dias da apresentação da denúncia sem que esta tenha tido as suas investigações concluídas (art. 54).

Coube ao RITCU disciplinar a emissão de certidões de caráter geral. De acordo com o seu artigo 180, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode requerer certidão ou informações para defesa de seus direitos ou esclarecimentos de interesse particular, coletivo ou geral. Uma vez autuado o requerimento, o Tribunal tem quinze dias para expedição. Se a solicitação envolver matéria cujo sigilo seja considerado imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o Tribunal a indeferirá (art. 81, Resolução TCU 259/2014).

Caso a solicitação de certidão cuja informação requerida não diga respeito ao próprio interessado, o Tribunal de Contas deve observar as disposições da Lei Federal nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), visto que se subordina expressamente a tal diploma (art. 1º, §ú). Por esta lei, qualquer interessado pode apresentar pedido de acesso a informações a órgãos públicos, bastando se identificar e especificar a informação requerida. A regra é o acesso a todas as informações, dados e documentos detidos pelas autoridades, exceto as hipóteses de sigilo e de limitação de acesso previstas em lei.

O Tribunal de Contas da União, vale destacar, editou a Resolução-TCU nº 249/2012 dispondo sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei 12.527/11 em seu âmbito. A autorização de acesso à informação deve ser imediata, caso disponível. Não sendo possível, a ouvidoria do Tribunal tem vinte dias, prorrogáveis por mais dez, para: (i) comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão; (ii) indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou (iii) comunicar que não possui a informação, indicando, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação (art. 16).

²⁰⁵ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (direito de certidão, vista e intimação). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 199, jan./mar.1995, p. 99.

5.2.3. Vista dos autos por advogado não constituído no processo

É direito do advogado, por força do que dispõe o artigo 7º, XIII e XV, da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), examinar autos de processos findos ou em andamento, “mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias”, bem como “ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente”. Tal prerrogativa é ratificada pelo CPC/2015, que confere ao advogado o direito a examinar, em cartório ou secretaria, *mesmo sem procuração*, autos de qualquer processo, independentemente da fase de tramitação, assegurados a obtenção de cópias e o registro de anotações, salvo na hipótese de segredo de justiça, nas quais apenas o advogado constituído terá acesso aos autos (art. 107, I).

Trata-se de direito de grande relevância, pois permite ao advogado a análise e verificação sobre se aceita patrocinar os interesses da parte que lhe procurou. Também permite ao causídico colher elementos para defesa em outro processo no qual já está constituído²⁰⁶. Qualquer restrição a esse direito para além dos casos em que o processo tramite sob sigilo é ilegal e cria embaraços à atividade advocatícia, cujo caráter de essencialidade à administração da Justiça é reconhecido pela Constituição Federal.

O Tribunal de Contas da União, contudo, tem reiteradamente recusado a aplicação do art. 7º, XV, do Estatuto da OAB, em seus processos sob o entendimento de que tal prerrogativa não incidiria nos processos de controle externo. Os julgados se fundamentam no argumento de que no âmbito do Tribunal, como regra geral, somente a partir da prolação da decisão de mérito surgiria o direito de acesso à informação, conforme suas resoluções internas, que estariam em conformidade com o disposto na Lei 12.527/2011 (LAI) (art. 7º, VII, “b”, e §3º)²⁰⁷.

²⁰⁶ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume II (arts. 70 a 118)*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Neves da Fonseca. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 927.

²⁰⁷ Confira-se: “(...) *Por outro lado, não se pode olvidar dos normativos constitucionais e legais supramencionados que autorizam o TCU a editar seu Regimento Interno (RITCU) e outras normas regulamentares, a exemplo da Resolução TCU nº 249/2012, editada, inclusive, com supedâneo na Lei 12.527/2011. (...) 20. Ou seja, o acesso por terceiros que não sejam parte nos processos de controle externo do TCU somente poderá ser concedido após a prolação de acórdão ou decisão monocrática de natureza meritória. Porém, estando referido processo em andamento, ou seja, sem decisão definitiva de mérito, as cópias somente podem ser fornecidas aos habilitados nos autos, a teor do que dispõe o art. 146 do Regimento Interno do TCU, condição essa não comprovada pelo petionário. (...) 25. Em suma, nos processos de controle externo, a regra geral para atendimento dos pedidos de informações formulados com fundamento na LAI é*

Embora tal posicionamento não seja uniforme, existindo precedentes recentes em sentido diverso²⁰⁸, é preocupante a negativa de aplicação do que dispõe o artigo 7º, XV, da Lei Federal nº 8.906/94. O dispositivo legal não confere qualquer margem de discricionariedade à autoridade responsável pelo processo administrativo. A redação é cuidadosa, ademais, em especificar que a abrangência da regra envolve processo administrativo de *qualquer natureza*. Sendo assim, inviável a negativa de sua aplicação nos processos administrativos conduzidos pelo Tribunal de Contas.

Somente haveria fundamento jurídico válido para a negativa de vista se houvesse lei de mesma ou superior estatura que a Lei Federal nº 8.906/04 contendo disposição específica de vedação a consulta, por advogado, de processo administrativo antes de decisão de mérito pelo Tribunal de Contas. Contudo, não há tal previsão na LOTCU nem na LIA, o que afasta por completo qualquer possibilidade de prevalecer a recusa.

O STF, instado a se posicionar sobre a matéria, repetidamente afastou restrições impostas pelo Tribunal de Contas a advogado que pretenda ter vista e cópia de processos, reputando a plena aplicabilidade do disposto no artigo 7º, XIII e XV, da Lei 8.906/94. Para o STF, a negativa somente pode se dar em processos sujeitos a sigilo, conforme ressalva do próprio dispositivo legal²⁰⁹.

que já tenha sido expedido o ato decisório respectivo, ou seja, acórdão ou decisão monocrática de mérito. Porém, essa fase ainda pende de instrução no âmbito da unidade técnica. 26. Assim, em vista das normas supra mencionadas, pode-se concluir que o direito de o advogado examinar, obter cópias, fazer apontamentos ou ter vista de processos que estejam em andamento, com fundamento no art. 7º, incisos XIII e XV da Lei 8.906/1994, não se aplica aos processos de Controle Externo, no âmbito do Tribunal de Contas da União, enquanto não sobrevier decisão de mérito, mediante prolação de acórdão ou de decisão monocrática de relator, em face do que dispõe o art. 7º, inciso VII, alínea b e § 3º da Lei 12.527/2011 c/c o art. 4º, inciso VII, alínea b e § 1º da Resolução TCU nº 249/2012” (Acórdão 576/2017-Plenário, rel. Augusto Nardes, j. Em 29/03/2017). No mesmo sentido é o Acórdão 2223/2018-Plenário, rel. Marcos Bemquerer, j. Em 19/09/2018.

²⁰⁸ É o que se extrai do Acórdão 1958/2017-Plenário, j. em 06/09/2017, sob a relatoria do Min. Benjamin Zymler: “(...) o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994) dispõe ser direito do advogado examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos (art. 7º, inciso XIII). 12. Por essa razão, não sendo os autos sigilosos, entendo que as solicitações de cópias formuladas por advogados devidamente inscritos na OAB prescindem do pedido de ingresso nos autos, não sendo lícito exigir deles a demonstração de razão legítima para intervir no processo, até porque tal exigência não consta expressamente na Lei 8.906/1994. A meu ver, o art. 146 do Regimento Interno do TCU não se aplica aos juristas, pois tal categoria profissional está disciplinada em norma específica. Ademais, como é cediço, não pode um ato infralegal restringir um direito criado por lei, sob pena de violação ao art. 5º, inciso II, da Constituição”.

²⁰⁹ Nesse sentido: MS nº 23.527/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 03/11/99; MS nº 26.772/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 01/08/07; MS nº 27508, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 27/08/2008. Confira-se, por todos, a ementa do julgamento do MS nº 26.772/DF: “Mandado de Segurança 2. Pedido de vista e cópia dos autos de processo. 3. Advogado não constituído nos autos. 4. Processo não sigiloso. 5. Resolução n. 191/2006 do TCU restringe o acesso. 6. Prevalência da previsão legal do artigo 7º, XIII, do Estatuto da OAB. 7. Segurança concedida”.

Desse modo, o direito à vista e cópia de processos administrativos em trâmite no Tribunal de Contas, independentemente da fase em que tramitem, é assegurado ao advogado seja por força do que prevê o Estatuto da OAB, seja pela aplicação subsidiária do artigo 107, I, do CPC/2015. Cabe ao Tribunal de Contas facultar e facilitar tal acesso em respeito ao dever de publicidade dos atos processuais, bem assim em observância ao princípio da ampla defesa, excetuando-se os casos sob sigilo.

5.3. Garantia do juiz natural

A garantia do juiz natural tem sua origem vinculada à Revolução Francesa, quando foram suprimidas as justiças senhoriais e todos passaram a ser submetidos aos mesmos tribunais²¹⁰, sendo hoje importante princípio no plano internacional²¹¹. Está sedimentado nos incisos XXXVII e LIII, ambos do artigo 5º, da Constituição Federal, pelos quais “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Cuida-se de uma garantia fundamental do cidadão, integrante do devido processo legal, que visa evitar que uma controvérsia possa ser entregue a autoridade diversa daquela que seria competente segundo a lei. Não se trata apenas de um direito subjetivo da parte, mas a garantia da própria jurisdição, na medida em que sem o juiz natural não há função jurisdicional possível²¹².

Por meio de tal garantia, assegura-se a todos o direito de ser processado e julgado apenas por autoridades constitucionalmente competentes, imparciais e pré-constituídas na forma da lei. Possui, portanto, duplo aspecto: de um lado, objetivo, formal; e de outro,

²¹⁰ É o que explica Paolo Alvazzi Del Frate: consolidado na Constituição Francesa de 1791, o princípio tinha por finalidade extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado), bem como afastar a criação de tribunais de exceção (*ad hoc* ou *post factum*). O autor observa que sob o *Ancien Régime*, o rei poderia retirar de um processo os juízes competentes e avocar a competência para o seu conselho ou por comissários designados especialmente para tal tarefa. O adjetivo “natural” sugeria a ideia da conformidade dessa jurisdição ao ‘direito natural’, conferindo-lhe um certo aspecto “sacro”. (DEL FRATE, Paolo Alvazzi. *Le Principe du “Juge Naturel” et La Charte de 1814. Juges et Criminels. Etudes em hommage à Renée Martinage*. Lille: L’Espace Juridique, 2001. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/208097/Juge-Naturel-1814>. Acesso em 02.11.2018).

²¹¹ Consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art.10): “*everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him*”. Também da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica): “*Art. 8º, I - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*”.

²¹² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2004, p. 52/53.

substantivo, material. O aspecto objetivo se refere ao exame da autoridade competente conforme as regras gerais e abstratas pré-estabelecidas, tendo em vista não ser possível a determinação de juízo *post factum* ou *ad personam*. Por sua vez, o aspecto substancial pressupõe a imparcialidade e a independência da autoridade²¹³.

O aspecto objetivo da garantia do juiz natural se desdobra nos seguintes conteúdos, conforme trinômio proposto por Jorge de Figueiredo Dias²¹⁴: (i) a reserva da lei para instituir o órgão ou autoridade, bem como fixar as suas competências (plano da fonte); (ii) referência temporal, porquanto o órgão ou autoridade responsável pelo processamento e julgamento deve estar predeterminado em lei; e (iii) respeito às competências conferidas por lei à autoridade (ordem taxativa de competência).

Em relação à *reserva da lei para fixação da competência* do órgão ou autoridade, tem-se que somente a lei pode instituí-los, bem como estabelecer a sua respectiva competência. Ao vedar a criação de juízo ou tribunal de exceção, extrai-se da Constituição Federal, a *contrario sensu*, que o órgão responsável pelo julgamento de qualquer processo somente pode ter sido instalado por força de seu texto ou de lei infraconstitucional que dele resulte por previsão direta ou indireta. A proibição de juízos de exceção, ademais, tem como destinatário não apenas o Estado, que fica impedido de criá-los, como também o cidadão, que não poderá senão submeter-se ao juízo preconcebido que lhe é apresentado para a solução de seu litígio²¹⁵.

A *predeterminação em lei*, por sua vez, é importantíssima para se afastar a possibilidade criação ou estabelecimento de competências a órgão ou autoridade posteriormente à ocorrência do fato objeto do processo (*post factum*) ou em razão da pessoa (*ad personam*), especialmente para solução de determinado caso concreto. Em outras palavras, o processo somente pode ser instaurado perante órgão ou autoridade cuja criação e competências tenham sido fixadas por lei vigente à época dos fatos de que resulta a controvérsia a ser examinada.

A concepção objetiva de juiz natural pressupõe, ainda, que a autoridade respeite a *ordem taxativa das competências* que lhe foram conferidas por lei. Evita-se, com isso, a prática de arbitrariedades, bem como de atos discricionários sem previsão legal, como são a avocação e delegação de competências. A substituição da autoridade responsável pelo

²¹³ DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 86.

²¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimpressão da 1ª Edição de 1974. Lisboa: Coimbra Editora, 2004, p. 322-323.

²¹⁵ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 708.

processamento ou julgamento somente pode ocorrer se pautada por critérios objetivos previstos em lei anterior ao fato²¹⁶.

De outro lado, no plano subjetivo, o juiz natural deixa patenteada a independência do juiz e a sua liberdade em relação às partes. O dever de imparcialidade pressupõe que nenhuma autoridade examine ou julgue um processo de modo parcial (*nemo iudex in re sua*)²¹⁷. A parcialidade se revela quando a autoridade responsável pelo processamento ou julgamento tem algum interesse no caso. E a suspeição de parcialidade, uma vez declarada ou afirmada, invalida todo e qualquer pronunciamento.

Em suma, a garantia da naturalidade do juízo assegura a qualquer pessoa o direito de ser processada perante juízo imparcial e independente, cuja constituição e competência é predeterminada, em abstrato, pelo ordenamento constitucional (ou dele derive). Além disso, a determinação do juiz natural não pode estar sujeita a escolhas discricionárias de quem quer que seja.

Observe-se que o Texto Constitucional não faz distinção sobre qual tipo de processo será abrangido pela garantia do juiz natural, aplicando-se também aos processos administrativos²¹⁸. Não por outro motivo, ao expressar que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, optou-se pelo emprego de *autoridade* no lugar de *juiz* competente, certamente com o intuito de se ampliar o espectro de alcance da regra. E a autoridade é, na esfera administrativa, não apenas o agente público que decidirá o processo (ou agentes que decidirão, em se tratando de órgão administrativo colegiado), mas

²¹⁶ Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Liminad, 1998, p. 296.

²¹⁷ Ou “*no man shall be judge of his own cause*”, como aponta Frederick Shauer. O autor, ao tratar de tal princípio, reconhece ser óbvio que sua aplicação não ocorre apenas quando o juiz é parte do próprio processo que apreciará, mas sempre que tiver algum interesse, ainda que indireto no caso. Haveria, assim, dois espectros de análise acerca do topo de interesse que pode violar a garantia do juiz natural. O primeiro se relaciona a interesses pecuniários. Se houver qualquer interesse financeiro envolvido, por menor que seja, o processo é inválido: “*Thus, proceedings have been voided when the judge, or the member of a tribunal, was a stockholder in a corporate party, had a business connection with a party, or even had a financial interest as a taxpayer*”. No segundo espectro o interesse do juiz não está baseado em interesse financeiro no resultado do processo, mas decorre da relação que detém com uma das partes e que, por isto, pode resultar em um julgamento tendencioso: “*Thus, it has been held that a judge or a member of an administrative tribunal should not serve when he actually has indicated some partisanship, when there is personal friendship or hostility towards a party, when there is some family relationship, when a member of the tribunal is a member of an organization that is a party, or when a judge was counsel to one of the parties at an earlier stage of the case*” (SHAUER, Frederick F. *English Natural Justice and American Due Process: An Analytical Comparison*, 18 Wm. & Mary L. Rev. 47 (1976). Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol18/iss1/3>. Acesso em: 02/11/2018).

²¹⁸ Nesse sentido, confira-se Angélica Arruda Alvim: “*A cláusula inserta no inc. LIII, do art. 5º, não distingue entre processo judicial ou administrativo, sendo lícito concluir, portanto, que abrange as duas hipóteses, abrangendo, por conseguinte, as autoridades administrativas, quando se trate de procedimento administrativo.*” (Princípios Constitucionais do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 74, abr./jun. 1994, p. 35.).

todo aquele que for responsável por seu *processamento*²¹⁹, no que se inclui todo e qualquer agente que praticar ato que integre o processo (instrução, emissão de parecer, manifestação, etc.).

O dever de ser predefinida a competência da autoridade ou órgão, contudo, deve ser adaptado para determinados processos administrativos. Isso porque, há casos em que não será prévia tal definição. Como lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha, nem sempre tal competência será detida por um órgão ou agente antes de se verificar a ocorrência da situação a ser investigada, instruída e decidida:

(...), casos há em que a comissão processante é instituída quando surge uma situação a exigir apuração, contraditório e decisão no âmbito de um processo. Aí se tem, então, uma competência estabelecida posteriormente ao fato ou à situação que exigem o processo, mantendo-se, entretanto, a obrigatória exigência de definição da medida de capacidade de ação do órgão constituído, sua condição de independência, insuspeição e condição de imparcialidade em relação ao processado, pena de arguição de nulidade de sua constituição e de seu trabalho por lesão aos direitos do interessado²²⁰.

Nessas circunstâncias, a designação de comissão processante posteriormente ao fato, por si só, não configura violação à garantia do juiz natural, exceto quando esteja evidente o prejuízo à defesa²²¹. Se houver, contudo, previsão expressa em lei especial que determine a formação de comissões processantes permanentes e o tiver sido designada comissão temporária para promover processo administrativo, o princípio do juiz natural restará afrontado²²².

²¹⁹ Como observa Bacellar Filho, “se apenas o juiz fosse o responsável pelo processamento, não haveria sentido na utilização dessa expressão. Bastaria a referência a ‘sentenciado’. Processamento significa, objetivamente, que a garantia estende-se a todas as fases do procedimento; subjetivamente, que abrange toda a autoridade a desempenhar funções de processamento, de participação no contraditório. Em conexão lógica, a Constituição refere-se à autoridade competente pelo processamento, indo além do juiz” (op. cit., p. 293).

²²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 209, 1997. pp. 218-219.

²²¹ Assim já decidiu o STF: “(...) 2. A designação de comissão disciplinar posteriormente ao fato, por si só, não configura violação do princípio do juiz natural, pois à autoridade se impõe a apuração somente a partir da ciência de irregularidade, conforme o art. 143 da Lei nº 8.112/90. Não se faz evidente nos autos eletrônicos qualquer prejuízo à defesa do recorrente que imponha o reconhecimento da nulidade por afronta ao disposto no § 2º do art. 53 da Lei nº 4.878/65”. (RMS nº 31.207/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. 1ª Turma, j. em 08/10/2013)

²²² Nesse sentido já decidiu o STJ, confira-se: “(...) 2. A Egrégia Terceira Seção do STJ, nos autos do MS 13.250/DF publicado no DJU de 02/02/2009, reforçou o entendimento de que a designação de Comissão Temporária para promover processo administrativo disciplinar contra servidor policial federal viola os princípios do juiz natural e da legalidade, a teor do art. 53, § 1º, da Lei 4.878/65, lei especial que exige a condução do procedimento por Comissão Permanente de Disciplina. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no MS: 14059 DF, Relator: Ministro Celso Limongi [Convocado do TJ/SP], j. em 13/05/2009, Terceira Seção)

Em tal aspecto, como se nota, os processos administrativos do Tribunal de Contas diferem das comissões processantes administrativas exemplificadas, na medida em que o órgão (Tribunal de Contas) e as suas autoridades são permanentes, por força do que estabelece o artigo 71 da Constituição Federal e a LOTCU, portanto sempre determinados e preexistentes a qualquer fato ou caso que lhe é submetido.

Importa examinar, nesse sentido, como é realizada a distribuição aos ministros dos processos sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, a fim de se verificar como a garantia do juiz natural é representada.

5.3.1. A distribuição de processos aos Ministros do Tribunal de Contas

A distribuição de processos no Tribunal de Contas, embora realizada por sorteio, possui dinâmica própria. Diferentemente do que ocorre no âmbito judicial, em que cada processo é distribuído livremente a um juiz, via sistema informatizado, no Tribunal de Contas da União o sorteio em regra ocorre a cada dois anos e não é feito individualmente por processo, mas por unidade jurisdicionada. Explica-se: a Corte de Contas agrupa em listas os entes que estão sujeitos à sua fiscalização (são eles: unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; entidades da administração indireta, inclusive fundações; e outras unidades sujeitas à jurisdição do órgão). Uma vez preparadas as listas, realiza-se o sorteio, entre os ministros e ministros-substitutos, do relator de cada lista de unidades jurisdicionadas. O sorteio é feito em sessão ordinária realizada sempre nos anos pares (primeira sessão do mês de julho)²²³.

O sorteio tem vigência a partir do primeiro dia do ano subsequente à sua realização. Desse modo, todos os processos que derem entrada ou se formarem no Tribunal ao longo do biênio, são distribuídos ao ministro relator da lista da qual o respectivo ente fiscalizado integra. A fim de que haja alternatividade, o ministro não poderá ser contemplado com a mesma lista no biênio subsequente (RITCU, art. 150). O processo atribuído a determinado relator será por ele relatado até definitiva decisão, independentemente dos sorteios bienais subsequentes²²⁴.

²²³ As listas de unidades jurisdicionadas são organizadas sob a coordenação do Presidente, que deve aprová-las em Plenário. Após, são publicadas (RITCU, art. 148). No total, são onze listas, considerando serem oito ministros (o Presidente não relata) e três ministros-auditores.

²²⁴ Cf. Resolução TCU 175/2005.

Especificamente em relação às contas do Presidente da República, de que trata o artigo 71, I, da CF, o relator (das contas referentes ao exercício subsequente) é sorteado livremente entre os ministros sempre na primeira sessão ordinária do Plenário no mês de julho.

Em caso de recursos de reconsideração e pedido de reexame interpostos contra acórdãos proferidos pelas câmaras ou pelo plenário, o sorteio do respectivo relator entre os ministros é livre e realizado individualmente, por processo. O mesmo ocorre em relação às auditorias a serem coordenadas diretamente por ministros, com a sua participação na execução, bem como para os assuntos que não ensejem a distribuição segundo os critérios acima indicados²²⁵.

Pelo que pode ser observado, a sistemática de distribuição processual existente no Tribunal de Contas mostra-se compatível com a garantia do juiz natural, mesmo estando as respectivas unidades fiscalizadas atreladas por dois anos a determinados ministros. De um lado, tem-se atendida a exigência de predeterminação da competência (no caso, das autoridades do Tribunal), que por sua vez é realizada em abstrato por normativos editados em caráter permanente pelo próprio órgão no exercício de seu poder regulamentador. De outro, não há qualquer margem de discricionariedade dos ministros ou do órgão para modificação das relatorias (designação de julgadores *post factum*), visto que inexistente previsão legal para tanto, devendo-se respeitar os sorteios previamente realizados.

5.3.2. As competências materiais do Tribunal de Contas

As competências materiais do Tribunal de Contas são aquelas fixadas taxativamente no Texto Constitucional (art. 71)²²⁶, somente podendo ser alteradas ou ampliadas por meio

²²⁵ São sorteados livremente, independentemente da lista de unidades jurisdicionadas: (i) os processos referentes a atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, para fins de registro; (ii) os processos concernentes a recursos federais repassados por força de lei ou mediante convênio, acordo, ajuste, contrato de repasse ou outros instrumentos congêneres; e (iii) os processos constituídos em razão de fiscalização de obras públicas, ainda que não incluídos no plano de fiscalização destinado a atender as exigências da LDO. Já os processos de monitoramento são distribuídos ao ministro que originalmente relatou a deliberação a ser monitorada. Por sua vez, os processos de tomadas de contas especiais convertidos de outros processos serão distribuídos ao relator do processo originador. Finalmente, os processos referentes a denúncias e representações ligadas às aquisições logísticas são sorteados livremente entre os ministros. Caso, contudo, a denúncia ou representação trate de questões relativas às atividades fins de órgãos ou entidades, são distribuídos ao relator em cuja lista constar o órgão responsável (tudo cf. Resolução TCU 175/2005, alterada pelas Resoluções TCU 208/2007 e 298/2018).

²²⁶ “Art. 71. (...): 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

de Emenda Constitucional. Ainda assim, mesmo sendo *numerus clausus*, não são poucas as discussões envolvendo o alcance de sua ordem taxativa de atribuições constitucionais.

Nos itens seguintes, trataremos de determinadas competências geradoras de debate. É o caso, por exemplo, da sustação de atos e de contratos administrativos, em que, quanto ao último, há divergência de opiniões sobre os limites examinatórios do órgão. O mesmo ocorre em relação à adoção de medidas cautelares pela Corte de Contas, visto que não prevista expressamente no Texto Constitucional, mas entendida, pelo STF, como um poder implícito do órgão.

5.3.2.1. Limites de competência: A sustação de ato administrativo pelo Tribunal de Contas (CF, art. 71, IX e X)

O Tribunal de Contas, deparando-se com ilegalidade, tem o poder de conferir prazo para que o órgão ou entidade responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Caso não haja a correção do ato impugnado, este poderá ser *sustado* pelo Tribunal, comunicando-se a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (CF, artigo 71, incisos IX e X)²²⁷.

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”.

²²⁷ Vale observar que além do poder do Tribunal de Contas de *sustação de atos administrativos* nos termos delineados pelo art. 71, a Constituição Federal permite a *sustação de atos normativos* do Poder Executivo “*que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” (art. 49, V). Neste caso a competência é do Congresso Nacional.

Sustar, que etimologicamente deriva do latim *substare*²²⁸, está associado à ideia de interromper, suspender, fazer parar o ato, não se confundindo, por óbvio, com anular ou invalidar o ato. Diz-se por óbvio não apenas pela razão semântica – ante o fato de o sentido do vocábulo *sustar* ser absolutamente distante do ato de *anular* –, como pelo enfoque jurídico-administrativo que envolve o conceito de invalidação/anulação de um ato administrativo, em que se pressupõe, além da discordância entre o ato concreto e um modelo jurídico, um componente axiológico consistente na necessidade de consumação de efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente)²²⁹.

Extraí-se daí, portanto, uma primeira conclusão, consistente no reconhecimento de que ao Tribunal de Contas não é dado o poder de *anular* ato administrativo objeto de sua sindicância. O arranjo constitucional é no sentido de conferir à Administração prazo para que ela própria regularize o ato. E este prazo aparentemente tem dupla função – *primeiro*, permitir que o órgão ou entidade fiscalizado possa, ele próprio, rever o ato impugnado, acolhendo as considerações do Tribunal de Contas e eventualmente adaptando-o às situações concretas que precisarão ser ajustadas para o cumprimento de suas finalidades (tais como a observância de direitos adquiridos, respeito à esfera jurídica de terceiros, dentre outras hipóteses). Em outras palavras, para permitir que, se necessário, customize-se o ato, preservando-se a sua legalidade sem que se perca a sua eficiência). A *segunda* função consiste em permitir que o órgão ou entidade fiscalizado, na hipótese de discordar do posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas, tenha a oportunidade de expor em tempo hábil as suas razões que, por sua vez, *deverão* ser examinadas pelo órgão controlador, em respeito ao contraditório e à ampla defesa. Ademais, se a sustação do ato atingir terceiros que se vincularão à obrigação imposta pelo órgão controlador, têm também estes o direito de se manifestar previamente, assim como tem o Tribunal de Contas o dever de intimá-los e examinar as suas razões antes de decidir, sob pena de ofensa ao devido processo legal²³⁰.

Somente a partir da negativa sem motivo da Administração em cumprir a determinação do Tribunal ou a partir de sua omissão é que exsurgirá para o Tribunal de

²²⁸ Cf. SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1363.

²²⁹ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, pp.776-777.

²³⁰ Cf. art. 31, Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União): “*Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa*”. Aplicam-se subsidiariamente, ainda, as disposições constantes da Lei Federal nº 9.784/99, que legitima como interessados no processo administrativo aqueles que têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada (art. 9º, II).

Contas o poder de *suspender* o ato – ainda assim, repise-se, jamais o poder de anulá-lo, pois não cabe ao controlador se substituir ao controlado. Uma vez sustado o ato, a respectiva decisão deverá ser comunicada ao Poder Legislativo, sem que este tenha o poder de revê-la²³¹.

5.3.2.2. *Limites de competência: A sustação de contrato administrativo (CF, art. 71, §§ 1º e 2º)*

No que se refere especificamente ao contrato administrativo, a Constituição Federal optou por conferir sistemática própria para a hipótese de sustação. Diz o texto que a sustação deverá ser adotada “diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (artigo 71, §1º). Somente na hipótese de o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas, é que o Tribunal decidirá a respeito, conforme §2º do mesmo artigo.

É de rigor observar a repetição do verbo *sustar* nos dispositivos mencionados, o que de pronto afasta a hipótese do poder de *anulação* de contrato administrativo seja pelo Tribunal de Contas seja pelo Congresso Nacional.

Deve também ser notado o desvelo conferido pelo texto constitucional ao contrato administrativo para efeitos de sua sustação. O pressuposto certamente é decorrente dos riscos de impactos econômicos e sociais que a interrupção abrupta de um contrato administrativo pode causar²³². Nesse sentido, estabeleceu-se um procedimento em que a decisão final cabe ao Congresso Nacional, cujo exame certamente se aterá às razões técnico-jurídicas da proposta de sustação do Tribunal de Contas, mas que, pela natureza eminentemente política do Parlamento, também pode levar em conta os aspectos econômicos e sociais envolvidos

²³¹ Como explica Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “essa competência é originária da Corte de Contas, dispensa a participação de qualquer órgão dos demais poderes e não pode ser exercida originariamente por qualquer deles de ofício. Como se trata de competência originária e constitucional, estendida a todos os Tribunais de Contas das unidades federadas, o Poder Legislativo comunicado da decisão não tem o poder de rever o ato de sustação. Somente pode fazê-lo o Poder Judiciário, nos limites da ampla revisibilidade judicial dos atos frente à lei, e ainda somente pode agir mediante provocação”. (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Controle das licitações pelo Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 239: 95-110, Jan./Mar. 2005)

²³² Comentando o dispositivo em questão, Luís Roberto Barroso assinala que “os contratos administrativos são acordos de vontade celebrados entre a Administração e particulares (ou, eventualmente, outro ente administrativo). São, normalmente, atos bilaterais e comutativos, geradores de direitos e obrigações para ambas as partes. Sua desconstituição exige não apenas cautela – porque existem responsabilidades em jogo, inclusive, e sobretudo, responsabilidade civil – como a observância do devido processo legal”. (BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 203: 131-140, jan./mar. 1996)

na questão²³³²³⁴. E isto, registre-se, é salutar. Em que pese a crise de credibilidade de que atualmente goza o nosso Legislativo por conta dos infundáveis escândalos recentes, não se deve desconsiderar que o Congresso Nacional é o nosso órgão máximo de representação democrática.

Merece atenção, ademais, o trecho final do §2º do artigo 71, ao estabelecer que o Tribunal de Contas “*decidirá a respeito*”, caso o Congresso Nacional, no prazo de noventa dias, não efetive as medidas previstas no §1º. Uma leitura desatenta poderia levar ao entendimento de que o comando permitiria ao Tribunal de Contas se sobrepor à decisão do Congresso Nacional na hipótese de este não acolher a recomendação do Tribunal de Contas de sustar o ato. Contudo, a única interpretação sistematicamente possível é a de que somente em caso de *omissão* do Congresso Nacional poderia o Tribunal de Contas decidir. Do contrário, seria admitir a ilógica condição de o órgão auxiliar figurar como superior hierárquico ou ter a última palavra em relação ao Poder Legislativo.

De outro lado, o §2º, do artigo 71, ao dizer que o Tribunal de Contas “*decidirá a respeito*” na hipótese de o Congresso Nacional se omitir no prazo de noventa dias, dá margem a interpretações acerca de qual seria o *conteúdo* dessa decisão.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, amparada na doutrina de José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Marcos Juruena Villela Souto e Mauro Roberto Gomes de Mattos – segundo a qual o conteúdo da decisão seria a declaração de nulidade do contrato e eventual imputação de débito ou multa –, sustenta que a decisão do Tribunal de Contas referida no mencionado dispositivo “não pode envolver a sustação do contrato administrativo, que é de

²³³ Carlos Ayres Britto assevera que os julgamentos legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade, ao passo que os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas somente podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica. (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em: http://http://direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf. Acesso em 27/06/2017).

²³⁴ Nesse sentido, a Lei 13.408/16, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2017, estabeleceu no art. 122 que o Congresso Nacional, na sua deliberação pelo bloqueio ou desbloqueio da execução física, orçamentária e financeira de contratos de obras e serviços com indícios de irregularidades graves, as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela execução, em especial: (i) os impactos sociais, econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento pela população; (ii) os riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento; (iii) a motivação social e ambiental do empreendimento; (iv) o custo da deterioração ou perda de materiais adquiridos ou serviços executados; (v) as despesas necessárias à preservação das instalações e dos serviços já executados; (vi) as despesas inerentes à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; (vii) as medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; (viii) o custo total e o estágio de execução física e financeira de contratos, convênios, obras ou parcelas envolvidas; (ix) empregos diretos e indiretos perdidos em razão da paralisação; (x) custos para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; e (xi) custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

competência exclusiva do Congresso Nacional e deve basear-se em critérios políticos, fora da alçada do Tribunal de Contas”²³⁵.

De modo diverso a esse entendimento, a Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), ao reproduzir em seu nos §§ 2º e 3º do seu artigo 45 a sistemática adotada pela Constituição Federal para a hipótese de sustação de contrato administrativo (§§1º e 2º, art. 71), foi além para definir que o Tribunal *decidirá a respeito da sustação do contrato*. O legislador infraconstitucional, portanto, delimitou o espectro da decisão cabível ao Tribunal de Contas como sendo a de *sustar ou não o contrato*.

Parece-nos, de fato, acertada a solução dada pela Lei 8.443/92. *Verba cum effectu, sunt accipienda*. Uma das regras básicas de hermenêutica é a de que a lei não contém palavras inúteis. Ao estabelecer que caberá ao Tribunal de Contas *decidir* caso o Congresso Nacional não adote providências no prazo de noventa dias, é certo que a Constituição Federal concedeu à Corte de Contas, em tais circunstâncias, o poder de decidir sobre algo. A interpretação de que o conteúdo dessa decisão seria a declaração de nulidade do contrato e eventual imputação de débito ou multa não convence. E isso por pelo menos duas razões: (i) a declaração de nulidade de contrato administrativo com a consequente imputação de débito ou multa no curso de processo de fiscalização pressupõe o exame de mérito das irregularidades apontadas, com o esgotamento da fase de instrução. Ou seja, trata-se de uma decisão definitiva, exauriente, que não condiz com o momento processual previsto nos §§1º e 2º do artigo 71, em que o Tribunal de Contas, a partir de ilegalidade detectada, recomenda ao Congresso Nacional a *sustação* do contrato; e (ii) como desdobramento do primeiro argumento, validar o entendimento de que ao Tribunal de Contas somente compete declarar a nulidade do contrato administrativo – após a conclusão de longo processo – seria impedir que prejuízos ao erário decorrentes da execução física e financeira de contratação ilegal não pudessem ser interrompidos na hipótese de o Congresso Nacional se omitir a respeito.

Desse modo, temos que a atribuição para sustar contrato administrativo pertence ao Congresso Nacional, havendo competência *subsidiária* do Tribunal de Contas na exclusiva hipótese de omissão daquele em decidir no prazo de noventa dias.

Apesar da expressa previsão constitucional quanto à impossibilidade de o Tribunal de Contas sustar diretamente contrato administrativo ou anulá-lo, não se pode desconsiderar a força que lhe é outorgada pelo artigo 71, IX, da Constituição Federal, ao conferir competência de assinatura de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências

²³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos*. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov/dez 2013.

necessárias ao exato cumprimento da lei. Nesse sentido, não é incomum o uso de tal dispositivo pelos Tribunais de Contas para, no curso de fiscalização de contratos administrativos, fazer determinações à Administração voltadas a contratos administrativos em execução, uma vez constatadas irregularidades que no seu juízo justifiquem intervenção imediata.

Considerando que o atendimento à ordem do Tribunal de Contas de “adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei” pode, em muitos casos, ocasionar na prática a paralisação do contrato ou mesmo a sua anulação, haveria conflito ou estaria sendo descumprindo, em tais circunstâncias, o comando do §1º do artigo 71, segundo o qual o ato de sustação de contrato administrativo compete originariamente ao Congresso Nacional?

Inicialmente, observe-se que o texto constitucional é taxativo ao estabelecer que a determinação de adoção de providências deve ser voltada “*ao exato cumprimento da lei*”. Não constou, por exemplo, “ao exato cumprimento da lei e da jurisprudência do Tribunal de Contas”. Desse modo, havendo flagrante e *incontrovertida* inobservância à *lei* no contexto da execução de determinado contrato administrativo, não há como se afastar o dever de a Administração adotar as respectivas providências corretivas, ainda que estas impliquem ao final na suspensão ou na rescisão do contrato. Nestes casos, uma vez respeitados o prévio contraditório e a ampla defesa tanto em favor do órgão contratante como em favor do particular contratado, não faria sentido se aguardar até noventa dias para que advenha o decreto de sustação do ato pelo Congresso Nacional e então se cumpra a lei. O Tribunal de Contas poderia, em tais circunstâncias, exarar determinação à Administração para que ela – e somente ela, jamais o controlador em seu lugar – adote as providências necessárias para respeito à lei.

De outro lado, especialmente quando falamos em controle de contratos administrativos, temos como vetor de destaque o exame da *economicidade* realizado pela Corte de Contas. E neste ponto pode existir controvérsia nos casos em que, por exemplo – e isto não é incomum –, for empregada pela equipe de fiscalização do controlador metodologia de aferição de sobrepreço cuja referência utilizada – para confronto com os preços do orçamento ou do contrato – não seja obrigatória ou prevista em lei, mas fruto de *entendimento* do Tribunal de Contas. Nestas hipóteses, é inaplicável o inciso IX, do artigo 71, na medida em que o requisito da ilegalidade estrita não foi preenchido e inviabilizaria à Corte de Contas determinar ao órgão contratante providências voltadas à harmonização do contrato a entendimento seu não calcado em lei expressa.

5.3.2.3. Limites de competência: A adoção de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas

No rol de atribuições estabelecido no texto constitucional não há qualquer menção expressa à competência de implementação de *medidas cautelares* pelo Tribunal de Contas. Há, entretanto, as já analisadas prerrogativas correspondentes à assinatura de prazo à Administração para correção de irregularidades e à sustação de ato administrativo, na hipótese de não atendimento pela Administração da determinação anterior.

Tais providências a cargo do Tribunal de Contas podem ser consideradas como acautelatórias, na medida em que pressupõem, para a sua aplicação, a existência de *fumus boni iuris* – consistente na necessidade de constatação de ilegalidade – e de *periculum in mora* – relacionado ao risco de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação caso tenha de se esperar a conclusão do processo administrativo, comprometendo a sua efetividade. Não faria sentido a determinação de correção de um ato ou mesmo a sua sustação na hipótese de tais requisitos não estarem presentes. Contudo, são medidas acautelatórias específicas e limitadas – espécies, por assim dizer, do gênero *medidas cautelares* –, passíveis de adoção apenas se cumprido o rito delineado nos incisos IX, X, §§ 1º e 2º, do artigo 71, quais sejam: (i) prévia assinatura de prazo para a correção; (ii) não corrigido o ato, a sua sustação. E no caso de contrato administrativo, o encaminhamento para solução pelo Congresso Nacional, com a possibilidade de sua sustação pelo Tribunal de Contas apenas se aquele se omitir no prazo de noventa dias.

O STF, de outro lado, ao julgar o MS 24.510 (Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19/11/2003), entendeu ser possível a adoção de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas em caráter amplo, com fundamento na teoria dos poderes implícitos do direito constitucional norte-americano. No paradigmático julgamento em que ficou vencido o Min. Carlos Ayres Britto – para quem o texto constitucional deferiu à Corte de Contas competências em *numerus clausus* –, restou reconhecido que a tutela cautelar se apresenta como instrumento processual necessário e compatível com a atividade desempenhada pelo Tribunal.

O caso, porém, tratava da suspensão cautelar de uma licitação pelo Tribunal de Contas. Como observaram André Rosilho e Juliane Erthal de Carvalho ao comentar o julgado,

Queria o impetrante saber se ao TCU seria lícito interromper cautelarmente o curso de licitações. Não foi indagado à Suprema Corte se o Tribunal

poderia tomar decisões cautelares em outras circunstâncias e para outros fins. (...) O STF poderia ter se limitado a dizê-lo. Ocorre, no entanto, que, por conta do debate travado pelos ministros, o julgamento acabou se desviando do ponto central da demanda e se deslocando para uma discussão teórica sobre as competências abstratamente previstas pela legislação para o TCU. A decisão, para acertar no alvo (TCU pode sustar editais de licitação), acabou usando munição em excesso (TCU tem poder geral de cautela).²³⁶

O fato é que tal acórdão do STF tem servido de supedâneo para a adoção de medidas cautelares em caráter geral pelo Tribunal de Contas da União. Ficamos, contudo, com a posição vencida do ex-Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que a Constituição Federal expressamente previu as situações em que a Corte de Contas poderia agir cautelarmente (incisos IX e X, art. 71), com procedimentos específicos e bem delineados, não se aplicando ao caso a teoria dos poderes implícitos, na medida em que explicitamente enumeradas as suas atribuições cautelares.

5.3.2.3.1. A inviabilidade de determinação cautelar de retenção de pagamentos em contratos administrativos

Apoiando-se na tese do poder geral de cautela que lhe teria conferido a Constituição Federal, na linha do quanto reconhecido pelo STF ao apreciar o MS 24.510, o Tribunal de Contas da União tem exarado decisões cautelares voltadas à glosa ou retenção parcial de faturas de contratos administrativos uma vez identificada a existência de sobrepreço no curso de suas fiscalizações. Como explicado no Acórdão 2.140/2008-Plenário do TCU, em situações em que seria recomendável a paralisação do contrato, para evitar que a interrupção atrase o ritmo de obras importantes, “o prosseguimento da obra vem sendo autorizado desde que haja retenção de valores suficientes para compensar o possível dano ao erário” (item 24.2).

Não há no texto constitucional, contudo, qualquer disposição que ampare a medida. Embora o inciso X, do artigo 71, da Constituição Federal, autorize o Tribunal a “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”, no que tange aos *contratos*, o texto da norma é expreso

²³⁶ ROSILHO, André, CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 191.

ao mencionar que “o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (artigo 71, §3º).

A Lei Federal nº 8.443/92 (LOTUCU) também nada estabelece a respeito, resguardando-se a repetir as atribuições previstas no texto constitucional sem, em nada, inovar²³⁷. Nem mesmo o Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução nº 246, de 30/11/2011, e editado pela própria Corte de Contas, prevê tal competência específica (a de retenção de recursos) ou um poder geral de cautela que lhe autorize a suspensão de contratos administrativos ou a irrestrita ingerência na forma de remuneração do contratado, já que igualmente se estabelece a limitada possibilidade de suspender atos impugnados²³⁸.

Como reconhecem Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara,

A suposta competência do Tribunal de Contas para expedir decisões cautelares com o propósito de atingir contratos da Administração não encontra respaldo em texto expresso de qualquer diploma jurídico. Tal prerrogativa não consta das atribuições dadas pela Constituição Federal ao Tribunal de Contas. Tomando como exemplo o TCU, também não existe regra nesse sentido em sua Lei Orgânica (Lei 8443, de 16.7.1992) faltando previsão até no Regimento Interno aprovado pelo próprio Tribunal. (...) O argumento da suposta competência implícita do Tribunal de Contas para a sustação, embora sedutor por certo ângulo, é insuficiente, por estar envolvida divisão institucional de atribuições, estabelecida expressa e claramente pela Constituição²³⁹.

Contudo, mesmo que se admita a hipótese de o Tribunal de Contas possuir competência para adotar medidas cautelares para além das circunstâncias enunciadas no artigo 71 da Constituição Federal (*sustação de ato administrativo*, se não corrigida a irregularidade pela Administração no prazo fixado pela Corte de Contas; e *sustação de contrato administrativo* na hipótese exclusiva de o Congresso Nacional se omitir a respeito

²³⁷ A única medida de natureza cautelar permitida ao TCU, nos termos de sua Lei Orgânica, diz respeito à possibilidade de afastamento de agentes, conforme se extrai do artigo 44, da Lei nº 8.443/1992, que assim dispõe: “No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”.

²³⁸ Confira-se o teor do seu art. 256: “Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992”.

²³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e o seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 204-206.

no prazo de noventa dias), ainda assim a aplicação cautelar de glosa ou retenção de pagamentos em contratos administrativos não se sustenta.

Isso porque, a sustação de um contrato administrativo representa a interrupção de sua execução física e financeira. Dito de outro modo, significa a suspensão do serviço ou da obra objeto do contrato, assim como dos pagamentos correspondentes aos serviços prestados. E como nos lembra José Afonso da Silva, não cabe ao Tribunal de Contas “sustar a execução de contrato. Se constatar ilegalidade ou irregularidade no processo de sua formação ou em qualquer de suas cláusulas, deverá representar ao Congresso Nacional, solicitando a sustação que, no caso, é ato de estrita competência deste”²⁴⁰. Não é dado ao Tribunal de Contas, desse modo, determinar a interrupção da execução física ou financeira de contratos administrativos, salvo, conforme expusemos no item 3.3 acima, na hipótese específica o Congresso Nacional se omitir a respeito após decorridos noventa dias.

E a retenção ou glosa cautelar de pagamentos, ainda que parcial, nada mais é do que a sustação da execução *financeira* do contrato. Sendo assim, havendo procedimento específico estabelecido no texto constitucional para a interrupção física e financeira do contrato – procedimento este que possui natureza acautelatória –, deferir ao Tribunal de Contas a possibilidade de determinar a interrupção parcial do fluxo financeiro de um contrato é descumprir tal regramento, outorgando à Corte de Contas uma atribuição originária do Congresso Nacional. Falece ao Tribunal de Contas, portanto, competência para tal determinação. Somente poderia fazê-lo, insista-se, caso o Congresso Nacional não deliberasse a respeito após ser instado pelo Tribunal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro já enfrentou o tema, sustentando a incompetência do Tribunal de Contas para sustar a execução de contratos administrativos sob qualquer modalidade – incluindo a retenção de valores:

Se não pode sustar o contrato, também não pode determinar a sustação ou retenção de pagamentos devidos ao contratado. Como visto, a sustação do contrato tem a natureza de medida cautelar, no sentido de que impede que o contrato produza efeitos, suspendendo os direitos e deveres das partes, inclusive o referente à remuneração do contratado. Se o contrato não pode ser sustado, *in totum*, pelo Tribunal de Contas, é evidente que não pode ser sustado parcialmente, apenas no que diz respeito ao pagamento da remuneração estipulada. Reconhecer essa possibilidade ao Tribunal de Contas significaria burlar a regra constitucional²⁴¹.

²⁴⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 732.

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov/dez 2013.

Reforce-se que a inviabilidade de determinação cautelar de retenção de pagamentos pelo Tribunal de Contas se dá independentemente de eventual adesão à teoria dos poderes *implícitos*, na medida em que o poder cautelar de sustação de contrato é previsto de forma *explícita* na Constituição Federal como sendo de competência do Congresso Nacional.

Além disso, não se pode desconsiderar que uma determinação, por parte da Corte de Contas, da manutenção da execução física de contrato mediante retenção cautelar de pagamentos (suspensão parcial da execução financeira) implica, na prática, em obrigar o contratado a executar o mesmo escopo por uma contraprestação inferior à que se obrigou por meio da proposta que apresentou à Administração. Isto fere, à toda evidência, o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato mediante a *manutenção das condições efetivas da proposta*. A prestação (encargo) do contratado está vinculada à obrigação de pagamento da Administração. Se ocorre desequilíbrio nesta equação, há o enriquecimento sem causa de uma das partes contraentes, o que o direito não admite.

E ainda que se diga que a retenção cautelar de pagamentos somente é aplicada pelo Tribunal de Contas quando há indícios de irregularidades graves com potencialidade de causar dano ao erário, isto não é suficiente para, *primeiro*, descumprir procedimento específico prescrito pela Constituição quanto à sustação do contrato e, *segundo*, obrigar o particular a executar a mesma prestação a que se sujeitou ao assinar o contrato – após apresentar a melhor proposta à Administração e se sagrar vencedor do certame – por contraprestação inferior à prevista. Invariavelmente, a irregularidade que motiva a determinação de retenção é a existência de indício de sobrepreço contratual, extraído de exame de economicidade levando a cabo por fiscalização do Tribunal de Contas que tem por metodologia a comparação dos preços previstos em orçamento ou constantes da planilha contratual com os preços de tabelas referenciais ou de mercado (conforme pesquisa que é realizada pela auditoria).

Com isso, tem-se que além de ser de legalidade discutível a prática de a Corte de Contas pretender rever, mediante metodologia própria, os preços contratados pela Administração após transcurso de procedimento licitatório e assinatura do respectivo contrato, não se deve perder de vista ser grande a possibilidade de imprecisão do cálculo de sobrepreço apurado pela fiscalização. E os efeitos desta imprecisão podem se agravar quando consideramos que a retenção se dá em sede cautelar, momento processual em que a ampla defesa e o contraditório ainda não se aperfeiçoou. Desse modo, obrigar o particular a

executar o contrato mediante contraprestação reduzida em tal contexto tem grande potencial de implicar em locupletamento ilícito por parte da Administração.

5.4. Garantia do contraditório

Previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal (“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”), o contraditório é uma garantia fundamental do processo, qualquer que seja ele. Para além do simples binômio conhecimento-reação, o contraditório representa uma técnica que assegura a participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, influenciando em todas as discussões, quer fáticas ou jurídicas para solução decisória final²⁴².

A garantia do contraditório, em sua atual acepção, simboliza *participação* e se consubstancia na dupla exigência de franquear aos litigantes as oportunidades adequadas para participar e de fazer participar ativamente o decisor também²⁴³. Tem por objetivo a contraposição dinâmica entre as partes por meio da adoção do método dialético na busca racional da verdade incontroversa, da exigência de uma auto-regulamentação interna das forças processuais com controle bilateral e recíproco dos riscos do abuso dos instrumentos processuais disponíveis²⁴⁴.

Dela decorre não apenas a imprescindibilidade, no processo administrativo, de que ao acusado ou interessado sejam oportunizados o exame e a contestação dos argumentos, fundamentos e elementos probantes que lhe sejam desfavoráveis²⁴⁵. Mais do que isso, que as suas manifestações processuais sejam consideradas e possam *influenciar* a decisão a ser proferida.

²⁴² CANOTILHO, J. J. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 464.

²⁴³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Ainda segundo o autor, essas duas ordens de exigências da ordem constitucional são instrumentalizadas pelas leis do processo mediante (a) oportunização de situações jurídicas ativas aos litigantes, para que possam participar, (b) imposição de situações passivas que os obriga a praticar determinados atos sob pena de suportarem consequências não desejadas, (c) imposição de deveres ao próprio julgador, inclusive o de fazer observar as faculdades e poderes das partes, e (d) outorga de situações ativas ao julgador, relativas a poderes a serem exercidos para a boa condução do processo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume II. 7ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 28-29).

²⁴⁴ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo et al., *apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Liminad, 1998, p. 206.

²⁴⁵ Cf. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 113.

A garantia constitucional do contraditório tem reflexo, no plano infraconstitucional, nas disciplinas voltadas às situações ativas e passivas que integram a relação jurídica processual. Nesse sentido, o contraditório assumiu especial magnitude em nosso sistema processual depois da positivação do CPC/2015, como salienta Egon Bockman Moreira. Segundo o autor, os arts. 9º e 10º²⁴⁶, com plena aplicabilidade ao processo administrativo, “para além de assegurar o direito da parte de influenciar as decisões (o que significa que suas razões precisam ser efetivamente apreciadas), vedam – e, assim, cominam de nulidade – as ‘decisões surpresa’ (assegurando a participação prévia como condição de validade da decisão)”²⁴⁷.

Nesse sentido, é possível extrair da garantia do contraditório ao menos seis direitos dos sujeitos processuais e, por consequência, deveres do órgão processante: (i) de comunicação dos atos processuais; (ii) de reação ou de manifestação; (iii) de participação no desenvolvimento do processo; (iv) de influência no conteúdo das decisões; (v) de os argumentos das partes serem considerados pelo julgador; e (vi) da vedação a decisões surpresa²⁴⁸.

5.4.1. Direito de comunicação dos atos processuais

Inexiste contraditório sem que haja informação. Os sujeitos processuais e interessados têm o óbvio direito de tomar conhecimento da existência do processo e, mais ainda, serem comunicados dos atos processuais praticados, sob pena de nulidade dos atos praticados e de ilegitimidade do processo²⁴⁹. Trata-se de um direito decorrente da ideia de equilíbrio e diálogo ínsita à garantia do contraditório, além de um dever atrelado à garantia da publicidade dos atos processuais, detalhadamente tratada no item V.2 deste trabalho.

Para viabilizar o conhecimento dos atos processuais, a LOTCU (art. 22) e o RITCU (art. 179) valem-se de três formas distintas: (i) *citação*; (ii) *notificação*; e (iii) *comunicação*,

²⁴⁶“Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

²⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5ª Ed., atual., rev. e aum. De acordo com o Código de Processo Civil/2015 – São Paulo: Malheiros, 2017, p.351-352.

²⁴⁸ Cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. Art. 9º. *Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)* / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 143.

²⁴⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 222-223.

que por sua vez desdobra-se em (iii.a) comunicação de audiência; (iii.b) comunicação de rejeição de defesa; (iii.c) comunicação de diligência; (iii.d) comunicação de adoção de medida cautelar; e (iii.e) outras comunicações de interesse das partes e de terceiros²⁵⁰.

Vale observar que a LOTCU é muito singela no tocante à disciplina das comunicações dos atos processuais. O artigo 22, único dispositivo que trata da matéria, está inserido na Seção III, que trata da *execução das decisões*. Além de nos parecer imprópria a sua localização, tendo em vista que o dever de comunicação não se limita a decisões tomadas, mas a atos processuais prévios ao julgamento, não há qualquer rigor técnico com o uso das nomenclaturas citação, audiência, comunicação de diligência e notificação, mencionadas de modo indistinto. Ademais, a LOTCU sequer orientou o conteúdo mínimo que as comunicações devem possuir. Coube à Resolução TCU 170/2004 estabelecer a necessidade de assinatura de prazo para cumprimento da comunicação (art. 8º), explicitar a sua finalidade, com especificações e fundamentos bastantes para o saneamento do processo e o exercício da ampla defesa, informando ao destinatário, dentre outras, as sanções a que estará sujeito (arts. 9º e 10), além de especificidades relacionadas a cada expediente.

Independentemente da nomenclatura utilizada, fato é que o Tribunal de Contas tem o dever comunicar o responsável ou interessado quanto à instauração do processo administrativo, de modo a permitir que este se manifeste previamente à conclusão da fiscalização e, igualmente, do julgamento. Também qualquer decisão tomada pelo Tribunal de Contas deve ser comunicada ao responsável ou ao interessado a fim de que este a cumpra ou exerça seu direito de recorrer, conforme o caso e o momento processual. A comunicação dos atos processuais, com efeito, deve ser feita tempestivamente, como meio de possibilitar de forma adequada e útil a manifestação das partes²⁵¹.

5.4.2. Direito de reação ou de manifestação

²⁵⁰ A Resolução TCU 170/2004 padronizou e uniformizou os procedimentos relativos às comunicações processuais previstas no art. 22 da LOTCU e a outras comunicações expedidas pelo TCU. O seu art. 3º estabelece que as comunicações serão encaminhadas aos destinatários por meio de: I - correio eletrônico, fac-símile ou telegrama; II - servidor designado; III - carta registrada, com aviso de recebimento; e IV - edital publicado no Diário Oficial da União, quando o seu destinatário não for localizado, nas hipóteses em que seja necessário o exercício de defesa.

²⁵¹ Cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)* / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 144.

O direito de reação é o segundo conteúdo da garantia do contraditório. Trata-se do conteúdo que melhor caracteriza a ideia de contraditório, visto que consiste na possibilidade dos envolvidos na relação processual impugnarem ou reagirem aos atos processuais.

No curso dos processos de fiscalização a cargo do Tribunal de Contas, pode haver a constatação, por seu corpo técnico, de indícios de irregularidades decorrentes de atos de gestão. A irregularidade pode decorrer de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, conforme os parâmetros de controle fixados na Constituição. Ao administrador ou responsável pelo ato, em tal hipótese, o RITCU oportuniza o contraditório, a fim de que apresente as suas razões de justificativa, no prazo regulamentar (quinze dias, conforme art. 250, IV). Igualmente, oportuniza-se o contraditório ao ente fiscalizado e ao terceiro interessado se a irregularidade apontada puder resultar em decisão que acarrete a desconstituição de ato ou de processo administrativo, bem como em alteração de contrato (art. 250, V, RITCU).

Tal disciplina do RITCU, embora anterior ao CPC/2015, parece alinhada ao que dispõe o seu artigo 9º, no sentido de que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. É da essência do contraditório o direito de reação imediata da parte quanto a determinado ato processual que lhe parecer desfavorável. E, como regra geral, o contraditório deve ser *prévio*, isto é, anterior à decisão (*audiatur et altera pars*), justamente para viabilizar que as razões da parte sejam consideradas e possam influenciar o julgador.

Contudo, o direito de reação ou manifestação não é o único direito fundamental que compõe o processo justo, sendo necessário por vezes harmonizá-los com os seus demais elementos estruturantes, especialmente com o direito à tutela adequada e efetiva dos direitos²⁵². Não por outro motivo que o parágrafo único do artigo 9º do CPC/2015 estabeleceu exceções à regra da oitiva prévia, como por exemplo quando o juiz antecipa a tutela²⁵³. Nesse sentido, a postergação ou diferimento do contraditório pode ser necessária como decorrência do direito à tutela adequada dos direitos.

No âmbito do TCU, a adoção de medida cautelar, segundo o RITCU, pode eventualmente ocorrer sem manifestação prévia da parte. O seu artigo 276 permite que o Plenário, o relator, ou o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, adote medida

²⁵² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 170.

²⁵³ O parágrafo único do dispositivo excepciona a obrigatoriedade do contraditório prévio às hipóteses de tutela provisória de urgência, de tutela de evidência (previstas no art. 311, II e III) e de decisão prevista no art. 701 do CPC.

cautelar, “*com ou sem a prévia oitiva da parte*, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada”. Se o decisor entender que antes de ser adotada a medida cautelar o responsável deve ser ouvido, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis, conforme o parágrafo segundo do artigo 276.

A discricionariedade prevista no artigo 276 quanto à oitiva prévia da parte deve ser lida com ressalvas. Não é incomum a adoção de medidas cautelares em processos de fiscalização que tramitam há tempos. Assim, parece não ser razoável o deferimento de uma ordem cautelar sem permitir que o responsável ou interessado apresente suas razões de justificativa previamente em se tratando de irregularidade constatada meses antes de o processo ser submetido ao julgador. Também o limite de prazo fixado no parágrafo segundo do dispositivo (cinco dias úteis) para oitiva prévia em caso de proposta de medida cautelar pode se afigurar desproporcional a depender do histórico do processo e das constatações fiscalizatórias. Se, por exemplo, a equipe de fiscalização tiver se debruçado sobre o tema por meses, ao final concluindo em longo e complexo pronunciamento pela proposta de medida cautelar, o exíguo prazo de cinco dias úteis provavelmente será insuficiente para que o responsável ou interessado reúna os elementos necessários para os devidos esclarecimentos.

Assim, diante de uma proposta de medida cautelar ou da avaliação de sua adoção de ofício, cabe ao julgador avaliar se, de fato, a solução é a mais adequada para aquele momento processual. E somente em casos excepcionalíssimos, nos quais inequivocamente não é possível se aguardar a oitiva prévia do responsável ou interessado, diante da urgência e risco real de ineficácia da decisão de mérito, é que o contraditório pode ser postergado.

5.4.3. Direito de participação no desenvolvimento do processo e de influência no conteúdo das decisões

Por muito tempo, a concepção da garantia do contraditório se limitou à ideia do binômio informação-reação de que dispunham os sujeitos processuais. O decisor observaria tal garantia simplesmente permitindo a manifestação das partes e motivando a decisão, em nada violando caso omitisse qualquer referência aos argumentos e teses veiculados. Em tal contexto, cumprida a forma, estariam as partes satisfeitas naquilo que definia o contraditório.

A superação de tal modelo se deu a partir da constatação de que o processo não busca uma tutela meramente formal. Assim, o contraditório, analisado sob nova ótica, ganhou

outros contornos, viabilizando a *participação* efetiva das partes no desenvolvimento do processo e, especialmente, a possibilidade de que estas possam *influenciar* todas as discussões que resultarão na solução decisória final.

O direito à participação e a possibilidade de o sujeito processual influenciar o conteúdo da decisão são pressupostos da formação do resultado do processo em igualdade de condições. Deve a parte ter constante possibilidade de participar ativamente do desenvolvimento do processo, cooperando seja no esclarecimento dos fatos ou na colheita das provas, seja na elaboração e na formação do convencimento do juiz²⁵⁴.

Convém observar que no âmbito do TCU, em que pese o RITCU determinar que as alegações de defesa e as razões de justificativa somente serão admitidas dentro do prazo determinado na citação ou na audiência, facultando à parte a juntada de documentos novos a qualquer tempo entre a constituição do processo até o término da etapa de instrução (art. 160, *caput* e parágrafo primeiro), a jurisprudência da Corte de Contas tem flexibilizado tal regra, em homenagem ao princípio da verdade real. Nesse sentido, o Acórdão 259/2016-Plenário enunciou que o TCU pode analisar novos documentos de defesa “mesmo se apresentados depois de encerrada a etapa de instrução processual, com fundamento no princípio da verdade real. No entanto, é necessário que os documentos sejam efetivamente novos e tenham alguma eficácia contra as irregularidades imputadas ao responsável”²⁵⁵.

Em se tratando de processos administrativos, como são os processos no Tribunal de Contas, deve haver certa cautela com a utilização do instituto da preclusão – que ocorre quando o sujeito deixa de adotar alguma providência processual de sua alçada²⁵⁶. Em que

²⁵⁴ Cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)* / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 146.

²⁵⁵ Rel. Min. Augusto Sherman, j. em 17/02/2016. Veja-se também: “*Encerrada a fase de instrução, não cabe mais a juntada de novos elementos de defesa para fins de inovação de teses ou contraposição às conclusões da unidade responsável pelo exame da matéria, exceto na superveniência de fato que altere substancialmente o mérito do feito, sem embargo da possibilidade de a parte fazer distribuir memoriais informativos após a inclusão do processo na pauta de julgamentos.*” (Acórdão 557/2017 – Plenário, j. em 29/03/2017, rel. Min. Augusto Nardes. “*É possível, até o término da fase de instrução da unidade, isto é, até a emissão do parecer conclusivo do seu titular, a juntada de novos elementos complementares às alegações de defesa e às razões de justificativa apresentadas.*” (Acórdão 2279/2007 – Plenário, j. em 31/10/2007, rel. Min. Aroldo Cedraz)

²⁵⁶ Como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a *preclusão*, que significa a perda de uma faculdade processual por não ter se exercido em tempo oportuno, é possível ocorrer nos processos administrativos, porém com maiores limitações do que no processo judicial. Isto porque, estando a Administração Pública sujeita à observância do princípio da legalidade e ao controle judicial, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los. Mesmo que o interessado tenha perdido o prazo para adotar as providências que lhe cabem, como o de produzir a prova dos fatos que tenha alegado ou o de recorrer da decisão que lhe é desfavorável, a Administração pode rever a sua decisão, não só em decorrência do respeito à legalidade, como também pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público. Apenas se o ato ilegal for favorável ao particular a invalidação está sujeita ao prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios do processo judicial no processo administrativo. *Revista Consultor Jurídico*. 10/12/2015. Disponível

pese a relevância do instituto para fins de celeridade e segurança jurídica, no processo administrativo do Tribunal de Contas a busca da verdade real deve prevalecer como a principal diretriz, na medida em que o que importa ao órgão são os fatos que realmente ocorreram no bojo da gestão de recursos públicos²⁵⁷²⁵⁸.

Desse modo, somente assegurando-se a ampla participação, em todas as fases processuais, do responsável ou interessado no processo administrativo do Tribunal de Contas, por meio de manifestações e apresentação de fatos e documentos que possam influenciar e alterar a compreensão que o corpo técnico ou os julgadores têm do caso, ajudando-os na elaboração do conteúdo da decisão, é que se garante efetivamente ou substancialmente o contraditório em tal seara.

5.4.4. Direito de a parte ter seus argumentos considerados pelo julgador

Outro elemento que integra o conteúdo da garantia do contraditório é o direito de a parte ter as suas razões de fato e de direito examinadas e consideradas pelo julgador por ocasião da decisão. Não pode este simplesmente ignorar o que é produzido no processo. Se as alegações são irrelevantes, então deve dizê-lo claramente. O pronunciamento não precisa ser prolixo nem longo, bastando a demonstração de que o julgador leu e refletiu sobre as alegações das partes e com isso está apto para justificar a decisão tomada²⁵⁹.

A decisão que desconsidera os argumentos apresentados ofende, ademais, a garantia da motivação. Observe-se, nesse sentido, que o CPC/2015 estabelece que uma das hipóteses de decisão não fundamentada se refere ao não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-10/interesse-publico-principios-processo-judicial-processo-administrativo>. Acesso em: 25.03.2019)

²⁵⁷ O RITCU, atento à necessidade de busca da verdade real, dispõe que quando constatado vício na representação da parte, o relator fixará prazo para regularização, sob pena de serem tidos como inexistentes os atos praticados pelo procurador. Contudo, a regra não se aplica quando houver a juntada de documentos “que efetivamente contribuam na busca da verdade material” (Art. 145, parágrafo segundo).

²⁵⁸ Note-se que também os efeitos da revelia do responsável no âmbito do TCU diferem daqueles do processo civil, como tem reconhecido a jurisprudência do Tribunal: “No âmbito civil, o silêncio do responsável gera a presunção de veracidade dos fatos a ele imputados, de modo que sua inércia prospera contra sua defesa. No Tribunal, a avaliação da responsabilidade do agente não pode prescindir da análise das provas existentes no processo.” (Acórdão 1009/2018 – Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, j. em 02/05/2018). “A ausência de atendimento à citação, por si só, não implica o reconhecimento de dívida dos responsáveis ou de outras irregularidades que lhes possam ser imputadas. Apenas possibilita o prosseguimento do processo, sem prejuízo da análise dos documentos constantes dos autos a fim de ser formulado juízo de valor acerca da regularidade ou não das contas.” (Acórdão 8809/2016 – Segunda Câmara, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 02/08/2016)

²⁵⁹ Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, pp. 227-228.

(CPC/2015, art. 489, §1º, IV). A decisão fundamentada, portanto, é aquela que aprecia todos os fundamentos relevantes invocados pelas partes e que explicita as razões pelas quais no entendimento do prolator da decisão são inaplicáveis ou insuficientes para a solução pretendida pela parte que o sustenta no caso concreto.

Ao deixar de tratar das alegações feitas pela parte, a esta nega-se a possibilidade de influenciar efetivamente a construção da convicção do julgador. Daí a relevância desse direito, até mesmo para fins de verificação do que foi levado em conta pelo julgador e, especialmente, do que eventualmente foi negligenciado – e que igualmente tem utilidade para justificar o respectivo recurso processual em face da decisão ou o seu controle pelo Poder Judiciário.

5.4.5. A vedação à prolação de decisões surpresa

Dispõe o art. 10 do CPC/2015 que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Trata-se da regra da *vedação à prolação de decisões surpresa*, desdobramento da garantia do contraditório. Na hipótese de violação do dispositivo, isto é, de prolação de decisão com fundamento que não tenha sido objeto de prévia manifestação da parte, a consequência é a nulidade da decisão.

Haverá decisão *surpresa* quando esta possuir como fundamento matéria de fato ou de direito, ainda que de ordem pública²⁶⁰, que não tenha sido objeto de prévia manifestação por parte dos sujeitos processuais. É vedado ao julgador, por força do disposto no mencionado dispositivo, motivar a sua decisão com base em elemento que foi ignorado pela parte, sem primeiramente conceder-lhe a possibilidade de expor sua opinião a respeito²⁶¹.

²⁶⁰ A respeito, confira-se Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery: “Para a determinação de ouvida prévia das partes, afigura-se irrelevante tratarem-se de questões de ordem pública, previstas expressamente na lei, fato que poderia conduzir o intérprete à falsa impressão de que, por isso, a rigor, não seria necessária essa providência acautelatória por parte do juiz. A circunstância de se tratarem de matérias de ordem pública evita a nulidade da decisão que sobrevier, pelo fundamento de que era desnecessária a provocação da parte para que o juiz ou tribunal pudesse decidir sobre a matéria de ordem pública. Mas não evita a nulidade da decisão por cerceamento de defesa, por desobediência ao contraditório, caso não se tenha dado oportunidade para as partes, previamente, tomarem conhecimento de que será possível ao juiz ou tribunal decidir determinada matéria *ex officio*.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil (livro eletrônico)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 483-484)

²⁶¹ Cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)* / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 155.

A inovação do dispositivo em exame se revela na obrigação de oportunizar às partes que se manifestem previamente à decisão, seja para as questões conhecíveis de ofício, seja para aqueles fundamentos extraíveis das provas constantes dos autos e sobre as quais as partes não debateram²⁶². Tem o condão, como se observa, de aperfeiçoar a garantia do contraditório, que fica cada vez mais distante de sua antiga acepção formal, calcada no binômio informação-reação.

O *fundamento* a que se refere o dispositivo são as questões de fato e de direito analisadas pelo julgador e que motivam a sua convicção. Os fatos são aqueles apresentados nos autos pelos sujeitos processuais, de modo que a matéria de fato se relaciona a saber se certo fato alegado efetivamente ocorreu. Por outro lado, a matéria de direito diz respeito à qualificação jurídica aplicável aos fatos. Tanto as questões de fato quanto as de direito devem passar pelo crivo do contraditório, independentemente de o julgador pensar que a manifestação das partes pode não influenciar na solução da causa, o que ele só saberá, por óbvio, após a apresentação da manifestação²⁶³.

A proibição à prolação de decisão surpresa disposta no art. 10 do CPC/2015, por força do artigo 15 do mesmo diploma, é aplicável subsidiária e supletivamente aos processos administrativos do Tribunal de Contas²⁶⁴. Desse modo, não pode a Corte de Contas decidir calcada em fundamento sobre o qual o responsável ou o interessado não tenham se manifestado previamente.

A aplicação do artigo 10 do CPC/2015 nos processos em trâmite no Tribunal de Contas é de grande relevância. A dinâmica de tais processos envolve, como regra, na fase de instrução, o pronunciamento de unidades técnicas formadas por equipes especializadas, além de pareceres do Ministério Público de Contas, sem prejuízo de outros elementos e

²⁶² Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Breves comentários do código de processo civil (livro eletrônico)*. WAMBIER, Teresa Arruda et al. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47-72). O autor ainda sustenta o seguinte: “(...) a intervenção das partes não se restringe a uma simples manifestação, engloba, também, a de requerer e produzir provas dentro de um tempo compatível com o exercício pleno deste direito, sem o qual não existirá o pleno exercício do contraditório estabelecido no art. 5º, LV, da CF, que deverá ser observado pelo magistrado, também por força do art. 1º, do novo Código de Processo Civil”.

²⁶³ Cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. *Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)* / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 157-158.

²⁶⁴ Ao defender a plena aplicabilidade do dispositivo aos processos administrativos em geral, Aldem Johnson Barbosa Araújo pontua o seguinte: “Evidentemente, são necessárias adaptações para a aplicação do dispositivo nos processos, as quais basicamente resumem-se a três constatações: a primeira, de que não existem propriamente partes no processo administrativo e sim interessados, a segunda, que não há um juiz imparcial para proferir decisões, no processo administrativo elas são proferidas pelo Estado que muitas vezes também ocupa o papel de ‘acusador’ (como é o caso dos processos administrativos sancionadores instaurados com base no poder de polícia) e a terceira, é a de que as decisões administrativas não são, por óbvio, atos jurisdicionais e sim atos administrativos”. (ARAÚJO, Aldem Johnson Barbosa. *Processo Administrativo e o novo CPC: impactos da aplicação supletiva e subsidiária*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 112)

informações eventualmente acostados por terceiros. Por força do novo dispositivo, tais manifestações, quando ocorridas posteriormente à apresentação dos esclarecimentos de defesa, não podem ser acolhidas pelo relator ou pelo Tribunal se contiverem elementos de fato e de direito não submetidos previamente aos responsáveis ou interessados²⁶⁵.

Em tal circunstância, apresentada a defesa pelo responsável ou interessado e sendo ela submetida ao pronunciamento da respectiva unidade técnica ou à manifestação do *parquet*, o processo somente estará em condições de ser decidido caso tais manifestações posteriores se limitem às matérias de fato e de direito que foram conhecidas pelo responsável ou interessado no momento de apresentação de sua defesa. Se os pronunciamentos contiverem fundamentos fáticos ou jurídicos diversos, deve o relator determinar nova oitiva do responsável ou interessado, de modo a cumprir o comando do artigo 10 do CPC/2015. Não pode o relator afastar a oitiva sob o entendimento de que os fundamentos novos de ordem fática ou jurídica não são suficientes para alterar a sua convicção, na medida em que somente com a manifestação do responsável ou do interessado é que terá condições de chegar a tal conclusão.

Note-se que o dispositivo que veda a prolação de decisões de surpresa não engloba apenas fatos supervenientes ou fatos novos ocorridos após a oportunidade que o responsável ou interessado teve de se manifestar. Abarca também e especialmente fatos pretéritos, já existentes à época da oitiva, mas que somente foram objeto de exame e apresentação pelo corpo técnico do Tribunal, pelo *parquet* ou por terceiros, após a oportunidade de manifestação do responsável ou interessado.

²⁶⁵ Embora se referindo ao processo civil, os exemplos dados por Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery são bastante oportunos para corroborar o que ora se sustenta: “A proibição de decisão surpresa ocorre, também, quando há questão nova, ainda não agitada nos autos, trazida em memoriais dos advogados, pareceres do Ministério Público, de juristas, economistas e de outros profissionais. Quando o MP, atuando como custos legis e falando depois das partes [CPC 179 I; CPC/1973 83] em manifestação que antecede imediatamente a decisão do juiz ou tribunal, trazer em seu parecer alguma questão nova, de fato ou de direito, a cujo respeito as partes não tiveram oportunidade de debater, incide a garantia constitucional do contraditório e, para evitar-se decisão-surpresa, as partes têm o direito de, antes da sentença ou acórdão, serem ouvidas sobre a manifestação do Ministério Público. Da mesma forma, na hipótese de ocorrer juntada de memoriais ou de pareceres técnicos de juristas, economistas etc., que trouxerem questões novas ainda não debatidas e discutidas pelas partes no processo, é necessário que se faculte aos litigantes a vista desses documentos e a manifestação sobre as novas questões. (...) Nesse caso, antes de decidir, o juiz ou tribunal deve dar, necessariamente, oportunidade às partes para manifestarem-se sobre a questão nova, ainda que seja de ordem pública, em obediência ao *due process* e ao contraditório e ampla defesa. Dada a oportunidade às partes, com ou sem a sua manifestação, o juiz ou tribunal poderá decidir sobre a questão nova, dispositiva ou de ordem pública. Caso decida sem ouvir previamente as partes, terá havido cerceamento de defesa, na forma direta e não reflexa”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil (livro eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 484).

5.4.6. A figura do *amicus curiae*

A compreensão contemporânea da garantia do contraditório, conforme já se expôs, tem como um de seus principais conteúdos o direito de influenciar o órgão julgador. Nesse sentido, ganha relevo o estudo, no presente trabalho, da figura do *amicus curiae*, tendo em vista a sua positivação com o advento do CPC/2015²⁶⁶, bem como o seu papel de cooperação com o julgador e os sujeitos processuais na busca da verdade real, tão cara aos processos administrativos do Tribunal de Contas. Como salienta Cassio Scarpinella Bueno, sendo o *amicus curiae* auxiliar do julgador “no sentido de lhe levar informações e material útil (se não necessário) para exame, não há como dissociar o *amicus* dessa busca pela ‘verdade’”²⁶⁷.

Estabelece o artigo 138 do CPC/2015 que o julgador, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes ou do amigo da corte, solicitar ou admitir a intervenção no processo (a título meramente colaborativo para o deslinde da causa) de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada.

São três, portanto, os pressupostos objetivos para a intervenção do *amicus curiae* no processo: (i) a relevância da matéria; (ii) a especificidade da tema objeto da demanda; ou (iii) a repercussão social da controvérsia. Embora baste o atendimento de apenas um desses pressupostos para que o julgador possa admitir ou solicitar a participação desse terceiro, na medida em que são requisitos alternativos (“ou”), é certo que na maior parte dos casos em que se justifica a intervenção do *amicus curiae* mais de um dos pressupostos estarão presentes conjuntamente. Um caso que tem repercussão social (iii) igualmente tende a ter por objeto uma matéria relevante (i), além de possivelmente possuir especificidades (ii) que justificam a colaboração de terceiros que detenham informações e elementos importantes para a formação da convicção do julgador.

²⁶⁶ Antes do advento do CPC/2015, vale o registro, diversas leis esparsas previam hipóteses de intervenção que permitiam a colaboração processual de um terceiro, mas nenhuma delas tinha aplicação subsidiária nos processos do Tribunal de Contas. Citem-se o art. 32 da Lei 4.726/1965 (Junta Comercial), o art. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 (Ação Direta de Inconstitucionalidade), o art. 6º, §1º, da Lei 9.882/1999 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental), o art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais), o art. 3º, §2º, da Lei 11.417/2006 (Súmula Vinculante); o art. 118 da Lei 12.529/2011 (CADE), o art. 896-C, §8º, da CLT, acrescido pela Lei 13.015/2014 (recursos de revista repetitivos).

²⁶⁷ O autor conceitua o *amicus curiae* como sendo “um ‘terceiro’ que intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143)

O ingresso do amigo da corte, ademais, pode se dar mediante iniciativa do próprio relator ou do órgão julgador, que de ofício pode determinar a intervenção desse terceiro. O ingresso igualmente pode se dar por meio do deferimento de pedido formulado por um dos sujeitos processuais e, finalmente, através de requerimento do próprio *amicus curiae*, hipótese aliás a mais comum.

A LOTCU e o RITCU não preveem a figura do *amicus curiae*, o que, até o início da vigência do CPC/2015, servia de justificativa para o TCU vedar a admissão desse terceiro em seus processos²⁶⁸. Com o advento da nova lei processual civil, contudo, a Corte de Contas passou a reconhecer a possibilidade de ingresso de terceiros na condição de amigos da corte. Nesse sentido, o Acórdão 1659/2016 – Plenário enunciou que “é possível admitir o ingresso de associação em processo do TCU na condição de *amicus curiae*”²⁶⁹. Na mesma linha, no Acórdão 1981/2017 o TCU reconheceu a aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 no tocante à disciplina do *amicus curiae*, embora para justificar a inadmissibilidade de recurso apresentado pelo terceiro²⁷⁰.

A orientação jurisprudencial do Tribunal de Contas, portanto, parece se consolidar no sentido da possibilidade de ingresso do *amicus curiae* em seus processos, o que, diga-se de passagem, sequer poderia ser diferente, dada a imposição advinda do artigo 15 do CPC/2015, que determina a aplicação subsidiária e supletiva dos dispositivos da lei processual civil que guardam compatibilidade com a sistemática processual da Corte de Contas.

²⁶⁸ Cf. se extrai do enunciado a seguir: “A figura do *amicus curiae* (amigo da corte), prevista na Lei 9.868/1999, não encontra guarida no rito processual do TCU, definido por seu Regimento Interno e pela Lei 8.443/1992”. (Acórdão 2008/2015 – Plenário, j. em 12/08/2015, rel. Min. Vital do Rêgo).

²⁶⁹ O Acórdão, entretanto, não fez remissão expressa à disciplina do CPC/2015. Ao fundamentar seu voto e limitar a possibilidade de intervenção apenas a associações no caso concreto, a Min. Relatora Ana Arraes apontou que em razão de a matéria discutida nos autos ser controversa e envolver conflitos de interesses econômicos de empresas que atuam no mercado de transporte e armazenagem de contêineres, a existência e eventual habilitação de múltiplos interessados no processo deporia contra a sua razoável duração. Por este motivo, afirmou ter admitido como *amicus curiae* apenas associações a fim de “mitigar o risco de constantes interrupções no desenvolvimento regular do processo, que em nada contribuiriam para a solução definitiva da lide(...). Ademais, ao habilitar como *amicus curiae* a [associação 1] e a [associação 2] objetivei agregar visão contrária à interpretação que considera ilegal a cobrança da THC2, defendida pela unidade técnica deste Tribunal, de modo a conferir pluralidade ao debate”. (j. em 29/06/2016)

²⁷⁰ “Quanto à admissibilidade do recurso, o art. 138 do Código de Processo Civil (CPC), de aplicação subsidiária e supletiva ao caso em exame (art. 15 do CPC), dada a ausência de disciplinamento do instituto na Lei Orgânica e no Regimento Interno desta Casa, é explícito em afirmar a irrecurribilidade da decisão proferida pelo juiz ou relator sobre a participação do *amicus curiae* no processo. Como se observa, são duas as conclusões que se extraem do mencionado dispositivo do CPC: (a) compete exclusivamente ao juiz ou relator deliberar sobre o ingresso de terceiros nos autos; e (b) dessa deliberação não cabe recurso. Assim, o agravo não deve ser conhecido, tendo em vista expressa disposição legal nesse sentido (art. 138, *caput*, do CPC)”. (j. em 06/09/2017, rel. Min. Weder de Oliveira)

Assim, o debate atual a ser travado no âmbito da Corte de Contas diz respeito à interpretação aparentemente restritiva do órgão acerca da aplicação do instituto. Conforme se verifica a partir de recentes julgados, o TCU entende não ser obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos técnicos apresentados pelo *amicus curiae*²⁷¹. Além disso, o órgão tem vedado a interposição de recursos por esse terceiro contra decisão que indefere o seu pedido de intervenção²⁷².

O posicionamento do Tribunal de Contas no sentido de inexistir a possibilidade de interposição de recurso por parte do *amicus curiae* é calcado no §1º do artigo 138 do CPC/2015, pelo qual a legitimidade recursal estaria limitada à oposição de embargos de declaração e ao recurso contra decisão que julgar incidente de resolução de demandas repetitivas (este último inaplicável à Corte de Contas, tendo em vista a ausência de tal incidente na disciplina da LOTCU e RITCU).

Há, contudo, interpretação diversa, no sentido de que a legitimidade recursal do *amicus curiae* deve se dar em todos os casos em que o que estiver em jogo for o estabelecimento de uma decisão que tende a assumir o *status* de indexador jurisprudencial²⁷³. E que a irrecorribilidade sugerida pelo §1º do artigo 138 diz respeito à decisão que determina ou que defere a intervenção, não à que indefere pedido de convocação ou que indefere a sua intervenção²⁷⁴.

Já o entendimento do TCU esposado no Acórdão 8332/2018, no sentido de que o órgão julgador não é obrigado a analisar e se manifestar sobre todos os argumentos aduzidos pelo *amicus curiae*, tendo em vista que este não desfruta das mesmas prerrogativas processuais atribuídas às partes²⁷⁵, parece representar um contrassenso em relação à

²⁷¹ Cf. Acórdão 8332/2018 – Segunda Câmara: “A apresentação de argumentos técnicos pelo interessado formalmente reconhecido como *amicus curiae* não obriga o Tribunal a se manifestar sobre eles de forma expressa, apesar de considerá-los como contribuição técnica à formação de juízo de mérito.” (rel. Min. Vital do Rêgo, j. em 11/09/2018).

²⁷² Cf. Acórdão 1981/2017 – Plenário: “Não cabe recurso contra decisão que indefere pedido de participação de *amicus curiae* no processo, consoante o art. 138, *caput*, da Lei 13.105/2015 (CPC), de aplicação subsidiária e supletiva no TCU.” (rel. Min. Weder de Oliveira, j. em 06/09/2017)

²⁷³ É o que sustenta Cassio Scarpinella Bueno ao comentar o dispositivo. Para o autor “entendimento contrário seria minimizar a atuação do *amicus curiae* e emprestar a uma das técnicas criadas pelo Código de Processo Civil para o estabelecimento daqueles indexadores, o incidente de resolução de demandas repetitivas, regime diferenciado quando comparada com as demais”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 582)

²⁷⁴ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 582.

²⁷⁵ “Alia-se a tal constatação o fato de que o [sindicato] foi reconhecido nos autos como *amicus curiae*, nos termos do Acórdão 9.323/2016-TCU-2ª Câmara (peça 96), oportunidade em que foi deliberado que a documentação por ele trazida seria recebida a título de contribuição técnica para deslinde da questão tratada nos autos, sem conferir qualquer direito subjetivo de participar do processo àquele que assim foi reconhecido. (...) 9.É dizer que o Acórdão 9.323/2016-TCU-2ª Câmara, em momento algum, estabeleceu a obrigatoriedade

possibilidade de oposição de embargos de declaração disposta no §1º do artigo 138 do CPC/2015.

Explica-se: os embargos de declaração são cabíveis sempre que houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão²⁷⁶. De outro lado, se o juiz deixa de se manifestar sobre o argumentos expostos pelo *amicus curiae*, acabará por incorrer em omissão ou obscuridade. Por dedução lógica, portanto, verifica-se que a lei processual civil, ao admitir expressamente a oposição de embargos de declaração por parte do *amicus*, o fez por considerar que todos os elementos e fundamentos apresentados pelo amigo da corte devem ser examinados pelo órgão julgador. Assim, não há fundamento jurídico para o TCU deixar de se manifestar sobre o que foi sustentado pelo *amicus curiae*.

Ademais, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nos processos administrativos do Tribunal de Contas, viável a partir do CPC/2015, tende a pluralizar o debate processual, permitindo que o órgão leve em consideração, em decisões cuja matéria seja relevante, tenha repercussão social ou guarde certas especificidades, as razões apresentadas por estes terceiros e que podem ser fundamentais para o deslinde da questão. Assim, uma vez autorizado o ingresso do *amicus* no processo, não pode o TCU furtar-se de avaliar e de se posicionar quanto ao que este apresentar, sob pena de descaracterizar a própria razão de existir do instituto.

5.4.7. Há efetivo contraditório no Tribunal de Contas?

Em se tratando de processo administrativo no Tribunal de Contas, verifica-se a inexistência de partes distintas, como ocorre em um processo judicial comum. Tem-se, de um lado, o responsável ou interessado na condição de controlado e, de outro, o próprio Tribunal de Contas, por meio de seu corpo técnico, que realiza a fiscalização e manifesta-se sobre a defesa e esclarecimentos prestados. O Tribunal de Contas, portanto, além de encarregado do julgamento, é também a parte acusatória.

de prévia análise dos argumentos aduzidos pelo referido sindicato, até porque, o *amicus curiae* não desfruta das mesmas prerrogativas processuais atribuídas às partes. Nessa toada, transcrevo ementa elaborada no âmbito da Jurisprudência Seleccionada quando da prolação do Acórdão 2.881/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro-substituto Weder de Oliveira: *Amicus curiae e "parte interessada" são categorias jurídico-processuais distintas. O "amigo da corte" não é parte e não tem legitimidade para interposição de recursos, ao contrário do interessado (arts. 144 e 146 do Regimento Interno do TCU), em processos de controle externo.*" (rel. Min. Vital do Rêgo, j. em 11/09/2018)

²⁷⁶ Cf. art. 287, RITCU.

Trata-se, convém lembrar, de uma característica comum aos processos administrativos. O particular, ao se tornar parte de um processo administrativo, tende a contraditar o mesmo ente estatal incumbido de decidir sobre o seu caso. Não pode ser negada, nesse sentido, a probabilidade de contaminação do julgador com as convicções formadas por ocasião de sua função acusatória, comprometendo gravemente a ideia de justo processo. Como solução para ao menos mitigar esta contaminação ou minorar os seus efeitos, normalmente as leis que disciplinam o processo administrativo em determinada esfera estatal tendem a encarregar servidores diferentes para as diferentes funções estatais no curso do processo. Além disso, estando a Administração na posição de contraditora, é sua obrigação, enquanto nesta função, colocar-se no mesmo plano do sujeito contraditado, em posição de equivalência.

O tema já foi objeto de exame de Alexandre Aroeira Salles, para quem a LOTCU, na parte em que disciplina o processo no Tribunal de Contas, não está em conformidade com a Constituição Federal. Segundo o autor, a estrutura organizacional e o processo de formação das decisões condenatórias e fiscalizatórias da Corte de Contas “são correspondentes a um processo verticalizado, que concentra suas decisões no plano orgânico-estatal, e que não consegue valorizar argumentos e fatos apresentados pelos envolvidos”²⁷⁷.

Assim, Alexandre Aroeira Salles identifica as seguintes inconstitucionalidades da referida lei orgânica, por ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório:

- (i) A mesma autoridade julgadora é a responsável por fiscalizar, instaurar, instruir e decidir: “quando os mesmos órgãos do TCU que instauram de ofício os processos, é evidente que o fazem formulando uma hipótese e depois acabam por se ver na necessidade de buscar os elementos e indícios que irão comprová-la”. O autor denomina este modelo de *inquisitório*.
- (ii) Ausência de partes independentes no processo: “nos processos perante o TCU, o acusado está sozinho, dialogando com aquele que o acusa e que em seguida o irá condenar. Se o acusado defende que o

²⁷⁷ O autor defende, em trabalho que consistiu em sua tese de doutoramento, que o Congresso Nacional promulgue nova lei orgânica para o TCU, organizando-o adequadamente para o exercício de suas funções, de modo a ajustar o seu processo aos princípios constitucionais e que, além disso, o Tribunal de Contas elabore regimento interno compatível com tais providências. (*In A necessária reformulação da organização e do processo nos Tribunais de Contas para efetivo alcance dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*. Tese defendida em 2016, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pp. 130-131)

acusado defende que o acusador está absolutamente errado, ele está na verdade dizendo que o seu julgador estava equivocado quando o acusou (difícil paradoxo psíquico-emocional)”.

- (iii) Gestão da prova exclusivamente no poder do acusador/julgador: “a única oportunidade que o acusado possui é apresentar sua defesa por escrito com os documentos que compreende necessários para superar os argumentos da acusação/julgador”, considerando inexistir “acompanhamento pelo acusado do levantamento probatório feito pelo seu acusador; indicação de assistente técnico e formulação de quesitos; produção de prova pericial; produção de prova testemunhal; interrogatório do acusador e nem do acusado; depoimento de testemunhas e esclarecimentos orais em audiência dos técnicos envolvidos”.
- (iv) Ausência de recurso para órgão superior imparcial: “há ainda a situação de os recursos previstos serem decididos pelo mesmo órgão que condenou o acusado”. (...) “A previsão do art. 5º de garantir aos litigantes e acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, impõe o duplo grau de jurisdição, que somente poderá ser alcançado caso novo grupo de julgadores avaliem a decisão proferida por distintas pessoas”.

Aderimos na íntegra ao entendimento esposado pelo referido autor. A estrutura organizacional do Tribunal de Contas, bem como a disciplina de seu processo pela LOTCU e pelo RITCU não favorecem que se efetive, em sua completude, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Mesmo tomando como válidas as conclusões acima apontadas, o presente trabalho procura, contudo, a partir da aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 e da incidência da nova LINDB, elementos que possam contribuir para o aprimoramento do devido processo legal no âmbito do Tribunal de Contas, atenuando as deficiências existentes nas normas que regem o processo no órgão.

5.5. Garantia da ampla defesa

Aos litigantes em geral, tanto na esfera administrativa como judicial, é assegurado pela Constituição Federal o direito à *ampla defesa*, com os meios a ela inerentes (art. 5º,

LV)²⁷⁸. Trata-se de uma garantia básica e elementar dos indivíduos em qualquer processo e talvez aquela mais associada à ideia de devido processo legal pelo senso comum. É também

A garantia da ampla defesa pressupõe que o litigante tenha a possibilidade de apresentar ao conhecimento do julgador as informações e as provas necessárias à apuração da verdade, de modo a permitir a elisão das imputações que lhe tiverem sido feitas. Ao comparar a ampla defesa com o contraditório, a doutrina costuma considerar a ideia da primeira mais abrangente, cuja noção conteria a do contraditório, sendo este um dos meios ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa²⁷⁹. Com efeito, a observância da ampla defesa somente se verifica quando são assegurados os meios necessários para tanto, conforme expressa menção do texto constitucional, o que inclui a apresentação de defesa prévia e a produção de provas prévias à decisão, para que possam ser conhecidas e consideradas pela autoridade competente para decidir.

Segundo Nelson Nery Junior, a ampla defesa permite às partes “a dedução adequada de alegações que sustentem a sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações”²⁸⁰.

A LOTCU faz menção expressa à garantia da ampla defesa em dois dispositivos: no art. 31, ao assegurar tal direito ao responsável ou interessado, em todas as etapas do processo de julgamento de contas; e no artigo 53, §4º, ao tratar do processo de denúncia (“§ 4º. Reunidas as provas que indiquem a existência de irregularidade ou ilegalidade, serão públicos os demais atos do processo, assegurando-se aos acusados a oportunidade de ampla defesa”). A omissão legislativa quanto à necessidade de observância da ampla defesa nos demais tipos de processos existentes (tais como os de tomada e de prestação de contas, de atos sujeitos a registro, de representação etc.) em nada compromete – ou deveria comprometer – a aplicação desse direito em benefício dos responsáveis e interessados, na medida em que se trata de garantia constitucional, de observância indistinta a qualquer processo administrativo.

²⁷⁸ Romeu Felipe Bacellar Filho observa, comentando o dispositivo, que a expressão “em geral” expurgou qualquer tentativa de “tecnizar” o sentido de acusados e encarcera-lo no processo penal. Por sua vez, a expressão “processo judicial e administrativo” colocou fim à discussão sobre a natureza “não processual” da função administrativa, de modo que a inserção de ambos os processos, sem distinção, iguala o sentido de “garantia” dos dois. Além disso, o adjetivo “ampla” junto à “defesa”, tem o condão de diferenciar defesa de ampla defesa. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Liminad, 1998, p. 269).

²⁷⁹ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 58.

²⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo penal, civil e administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Integram o direito à ampla defesa, em especial: (i) o conhecimento sobre o que o litigante está sendo acusado; (ii) o acesso aos autos do processo; (iii) a possibilidade de apresentar razões e documentos, em prazo razoável; (iv) a possibilidade de produzir provas, se necessário; e (iv) conhecer, ao final, os fundamentos e a motivação da decisão proferida²⁸¹ e até mesmo (v) o direito de omitir-se ou calar-se²⁸².

Interessa-nos, neste momento, verificar como se dá a produção de provas no âmbito dos processos em trâmite no Tribunal de Contas e, em decorrência, constatar de que modo a garantia à ampla defesa é assegurada em relação a tal aspecto. O conhecimento acerca das imputações constantes do processo, bem como a possibilidade de apresentar razões e documentos, já foram examinados nos itens V.4.1 e V.4.2 respectivamente, em que se tratou da garantia do contraditório. Do mesmo modo, o direito de acesso aos autos do processo foi tratado no item V.2, e o conhecimento dos fundamentos e da motivação da decisão ao final proferida será melhor analisado no item V.9, ao se abordar a garantia da motivação.

5.5.1. Os meios de prova no processo administrativo do Tribunal de Contas

Meio de prova é qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos no processo. Um litígio surge a partir de certos fatos e sobre esses se baseia, de modo que a solução da controvérsia sobre os fatos é alcançada quando o julgador estabelece ou se convence daqueles que lhe parecem verossímeis. Com efeito, adverte Michele Taruffo que a verdade não é desvendada nos sistemas processuais modernos por meio de adivinhação, “lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável (como os juízos de Deus ou outro tipo de ordálio medieval), mas com base em *meios de prova*, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos”²⁸³.

Conforme já se expôs ao longo do presente trabalho, é dever de qualquer pessoa física ou jurídica que utilize bens, dinheiros e valores públicos *prestar contas* (CF, art. 70, §ú), cabendo ao Tribunal de Contas apreciá-las (CF, art. 71). Desse modo, nos processos administrativos do Tribunal de Contas que tratem de prestação ou de tomadas de contas, em

²⁸¹ Cf. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 110.

²⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz, MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 467.

²⁸³ TARUFFO, Michele. *A prova*; tradução João Gabriel Couto. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

regra cabe ao respectivo responsável ou interessado *provar* o bom emprego dos recursos utilizados.

Nesse sentido, a importância da prova no âmbito de tais processos é indiscutível. Não por outro motivo que a LOTCU faz inúmeras menções à necessidade de comprovação de fatos e situações. A título exemplificativo: diante da não *comprovação* da aplicação dos recursos repassados pela União, deve a autoridade competente instaurar tomada de contas especial (art. 8º, *caput*); as contas são julgadas irregulares, quando *comprovada* a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico (art. 16, III, b); não havendo débito, mas *comprovada* a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, o Tribunal aplicará multa a responsável (art. 19, parágrafo único); verificada a ocorrência de fraude *comprovada* à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante (art. 46); reunidas as *provas* que indiquem a existência de irregularidade, serão públicos os atos do processo de denúncia (art. 53, §4º).

Contudo, no que diz respeito aos meios de prova passíveis de utilização no curso dos processos, a LOTCU foi omissa. Coube ao RITCU se ocupar brevemente do tema, dedicando um único dispositivo para disciplinar a produção de provas no âmbito do TCU. De acordo com seu art. 162, as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal “devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros”. Ou seja, a teor desse dispositivo o TCU somente aceitaria a produção de prova documental.

Diante da ausência de regulamentação pelo LOTCU e do que prevê o RITCU, o TCU tem inadmitido a produção de prova testemunhal ou o interrogatório das partes²⁸⁴, bem como a produção de prova pericial²⁸⁵.

5.5.1.1. A posição adotada pelo STF no MS 26.358-DF quanto à prova no TCU

²⁸⁴ Cf. Acórdão 10941/2018: “O TCU pronuncia-se apenas com base nas provas documentais, não se admitindo a produção de prova testemunhal ou o interrogatório das partes. No processo de controle externo, diversamente do que ocorre no processo civil ou no processo penal, não há audiência de instrução e julgamento assegurando a manifestação oral das partes no processo, tampouco há fase de interrogatório ou possibilidade de se apresentar alegações finais, dada a ausência de previsão legal nesse sentido” (Primeira Câmara, rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 18/09/2018). No mesmo sentido: “O processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas. É da iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, inclusive laudos periciais, prescindindo de autorização do Tribunal para tanto” (Acórdão 4843/2017- Primeira Câmara, rel. Min. Jose Múcio Monteiro, j. Em 20/06/2017).

²⁸⁵ Cf. Acórdão 1292/2018: “No processo de controle externo no âmbito do TCU, não há previsão para a oitiva de testemunhas ou produção de prova pericial eventualmente requeridas pelos responsáveis ou interessados, cabendo à parte apresentar os elementos que entender necessários para demonstrar a boa e regular aplicação de recursos públicos que lhe forem confiados” (Primeira Câmara, rel. Min. Bruno Dantas, j. em 21/02/2018).

O STF já teve a oportunidade de examinar a questão envolvendo a negativa de produção de prova no âmbito do TCU. O caso tem origem em um processo de tomada de contas especial instaurado pelo órgão. Determinada empresa que figurava como interessada no referido processo, tendo em vista contrato que celebrara com a União e era objeto da fiscalização, requereu, na fase instrutória, a produção de prova pericial. A perícia seria voltada à comprovação do acerto da decisão administrativa que havia autorizado o reequilíbrio econômico-financeiro contratual questionado pela Corte de Contas. O TCU negou o pedido com base na ausência de previsão de tal providência nos normativos que regem a atuação do órgão. Ainda de acordo com o TCU, o seu Regimento Interno estabelece que, até o término da fase de instrução, é facultada às partes a juntada de documentos novos, de modo que “cabe aos interessados, se entenderem pertinente, a produção de qualquer documento de caráter técnico no sentido de subsidiar suas defesas, dentro do prazo regimentalmente estabelecido”.

Em face da negativa do TCU, a empresa impetrou mandado de segurança perante o STF. A ação, MS 26.358-DF, contou com parecer favorável do Ministério Público Federal, que ao opinar pela concessão da segurança manifestou-se no sentido de que “restringir, ainda que com apoio da legislação pertinente, a utilização de meio de prova apto a comprovar a tese arguida pela parte, sem justificativa plausível, resulta em profunda corrosão das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal”.

O Relator, Min. Celso de Mello, ao examinar a pretensão deduzida pela empresa, concedeu a segurança, em decisão monocrática²⁸⁶, para anular a decisão proferida pelo TCU. De acordo com o Ministro, o Tribunal de Contas não pode, nos processos administrativos perante ele instaurados, “transgredir postulados básicos como a garantia do *due process of law*”. Desse modo,

Assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do ‘due process of law’ (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inclusive o direito à prova), consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV. (...)

²⁸⁶ A decisão foi monocrática em razão da previsão, no RISTF, de delegação de competência do STF ao Relator da causa para, em sede de julgamento monocrático, denegar ou conceder a ordem de mandado de segurança na hipótese de a matéria versada constituir “objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal” (art. 205, caput, com a redação da ER 28/2019). Em sua decisão, o Min. Celso de Mello expôs que a controvérsia mandamental em exame ajustava-se à jurisprudência que o STF firmou na matéria em análise. (DJE 06/11/2014)

Vê-se, portanto, que o respeito efetivo à garantia constitucional do “due process of law”, ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o Tribunal de Contas da União), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações, como sucede na espécie, importarem em aplicação de sanções aos administrados.

A decisão foi unanimemente confirmada pela Segunda Turma do STF, por ocasião da apreciação de Agravo Regimental interposto pela União, representando o TCU, em cuja ementa registrou-se o seguinte:

O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.

Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do “due process” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração²⁸⁷.

A decisão do STF, como se observa, desconstrói os fundamentos que a jurisprudência do TCU tem utilizado para recusar a produção de prova pericial e também outras provas no curso dos processos administrativos que lá tramitam. Na linha do quanto sustentado pelo STF, a ausência de previsão na LOTCU ou mesmo a especificidade do rito dos processos da Corte de Contas não podem se sobrepor à obrigatória observância da garantia da *ampla defesa* prevista no texto constitucional, com os meios a ela inerentes, no que se inclui o direito à prova e à prova pericial, se necessário.

A decisão do STF no MS 26.358-DF parece-nos acertada pois não vedou o indeferimento de pedido de produção de prova técnica caso o TCU a entenda desnecessária. O julgador, como primeiro destinatário da prova, pode muito bem recusá-la por compreender que a providência é inútil ou meramente protelatória – nestes casos, por óbvio, bem

²⁸⁷ DJE 17/12/2014. Participaram do julgamento, realizado em 02/12/2014, os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, além do rel. Min. Celso de Mello.

fundamentando o seu ponto de vista. O que não pode é indeferir a sua produção por ausência de amparo na lei orgânica e normativos internos do Tribunal de Contas, como fez na decisão objeto do mandado de segurança e como tem feito em decisões mais recentes²⁸⁸. O direito do responsável ou do interessado de apresentar todas as provas relevantes para embasar a sua versão dos fatos em litígio é um aspecto essencial da garantia constitucional da ampla defesa e, por conseguinte, do devido processo legal.

5.5.1.2. *A prova pericial*

Diante do quanto decidido pelo STF no MS 26.358-DF, surge a seguinte pergunta: se a produção de prova pericial pode ser realizada nos processos administrativos que tramitam no TCU, que disciplina legal deve ser observada pelo relator do processo para fins de confecção da prova, considerando que a LOTCU não regra esse meio de prova?

Provas periciais são aquelas que requerem conhecimento técnico específico para sua coleta. Conforme nos lembra Michele Taruffo, “juízes e jurados não são oniscientes, e isso é um problema em todos os sistemas probatórios”, de modo que “o julgador pode não possuir o conhecimento técnico ou científico necessário para estabelecer ou avaliar alguns fatos em litígios”²⁸⁹. A prova pericial, desse modo, tem como função oferecer ao julgador as informações técnicas e científicas necessárias para o correto exame e veredicto do caso.

Quando se fala em processos administrativos em trâmite no Tribunal de Contas deve-se considerar a existência de um amplo rol de matérias passíveis de exame e de discussão, de variada complexidade e envolvendo os mais diversos ramos da ciência. Nessa linha, não se pode esperar que os julgadores e o corpo técnico da Corte de Contas sempre terão a cultura necessária para compreender as questões técnicas ou científicas específicas dos fatos em discussão, por mais que o órgão conte com secretarias especializadas e auditores com formação multidisciplinar.

A prova pericial na Corte de Contas parece relevante, ademais, não apenas em razão da eventual ausência de conhecimento técnico-científico por parte dos auditores e julgadores em determinada matéria em específico, mas também em razão da sistemática processual existente no órgão. Relembre-se que o corpo técnico que realiza a fiscalização – e, portanto, as constatações de irregularidade e imputação de responsabilidades –, é o mesmo que se manifesta sobre a defesa apresentada pelos responsáveis e interessados, submetendo o seu

²⁸⁸ Cf. Acórdãos 4843/2017, 10941/2018 e 1292/2018, todos da Primeira Câmara.

²⁸⁹ TARUFFO, Michele. *A prova*; tradução João Gabriel Couto. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 87.

pronunciamento à deliberação do relator. Por mais que os auditores incumbidos da fiscalização possuam credibilidade, atuem com boa-fé e estejam em busca da verdade material, nem sempre terão a neutralidade que um *expert* terceiro teria para dirimir determinada divergência de ordem técnica ou fática que eventualmente surja por ocasião do contraditório exercido no processo. Em tal hipótese, o perito, na condição de assistente do tribunal, teria não só a função de supri-lo com a informação especializada de que necessita, mas também a de fazê-lo em termos objetivos, independentes e imparciais, cooperando na solução de divergências e impasses técnicos fruto de posições antagônicas manifestadas nos autos – algo salutar e indispensável quando se tem em vista a garantia da ampla defesa.

Considerando, portanto, que a realização de prova pericial se mostra possível à luz do texto constitucional na esfera do TCU, como já decidiu o STF, e muitas vezes indispensável, pelo que já se expôs, deve-se agora examinar o procedimento a ser adotado pelo relator para tal providência.

A LOTCU, no artigo 101, estabelece que o TCU, no exercício de suas atribuições constitucionais, “poderá requisitar aos órgãos e entidades federais, sem quaisquer ônus, a prestação de serviços técnicos especializados, a serem executados em prazo previamente estabelecido”. O dispositivo permite à Corte de Contas, desse modo, contar com a cooperação de órgãos e entidades federais que possuam expertise em determinada matéria debatida no órgão, a fim de que seja feita avaliação de fatos específico no processo.

Valendo-se de tal prerrogativa, o TCU já contou, por exemplo, com o auxílio de órgão federal para atestar, a pedido de um responsável, a atestação da autoria de assinaturas apostas em documentos questionados pela fiscalização²⁹⁰. Também já requisitou a uma

²⁹⁰ Conforme constou do voto do relator, Min. Marcos Bemquerer Costa: “(...) ao examinar a defesa carreada a este processo, chamou-me atenção o argumento oferecido, em sede de alegações de defesa, pelo responsável pela homologação das licitações realizadas de forma centralizada pela Comissão Permanente de Licitação, especificamente no ponto em que discute, a fim de afastar sua responsabilidade, a autenticidade da rubrica aposta na homologação da Concorrência, na qual se constatou superfaturamento. Questiona o responsável a veracidade da rubrica, aponta diferenças entre as suas simetrias e lembra que ‘as falsificações de assinaturas eram comuns naquele tempo’. 4. A unidade técnica, ao comparar as assinaturas apostas nos documentos, considerou que tais assinaturas ‘podem não ter sido feitas pela mesma pessoa’. Não obstante, entendeu a unidade que esse argumento era insuficiente para afastar a responsabilidade, porquanto, além de não ter encaminhado cartão de assinaturas para averiguação do alegado, a ele cabia homologar as licitações. Assim, propôs a irregularidade de suas contas, com a imposição do débito calculado. 5. No ponto em que se encontra o processo, proponho encaminhamento diverso do sugerido pela unidade técnica. É que, em face da defesa apresentada pelo [] de que as assinaturas apostas nos documentos que lhe impingem responsabilidade pelos atos inquinados apontados nos autos não seriam de sua autoria, a autenticidade dessas assinaturas se mostra indispensável e deve ser atestada por quem tem competência para tanto, sob pena de infringência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV). 6. Dessa forma, antes de julgar o mérito destas contas especiais deve ser esclarecida a questão da autenticidade das assinaturas, o que deverá ser feito mediante laudo técnico pericial, a ser requerido na forma prevista no art. 101 da Lei n. 8.443/1992, conforme precedente deste Plenário, Decisão n. 1.452/2002. 7. Com fulcro nesse dispositivo legal, pode o

instituição financeira estatal a prestação de serviços técnicos especializados consistente na elaboração de laudo circunstanciado de avaliação da regularidade do valor de locação praticado no contrato examinado em determinado processo²⁹¹.

Parece-nos evidente que o disposto no artigo 101 da LOTCU, a teor do alcance e finalidade de sua redação, representa a disciplina da produção de prova técnica no âmbito do órgão, em que pese não conste expressamente do dispositivo a menção de que este regula tal meio de prova – o que, diga-se de passagem, seria redundante. Contudo, não foi esta a interpretação que a Corte de Contas conferiu ao artigo 101 da LOTCU no caso que resultou no Acórdão 133/2017-Plenário. Neste julgado, o órgão vetou a possibilidade de a parte indicar assistente técnico e formular quesitos à entidade federal incumbida da realização de perícia, cujo pedido fora feito com base na aplicação subsidiária do CPC/2015. A principal justificativa: “a requisição da prestação de serviços técnicos especializados, nos termos do artigo 101 da Lei 8.443/1992, de acordo com as normas que regem a matéria, possui a finalidade da produção de trabalhos técnicos que subsidiem os trabalhos fiscalizatórios da Corte de Contas, o que não se confunde com a prova pericial de que trata o Código de Processo Civil”²⁹².

A motivação do indeferimento de participação da parte na produção da prova pericial ocorrida no Acórdão 133/2017-Plenário parece-nos bastante frágil. *Primeiro* porque a requisição da prestação de serviços técnicos especializados disposta no artigo 101 da LOTCU tem a mesma finalidade da requisição da cooperação de um perito em um processo judicial, qual seja, a de suprir o julgador com a informação especializada de que necessita. *Segundo* porque a natureza dos serviços prestados pela entidade ou órgão federal é a mesma dos serviços de um perito: são serviços técnicos especializados, de cuja expertise falta ao julgador. *Terceiro* porque o RITCU, ao dispor que somente são admitidos como meios de prova no âmbito do Tribunal a produção de prova documental, não pode se sobrepor à

Tribunal, para o exercício de sua competência institucional, requisitar aos órgãos e entidades federais, sem quaisquer ônus, a prestação de serviços técnicos especializados, a serem executados em prazo previamente estabelecido, sob pena de aplicação da sanção prevista no art. 58 da citada Lei. No presente caso, creio que o Departamento da Polícia Federal - Superintendência Regional no Estado de Tocantins é o órgão competente para atestar se a autoria das assinaturas questionadas pertence ou não ao responsável, a quem, portanto, deve ser dirigida a requisição em comento”. (Acórdão 517/2007 – Plenário, j. em 04/04/2007)

²⁹¹ Cf. Acórdão 2584/2016-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. Em 11/10/2016.

²⁹² O Acórdão teve o seguinte enunciado: “Não cabe franquear a responsável participação nos serviços técnicos especializados requeridos pelo TCU a órgãos e entidades federais (art. 101 da Lei 8.443/1992), pois a produção desses trabalhos tem por finalidade subsidiar a fiscalização do Tribunal, o que não se confunde com a prova pericial de que trata o Código de Processo Civil. Contudo, em observância ao princípio da ampla defesa, os responsáveis poderão acostar aos autos laudos técnicos que entenderem convenientes, assim como contradiar laudo técnico produzido por órgão ou entidade federal.” (rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 01/02/2017)

LOTUCU, que em seu artigo 101 expressamente viabiliza outro meio de prova que não a documental, em que pese não dê a tal providência a nomenclatura de prova *pericial*. Também não pode, por óbvio, desrespeitar o artigo 5º, LV, da CF, que garante ao litigante o direito à ampla defesa, com *todos os meios* a ele inerentes. *Quarto* porque não é razoável impedir que a parte interessada possa, dentre outros, indicar assistente técnico e formular quesitos, haja vista que tal participação somente pode ser entendida como benéfica para o correto esclarecimento dos fatos e alcance da verdade material.

Cabe, ademais, examinar a aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 no tocante à disciplina da prova pericial seja quando o TCU, valendo-se do artigo 101 da LOTUCU, requisita auxílio de órgãos ou entidades públicas, seja para eventualmente permitir que entidade privada ou mesmo pessoa natural (perito profissional, por exemplo) funcione como *expert* ou assistente do Tribunal no fornecimento de informação especializada envolvendo os fatos em discussão.

De início, vale destacar que o CPC/2015 contém disposições de grande utilidade para orientar o julgador – e, de outro lado, fornecer garantias à parte –, quanto à verificação da utilidade da prova pericial. Nos termos do artigo 464, §1º, a perícia deve ser indeferida quando (i) a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; (ii) for desnecessária em vista de outras provas produzidas; ou (iii) a verificação for impraticável. Tais critérios parecem indutivos em qualquer processo no qual se avalia a pertinência da prova pericial, seja ele judicial ou administrativo, de modo que também o Tribunal de Contas poderia utilizá-los diante a ausência de regulamentação a respeito em sua lei orgânica.

Igualmente, a disciplina da participação da parte na prova pericial parece salutar no contexto da garantia da ampla defesa. Os artigos 465, §1º, e 466 do CPC dispõem sobre a possibilidade de a parte indicar assistente técnico e apresentar quesitos, bem como a obrigação de que o *expert* assegure ao assistente técnico o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, mediante prévia comunicação, com antecedência mínima de cinco dias. O assistente técnico da parte tem como função fiscalizar a atuação do perito nomeado e fornecer-lhe informações de interesse à perícia. Deve este receber toda a informação necessária para compreender os termos nos quais a perícia está sendo realizada, de modo a permitir que a parte se manifeste adequadamente nos autos em defesa de suas alegações²⁹³. O artigo 474 do CPC/2015 também confere à parte o direito de ter ciência da

²⁹³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1091. Os autores ainda observam que o CPC/1973 não continha qualquer determinação acerca da necessidade de contrato entre assistentes e perito, tornando

data e do local designados pelo julgador ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova. Viabiliza-se, com tais regras, a real participação das partes no esclarecimento dos fatos objeto de discussão.

Os quesitos formulados pela parte, por sua vez, auxiliam na orientação dos trabalhos e podem ser de extrema utilidade para que a perícia aborde pontos específicos, eventualmente desconsiderados ou desconhecidos pelo julgador, mas que servirão para que este, ao final, tenha a mais ampla e diversificada visão dos fatos objeto da matéria debatida. Não pode, de outro lado, haver abuso da parte quanto ao direito de apresentar quesitos. Justamente para evitar que isto ocorra é que, se impertinentes, pode haver o seu indeferimento pelo julgador (art. 470, I, CPC/2015). Os quesitos devem guardar correlação com o que se discute no processo e com a matéria objeto da prova. Ademais, não podem versar sobre Direito, apenas sobre questões técnicas destinadas a elucidar fatos. Assim, inexistindo a correlação exigida ou versando sobre matéria que não deve ser abrangida pela perícia, cabe ao julgador indeferir o quesito²⁹⁴.

Tendo em vista que a LOTCU admite a possibilidade de o Tribunal de Contas contar com o apoio de serviços técnicos especializados de entidade ou órgão federal, não se vê motivo para que a Corte de Contas deixe de aplicar, subsidiária e supletivamente, a disciplina do CPC/2015 no tocante à participação do responsável ou do interessado em tal trabalho, mediante adaptações específicas dessa participação, a serem definidas pelo relator, conforme exigir o caso concreto.

Pode ocorrer, ainda, de inexistir órgão ou entidade pública especializado para a realização da perícia ou, existindo, estar impossibilitado de executar o trabalho no tempo e modo requerido no processo. Em tais circunstâncias, não pode o responsável ou o interessado ver tolhido o seu direito à prova, prejudicando a sua defesa, por razões que fogem de seu controle²⁹⁵. Mais uma vez, parece-nos adequado recorrer-se subsidiária e supletivamente ao

inevitáveis os desencontros entre eles. E a nova regra, ao exigir do perito comunicação expressa nos autos sobre datas e horários das diligências, acaba servindo também para que o juiz acompanhe o desenvolvimento dos trabalhos.

²⁹⁴ Cf. MOLLICA, Rogerio. *Comentários ao código de processo civil – volume 2 (arts. 318 a 538)* / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 380.

²⁹⁵ O TCU já se deparou com tal situação, admitindo em caráter excepcional a elaboração de laudo ou parecer emitido por empresa ou profissional privado. Confira-se, nesse sentido, o Acórdão 3947/2009 – Primeira Câmara: “12. A utilização de laudos e pareceres elaborados por profissionais estranhos aos quadros do TCU é plenamente possível, havendo, inclusive, previsão na Lei Orgânica (art. 101) da requisição de serviços técnicos e especializados por parte de outros órgãos federais. 13. Na excepcionalíssima situação de tratar-se de tema de elevada complexidade técnica, e ante a inexistência de profissionais atuantes da referida área na Administração Pública, o laudo ou parecer emitido por empresa ou por profissional privado, sem vínculo, portanto, com o poder público, pode ser admitido para fins de subsídio à atuação da Corte de Contas”. (rel. Min. Augusto Nardes, j. em 28/07/2009)

CPC/2015 para que seja nomeado pelo relator perito especializado no objeto da perícia. Em se tratando de profissional ou entidade privada, caberia a este, uma vez solicitado pelo relator, apresentar a sua proposta de honorários, intimando-se ao responsável ou interessado que requereu tal prova manifestar-se a respeito e arcar com a respectiva remuneração (art. 465, §§2º a 5º).

5.5.1.3. *A prova oral: oitiva de testemunhas e interrogatório da parte*

Assim como se dá com a prova pericial, a jurisprudência do TCU não tem admitido a produção de prova oral. A vedação à oitiva de testemunhas e ao interrogatório das partes se dá sob o fundamento de que o processo de contas possui feição documental, ante a ausência de previsão de tal meio de prova nas normas processuais que disciplinam a sua atuação²⁹⁶.

A prova oral se constitui, como o próprio nome revela, por declarações orais feitas, em geral, em resposta a perguntas formuladas no curso de um interrogatório. Como expõe Michele Taruffo, essas declarações são “feitas por uma pessoa que supostamente tem conhecimento de qualquer informação que possa ser útil para se estabelecer a verdade dos fatos em litígio”. Nesse sentido, “uma testemunha é uma pessoa que supostamente conhece algo relevante sobre os fatos do caso e a quem se interroga sob juramento, com o objetivo de permitir que expresse o que sabe sobre tais fatos”. Já as partes, como fontes de prova, embora sejam os indivíduos que melhor conhecem os fatos em litígio, “são também os maiores interessados em manipular, distorcer e ocultar a verdade”, de modo que “tal conhecimento deve ser manejado muito cautelosamente pelo julgador”²⁹⁷.

Nesse sentido, a prova oral pode servir como relevante meio de provar a verdade dos fatos. Em se tratando de processo em curso no Tribunal de Contas, cujo objeto, em regra, envolve a fiscalização da ação de agentes públicos, pode ser útil para que o responsável

²⁹⁶ Cf. enunciado do Acórdão 10941/2018 – Primeira Câmara: “O TCU pronuncia-se apenas com base nas provas documentais, não se admitindo a produção de prova testemunhal ou o interrogatório das partes. No processo de controle externo, diversamente do que ocorre no processo civil ou no processo penal, não há audiência de instrução e julgamento assegurando a manifestação oral das partes no processo, tampouco há fase de interrogatório ou possibilidade de se apresentar alegações finais, dada a ausência de previsão legal nesse sentido.” (rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 18/09/2018). No mesmo sentido: “O TCU pronuncia-se apenas com base nas provas documentais, já que as normas processuais que regulam a atuação do Tribunal não preveem a colheita de depoimentos de testemunhas” (Acórdão 352/2017 – Primeira Câmara, rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 31/01/2017).

²⁹⁷ TARUFFO, Michele. *A prova*; tradução João Gabriel Couto. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 59-64.

melhor exponha o contexto em que se deu o ato questionado, apresentando as eventuais peculiaridades, obstáculos e dificuldades enfrentadas. Também permite que o julgador, por meio de interrogatório ao responsável, ao interessado ou a testemunhas, obtenha esclarecimento acerca de determinados aspectos envolvendo os eventos fiscalizados, facilitando a sua compreensão do cenário que envolveu determinada ação administrativa. Considerando que o processo é frio, a exposição oral dos fatos por quem dele participou ou tomou conhecimento à época de sua ocorrência, portanto, é importante componente da garantia da ampla defesa.

A ausência de previsão na LOTCU não pode servir de justificativa para negar a produção de prova oral no curso dos processos em trâmite no Tribunal de Contas. É dever do julgador, no contexto da ampla defesa e do devido processo legal, envidar todos os esforços na busca da verdade real, evitando o amesquinamento das oportunidades que o responsável ou o interessado têm para comprovação do que alegam. A aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015, uma vez mais, mostra-se oportuna para disciplinar o procedimento de interrogatório de testemunhas e/ou de responsáveis e interessados.

5.6. Garantia de inadmissão da prova ilícita

A admissão de provas obtidas ilicitamente é expressamente vedada pela Constituição Federal, que dispõe serem “*inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (art. 5º, LVI). Trata-se de um direito fundamental exigível em qualquer processo e extensível, portanto, aos processos administrativos. É, além disso, importante elemento concretizador do devido processo legal, visto que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com base em prova obtida ou produzida de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado.

Quando se fala em prova ilícita, compreende-se a prova que seria válida não fosse o meio ilícito utilizado para sua obtenção. Um documento deixa de ser válido como prova, por exemplo, se tiver sido obtido mediante furto ou roubo, tendo em vista a ilicitude do modo como foi logrado. O mesmo ocorre com um depoimento testemunhal realizado mediante coação ou um fato revelado no âmbito de um inquérito policial.

Ressalve-se que o fato de inexistir regramento acerca da obtenção ou produção de determinada prova não implica sua ilicitude, na medida em que o nosso ordenamento jurídico não restringe o rol de provas possíveis. Caso isto ocorra, estaremos diante de uma prova atípica, na linha do que preceitua o CPC/2015 ao assegurar às partes o emprego de

todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, *ainda que não especificados na lei*, para provar a verdade dos fatos (art. 369). A prova atípica, desse modo, pode tanto ser lícita como ilícita, assim como a prova ilícita pode ser típica ou atípica²⁹⁸.

O tema da atipicidade da prova ganha relevância diante dos avanços tecnológicos que viabilizam a comprovação de fatos de modos diferentes dos tradicionais, bem como da evolução dos meios de comunicação entre as pessoas, cuja rapidez das transformações nem sempre é acompanhada pelo sistema normativo. A comunicação individual escrita, que essencialmente se realizava por meio dos correios, foi praticamente substituída há vinte anos pelos correios eletrônicos (*e-mails*), que têm dado lugar, mais recentemente, para as mensagens instantâneas via aparelhos de telefonia celular e seus aplicativos. Tais comunicações eletrônicas ou telemáticas, apesar de eventualmente não serem especificadas como meios de prova assim como tradicionalmente são as cartas, também são aptas para fazer prova acerca de determinada situação. Com efeito, a pergunta que se faz é: como aplicar a regra que foi baseada em uma realidade modificada por avanços tecnológicos?

O caso RHC 51531/RO, julgado pelo STJ, parece dar pistas para a resposta. Um cidadão foi flagrado pela Polícia Militar de Rondônia recebendo pacote de drogas pelos correios. No ato da detenção, foi apreendido o aparelho de telefonia celular do sujeito, com o que a autoridade policial determinou a realização de perícia do respectivo aplicativo de mensagens instantâneas (*whatsapp*). O laudo produzido a partir das mensagens constantes do aplicativo embasou a denúncia criminal. A defesa impetrou Habeas Corpus sustentando ter havido violação do sigilo da correspondência (CF, art. 5º, XII). O Habeas Corpus foi denegado pelo TJ/RO sob o fundamento de que a transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho celular apreendido não gozam da mesma proteção constitucional de que trata o artigo 5º, XII. Além disso, a situação flagrancial viabilizaria a devassa no aparelho sem autorização judicial.

O STJ, ao apreciar recurso interposto contra tal decisão, deu provimento a fim de que a prova obtida a partir do aplicativo celular fosse desentranhada dos autos. O relator, Min. Nefi Cordeiro, consignou em seu voto que nas conversas mantidas pelo aplicativo *whatsapp* tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações, cuja situação é similar às conversas mantidas por *e-mail*, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial. Em conclusão, sublinhou o seguinte:

²⁹⁸ Cf. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.64.

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de *whatsapp* obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.

O Min. Rogerio Schietti, em voto-vista que avalizou a posição do relator, destacou não desconhecer o julgamento pelo STF do HC 91.867/PA, no qual a Segunda Turma entendeu pela inexistência de coação ilegal na hipótese em que, após a prisão em flagrante, a autoridade policial procedeu à análise dos registros telefônicos de dois aparelhos de celular. Contudo, segundo o Ministro, os fatos que resultaram no precedente do STF são de 2004, “*período em que os telefones celulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo*”, razão pela qual o acesso que os policiais teriam àquela época era menos intrusivo que o seria hoje. E mais:

Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores. (...) À vista do exposto, e com essas considerações finais, acompanho o voto do relator e dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas pelo exame do celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos²⁹⁹.

O caso em comento é interessante pois discute, ainda que indiretamente, a relação entre prova atípica e prova obtida por meio ilícito. Resta claro, a partir do julgado, a ampla possibilidade de se produzir prova por meios não tradicionais e tecnológicos – ou o que tem se convencionalmente denominado de direito probatório de terceira geração³⁰⁰. Contudo, a licitude da forma de obtenção da prova é essencial para que esta tenha validade.

²⁹⁹ RHC 51.531/RO, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 19/04/2016.

³⁰⁰ Cf. KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. In: *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Nº 4 – Vol. 1, n.1 (out. 2014). Segundo o autor, “*trata-se de provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais até então adotadas*”.

5.6.1. Prova ilícita e prova ilegítima

A doutrina brasileira, desde a obra precursora de Ada Pellegrini Grinover denominada “Liberdades públicas e processo penal”, inspirada por sua vez na terminologia utilizada por Nuvolone, costuma classificar as provas vedadas como um gênero, do qual há duas espécies: as provas *ilícitas* e as provas *ilegítimas*³⁰¹. São ilícitas as provas obtidas em razão de violação a normas constitucionais ou legais de direito material no momento de sua obtenção. E são ilegítimas aquelas obtidas em decorrência da violação de normas de direito processual.

Desse modo, pode-se dizer que a prova ilícita é extraprocessual, produzida fora do processo, mediante violação da Constituição Federal ou da lei no momento da colheita da prova, seja ela anterior ou concomitantemente ao processo. Já a prova ilegítima é endoprocessual, verificando-se a ilegalidade no momento de sua produção no âmbito do processo³⁰². Assim, a prova obtida a partir de invasão de domicílio ou de interceptação de correspondência sem autorização judicial é uma prova ilícita, enquanto a realização de interrogatório sem a presença de advogado é ilegítima.

A distinção tem relevância em função das consequências e efeitos advindos do reconhecimento de cada uma delas. A prova ilícita é inadmissível no processo. Uma vez juntada aos autos deve imediatamente ser desentranhada. A prova ilegítima, por sua vez, sofre as consequências previstas na lei processual, sujeitando-se à teoria das nulidades. Assim, para estas há um regime jurídico próprio que pode variar desde a mera irregularidade, passando pela nulidade relativa ou absoluta.

Sendo assim, ao contrário das provas ilícitas, que em determinadas situações poderão contaminar as provas derivadas de suas informações, as provas ilegítimas não contaminam outras provas. No caso da prova ilegítima o que pode ocorrer é apenas a sua desconsideração ou eventual anulação do julgamento por *error in procedendo*, a fim de que a prova seja repetida e o processo retomado³⁰³.

³⁰¹ Cf. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 93.

³⁰² Cf. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 42-43.

³⁰³ Cf. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 95.

Embora a LOTCU nada tenha previsto, o RITCU preceitua serem inadmissíveis provas obtidas por meios ilícitos, determinando que o relator do caso proíba a sua juntada no processo (art. 162, §§1º e 2º).

5.6.2. Provas ilícitas por derivação: os frutos da árvore envenenada

A teoria estadunidense dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*) consiste na ideia de que a prova derivada diretamente da prova ilícita também é ilícita³⁰⁴. A teoria tem como *ratio* excluir os efeitos da prova derivada de prova ilícita, de modo que a ilicitude da prova se estende a todas as restantes, ainda que obtidas ou praticadas de forma lícita, sempre que tenham origem na primeira. Nela assenta-se a noção de que o interesse na apuração da verdade real no processo não se sobrepõe à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu tal teoria ao estabelecer no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, serem “inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Depreende-se do mencionado dispositivo a necessidade de nexo de causalidade entre a prova ilícita e a sua derivação no processo, isto é, deve haver uma relação causal entre a prova precedente (ilícita) e a subsequente. Caso isto ocorra, a última será inadmissível.

Além disso, ainda que verificado o nexo de causalidade entre a prova precedente (ilícita) e a subsequente, excepcionalmente esta pode ser tida como válida, caso pudesse ser obtida por fonte independente da prova ilícita precedente. O Código de Processo Penal, nesse sentido, preocupou-se em definir o que deve ser considerado como *fonte independente*. De acordo com o §2º, do artigo 157, a fonte independente é aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Os efeitos da aplicação da teoria são atenuados, desse modo, quando não existir vinculação direta entre a prova ilícita e a diligência posterior, isto é, inexistente fruto

³⁰⁴ Como explica Thiago Pierobom de Ávila, a teoria foi construída pela Corte Suprema norte-americana a partir do precedente *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920). E a expressão foi cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no precedente *Nardone v. United States* (1937), ao sustentar que “*proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal*”. (*Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 95)

envenenado se existe prova válida independente. Há ainda outra exceção variante da prova independente. Trata-se da teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), pela qual deve ser feito um exame de valoração da prova derivada da ilícita, tornando-a válida caso se entenda que ela seria encontrada ou produzida inevitavelmente, seguindo o curso próprio das investigações. Não se exige grau de certeza, mas de probabilidade.

Em se tratando de processos nos Tribunais de Contas, em que situações a teoria deve ser aplicada e, uma vez aplicada, que efeitos reflexos devem produzidos? Dito de outro modo, em quais casos é possível ou não se proceder com a exclusão do efeito expansivo (dominó)?

De antemão, ressalte-se que o Tribunal de Contas da União reconhece a aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada em seus processos, conforme se verifica a partir do seguinte julgado:

(...) 2. De acordo com a teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits of the Poisonous Tree*), amplamente adotada em nosso ordenamento jurídico, provas obtidas por meios ilícitos em processos de natureza judicial ou administrativa são nulas de pleno direito, havendo, ainda, contaminação das demais, desde que obtidas com fundamento naquela. 3. Inexiste nulidade em função da teoria acima descrita quando há nos autos, além da prova considerada nula, outras não contaminadas por aquela, que possibilitem o convencimento acerca da responsabilidade do gestor³⁰⁵.

Como se constata a partir do aresto mencionado, o TCU parece não ter dificuldade para reconhecer a aplicabilidade da teoria em seus processos administrativos. Em recorrentes decisões³⁰⁶, o Tribunal destaca a relevância do tema, indicando que as provas contaminadas por provas ilícitas devem ser tidas como nulas de pleno direito.

O processo de tomada de contas especial que deu ensejo ao Acórdão 9392/2015-Segunda Câmara é um bom exemplo. Nele se apurava um possível esquema de desvio de recursos públicos envolvendo a simulação de compras de materiais de informática e de almoxarifado no âmbito da Diretoria de Engenharia da Aeronáutica – Direng. Verificou-se o pagamento de notas fiscais referentes à aquisição de tais materiais sem que a entrada dos respectivos bens tivesse sido identificada. Os tomadores das contas especiais concluíram ter havido conluio entre os gestores públicos e membros de duas empresas.

³⁰⁵ Acórdão 3037/2015-Plenário, rel. Marcos Bemquerer Costa, j. em 25/11/2015.

³⁰⁶ V., por todos, o seguinte julgado: “*Provas consideradas ilícitas em processo judicial também devem ser desconsideradas em processos no âmbito do TCU*” (Acórdão 3210/2014-Plenário | Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Tal tomada de contas especial, no entanto, instaurada originalmente na Direng, recebeu subsídios de um Inquérito Policial Militar, aberto anteriormente para apurar os mesmos fatos. Ocorre que ao apreciar Habeas Corpus manejado pelos agentes envolvidos, o Superior Tribunal Militar (STM) determinou o desentranhamento dos depoimentos realizados por todos os acusados no inquérito. A decisão do STM se fundamentou na constatação de que no curso do Inquérito Policial Militar, os acusados, durante os depoimentos, tiveram que prestar o compromisso de dizer a verdade, tendo sido ouvidos na condição de testemunhas. Contudo, não foram avisados em momento algum que tinham o direito de permanecer calados, sendo que, em função da inadvertência da garantia constitucional ao silêncio e de terem prestado compromisso de dizer a verdade, produziram provas contra si próprios.

O TCU, procedendo ao exame da questão, reconheceu ser *“inegável que as informações obtidas por intermédio dos depoimentos são ilegais, pois violaram garantias fundamentais da Constituição Federal”*. Observou, ademais, que por mais relevantes e graves sejam os fatos apurados, *“provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional, bem como todas aquelas derivadas, não podem ser admitidas no processo, portanto, uma vez juntadas, devem ser desconsideradas/excluídas”*.

E ao constatar que o Inquérito Policial Militar constituía o principal elemento a amparar as conclusões a que chegaram os tomadores de contas, a Corte de Contas realizou o expurgo dos depoimentos considerados provas ilícitas e nos juízos de valores formulados a partir da análise desses elementos. Procedeu, ademais, a nova citação dos responsáveis, de modo que estes pudessem apresentar defesa considerando o quadro fático e probatório existente excluído das provas declaradas ilícitas. Realizada a nova oitiva, o TCU entendeu, no entanto, que as alegações de defesa dos responsáveis não lograram afastar a constatação de prejuízo ao erário, tendo em vista a existência de outras provas não contaminadas pela ilicitude³⁰⁷.

As referências existentes na jurisprudência do TCU são relevantes no sentido de confirmar a compreensão quanto à plena viabilidade de sua utilização nos processos administrativos que lá tramitam. Seria um contrassenso, aliás, reputar como válida prova derivada de outra reconhecida como ilícita, pois isto representaria verdadeiro incentivo à produção de prova ilícita. Esta, ainda que inutilizada para fins de condenação, atingiria o

³⁰⁷ Cf. Acórdão 9392/2015- Segunda Câmara, rel. Marcos Bemquerer, j. em 20/10/2015.

mesmo efeito por meio de outra prova que dela decorresse, encorajando violações de direitos fundamentais, o que seria de todo incongruente.

É o caso, por exemplo, de processo instaurado no Tribunal de Contas a partir de revelações advindas de uma investigação ou processo criminal. Na hipótese de a prova deste processo criminal, ou a própria investigação, vir a ter sua ilicitude declarada pelo Poder Judiciário, o respectivo processo administrativo da Corte de Contas que se embasa em tais apurações fica automaticamente comprometido. Ainda que a equipe de auditoria do Tribunal elabore parecer técnico confirmando a existência de irregularidades mediante metodologia e meios próprios, esta ação estará contaminada pela ilicitude da prova originária, sendo portanto inválida.

O efeito expansivo (dominó) da prova ilícita somente ficaria limitado se já existisse processo administrativo instaurado no Tribunal de Contas no momento em que tal prova (ilícita) foi produzida, e, além disso, se se verificar que a equipe de auditoria da Corte certamente alcançaria as mesmas conclusões quanto à irregularidade da matéria, no curso ordinário de instrução do processo.

A teoria da descoberta inevitável, em sentido contrário, não pode ser aplicada em processos administrativos que foram instaurados no TCU por conta de fatos revelados a partir de provas ilícitas. Uma denúncia ou representação apresentada por qualquer de seus legitimados com base em elemento de prova posteriormente declarado ilícito não pode prosperar sob a alegação de que o Tribunal identificaria ou chegaria inevitavelmente à conclusão de ter havido irregularidade, na medida em que tal processo não se iniciou de modo típico e de praxe (v.g. como são os processos de tomada de contas), mas de maneira anômala, em função de denúncia que não teria ocorrido se o fato advindo de prova ilícita não tivesse sido revelado.

5.7. A garantia do duplo grau de jurisdição administrativa

O duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional inserta na dimensão da ampla defesa. É extraível da expressão segundo a qual, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, assegura-se a ampla defesa, “com os meios e *recursos* a ela inerentes” (art. 5º, LV, da CF). O vocábulo “recurso” constante do dispositivo constitucional tem o significado de reexame de decisão proferida em processo administrativo

ou judicial³⁰⁸. Nesse sentido, a ampla defesa não estará completa se não houver garantia ao interessado do direito de interposição de recursos perante outro agente ou órgão, em regra de hierarquia superior. Como já alertava Montesquieu, um magistrado único pode abusar de seu poder, de modo que tal figura só tem lugar em governos despóticos³⁰⁹.

Embora o texto constitucional, ao elencar as competências dos Tribunais Superiores, preveja hipóteses de decisões em grau único de jurisdição, o que poderia, em uma primeira análise, conduzir à compreensão de que o duplo grau não seria uma garantia inarredável nem mesmo no âmbito do Poder Judiciário, é certo que as respectivas ações de juízo único ou são de índole política ou de controle abstrato, o que as afasta da tutela de direitos subjetivos em sentido próprio³¹⁰.

Vale registrar, ademais, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, incorporada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678/1992, garante ao acusado, de forma plena, o duplo grau de jurisdição. Nos termos de seu artigo 8º, item 2, alínea h, “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

O direito de revisão recursal encontra fundamento na falibilidade humana. Destina-se, desse modo, a sanar os defeitos graves ou substanciais da decisão, a injustiça da decisão, a interpretação e aplicação errônea da lei ou da norma jurídica ou dos fatos e suas circunstâncias³¹¹. Trata-se de um instrumento processual voltado à revisão de uma relação jurídica já decidida mas que, a pedido da parte vencida, passa a ser objeto de reexame.

Ao tratar de tal garantia na esfera administrativa, Cármen Lúcia Antunes Rocha sustenta que o recurso é um segundo momento de defesa, agora na instância e perante o juízo recursal competente. Segundo a autora,

³⁰⁸ Cf. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 138.

³⁰⁹ O filósofo justifica a sua advertência por meio de lembranças históricas de magistrados únicos: “Vemos, na história romana, até que ponto um juiz único pode abusar de seu poder. Como Appius, em seu tribunal, não teria desprezado as leis, já que violou até aquela que ele mesmo havia elaborado? Tito Lívio conta-nos a iníqua distinção do decênviro. Ele havia encarregado um homem de lhe pedir Virgínia como sua escrava; os pais de Virgínia pediram-lhe que, em nome de sua lei, a deixasse com eles até o julgamento definitivo. Ele declarou que a lei só havia sido elaborada em favor do pai e, estando Virgínius ausente, ela não poderia ser aplicada”. (*O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Capítulo VII, pp. 92-93).

³¹⁰ É o que observa Eduardo Domingos Bottallo, para em seguida registrar que tais hipóteses estão longe de constituir a regra, de modo que “delas não se podem extrair consequências de caráter principiológico capazes de mutilar uma das mais solenes manifestações da ampla defesa, que, não sem razão, foi plantada na nobre seara da Lei Maior que trata das garantias fundamentais” (BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de Processo Administrativo Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 82).

³¹¹ ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 693.

As decisões administrativas, inclusive e principalmente aquelas proferidas no processo, podem conter equívocos. São obras humanas e, como tal, sujeitas a desvios e a falhas, como os próprios homens. Daí a necessidade que se foi demonstrando de que as condutas estatais - especialmente aquelas havidas numa relação de contraditório e de questionamento e talvez comprometimento de direitos - submetem-se a duplo exame, porque a oportunidade de haver uma segunda análise propicia uma melhor conclusão e uma maior segurança, diretamente, para o interessado e, reflexivamente, para a coletividade. À própria autoridade que tenha proferido a decisão recorrida é oferecida uma oportunidade de reexame, em geral, vez que a ela é que se dirige o recurso e o pedido de reconsideração, o que, não ocorrendo, determina a remessa do mesmo à autoridade hierarquicamente superior.³¹²

Desse modo, verifica-se que a garantia do duplo grau na esfera administrativa se volta a assegurar que as decisões proferidas possam ser submetidas a um juízo de reavaliação por outro órgão. É, por isso, também um instrumento de controle administrativo. Esse outro órgão, responsável pelo reexame, não necessariamente deve possuir hierarquia superior ao primeiro para caracterizar o duplo grau, embora esta seja a regra. É o que se tem entre nós, ilustrativamente, com os Juizados Especiais, em que é possível a interposição de recurso perante órgão colegiado de mesmo nível hierárquico³¹³.

No âmbito do TCU, a sistemática recursal é disciplinada pela LOTCU e por seu Regimento Interno. São cinco os tipos de recursos cabíveis nos processos do Tribunal: (i) recurso de reconsideração; (ii) pedido de reexame; (iii) embargos de declaração; (iv) recurso de revisão; e (v) agravo.

O *recurso de reconsideração* é cabível contra decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, inclusive especial. Ele tem efeito suspensivo e é apreciado pelo mesmo colegiado que houver proferido a decisão recorrida (art. 32, I, LOTCU e 285, RITCU). Por sua vez, o *pedido de reexame* tem lugar contra decisão de mérito proferida em processo concernente a ato sujeito a registro e a fiscalização de atos e contratos. Também tem efeito suspensivo e sua apreciação é feita pelo mesmo colegiado que proferiu a decisão objeto do recurso (art. 48, LOTCU e 286, RITCU). Os *embargos de declaração*, assim como na processualística judicial, podem ser opostos quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal. O recurso é submetido à deliberação do colegiado

³¹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, 1997. p. 205.

³¹³ Cf. PEDRA, Adriano Sant'ana. A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 247, 2008, pp. 3-4.

competente e também suspendem os prazos para cumprimento do acórdão ou do item do acórdão embargado, conforme o caso (art. 32, II, LOTCU e 287, RITCU). Já o *recurso de revisão* tem cabimento contra decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, inclusive especial, de natureza similar à da ação revisória. Não tem efeito suspensivo e pode ser interposto no prazo de cinco anos, desde que fundado em: (a) erro de cálculo nas contas; (b) falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado o acórdão recorrido; (c) superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida (art. 32, III, LOTCU e 288, RITCU). Por fim, o *agravo* pode ser interposto contra despacho decisório do presidente do Tribunal, de presidente de Câmara ou do relator, bem como de medida cautelar (que pode ser adotada pelo relator ou pelo Plenário). O recurso pode ser recebido com efeito suspensivo a critério do julgador e deve ser submetido à apreciação do colegiado competente para o julgamento de mérito do processo (art. 289, RITCU).

Como se observa, todas as espécies recursais previstas nas normas que regem os processos no Tribunal de Contas são apreciadas por um órgão colegiado, que pode ser o Plenário ou uma das duas Câmaras, a depender da matéria.

Ao *Plenário*, em matéria recursal, é atribuída a competência de deliberar sobre os recursos de reconsideração, os embargos de declaração e os pedidos de reexame interpostos contra suas próprias decisões, assim como os agravos interpostos em face de decisões proferidas em processos de sua competência. Também lhe compete deliberar sobre recursos de revisão.

Já as duas *Câmaras*, compostas cada uma por quatro ministros, são competentes para deliberar sobre pedido de reexame, recurso de reconsideração e embargos de declaração apresentados contra suas próprias deliberações (art. 17, VII, RITCU). Os recursos de competência das Câmaras somente são submetidos à apreciação do Plenário quando tratarem de processos envolvendo o exame de declaração de inidoneidade de licitante ou de inabilitação de responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal (art. 17, §4º, RITCU).

Desse modo, verifica-se que tanto o Plenário como as Câmaras, em regra, são responsáveis pela apreciação dos recursos tirados contra suas próprias decisões. Ou seja, o mesmo Plenário que originariamente delibera sobre um processo de denúncia, por exemplo, será competente para deliberar acerca do respectivo recurso interposto em face do julgamento da matéria. De igual modo, a decisão de uma das Câmaras sobre um processo de tomada de contas terá o seu recurso examinado pela mesma Câmara que a proferiu.

A partir dessa constatação, surge a seguinte indagação: a garantia do duplo grau de jurisdição é respeitada nos processos do Tribunal de Contas?

A primeira observação a ser feita é que os processos do TCU são, invariavelmente, apreciados e decididos originariamente por órgãos colegiados³¹⁴. Esta característica, sem dúvida, tende a revestir as suas decisões de maior segurança, na medida em que pressupõe a existência de exame e discussão das causas por uma pluralidade de julgadores.

Contudo, não parece se justificar a previsão, constante das normas que disciplinam os processos no Tribunal de Contas, de o mesmo grupo de julgadores ou órgão colegiado que decide um caso ser responsável pela apreciação do respectivo recurso contra sua decisão. O TCU se divide em três órgãos colegiados, quais sejam, o Plenário, a Primeira e a Segunda Câmara. Parece de rigor, com vistas à garantia efetiva do duplo grau de jurisdição, que seja repensada a sistemática da distribuição recursal atualmente existente, de modo a viabilizar que os recursos sejam apreciados, como regra, por julgadores distintos daqueles que originariamente decidiram³¹⁵.

É nesse sentido o entendimento de Alexandre Aroeira Salles quando examina o sistema recursal da Corte de Contas. O autor, ao sustentar a inconstitucionalidade de tal conformação, conclui o seguinte:

Há ainda a situação de os recursos previstos serem decididos pelo mesmo órgão que condenou o acusado. Como visto, é necessário que a revisão da condenação se dê por órgão independente e imparcial, não aderente e nem formulador da tese original da condenação. A previsão do art. 5º de garantir aos litigantes e acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, impõe o duplo grau de jurisdição, que somente poderá ser alcançado caso novo grupo de julgadores avalie a decisão proferida por distintas pessoas³¹⁶.

³¹⁴ Excetuam-se desta regra as decisões monocráticas proferidas pelo relator e pelo presidente do Tribunal, nos casos específicos elencados no RITCU (cf. arts. 28, 29, 201, §1º, 202, 263 e 276). A título exemplificativo, mencione-se a possibilidade de o relator ou o presidente, em caso de urgência, adotar medida cautelar para determinar, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado até que o órgão colegiado respectivo decida sobre o mérito da questão suscitada (art. 276, RITCU).

³¹⁵ Muito embora a compreensão do TCU a respeito aparentemente seja outra, conforme se extrai da ementa do julgado a seguir: “A participação do relator *a quo* no julgamento do recurso não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, pois a garantia constitucional, aplicada à processualística do TCU, importa o reexame completo do processo sob a condução de novo relator, mas não impede o relator da decisão recorrida de participar da apreciação do recurso”. (Acórdão 288/2017-Plenário, j. em 22/02/2017, rel. Min. Ana Arraes)

³¹⁶ *A necessária reformulação da organização e do processo nos Tribunais de Contas para efetivo alcance dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*. Tese defendida em 2016, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 129.

Conforme já se expôs, a garantia do duplo grau de jurisdição não pressupõe, necessariamente, que o segundo julgamento seja conferido a órgão de hierarquia superior àquele que realizou o primeiro exame, mas por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão³¹⁷, ressalvadas exceções específicas em que o último grau de jurisdição é detentor de competência originária para apreciar a matéria. No caso do Tribunal de Contas, como se sabe, não há hierarquia entre os julgadores. Contudo, existe mais de um órgão julgador (Câmaras e Plenário), de modo que a garantia do duplo grau poderia ser melhor assegurada se houvesse a reformulação das competências recursais desses órgãos, evitando-se que o mesmo grupo de julgadores se responsabilize tanto pela primeira como pela segunda decisão (objeto do recurso).

5.7.1. A vedação à *reformatio in pejus*

Ainda no que diz respeito à garantia recursal no âmbito do Tribunal de Contas, merece ser examinada a possibilidade de o órgão prejudicar a situação do recorrente quando apenas este interpõe recurso contra a decisão. A vedação a tal possibilidade é conhecida como expressão do princípio da *non reformatio in pejus*.

A proibição da *reformatio in pejus* teve origem e desenvolvimento no âmbito do processo penal, sendo consagrada no artigo 617 do CPP, pelo qual o órgão julgador não pode agravar a pena quando somente o réu houver apelado da sentença. Na processualística civil também se reconhece a vedação à *reformatio in pejus* por meio de interpretação sistemática de seus dispositivos, embora não exista norma expressa a respeito³¹⁸.

Na seara dos processos administrativos, existem três correntes de posicionamentos doutrinários envolvendo o tema. Como observa Karla Caribé, uma primeira vertente defende a impossibilidade de *reformatio in pejus* em qualquer modalidade de processo administrativo, fundamentando-se especialmente nas garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica. Esta corrente é liderada por Lúcia Valle

³¹⁷ Cf. SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 88.

³¹⁸ Cf. CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. *Reformatio in Pejus* no processo administrativo brasileiro: fundamentos, condições e limites. *Revista da AGU*. n. 21, jul/set. 2009. No mesmo sentido, Ernesto José Toniolo aponta que a presunção da vigência da *reformatio* somente se pacifica após a previsão da figura do recurso adesivo contida no CPC/1973, sendo que “o novo Código de Processo Civil reforça a presença no proibitivo, especialmente em razão da delimitação da profundidade do efeito devolutivo da apelação e do aumento do poder de disposição das partes, que pode alcançar, em algumas situações, o próprio procedimento (negócios jurídicos processuais)”. (*In: A evolução do conceito de reformatio in pejus e a sua proibição no sistema recursal do processo civil. Revista de Processo*, vol. 254, abril 2016).

Figueiredo. Em sentido oposto, outros entendem que a reforma prejudicial decorre da lei e deve ser aplicada em qualquer espécie de processo administrativo, em sua plenitude, sendo expoentes Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini, dentre outros. Por fim, há a corrente que adota interpretação intermediária, no sentido de que a vedação à *reformatio in pejus* se aplica a depender da espécie de processo administrativo. Nessa linha, nos processos sancionadores ou disciplinares haveria uma limitação à utilização do instituto, tendo em vista a aplicação analógica dos princípios do direito penal³¹⁹.

O TCU tem, reiteradamente, aplicado tal princípio em seus processos. É o que se extrai dos enunciados a seguir: “No exame de recurso interposto por responsável, é vedada a apreciação de fatos não examinados na deliberação recorrida, tendentes a agravar-lhe a situação, sob pena de afronta ao princípio do *non reformatio in pejus*”³²⁰. “Não reduzir o valor da multa ao se excluir irregularidade específica em sede de recurso corresponde a aumentar o valor originalmente atribuído às irregularidades remanescentes, o que ofende o princípio do *non reformatio in pejus*”³²¹. “Em grau de recurso interposto por responsável, não se pode encaminhar os autos ao Ministério Público junto ao TCU para reabertura das contas, porque afronta o princípio segundo o qual não se pode agravar a situação do recorrente (*reformatio in pejus*)”³²².

O entendimento do TCU parece consentâneo com o princípio do devido processo legal. O processo administrativo do Tribunal de Contas, quando voltado ao julgamento de contas, possui natureza sancionatória. Difere, portanto, de um processo administrativo comum, em trâmite no âmbito da Administração Pública e cujo objeto é a prática de um ato administrativo. Neste caso, parece ser coerente a interpretação segundo a qual a Administração pode a qualquer tempo rever seus atos, na ótica da verificação de sua legalidade e, portanto, realizar a *reformatio in pejus*. Já na hipótese de processo administrativo que culminou com a punição do responsável, caso do Tribunal de Contas, o recurso interposto somente por este não pode ter o condão de prejudicá-lo por ocasião de seu exame pelo órgão, considerando as garantias que compõem o devido processo.

5.8. Garantia de celeridade processual

³¹⁹ Ob. Cit., pp. 12-13.

³²⁰ Acórdão 1643/2016 – Plenário, j. em 29/06/2016, rel. Min. Augusto Nardes.

³²¹ Acórdão 172/2015 – Segunda Câmara, j. em 03/02/2015, rel. Min. Raimundo Carreiro.

³²² Acórdão 1141/2011 – Primeira Câmara, j. 22/02/2011, rel. Min. Augusto Nardes

É antiga a preocupação dos operadores do direito com a excessiva dilação do tempo no processo³²³. Quando a duração de um processo supera o limite do razoável, a própria existência do processo pode se transformar numa pena. Um processo paralisado, com a sua marcha reduzida ou com desfecho arrastado, além de potencialmente causar prejuízos às partes envolvidas, sinaliza para a sociedade a ineficiência estatal. Não por outro motivo que o direito a um julgamento rápido tem base na garantia do devido processo legal³²⁴.

É nesse contexto que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, institui o princípio da *razoável duração do processo* (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”). Tal garantia, historicamente, incorporou-se ao nosso ordenamento jurídico pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, aprovada em 22/11/1969 pela conferência de São José da Costa Rica e aderida pelo Brasil em 25/09/1992 (Decreto de Promulgação 678/92), pela qual “toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, (...) na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (art. 8º, §1º).

Isto quer dizer, de um lado, que o particular não pode ter seus direitos sacrificados pela morosidade do Estado, e, de outro, não pode ficar sujeito eternamente às ameaças de punição estatal. O responsável ou o interessado pelas contas a serem apreciadas pelo Tribunal de Contas tem o direito de obter pronunciamento que coloque fim, o mais rápido possível, à situação de indefinição e de incerteza que envolvem o exame de sua conduta. Não é razoável admitir que as pretensões punitiva e de ressarcimento do Tribunal de Contas permaneçam pendendo sobre o responsável ou o interessado por prazo indeterminado por conta de delongas decorrentes da inobservância dos prazos estabelecidos ou por prolongamentos injustificados das etapas que separam um ato processual de outro.

A razoável duração do processo é, ademais, corolário da garantia da ampla defesa e do contraditório. A fiscalização pelo Tribunal de Contas de uma ação administrativa muito tempo depois de sua ocorrência tende a dificultar ou mesmo inviabilizar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do responsável. O mesmo ocorre quando a

³²³ Cf. MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, n. maio/jun. 2012, p. 87-94, 2012.

³²⁴ Cf. TUCCI, J. R. C. E. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 323-345, 1 jan. 2002.

realização da fiscalização é tempestiva, mas a prática dos respectivos atos processuais e a oitiva do responsável não se dá oportunamente. A memória dos fatos, a colheita de informações, a obtenção de documentos, a verificação *in loco*, enfim, as providências necessárias para a confecção de uma defesa consistente e de produzir provas ficam prejudicadas com a ação do tempo. Nessa circunstância, não pode o responsável ou o interessado sofrer as consequências nefastas de uma condução processual lenta, visto que não deu causa a essa mora.

Mas qual seria então o tempo *razoável* de duração de um processo administrativo no Tribunal de Contas? O tempo razoável de duração de um processo deve ser apreciado de acordo com as circunstâncias da causa. Reconhecendo a impossibilidade de se fixar *a priori* uma regra específica determinante de violação a tal garantia, defende TUCCI³²⁵, valendo-se do posicionamento jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos do Homem, que três critérios devem ser levados em consideração para verificação do tempo razoável de duração de um determinado processo: (i) a complexidade do assunto; (ii) o comportamento das partes envolvidas e de seus procuradores; e (iii) a atuação do órgão julgante.

Sendo assim, cabe ao intérprete verificar, a partir do caso concreto, se a duração do processo está em conformidade com o enredamento do caso, tendo em vista as matérias discutidas e as suas eventuais particularidades. Deve-se atentar, ainda, à prática dos atos processuais e comportamento dos sujeitos do processo, aqui incluindo não apenas o responsável ou o interessado, como também os demais agentes do corpo do Tribunal de Contas – auditores, serventuários, etc. – e membros do Ministério Público atuantes junto ao órgão. Por fim, deve-se examinar a condução do processo por parte do ministro relator, demais ministros atuantes no feito e respectiva assessoria. A partir do exame ponderado envolvendo essas três frentes é que se poderá concluir se o processo tramitou em tempo razoável ou não.

Nessa linha, oportuno o escólio de Odete Medauar:

Evidente que a palavra ‘razoável’ traz ínsitas as ideias de ‘equilíbrio’, de ‘ponderação’, de ‘dosagem’, de ‘justo’. Assim, por exemplo, para assuntos simples, repetitivos ou sobre os quais incidem orientações firmadas, os

³²⁵ Cf. TUCCI, J. R. C. E. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 323-345, 1 jan. 2002, p. 327.

prazos de tramitação não de ser curtos. Para os casos dotados de verdadeira complexidade, o lapso temporal deve ser mais amplo, mas não infinito³²⁶.

Ademais, em se tratando de processos em curso no Tribunal de Contas, a garantia de duração razoável do processo, dirigida ao responsável ou ao interessado que terá as suas contas apreciadas e julgadas pelo órgão, tem uma segunda face, voltada à *sociedade*, que espera um rápido desfecho das fiscalizações levadas a cabo pelo Tribunal. Afinal, é ela que financia os recursos empregados nas ações estatais objeto do controle e espera, como contrapartida mínima, a devida e transparente prestação de contas.

Há, contudo, que se compatibilizar a expectativa de solução rápida do processo com a necessidade de consistência jurídico-processual, na medida em que, como aponta Araken de Assis, “nem sempre o processo rápido traduz processo justo. Impõe-se abreviá-lo para melhorá-lo, e, não, para piorá-lo, sonogando outros tantos direitos fundamentais a uma das partes ou a ambas”³²⁷. Dito de outro modo, não se concebe um trâmite tão célere do processo a ponto de comprometer a substância dos atos e fases processuais, sob pena de acarretar prejuízos à defesa, ao oferecimento de recurso, ao esclarecimento das situações etc.³²⁸. Sempre existirá tensão entre os deveres de celeridade processual e de consistência jurídica do processo, cabendo ao Tribunal de Contas ponderá-los no caso concreto a fim de alcançar um ponto de equilíbrio ou o que poderíamos denominar de *ponto ótimo*, no qual se observem adequadamente as garantias asseguradas à defesa em um tempo razoável de duração do processo³²⁹.

³²⁶ MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 100.

³²⁷ Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda (orgs.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

³²⁸ Cf. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

³²⁹ Nessa linha, confira-se a interessante abordagem adotada por Odilon Cavallari de Oliveira: “No tocante à instrução processual propriamente dita, por maior que seja a pressão da sociedade por uma solução rápida da matéria analisada, não se pode pretender que o processo seja tratado como apenas um amontoado de papel e como uma meta a ser cumprida para fins estatísticos. Não obstante a exigência, hoje constitucional, da celeridade, é de se ter sempre presente que em cada processo é o nome e a honra de uma pessoa que estão em risco de ser atingidos, pois uma decisão desfavorável do Tribunal de Contas da União pode comprometê-los seriamente. Sem dúvida que a celeridade processual é sempre um objetivo a ser perseguido. Isso, porém, não pode infirmar a necessária consistência jurídica de um processo de responsabilização, sob pena de serem cometidas graves injustiças, reveladas tanto em condenações indevidas quanto em isenções impróprias de responsabilidades. O caminho mais curto não corresponde necessariamente ao mais justo. (...) Em outras palavras, não se trata de celeridade incondicional, mas de celeridade proporcional, cujo objetivo é a maior rapidez possível, sem comprometimento da qualidade da decisão que se pretende seja justa”. (In: A instrução processual no Tribunal de Contas da União em face de um processo célere e consistente juridicamente: os desafios dos novos tempos. *Revista do TCU*, v. 108, 1 jan 2007)

Nesse sentido, algumas medidas de celeridade previstas no CPC/2015 e aplicáveis ao processo administrativo no Tribunal de Contas parecem úteis para seu aprimoramento. O diploma processual civil, não é demais lembrar, foi editado tendo como especial preocupação a agilidade processual³³⁰. Logo em seu início, como norma fundamental do processo civil, constou o direito das partes de “obter em prazo razoável a solução integral do mérito” (artigo 4º). Merece destaque, ainda, a disposição segundo a qual os juízes e os tribunais “atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão” (artigo 12). Embora a observância da ordem cronológica não seja um dever, na medida em que o dispositivo confere a cada um a liberdade para impor seus próprios critérios de preferência³³¹, é possível dele extrair a necessidade de um tratamento isonômico na condução dos processos de idêntica natureza, minimizando eventuais subjetivismos aptos a apressar ou postergar o exame do caso. Não se pode conceber o tratamento especial ou privilegiado a determinados processos em detrimento de outros mais antigos ou contemporâneos que estão no mesmo estágio.

O CPC/2015, de outro lado, confere prioridade de tramitação aos processos em que figuram como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave (artigo 1.048). Tal regra parece absolutamente compatível com o processo administrativo em trâmite no Tribunal de Contas, não havendo porque negar a sua aplicação supletiva e subsidiária. Assim, o responsável ou interessado que se enquadrar como idoso ou portador de doença grave pode requerer ao Tribunal ou ao relator de seu processo a obtenção do benefício, juntando prova de sua condição³³².

³³⁰ Um dos propósitos enunciados pela Comissão de Redação em sua Exposição de Motivos foi “a simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis”.

³³¹ Em sua redação original, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República, o art. 12 estabelecia que “os juízes e os tribunais *deverão* obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão”. Conforme registra Cândido Rangel Dinamarco, o dispositivo foi alterado por meio da Lei nº 13.256/2016, com a introdução do advérbio *preferencialmente*, tendo em vista a forte reação de diversos setores, especialmente do Poder Judiciário, no sentido de que tal imposição engessaria a atividade jurisdicional, desacelerando seus serviços em vez de agilizá-los. (In: *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I, arts. 1º a 69: das normas processuais civis e da função jurisdicional* / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 132).

³³² Vale registrar que o RITCU já prevê a tramitação preferencial de determinados casos, considerados urgentes. Nos termos do art. 159, são os processos referentes a: “I – solicitação de realização de auditorias e inspeções formulada pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas casas ou pelas respectivas comissões; II – solicitação de informações e requisição de resultados de auditorias e inspeções, bem assim de pronunciamento conclusivo, a ser emitido no prazo de trinta dias do recebimento, nos termos dos incisos III, IV e V do art. 1º; III – pedido de informação para instrução de mandado de segurança ou outro feito judicial; IV – consulta que, pela sua natureza, exija imediata solução, a critério do relator; V – denúncia ou representação que indique a ocorrência de fato grave, a critério do relator; VI – medidas cautelares; VII – caso em que o retardamento possa representar significativo dano ao erário; VIII – recursos previstos neste

A disciplina do CPC/2015 sobre a prioridade de tramitação nos casos de idosos e portadores de doença grave estabelece ainda que ela independe de deferimento, devendo ser imediatamente concedida diante da prova da condição do beneficiário. Uma vez concedida, o processo receberá identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária. Além disso, em caso de morte do beneficiado a prioridade não cessará, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável (CPC/2015, art. 1.048, §§ 1º a 4º).

5.8.1. A prescritibilidade da pretensão punitiva do Tribunal de Contas

O Estado possui, ainda, à luz do disposto no artigo 5º, LXXVIII, da CF, o dever de ser expedito no exercício de suas pretensões punitivas. Lembre-se de que, mesmo na esfera penal, até os crimes de maior gravidade, como o homicídio, contam com prazos prescricionais específicos (art. 107, IV, do Código Penal) e que limitam a ação punitiva do Estado, a bem do princípio da segurança jurídica. A prescrição, antes de significar simples perdão, tem o condão de evitar que o escoar do tempo prejudique a prova e, conseqüentemente, comprometa o contraditório a ampla defesa.

Não há, contudo, na LOTCU nem em qualquer outra legislação, previsão específica acerca do prazo prescricional aplicável às sanções do Tribunal de Contas, que compreende a aplicação de multas, a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública e a declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação na Administração Pública Federal.

Tal omissão do legislador, contudo, não pode conduzir à ideia de imprescritibilidade de sua pretensão punitiva, pois como adverte Luís Roberto Barroso,

O fato de não haver uma norma dispendo especificamente acerca do prazo prescricional, não confere a qualquer pretensão a norma da imprescritibilidade. Caberá ao intérprete buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável³³³.

Regimento que tenham efeito suspensivo; IX – outros assuntos que, a critério do Plenário ou do Presidente, sejam entendidos como urgentes”.

³³³ BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. *Temas de direito constitucional*. Tomo I, 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 495-532.

Diante da omissão legislativa, a questão gerou e tem gerado incansáveis discussões. Seria a pretensão punitiva do Tribunal de Contas imprescritível, sob o fundamento de que o §5º, do artigo 37, da CF/88, estabelece a necessidade de lei para a regulamentação dos prazos prescricionais? Se prescritível, o prazo aplicável seria *quinquenal*, por analogia a diversas normas de direito público, ou *decenal*, com base no Código Civil?

O TCU, por meio do Acórdão 1441-20/16-Plenário, uniformizou sua jurisprudência a respeito da prescrição da pretensão punitiva após caloroso debate em que ficaram vencidos os Ministros Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes e Raimundo Carreiro, defensores da prescrição *quinquenal*. Na decisão, a maioria assentou que a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no artigo 205 do Código Civil, isto é, *dez anos*.

Além disso, estabeleceu-se a seguinte disciplina: (i) a prescrição é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do artigo 189 do Código Civil; (ii) o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição, nos termos do artigo 202, I, do Código Civil; (iii) a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, conforme o artigo 202, parágrafo único, parte inicial do Código Civil; (iv) haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do artigo 160, §2º, do RITCU; e (v) a ocorrência da prescrição punitiva será aferida independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções prevista na LOTCU.

O STF, por sua vez, em decisão posterior ao Acórdão 1441-20/16-Plenário – e expressamente mencionando-o –, afastou a interpretação do TCU de que o prazo prescricional para aplicação de sanções seria *decenal*. O julgado se deu no âmbito do Mandado de Segurança nº 32.201-DF, impetrado contra acórdão do TCU que aplicou multa a determinado gestor público no curso de fiscalização. Entendeu o STF que a prescrição da

pretensão sancionatória do TCU é de cinco anos, sendo regulada integralmente pela Lei nº 9.783/99 e não pelo Código Civil³³⁴.

Os fundamentos utilizados no voto condutor foram dois. O *primeiro* decorreria do caráter geral da Lei nº 9.783/99 em matéria de direito administrativo sancionador. A partir da interpretação sistemática dos dispositivos desta lei se extrairia sua vocação regulatória geral da prescrição do exercício da competência sancionatória da Administração Pública. Tal constatação se confirmaria por meio de interpretação histórica, segundo a vontade do legislador, tendo em vista ter constado da exposição de motivos da Medida Provisória nº 1708/1998, posteriormente convertida na Lei 9.783/99, que a regulamentação proposta “uniformiza a questão da prescrição no âmbito da Administração Pública Federal”. Ou seja, não haveria necessidade de aplicação analógica da Lei 9.783/99 à ação punitiva do TCU, sendo suficiente a simples interpretação e aplicação direta.

O *segundo* fundamento utilizado no voto condutor foi o de que, ainda que não fosse diretamente aplicável à sanção punitiva do TCU, a Lei 9.783/99 representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia. Tendo o direito administrativo autonomia científica, não haveria nenhuma razão plausível para se suprir a alegada omissão com recurso às normas de direito civil³³⁵.

Quanto aos outros aspectos da regulação da prescrição, como é o caso do termo inicial, por inexistir a mesma uniformidade encontrada nas normas de Direito Público quanto

³³⁴ Eis a ementa: “Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada” (Primeira Turma, 21/03/2017, Rel. Min. Roberto Barroso).

³³⁵ Nesse sentido, observe-se a uniformidade de disposições do seguinte conjunto de normas de Direito Público: o Decreto nº 20.910/1932 adota o prazo *prescricional* de 05 (cinco) anos para a propositura de ações contra a Fazenda Pública. A Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) fixa, em seu artigo 21, o prazo *prescricional* de 05 (cinco) anos para a propositura da ação com o objetivo de anular atos administrativos lesivos ao patrimônio público. O Código Tributário Nacional, em seus artigos 173 e 174 estabelece, respectivamente, o prazo *decadencial* de 05 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário e o prazo *prescricional* de 05 (cinco) anos para a cobrança do crédito tributário. O artigo 19 dos ADCT garante a estabilidade dos servidores investidos em cargo público em desacordo com o texto constitucional se já transcorrido o prazo *decadencial* de 05 (cinco) anos. Especialmente sobre a prescrição de autuações propostas com o fito de sancionamento, cite-se do artigo 142, da Lei nº 8.112/1990 que determina que a ação disciplinar prescreverá “em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão”. A Lei de Improbidade Administrativa prevê o prazo *prescricional* de 05 (cinco) anos para a imposição de sanções (artigo 23). Por fim, a Lei nº 12.529/2009, que rege o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estabelece, em seu artigo 46, o prazo *prescricional* de 05 (cinco) anos para “as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito”.

ao prazo quinquenal, entendeu o STF que a solução mais adequada não seria a criação de um regime híbrido para regular a prescrição da pretensão administrativa sancionadora exercida pelo TCU, mas a aplicação integral da disciplina estabelecida pela Lei 9.783/99.

A decisão do STF parece privilegiar a segurança jurídica. Diante do arcabouço normativo existente em matéria de Direito Público, em especial a Lei 9.783/99, é que se invoca a impossibilidade de o Tribunal de Contas impor sanção por atos anteriores a cinco anos da citação do responsável ou interessado para se manifestar no processo, independentemente de norma que expressamente preveja prazo prescricional próprio à sua atuação.

5.9. Garantia de motivação das decisões do Tribunal de Contas

Não é possível iniciar a abordagem da garantia da motivação das decisões do Tribunal de Contas sem se fazer remissão ao item *III.1*, no qual se abordou a natureza jurídica das decisões do órgão. Ao mesmo tempo em que estas não se igualam à decisão jurisdicional, na medida em que o nosso sistema de jurisdição é uno, sujeitando-se portanto ao controle do Poder Judiciário, também não se identificam com as decisões das autoridades do Poder Executivo, colocando-se, como nota Maria Sylvia Di Pietro, “a meio caminho entre uma e outra”. Não deixam de ser, contudo, decisões administrativas, proferidas por um órgão constitucional dotado de autonomia, cujas competências, por decorrerem da Constituição Federal, devem ser observadas e cumpridas pela Administração Pública e demais responsáveis fiscalizados, sobrepondo-se a quaisquer outros atos e decisões administrativos eventualmente adotados pelo agente objeto do controle.

No que se refere ao tema da motivação das decisões do Tribunal de Contas, observa-se a existência de grande aproximação entre o processo civil e o processo administrativo do órgão de contas, seja porque para o exercício da função judicante do Tribunal de Contas exige-se a presença dos elementos garantidores do devido processo legal – dentre os quais se destaca a garantia da motivação –, seja porque a própria LOTCU, ao disciplinar os elementos essenciais das decisões do órgão, determina a sua estruturação de modo semelhante à das decisões judiciais (relatório, fundamentação e dispositivo) (art. 2º, §3º).

Motivar, leciona DINAMARCO, é explicitar, em uma decisão, as razões pelas quais o prolator chega às conclusões ali tomadas³³⁶. Significa demonstrar às partes e aos interessados como a autoridade se convenceu para chegar àquela conclusão, mediante a explicitação de suas razões de fato e de direito. A fundamentação tem implicação não apenas formal, mas especialmente substancial, cabendo ao prolator da decisão analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a sua base fundamental³³⁷.

A Constituição Federal, no artigo 93, incisos IX e X, impõe o dever de fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, assim como de suas decisões administrativas. Tais dispositivos dão lastro ao dever de motivação na esfera administrativa, visto que toda discricionariedade precisa estar vinculada aos motivos que obrigatoriamente haverão de ser expostos, de modo consistente e elucidativo, sempre que afetados direitos subjetivos³³⁸.

No âmbito judicial, a exigência da motivação das decisões tem dupla função. Primeiramente, permite às partes e interessados verificar, por meio de sua fundamentação fática e jurídica, se foi realizado um exame apurado da causa, viabilizando o seu controle por meio dos recursos cabíveis (*função endoprocessual*). De outro lado, viabiliza o controle da decisão do prolator pela via difusa da democracia participativa, exercida pela sociedade (*função exoprocessual*)³³⁹.

Tais funções são igualmente válidas às decisões proferidas pelo Tribunal de Contas. A LOTCU, disciplinando o dever de motivação das decisões do Tribunal de Contas, determina que todas as suas decisões devem conter: (i) o relatório do Ministro-Relator, de que constarão as conclusões da instrução (do relatório da equipe de auditoria ou do técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas, da unidade técnica) e do Ministério Público junto ao Tribunal; (ii) fundamentação com que o Ministro-Relator analisará as questões de fato e de direito; e (iii) dispositivo com que o Ministro-Relator decidirá sobre o mérito do processo (art. 2º, §3º).

³³⁶ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional* / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 128.

³³⁷ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo penal, civil e administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.175-6. Ainda de acordo com o autor, “*não se consideram ‘substancialmente’ fundamentadas as decisões que afirmam ‘segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido’*. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação”.

³³⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 90.

³³⁹ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. Salvador: Podivm, 2016. v.2. pp. 322-323.

As diretrizes acima mencionadas constantes da LOTCU, conforme já se apontou, seguem a estrutura clássica das decisões judiciais, cujos elementos essenciais são o relatório, a fundamentação e o dispositivo. A estrutura reflete a necessidade de se fazer presente, em toda conclusão sobre o mérito do processo, a subsunção dos fatos considerados verdadeiros à norma jurídica aplicável ao caso. Tais partes da decisão, ademais, devem guardar coerência lógica entre si, sendo a sua conclusão apoiada nas premissas assumidas como corretas³⁴⁰.

O *relatório* consiste no resumo do processo até aquele momento decisório. Dele deve constar a exposição dos fatos juridicamente relevantes, as razões expostas pelos responsáveis ou interessados, as conclusões da equipe de fiscalização e as conclusões dos pareceres das chefias da unidade técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal.

A suma dos esclarecimentos fáticos e das razões de direito sustentadas pelos responsáveis e interessados, assim como eventuais pedidos por estes formulados, apesar de não constarem expressamente do artigo 1º, §3º, do LOTCU, igualmente têm de ser registrados no relatório. Presume-se que a omissão a esse respeito na LOTCU decorra do entendimento de que as conclusões da equipe de fiscalização naturalmente já expõem os argumentos e esclarecimentos daqueles que se manifestaram quanto aos apontamentos da auditoria – seja para acolhê-los seja para refutá-los –, de modo que ao se explicitar tais conclusões no relatório, estariam expostas também as razões de fato e de direito dos responsáveis.

Independentemente do motivo que levou ao oblívio do registro do resumo das razões de defesa e de eventuais pedidos formulados pelos responsáveis e interessados, tal fato não desobriga o Ministro-Relator de exprimi-los na decisão. Até mesmo para fundamentar adequadamente e para expor sua conclusão dispositiva, é fundamental que o prolator da decisão relate o que sustentou o responsável. Ademais, para colmatar tal lacuna, tem aplicação subsidiária e supletiva o artigo 489, I, CPC/2015, que dispõe ser elemento essencial da sentença o relatório, que conterà a identificação do caso, com a suma do pedido do pedido e da *contestação*, além do registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

Destaque-se, ainda, que no contexto de prestígio aos precedentes do CPC/2015, o relatório passou a ter relevância ainda maior nas decisões judiciais – o que é extensível às decisões proferidas pelo Tribunal de Contas –, na medida em que a aplicação do precedente pressupõe semelhança entre os seus fatos e os do caso em julgamento. E é a partir desse

³⁴⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, III, n. 1221, p. 688.

elemento estrutural da decisão que se deve verificar se o conjunto fático do caso em julgamento é semelhante, em essência, ao do precedente³⁴¹.

A segunda parte essencial das deliberações do Tribunal é a *fundamentação*, por meio da qual o Ministro-Relator expõe suas razões levando em conta o que se discute no processo. Tais razões darão sustentação à conclusão. Cabe ao prolator da decisão, nesta parte, solucionar criteriosamente as matérias fáticas e jurídicas para o deslinde do processo. Em não o fazendo, a decisão padecerá de nulidade³⁴².

A LOTCU, ao prever a fundamentação como elemento essencial das decisões do Tribunal, limitou-se a dizer que nesta parte compete ao Ministro-Relator analisar as questões de fato e de direito constantes dos autos (art. 1º, §3º, II). Mais uma vez, a aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 neste ponto é salutar com vistas à garantia de melhor motivação das decisões da Corte de Contas. Isso porque, o CPC/2015, inovando em relação ao Código anterior, relacionou seis situações exemplificativas em que se considera não fundamentada a decisão, todas elas compatíveis com o processo administrativo no Tribunal de Contas.

A *primeira* hipótese em que a decisão não é considerada fundamentada se verifica quando esta se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (CPC/2015, art. 489, §1º, I). Ou seja, não pode o prolator da decisão simplesmente repetir o enunciado normativo, ou parafraseá-lo, deixando aos destinatários da decisão a tarefa de intuir o caminho lógico de subsunção por ele percorrido³⁴³. A regra decorre do dever de concretude, pelo qual devem ser apresentadas as razões jurídicas efetivamente relacionadas ao caso concreto³⁴⁴.

A *segunda* situação de decisão não fundamentada ocorre quando há o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicação do motivo concreto de sua incidência no caso (CPC/2015, art. 489, §1º, II). Como explica João Francisco Naves da Fonseca, o dispositivo impõe ao prolator da decisão:

³⁴¹ Cf. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 11ª Ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 320.

³⁴² É o que sustenta João Francisco Naves da Fonseca. O autor, tratando das decisões judiciais, utiliza como supedâneo para sua afirmação o art. 11, do CPC/2015, pelo qual serão “*fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”. In *Comentários ao Código de Processo Civil – volume IX, arts. 485 a 508*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52.

³⁴³ Cf. FONSECA, João Francisco Naves da. *Idem*, p. 53.

³⁴⁴ Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237.

o dever de enfrentar a vagueza do texto normativo, explicando e determinando o seu conteúdo no caso concreto”, podendo, para tanto, “invocar precedentes jurisprudenciais, dispositivos de lei correlacionados e mesmo regras de experiência – tudo devidamente contextualizado e justificado³⁴⁵.

Também deixa de estar fundamentada a decisão que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (CPC/2015, art. 489, §1º, III). Neste caso, o prolator da decisão não explicita o exame realizado das situações concretas e particulares constante dos autos, lançando mão de razões abstratas e genéricas, por vezes óbvias, que não mencionam as especificidades do caso. A título exemplificativo: “presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a medida cautelar”. Assim como os dois incisos anteriores, o dispositivo é manifestação clara do dever de concretude das decisões³⁴⁶.

A *quarta* hipótese a que se refere o CPC/2015 se refere ao não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (CPC/2015, art. 489, §1º, IV). Esta situação está intimamente relacionada à garantia do contraditório, na medida em que ao deixar de tratar das alegações feitas pela parte esta deixa de ter a possibilidade de influenciar efetivamente a construção da convicção do juiz. A decisão fundamentada, portanto, é aquela que aprecia todos os fundamentos relevantes invocados pelas partes e que explicita as razões pelas quais no entendimento do prolator da decisão são inaplicáveis ou insuficientes para a solução pretendida pela parte que o sustenta no caso concreto.

A *quinta* situação de não fundamentação da decisão se verifica quando a decisão se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (CPC/2015, art. 489, §1º, V). A regra exige que a invocação de um precedente ou enunciado de súmula seja acompanhada da identificação de sua razão de decidir para, em seguida, demonstrar a sua aplicabilidade ao caso concreto. Deve existir certa semelhança entre o suporte fático do precedente e o do caso em julgamento. A identidade não precisa ser absoluta, embora deva ser baseada em critérios de generalidade³⁴⁷.

A *sexta* hipótese, diretamente relacionada à anterior, ocorre quando deixa de ser seguido enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 55.

³⁴⁶ Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 240.

³⁴⁷ Cf. FONSECA, João Francisco Naves da. *Idem*, p. 57.

demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (CPC/2015, art. 489, §1º, V). Por este dispositivo, a decisão não pode ignorar um precedente apresentado pela parte. Cabe ao prolator da decisão distinguir as situações fáticas (*distinguishing* negativo) ou demonstrar a superação do entendimento firmado (*overruling*)³⁴⁸.

As seis situações acima descritas são entendidas pela doutrina como rol *exemplificativo*³⁴⁹ daquilo que deve constar de uma decisão para que ela seja considerada suficientemente fundamentada. Em comum a todos os dispositivos está a preocupação do legislador em conferir segurança às partes de que a autoridade prolatora da decisão analisou as alegações apresentadas, bem assim o conjunto probatório constante dos autos antes de proferi-la. Bem por isso, tais regras são perfeitamente harmonizáveis aos processos administrativos do Tribunal de Contas, visto que alinhadas com o que se espera das decisões proferidas pelo órgão em um contexto de devido processo legal.

Por fim, tem-se a parte *dispositiva* como o terceiro elemento essencial da decisão. É nesta parte que o Ministro-Relator decidirá sobre o mérito do processo (LOTUCU, art. 2º, §3º). Uma vez apresentado o relatório contendo o resumo do processo até aquele momento e fundamentadas as razões de fato e de direito que conduzem à solução identificada pelo prolator da decisão como a mais adequada, cabe-lhe decidir. No dispositivo, o Ministro-Relator poderá, a depender do tipo de processo, julgar regular ou irregular atos, impor sanções, fazer determinações, encaminhamentos, recomendações, dentre outras cominações previstas dentro de sua esfera de competências. É indispensável que a parte dispositiva seja clara na redação e explícita em relação a tudo o que se discute no processo, justamente por representar norma individual e concreta que regerá a situação concreta.

5.9.1. O dever de consequencialismo decisório

5.9.1.1. Decisão calcada em valores jurídicos abstratos (LINDB, art. 20)

O artigo 20 na LINDB, introduzido pela Lei 13.655/2018, prescreve que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Além disso, o

³⁴⁸ Cf. FONSECA, João Francisco Naves da. *Idem*, p. 57.

³⁴⁹ Cf. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 11.ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 334.

parágrafo único do dispositivo exige que na motivação se demonstre a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

O objetivo da regra, parece claro, foi conferir maior segurança jurídica às decisões de todas as esferas calcadas em valores jurídicos abstratos, no que se incluem as proferidas pelo Tribunal de Contas (esfera controladora). E o caminho identificado para tanto foi focalizar justamente na qualificação da motivação. O dispositivo incide, como observa Juliana Bornacosi de Palma, nos casos em que o controlador:

Não se apoia em regras, mas em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados para extrair comandos concretos em previsão normativa explícita”, sendo que “os controladores poderão continuar a decidir com base nos princípios da Administração Pública, mas terão que considerar as consequências práticas de sua decisão³⁵⁰.

Quando se fala em decisões adotadas no âmbito da esfera controladora, é natural verificar o forte influxo e o predomínio de normas e princípios de direito público. Os processos que tramitam no Tribunal de Contas, por exemplo, envolvem sempre recursos públicos – direta ou indiretamente –, o que acaba por atrair valores jurídicos inerentes à atuação da Administração Pública e à proteção ao erário. Não era incomum, nesse sentido, a prolação de decisões calcadas em princípios entendidos como pilares do regime jurídico-administrativo, como o da “supremacia do interesse público” ou o da “indisponibilidade do interesse público”. Ocorre que tais princípios, aplicados de modo abstrato e indistinto, sem qualquer ponderação com outros princípios eventualmente envolvidos e, mais ainda, sem a avaliação das consequências advindas de determinada decisão para o caso concreto, por vezes acarretava prejuízos muito maiores do que o que se buscava evitar.

A regra também tem por objetivo afastar hipóteses em que o emprego de valores jurídicos abstratos pela autoridade ocorre para que haja aparência de racionalidade a uma decisão calcada em impulsos, vontades e outras manifestações de subjetivismos. É o que destaca Marçal Justen Filho: “A autoridade atinge uma conclusão sobre o caso, sem seguir um percurso consciente predeterminado. Tendo formado a sua decisão, a autoridade desenvolve um processo de racionalização”³⁵¹.

³⁵⁰ PALMA, Juliana Bornacosi. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. *SBDP*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br>. Acesso em 20/11/2018.

³⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. O autor

Nesse sentido, ao comentar o dispositivo, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas sublinham que embora a permeabilidade do sistema jurídico a normas de caráter mais aberto seja uma realidade, a decisão baseada em valores jurídicos abstratos, isto é, não apoiados em normas concretas ou em prescrições normativas cerradas, não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente. E mais:

Não podem se prestar a ser um argumento de autoridade hermenêutica sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsabilidade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhado da análise das consequências.³⁵²

O artigo 20 da LINDB, ao determinar a consideração das consequências práticas da decisão a ser tomada, induz o seu prolator a realizar verdadeiro sopesamento dos prós e contras envolvidos na solução decisória a ser praticada. Pode-se dizer que o dispositivo exige – e isto é muito positivo –, maior reflexão e equilíbrio por parte do julgador. No lugar de uma visão pontual, específica, automática, requer-se que a decisão considere a situação objeto sob uma perspectiva holística, abrangendo eventuais efeitos e sequelas advindos.

A projeção dos efeitos práticos da solução adotada é fundamental para verificar a compatibilidade entre a decisão e o valor invocado abstratamente. Tal consideração consequencialista reflete um processo de causa e efeito, calcado em raciocínio lógico, por meio do qual são identificados os possíveis cenários resultantes da decisão³⁵³.

ainda dá o seguinte exemplo: “*Suponha-se um litígio entre a Administração Pública e um particular. Imagine-se que a autoridade competente para decidir repute, mesmo que de modo inconsciente, que os atos praticados pelo Estado devem ser prestigiados de modo irrestrito, independentemente da efetiva observância das regras legislativas aplicáveis. Desse modo, pode ocorrer de a autoridade decidir em favor da Administração mediante a invocação genérica da “supremacia do interesse público”. Nesse cenário, não haverá a subsunção dos fatos concretos ao direito aplicável ao caso, nem se procederá à identificação do interesse público concretamente existente. Haverá uma decisão predeterminada em favor de uma das partes, produzida sem vínculo efetivo com o direito vigente. A invocação ao “interesse público” destina-se a reduzir o risco do controle da regularidade da decisão”.*

³⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Vêras de; A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em 20/11/2018.

³⁵³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. “Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 13-41, nov. 2018.

Observe-se que a regra tem dupla funcionalidade quando prescreve tal exame consequencialista. Primeiramente, permite-se que o próprio prolator da decisão, ao avaliar os efeitos práticos do que está para decidir, reveja sua posição original de atenção precípua a valores jurídicos abstratos, adequando-a de modo a atenuar impactos ou para alterar a solução que daria ao caso concreto, conforme o caso. De outro lado, ao constar da decisão os efeitos práticos que dela advirá, viabiliza-se o seu melhor controle seja por parte das instâncias recursais competentes, seja pelo Poder Judiciário (em se tratando de decisão da esfera administrativa e controladora).

Quando a decisão envolver a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, ou a imposição de medida (como é o caso de medida cautelar), o parágrafo único do artigo 20 da LINDB exige a demonstração, na fundamentação decisória, da *necessidade* e da *adequação* da solução frente a possíveis alternativas.

A *adequação* e a *necessidade*, vale lembrar, são elementos que compõem a regra da proporcionalidade. Para se aferir a adequação, deve-se indagar se a medida adotada é *adequada* para fomentar a realização do objetivo perseguido. O exame da necessidade, por sua vez, é um teste comparativo, de modo que uma decisão é *necessária* quando comparada a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade³⁵⁴.

O meio utilizado para atingir o fim pretendido com a decisão precisa ser adequado. Exige-se uma relação entre meios-e-fins, de modo a se afastar qualquer desvio de finalidade. A adequação consiste na escolha, pelo decisor, da alternativa decisória que se revelar como a mais compatível com a concretização dos fins buscados, dentre todas as possíveis.

Ainda que adequada, a decisão não será necessária se houver alternativa menos restritiva. Em outras palavras, o fim não pode ser alcançado de outra maneira que afete menos o indivíduo. O valor jurídico utilizado pela autoridade para fundamentar sua decisão deve ser sopesado com outros valores também aplicáveis, cotejando-os com a realidade prática para apurar aquele que é menos gravoso, mais suave para os destinatários do comando.

A avaliação da adequação e da necessidade deve, ademais, ser explicitada na decisão, cuja fundamentação conterà a indicação dos efeitos práticos estimados e evidenciará o

³⁵⁴ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 170.

processo de concretização dos valores. As alternativas diversas de decisão, se existirem, devem ter o seu exame registrado pela autoridade, sob pena de invalidade³⁵⁵.

Desse modo, o controlador, ao decidir casos que envolvam invalidação (de ato, ajuste, contrato, processo ou norma administrativa), bem como antes de impor determinada medida ao sujeito fiscalizado ou à Administração Pública valendo-se de valores jurídicos abstratos, deve checar primeiramente – fazendo constar da decisão o respectivo registro – se a medida a ser adotada ou se a invalidação é a mais adequada considerando o fim visado. Satisfeito este requisito, cabe ao decisor verificar se a sua solução para o caso concreto é a que causa o menor sacrifício aos envolvidos e interessados, justificando a sua escolha.

5.9.1.2. *Decisão de invalidação de ação administrativa (LINDB, art. 21)*

Na mesma linha do que dispõe o dispositivo anterior, o artigo 21 da LINDB se volta à necessidade de aferição das consequências jurídicas e administrativas das decisões tomadas nas esferas administrativa, controladora ou judicial sempre que houver a decretação da invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Observe-se que tal dever consequencialista se impõe a toda e qualquer decisão que envolva invalidação, não apenas às que se pautarem em valores jurídicos abstratos, de que trata o artigo 20.

Trata-se de ônus da maior importância imposto ao prolator da decisão. A invalidação de ação administrativa tende a ser uma medida drástica, cujos efeitos colaterais e imediatos não podem ser desconsiderados. E o objetivo da norma parece ser o de exigir maior responsabilidade do controlador, que passa a ter de valorar as consequências associadas à sua decisão. Ao exigir avaliação das consequências jurídicas e administrativas por ocasião da decretação da invalidade, o dispositivo incentiva uma percuciente reflexão do decisor quanto à determinação a ser prolatada. Mas o que seriam as consequências jurídicas e administrativas referidas pela lei?

Quer-nos parecer que as consequências *jurídicas* seriam os efeitos decorrentes da incursão na esfera de direitos dos envolvidos e interessados. É tudo aquilo que, em função da decisão, advirá e causará repercussões (financeiras, econômicas, sociais etc.) por força do que dispõe a lei, o contrato ou o instrumento jurídico que disciplina aquela situação. Nas palavras de José Vicente Santos de Mendonça, “são estados futuros associados à

³⁵⁵ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 32-33, nov. 2018.

interpretação ou à aplicação do Direito”. O autor cita como exemplo a invalidação de desapropriação pelo Judiciário. Uma das consequências jurídicas imediatas é o dever jurídico de se devolver a indenização ao expropriante³⁵⁶.

De outro lado, as consequências *administrativas* seriam o resultado material, relacionados à Administração Pública, advindos do cumprimento da decisão. Compreende a mudança no panorama, no estado de coisas, que decorrerá da decisão. Ou, ainda, seriam os estados futuros associados à atuação pública. Enquanto a consequência jurídica diz do dever ou do direito que surge a partir da decisão, a consequência administrativa é sua decorrência material³⁵⁷.

As consequências jurídicas e administrativas são, portanto, extraprocessuais. Envolvem os impactos esperados com o cumprimento da decisão, implicando em uma visão holística dos seus efeitos. A partir do dever consequencialista, viabiliza-se graduar determinações, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto e os impactos da decisão.

Observe-se que a indicação das consequências práticas da decisão pode evidenciar que esta, no lugar de promover a realização do estado de coisas desejado, resulta no seu oposto. E parece ser exatamente este tipo de avaliação que se espera com a regra. Os prejuízos ao interesse público advindos da invalidação da ação administrativa não podem ser superiores ao da manutenção do ato reputado como inválido. A indicação das consequências da invalidação tende a orientar o prolator da decisão a identificar soluções menos gravosas em atenção aos interesses envolvidos.

De outra banda, o exame e registro das consequências facilita a sindicabilidade da decisão pelas instâncias recursais competentes e pelo Poder Judiciário, passando estes a ter melhores condições de examinar a questão, especialmente para avaliar se a decisão adotada foi proporcional ou não. Observe-se que a sindicabilidade passa a ser possível não apenas em relação à proporcionalidade da decisão em si, tendo em vista os efeitos práticos advindos do comando decisório, mas também em relação à própria identificação das consequências (jurídicas e administrativas) da decisão. Dito de outro modo, a decisão que não aponta os

³⁵⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 48.

³⁵⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios”. *Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 48.

seus efeitos práticos, ou que os aponta insuficientemente, desconsiderando outras consequências esperadas, fica sujeita a invalidação.

Nesse sentido, Luis Fernando Schuartz nota o seguinte:

(...) ao selecionar ou pretender fundamentar uma certa decisão a partir da análise das consequências produzidas por ela e pelas suas alternativas, o decisor abre um flanco para requerimentos de prestação de contas cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos (extrajurídicos) de adequação. Isto porque qualquer juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência; e tal especificação (e possivelmente, por extensão, também a decisão que nela se baseia) será objetivamente inadequada se puder ser mostrado que as consequências associadas às decisões em questão são diversas daquelas imaginadas pelo decisor³⁵⁸.

O ônus argumentativo imposto ao decisor, desse modo, permite verificar se houve, de sua parte, a exata compreensão dos efeitos advindos da decisão tomada. Se a descrição das consequências administrativas e jurídicas, bem como dos dados e fatos que sustentam as respectivas conclusões são diversos da realidade ou inexatos, será inadequada a decisão, ficando passível a sua revisão pelo próprio Tribunal de Contas, por meio do recurso competente, ou pelo Poder Judiciário.

5.9.1.2.1. A regularização da ação administrativa

O artigo 21, da LINDB, ainda estabelece que a decisão, sempre que couber, deve *“indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”* (parágrafo único).

O legislador, portanto, previu que deve ser indicado, quando possível, método voltado ao saneamento da irregularidade em função da decretação de invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. A regularização é medida menos drástica que a invalidação pura e simples e deve ser priorizada sempre que o contexto permitir. Por meio da regularização viabiliza-se o abrandamento dos efeitos maléficis que uma drástica

³⁵⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 248, maio/ago. 2008, p. 131.

invalidação poderia ocasionar. Permite-se a construção de uma solução intermediária e que melhor atenda a todos os interesses envolvidos.

Rememore-se que a Constituição Federal, ao fixar as competências do Tribunal de Contas, confere-lhe o poder de assinar prazo para que o órgão ou entidade fiscalizado adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, IX). Somente se não adotadas as providências de regularização é que o ato impugnado pode ser susgado pela Corte de Contas (art. 71, X). Tais disposições constitucionais, portanto, já previam a possibilidade de regularização como condição precedente a medida mais drástica que é a sustação do ato. O artigo 21, da LINDB, contudo, é oportuno por indicar as diretrizes a serem observadas pelo órgão controlador por ocasião da oportunização da regularização do ato.

Nos termos do artigo 21, da LINDB, a regularização da invalidade da ação não pode ser conferida ao sujeito de modo que este não tenha meios de executá-la. A fim de se evitar que isto ocorra, a lei estabeleceu dois parâmetros, quais sejam, a proporcionalidade e a equanimidade. A regularização deve ser oportunizada de modo proporcional, isto é, equilibrado e condizente com a situação cotejada. Também deve ser equânime, no sentido de a solução ser justa, ponderado. E como vetor impeditivo, em qualquer hipótese, estão os interesses gerais, que não podem ser prejudicados, sob pena de inviabilizar a regularização.

Além disso, a decisão que viabiliza a regularização não pode impor ônus ou perdas aos sujeitos destinatários que sejam anormais ou excessivos. Caso isto ocorra, a regularização restará dificultada ou impossibilitada, o que não se admite.

5.9.2. Avaliação das circunstâncias práticas que envolvem a ação do agente (LINDB, art. 22, *caput* e inciso I)

Ainda dentro do campo que envolve a garantia da motivação das decisões do Tribunal de Contas, importa mencionar o preconizado pelo artigo 22 da LINDB, que determina o dever de contextualização na interpretação de normas de gestão pública, em decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ação administrativa, bem como na aplicação de sanções e responsabilização a agentes.

De acordo como *caput* do dispositivo, cabe ao intérprete de normas sobre gestão pública, “considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos do administrados”. E em caso de

decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, devem ser consideradas “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (parágrafo primeiro).

Lendo-se conjuntamente o *caput* e o primeiro parágrafo do artigo 22 extrai-se que o dispositivo se volta a situações potenciais em que, na interpretação de normas e prolação de decisões, especialmente da esfera controladora, desconsideram-se a realidade fática disposta ao gestor público e ao administrado. Não é incomum – e qualquer administrador público certamente confirmará o que ora se afirma –, deparar-se o agente, no exercício de suas atividades, com dificuldades e barreiras de inúmeras ordens, tais como materiais, orçamentárias, burocráticas, temporais, de pessoal, dentre outras. Tais circunstâncias, com efeito, acabam eventualmente por limitar, impor ou condicionar determinada ação, de modo que somente a partir da avaliação do respectivo contexto é que se pode ter um exame adequado da conduta do agente e de sua regularidade.

Como bem observa Georghio Tomelin, o que a LINDB faz é “olhar para decretos, instruções, portarias, resoluções, ordens de serviço, circulares, contratos administrativos, e quejandos, no sentido de que sua interpretação não leve a ferro e fogo soluções impossíveis para a lógica do local onde o direito é aplicado”, de modo que “o pêndulo decisório, antes formal, amplifica-se e desloca-se agora para uma visão pautada no devido processo legal substantivo”³⁵⁹.

Não pode o controlador, portanto, analisar determinada ação administrativa sem levar em conta o panorama de que se valeu o agente. O processo é frio, e essa frieza precisa ser afastada para que se tenha uma interpretação ou solução adequada à realidade, pois somente assim se terá uma decisão justa. Nesse sentido, vale observar que o artigo 22 da LINDB é relevante não apenas para resguardar o bom administrador, aquele que cumpriu seus deveres de boa-fé, buscando a melhor solução prática de acordo com as ferramentas e cenários de que dispunha³⁶⁰, mas também para viabilizar que o próprio controlador, sensível à realidade

³⁵⁹ TOMELIN, Georghio. Interpretação consequencial e dosimetria conglobante na nova LINDB. In FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.): *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 167.

³⁶⁰ Cf. Juliana Bonacorsi de Palma: “O PL da Segurança Jurídica foi construído tendo em vista o gestor público honesto. Trata-se de um ponto de partida diametralmente oposto das leis de controle – em grande medida, o rigor dos textos se justifica pelo fato de terem sido escritos com o agente ímprobo em mente. A lei precisa recompensar os comportamentos de honestidade como medida de incentivo para que se mantenha o padrão ético na gestão pública. (...) Basicamente, a tutela do gestor público honesto está sedimentada em duas frentes: (i) depositar confiança na pessoa do gestor – por essa razão ele não será pessoalmente responsabilizado, mas sua ação poderá ser corrigida (recompensa) e (ii) conferir segurança para que ele efetivamente decida do melhor modo possível na sua avaliação técnica, podendo inovar na gestão pública e mesmo contrariar os entendimentos

prática, flexibilize os efeitos da aplicação de determinada norma a fim de concluir que, embora sob o que denominaremos aqui de CNTP (Condições Normais de Temperatura e Pressão) a melhor ação eventualmente pudesse ser outra, a conduta ou a ação do agente ainda assim foi regular.

Tal aspecto, relacionado à figura do controlador, merece ser sublinhado. A posição do controlador nem sempre parece ser confortável. Salvo exceções patológicas, não é crível que este tenha aprazimento em julgar irregular determinada ação administrativa e responsabilizar o respectivo agente. Mas por força do que dispõe a lei naquele caso concreto, a conduta ou ação do administrador público é irregular e não lhe caberia outra opção senão aplicá-la friamente, arcando os envolvidos com as respectivas consequências. Com o advento do artigo 22 da LINDB, entretanto, o controlador não pode mais se ver obrigado a aplicar indistintamente determinada norma ou jurisprudência, visto que o dever de olhar para a realidade e de se atentar às particularidades que entornam aquela ação administrativa passou também a estar positivado. Dito de outro modo, o controlador, sensível às dificuldades e obstáculos enfrentados pelo gestor público, fica também liberado, por força de lei, para acolher aquela ação administrativa que em outras circunstâncias seria entendida como irregular.

Outro ponto de destaque é que nem sempre as circunstâncias práticas ou as dificuldades e obstáculos reais do gestor constarão da motivação do respectivo ato ou terão sido registradas anteriormente ou no momento da ação administrativa. E tal lapso não pode servir de justificativa para se afastar a regra contida no artigo 22 da LINDB. É certo que quando as peculiaridades que entornam o ato não constarem de sua motivação ou do respectivo processo administrativo, não se pode esperar do controlador a aplicação do dispositivo mediante um seu esforço imaginativo das circunstâncias que conduziram àquela escolha ou conduta do gestor. Contudo, é plenamente possível ao gestor apresentar as informações, esclarecimentos e documentos reveladores do contexto de sua conduta a qualquer tempo no curso do processo administrativo em trâmite no Tribunal de Contas, a fim de que o controlador as considere por ocasião da decisão a ser proferida.

É nesse sentido o alerta de Eduardo Jordão:

(...) os específicos obstáculos e dificuldades a serem levados em consideração não ficam necessariamente adstritos àqueles que tenham sido

controladores, desde que fundamentadamente”. In A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. SBDP. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br> Acesso em 20/11/2018.

mencionados pelo gestor na motivação do seu ato sob controle e/ou que tenham sido posteriormente trazidos à apreciação do controlador. Primeiro, porque pode o controlador adicionar circunstâncias por ele conhecidas que possam ter impactado a ação controlada, mas que não tenham sido elencadas pelo gestor em questão. Segundo, porque também lhe é possível desconsiderar alguma dificuldade levantada pelo gestor, que ele eventualmente não julgue relevante. É assim que se deve interpretar o adjetivo ‘reais’ inserido pelo legislador para qualificar os obstáculos e as dificuldades que possam ser levantadas pelo gestor. Em última análise, caberá ao julgador avaliar se as dificuldades e os obstáculos declarados pelo gestor foram de fato ‘reais’ e se de alguma forma impactaram as suas escolhas. Além disso, é também possível ao controlador considerar que, a despeito de serem ‘reais’, as dificuldades apontadas não teriam tido um efeito tão limitador quanto o gestor alegou. A lei, afinal, não criou um salvo conduto para o gestor, a quem bastaria mencionar dificuldades para ver-se livre do controle sobre seus atos. Ela apenas exigiu a ‘consideração’ destas dificuldades³⁶¹.

Indo além, convém observar que quando a lei fala no dever de consideração das circunstâncias práticas que contextualizaram a ação do “agente”, a referência não é apenas ao agente público, mas a todo e qualquer administrado envolvido ou interessado na ação, seja ele por exemplo um cidadão ou uma empresa que contratou com o Poder Público e tem seu contrato examinado. A melhor interpretação é a de que “agente” foi a expressão genérica empregada pelo legislador para tratar indistintamente de “gestores públicos” e “administrados”³⁶².

Desse modo, voltando ao exemplo da empresa que teve o exame da regularidade de seu contrato examinada pelo Tribunal de Contas, na hipótese de o controlador entender que determinado preço constante do ajuste é antieconômico por superar as referências entendidas como adequadas pela Corte de Contas, a aplicação do disposto no artigo 22, parágrafo primeiro, implica no afastamento da conclusão pela inexistência de sobrepreço se se verificasse, exemplificativamente, que o certame licitatório que precedeu a contratação foi regular e objeto de verdadeira disputa; que os preços constantes do orçamento ou da proposta

³⁶¹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 48.

³⁶² É o que sustenta Eduardo Jordão, para quem: “não parece adequado supor que se trate de ‘agente público’, porque (i) quando a lei assim quis dizer ela o fez por completo, como no caso do art. 28, e também porque (ii) no próprio *caput*, a expressão utilizada foi outra (‘gestor público’). (...) A expressão agente é inclusive retomada nos parágrafos 2º e 3º do próprio art. 22, com este mesmo sentido genérico (gestor público e administrados) que aqui se afirma, como se verá mais adiante. Assim, o art. 22, §1º, exige que, nas decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverão ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações dos gestores públicos e dos administrados”. (“Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018)

consideraram ou estão adequados às particularidades relacionadas ao local, momento ou outra condição de execução do serviço; que o orçamento de referência questionado, por ter sido confeccionado pelo órgão contratante, não pode gerar à empresa contratada (após regular e competitiva licitação) responsabilidade por eventual incongruência; dentre outros aspectos. Em reforço a esta conclusão, relembre-se que o *caput* do artigo 22 preconiza que na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, *sem prejuízo dos direitos do administrado*.

O dispositivo em comento, portanto, tem o condão de conferir maior pragmatismo na interpretação e aplicação do direito por ocasião das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas. O contexto e as vicissitudes vivenciadas pelos gestores públicos e pelos administrados devem ser criteriosamente examinados em cada caso concreto seja para superar determinada constatação que em teoria poderia ser reputada irregular mas que, quando cotejada com a realidade fática, revela limitações às opções dispostas e boa-fé dos envolvidos, seja para preservar os direitos dos administrados.

5.9.3. A dosimetria do sancionamento (LINDB, art. 22, incisos II e III)

A Constituição Federal, no artigo 71, inciso VIII, dispõe ser de competência do Tribunal de Contas a aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei. A LOTCU, por sua vez, prevê a cominação, aos gestores públicos ou responsáveis³⁶³, das sanções de *multa* (art. 57 e 58), de *inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança* no âmbito da Administração Pública por um período variável de cinco a oito anos (art. 59), e de *declaração de inidoneidade a licitante*, por até cinco anos, em caso de fraude à licitação (art. 46).

Não há na legislação que regula o processo administrativo no Tribunal de Contas, contudo, a previsão de dosimetria objetiva das sanções, com um rol de agravantes e atenuantes, como ocorre na aplicação de normas do Direito Penal. Coube à jurisprudência do órgão consolidar que “a dosimetria da multa e demais sanções tem como balizadores o

³⁶³ O RITCU estende ainda a responsabilidade aos agentes de controle interno que, comprovadamente, tomarem conhecimento da irregularidade ou ilegalidade e delas deixarem de dar imediata ciência ao Tribunal (art. 266, §4).

nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos”³⁶⁴.

Desse modo, são oportunos os parâmetros de dosimetria fixados nos parágrafos segundo e terceiro do art. 22 da LINDB. Tais dispositivos estabelecem, na aplicação de sanções, os seguintes critérios a serem considerados: (i) a natureza e a gravidade da infração cometida; (ii) os danos que dela provierem para a administração pública; (iii) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (iv) os antecedentes do agente; e (v) as sanções já aplicadas ao agente de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Vale o registro de que o parágrafo segundo, que engloba os itens (i) a (iv) acima, é uma reprodução do texto constante do artigo 128, *caput*, da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos (“Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”).

Em que pese a jurisprudência do TCU, como apontado, já considerasse a gravidade e natureza da irregularidade para efeito da aplicação da sanção, bem assim as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, o que de certo modo acaba por englobar de modo geral os parâmetros fixados no parágrafo segundo do artigo 22, o novel dispositivo tem o mérito de positivizar e, portanto, tornar obrigatória a observância de tais critérios, o que vai ao encontro do aprimoramento do devido processo legal no âmbito do órgão.

De novo em relação à jurisprudência consolidada do TCU – ainda falando do parágrafo segundo do artigo 22 –, tem-se o dever de consideração dos danos que provierem para a administração pública, bem como dos antecedentes do agente. Em ambos os casos tais fatores podem funcionar tanto como atenuante como agravante do sancionamento. Vale

³⁶⁴ Cf. Acórdão 1747/2018-Plenário, j. em 01/08/2018, rel. Aroldo Cedraz. Outros julgados podem dar um bom indicativo dos métodos utilizados pelo TCU para fins de dosagem das sanções: “Na dosimetria da sanção pelo TCU, é possível considerar o comportamento da parte no curso do processo, ou seja, sua boa-fé processual, com fundamento no princípio da equidade e nas disposições do Código Penal pertinentes à aplicação da pena” (Acórdão 2677/2018-Plenário, j. 21/11/2018, rel. Benjamin Zymler). “A dosimetria do valor da multa deve guardar proporção com a quantidade e a gravidade das irregularidades atribuídas ao agente sancionado” (Acórdão 976/2018 – Plenário, j. 02/05/2018, rel. Bruno Dantas). “A dosimetria do valor da multa é pautada pelo nível de gravidade dos ilícitos, pela materialidade destes e pelo grau de culpabilidade do agente, não guardando relação com a capacidade financeira do responsável” (Acórdão 939/2017 – Plenário, j. 10/05/2017, rel. Bruno Dantas). “Além do nível de gravidade dos ilícitos, da materialidade envolvida, do grau de culpabilidade do agente e das circunstâncias do caso concreto, o TCU pode considerar na dosimetria da pena, como fatores atenuantes, o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações e o reconhecimento da participação nos ilícitos” (Acórdão 483/2017 – Plenário, j. 22/03/2017, rel. Bruno Dantas). “O TCU pode reduzir o valor da multa cominada em razão do acolhimento de argumentos recursais apresentados em sede de embargos de declaração, com fundamento no princípio da proporcionalidade” (Acórdão 3340/2015 – Plenário, j. 09/12/2015, rel. Bruno Dantas).

destacar que tais parâmetros nem sempre eram considerados pelo Tribunal de Contas e, com o advento da norma, passam a servir como importante escudo ao gestor público honesto.

5.9.3.1. A vedação ao *bis in idem* sancionatório

O artigo 22 da LINDB apresenta ainda, em seu parágrafo terceiro, relevante comando consistente no dever de os órgãos com competência sancionatória levarem em conta, na dosimetria da sanção a ser aplicada, eventuais sanções de mesma natureza já aplicadas ao agente relativas ao mesmo fato. O Tribunal de Contas, portanto, ao aplicar a sanção de multa, ao inabilitar determinado responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, ou ao declarar a inidoneidade de licitante, deve considerar, para fins de redução do valor da multa ou do tempo de inabilitação e inidoneidade, sanções similares já aplicadas pelo mesmo fato por outras esferas administrativas ou judicial.

O dispositivo em comento consagra o princípio do *ne bis in idem*, ou vedação à dupla imposição de sanção pelo mesmo fato à mesma pessoa³⁶⁵, e tem como fundamento o princípio da proporcionalidade³⁶⁶. Para que a norma seja aplicada, a primeira verificação a

³⁶⁵ Referido princípio já era extraível da ordem vigente, a exemplo do Código Penal, que prevê a detração da pena já cumprida, bem como do Código de Processo Penal, com os institutos processuais da litispendência e da coisa julgada. Os acordos internacionais assinados pelo Brasil também cumprem a função de conceder força normativa ao princípio, como destacado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, assinado pelo Brasil em 1992, em que se estabelece que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país” (Cláusula 7, artigo 14). Também a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, dispõe que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (Cláusula 8ª, item 4).

Também antes da inclusão do art. 22 na LINDB, o princípio era igualmente observado na prática pretoriana, como se verifica, por exemplo, da Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal que determina ser “*inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira*”. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, afastou a imposição de penalidade imposta pelo IBAMA, ao alegar que “*pelo descumprimento do embargo à atividade irregular, afora o sancionamento administrativo, também respondem os agentes penalmente pelo crime do art. 56 da Lei n.º 9.605/98, constituindo indevido bis in idem a imputação cumulativa do crime de desobediência*” (STJ. RHC 14.341/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. J. 26/10/2004).

O TCU, atento a tal princípio, já se posicionou no sentido de que “*havendo declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal aplicada pela CGU, em face de fraude à licitação, a aplicação dessa mesma pena pelo TCU pode configurar afronta ao princípio do non bis in idem*”. Veja-se, sobre o tema, relevante trecho do voto esposado pelo Ministro André Luís de Carvalho: “7. Ocorre que, no presente caso concreto, como bem indicou a unidade técnica, a pena aplicada pela CGU, declarando, em 22/10/2008, a inidoneidade da empresa Conservo para participar de licitações e celebrar contratos com a administração federal, por prazo indeterminado (fundamentada nos arts. 87, inciso IV, § 3º, e 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666, de 1993), já alberga o fim colimado desde o início do andamento deste processo, de modo que se mostra mais adequado o arquivamento destes autos, nos moldes propostos. (...)” (TCU, Acórdão nº 1.408/2014-P, Relator Ministro André de Carvalho, Sessão de 28/05/2014).

³⁶⁶ Cf. MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 183. Nesse sentido, cumpre rememorar a sempre valiosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da

ser feita é a da presença do *bis*, isto é, se já houve a aplicação de sanção ao agente em outra esfera, seja administrativa ou judicial. O segundo componente necessário para a aplicação da norma é a identicidade do fato ou da conduta passível de punição (*idem*).

Desse modo, consoante aponta Fernanda Leoni, a coexistência de esferas sancionatórias independentes pode acarretar sanções de naturezas diversas para um mesmo fato ilícito. Contudo, não se autoriza que de um mesmo fato sejam aplicadas sanções da mesma natureza, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*³⁶⁷.

Não se pode perder de vista que os casos analisados pelo Tribunal de Contas envolvem sempre, direta ou indiretamente, a gestão de recursos públicos. Nesse sentido, uma mesma conduta tipificada como ilícito administrativo pode ser igualmente enquadrada como ilícito civil, administrativo ou penal em outras normas, atraindo por consequência a competência fiscalizatória e sancionatória de outros órgãos e entidades estatais.

Para ilustrar, tome-se como exemplo a conduta de combinação de preços entre licitantes. Tal ato é enquadrado, na LOTCU, como *fraude à licitação* (art. 46). Na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), corresponde ao ilícito de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” (art. 5º, IV). Ao mesmo tempo, constitui infração da ordem econômica assim prevista na Lei 12.529/11: “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (art. 36, §3º, I, d). Já pela Lei 8.429/92, o ato constitui improbidade administrativa (art. 10, VIII: “frustrar a licitude de processo licitatório”). Na esfera penal, é crime contra a administração pública (arts. 328 a 337-A do Código Penal), assim como crime contra as licitações (art. 89

proporcionalidade pauta não somente a atuação sancionatória, mas todas as atividades atribuídas ao Poder Público: “Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhe corresponderiam. Sobretudo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. (...) Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se desse defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequado à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando possível anular unicamente a demasia, o excesso detectado”. (Curso de direito administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 113).

³⁶⁷ LEONI, Fernanda. O processo sancionatório no TCU e os princípios do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 199, p. 17-27, jul. 2018.

a 98 da Lei 8.666/93). E tudo isso sem contar a aplicabilidade da Lei 4.717/65, que disciplina a ação popular (art. 1º: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio [público]”).

Já no campo das sanções, as normas acima indicadas podem implicar, dentre outras, nas seguintes sanções: publicação em jornal da decisão condenatória; proibição de contratar com instituições financeiras oficiais; proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais; proibição de participar de licitação e contratar com o poder público; declaração de inidoneidade; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e pagamento de multa que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica. O cipoal de normas apresentado atrai, por sua vez, a competência fiscalizatória ou sancionatória múltipla e simultânea dos seguintes órgãos do Estado: Tribunal de Contas; órgão de Controle Interno do respectivo ente; Advocacia Pública; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Ministério Público (em seu duplo âmbito, criminal e cível); além do próprio Poder Judiciário.

Fácil notar pelo quadro acima, portanto, a existência de sobreposições de competências sancionatórias em nosso ordenamento jurídico e a ampla possibilidade de um agente ser sancionado mais de uma vez pelo mesmo fato, extraindo-se daí a pertinência do que determina o parágrafo terceiro do artigo 22 da LINDB. O dispositivo nada mais faz do que exigir a observância do princípio da proporcionalidade por ocasião da dosimetria da sanção. Mas não só isso. Exige que o exame da proporcionalidade não se limite ao quadro constante naquele específico processo sancionatório, mas que se tenha uma visão holística, levando-se em conta outros processos sancionatórios eventualmente existentes e que já tiveram seu desfecho resultante em punição do mesmo agente.

Não se pode esquecer que o Estado brasileiro é uno. Por mais relevantes e oportunas que sejam as diversas leis existentes voltadas à responsabilização do agente que pratica conduta contrária aos valores da administração pública, é certo que tais normas nem sempre guardam harmonia entre si, seja porque editadas em momentos históricos distintos seja por possuírem escopos diversos. E disto pode decorrer alguma hipertrofia do controle. Nesse sentido, a disciplina constante do artigo 22, parágrafo terceiro, da LINDB, implica uma melhor comunicação entre esferas sancionatórias, evitando-se que o particular seja responsabilizado em medida superior ao necessário, em prestígio ao princípio da proporcionalidade.

5.9.4. O dever de a decisão administrativa estabelecer regime de transição quando inovar orientação ou interpretação legal (LINDB, art. 23)

Sempre que o Tribunal de Contas conferir nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado – impondo, por consequência, novo dever ou condicionamento de direito a quem cabe observar a referida norma –, deverá prever regime de transição quando necessário para a garantia da segurança jurídica. É o que determina o artigo 23 da LINDB.

É certo que a Corte de Contas, ao decidir, invariavelmente firma entendimentos sobre a aplicação de normas envolvendo a gestão pública. Tais julgados, por sua vez, quando proferidos, passam a influenciar e servir de referência para toda a Administração – não se limitando ao órgão ou agente específico cujo caso respectivo originou a decisão. Uma vez firmada determinada orientação jurisprudencial, as novas fiscalizações realizadas pela Corte de Contas tendem a se utilizar de tal precedente para elaboração de suas conclusões. Não é incomum, nesse sentido, a rejeição das contas pelo órgão baseada na interpretação jurisprudencial de determinado dispositivo de lei aplicável. Daí a relevância do artigo 23 da LINDB ao estatuir a necessidade de um regime de transição sempre que houver novo posicionamento sobre determinada questão.

É certo que o gestor público dos dias atuais, ademais, acaba tendo que observar não apenas a legislação aplicável ao ato que pretende praticar. Diante da fiscalização esperada sobre a sua ação administrativa, cabe-lhe ainda, por precaução natural, verificar o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas acerca da conduta pretendida. Nessas circunstâncias, tendo o gestor se atido à orientação existente à época da prática do ato, não seria razoável que a Corte de Contas, ao exercer sua fiscalização tempos depois, censurasse a conduta em função de entendimento firmado após a sua ocorrência.

A regra do regime de transição deve se aplicar quando ocorrer uma de duas situações: (i) quando alterada a interpretação ou orientação existente sobre determinada norma; ou (ii) quando firmada interpretação ou orientação, antes inexistente, sobre determinada norma. Na primeira hipótese se tem a revisão de um entendimento antes consolidado ou prevalecente. Na segunda situação nunca houve, até aquela decisão paradigmática, orientação sobre a norma. Em ambos os casos o regime transitório visa a assegurar ao controlado a possibilidade de se adequar e se condicionar à nova posição do Tribunal de Contas.

Mas uma vez estabelecida interpretação ou orientação nova sobre a norma aplicável em um caso concreto, que desfecho deve ter este caso? Se, pela nova interpretação, a conduta

deve ser reputada irregular, deve o agente ser responsabilizado? A teor do que dispõe o artigo 23, o caso deve ter como resultado a determinação para o órgão ou agente público a que se destina a decisão, bem assim para outros entes e gestores que lidam com situações similares à enfrentada na decisão, que se ajustem doravante ao novo posicionamento do Tribunal de Contas em determinado prazo. De outro lado, os atos praticados anteriormente ao trânsito em julgado da decisão administrativa paradigmática não podem ser objeto de responsabilização, a menos por conta exclusiva da nova orientação.

Não poderia a nova interpretação ou orientação do Tribunal de Contas, por óbvio, retroagir para alcançar ações administrativas que lhe são anteriores, sob pena de se ferir de morte a ideia de segurança jurídica. Relembre-se que o artigo 5º, da CF, determina, em seu inciso XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, e, em seu inciso XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Mais ainda, estabelece a Constituição, no seu artigo 37, *caput*, a incidência, entre outros, do princípio da moralidade, princípio que se irradia para as condutas administrativas vedando a adoção de posturas contraditórias à confiança gerada nos administrados. Destaque-se, por fim, que a Lei nº 9.784/99 (Lei Federal de Processo Administrativo) veda em seu artigo 2º, parágrafo único, XIII, a aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”).

Em atenção ao tema, Romeu Bacellar Filho assevera a relevância da segurança jurídica no âmbito da atuação administrativa, para afirmar que esta deve ser marcada “por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma ‘administração de surpresas’”. O autor ainda sustenta que em função de sua submissão ao princípio da legalidade, conformadora da segurança jurídica, “haverá de ser prestigiada a irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, a previsão de regras de transição, a coisa julgada, a preclusão, a decadência, a usucapião, o direito adquirido e a vedação de aplicação retroativa de nova interpretação”³⁶⁸.

Como aponta Tiago Marrara, o regime de transição é um direito subjetivo “que se circunscreve às pessoas que já se relacionavam com o Estado e, nisso, pautavam seus comportamentos por uma determinada interpretação de norma de conteúdo indeterminado

³⁶⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança e da boa-fé. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte. ano 10. nº 40. abr./jun. 2010.

que veio a ser modificada, gerando novo dever ou condicionamento de direito”³⁶⁹. Caso, portanto, a nova interpretação da norma produza a imposição de novo dever ou condicione direito, deverá ser acompanhada de regime de transição, que consiste na previsão de regras conferindo prazo e condições para que as partes se adaptem ao novo entendimento ou dispendo sobre os efeitos e o alcance do novo entendimento sobre o caso concreto afetado³⁷⁰.

Note-se que muito antes da alteração da LINDB que incluiu o artigo 23, o Tribunal de Contas já havia realizado a modulação dos efeitos de decisões que continham novo posicionamento interpretativo. Um bom exemplo é o Acórdão nº 2819/2011-Plenário, proferido em 25/10/2011, por meio da qual a Corte de Contas passou a adotar interpretação restritiva quanto à possibilidade de acréscimos de valor de contratos administrativos até o limite legal de 25% (art. 65, §1º, da Lei 8.666/93). De acordo com a nova interpretação, voltada para evitar a prática nefasta do que se denominou chamar de “jogo de planilha”, além dos valores inicial e final, também deveriam ser analisados se os itens de serviços que compõem o contrato foram mantidos, ou se houve a substituição de parte desses. Na prática, com a nova interpretação, um termo aditivo poderia acrescentar o valor global de um contrato em apenas 5% e ainda assim ultrapassar o limite legal de 25% (caso, por exemplo, tivessem sido suprimidos muitos itens de serviço e estes tivessem sido compensados com o acréscimo de outros). Na decisão, o Tribunal de Contas determinou ao DNIT que passasse a considerar a nova orientação nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação do respectivo acórdão. Quanto aos contratos existentes à época da decisão, os respectivos termos aditivos que viessem a ser celebrados o poderiam com base na interpretação anterior, desde que justificada a sua pertinência e conformidade³⁷¹. Adotou-se, portanto, um regime

³⁶⁹ MARRARA, Tiago. Comentários gerais ao dispositivo: artigo 23 da LINDB. In FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Org.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 167.

³⁷⁰ Cf. NETO, Marçal Justen. Os efeitos da reinterpretação de norma no direito público. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach.. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 238.

³⁷¹ Cf. Acórdão nº 2819/2011 – TCU – Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues: “9.1. com fundamento nos arts. 48 da Lei nº 8.443/1992, c/c os arts. 285, §§1º e 2º e 286, todos do Regimento Interno do TCU, conhecer Pedido de Reexame, apenas no efeito devolutivo, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, dando à determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010, alterado pelo Acórdão 591/2011 - Plenário, a seguinte redação; ‘9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal;’ 9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, em cada caso abrangido por essa solução temporária e intertemporal

de transição para a aplicação da nova orientação jurisprudencial, em prestígio à segurança jurídica.

5.9.5. Compensação por benefícios indevidos ou prejuízos injustos resultantes do processo (art. 27)

O artigo 27 da LINDB autoriza a Administração Pública, órgãos de controle e o Poder Judiciário a impor indenizações por prejuízos ou benefícios auferidos advindos do processo ou da conduta dos envolvidos. Além da possibilidade de imposição de ofício pela autoridade, assim como em acolhimento de pedido da parte prejudicada, referido instrumento pode ser objeto de convenção processual entre os envolvidos, a fim de que sejam mitigados os efeitos da nova orientação jurídica.

A dicção do mencionado dispositivo autoriza a imposição de compensação, pela autoridade, em benefício daquele que tenha sofrido prejuízos anormais ou injustos, ou tenha auferido benefícios indevidos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos no âmbito judicial, administrativo e controlador, com grande repercussão para o Direito

indicada no subitem anterior deste acórdão, os aditivos que vierem a ser celebrados deverão ser justificados quanto à sua pertinência e conformidade às características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, devendo ser devidamente registrados nos respectivos processos administrativos, estando, assim, disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle;”

O conteúdo do referido acórdão, diante de seu impacto nos contratos administrativos firmados pela Administração Pública na esfera federal, motivou a formulação de consulta ao TCU pelo Ministro de Estado dos Transportes acerca da viabilidade jurídica de se manter a interpretação anterior para todos os contratos de obras de infraestrutura a cargo de entidades vinculadas ao seu ministério celebrados antes da decisão. E a resposta do TCU foi positiva, *verbis*: “CONSULTA. LIMITES LEGAIS PARA ALTERAÇÕES CONTRATUAIS. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 25% SEPARADAMENTE PARA AS SUPRESSÕES E PARA OS ACRÉSCIMOS, A CADA ALTERAÇÃO. JUSTIFICATIVA. MODULAÇÃO TEMPORAL. CONHECIMENTO. CONSIDERAÇÕES. [Voto] Trata-se de consulta formulada pelo Exm. Sr. Ministro de Estado dos Transportes acerca da viabilidade jurídica da compensação entre os conjuntos de acréscimos e supressões necessários à adequada execução de contratos celebrados anteriormente à publicação do Acórdão 2.819/2011-Plenário, referentes a obras de infraestrutura a cargo de entidades vinculadas àquele ministério. (...) Demonstrou-se no processo a existência de contratos em plena vigência, firmados em gestões passadas, de grande relevância econômica para o país, cujos projetos básicos originais eram deficientes, necessitando, para sua conclusão com êxito, de aditamentos em quantitativos, com compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos ajustes. Ante o exposto, acolho o parecer do Ministério Público e voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado. (...) ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92; 1º, inciso XXV, 264 e 265, do Regimento Interno deste Tribunal, em: (...) 9.2. no mérito, responder ao consulente que: 9.2.1. é juridicamente viável a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos contratos referentes a obras de infraestrutura celebrados antes do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010 – Plenário por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes; (...)” (destaques não originais) (Acórdão nº 3.105/2013 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar. Sessão de 20/11/2013).

Público, basilarmente para matérias de Direito Administrativo, Financeiro, Orçamentário, Tributário e Processual.

No que diz respeito ao campo de atuação da norma, o legislador não dá margem para dúvidas quanto à aplicação no âmbito administrativo, que compreende os processos em trâmite no âmbito controlador, que abrange precipuamente os órgãos de controle externo, e ainda, a esfera judicial, aplicando-se aos processos em trâmite perante o Poder Judiciário.

O CPC/2015, aliás, já regula a responsabilidade no âmbito jurisdicional, a exemplo de seu artigo 81³⁷², que prevê a condenação do litigante de má-fé ao pagamento de indenização pelos prejuízos resultantes do processo e ainda, o artigo 302³⁷³, que estabelece a responsabilidade da parte sucumbente pelo prejuízo decorrente da efetivação de tutela de urgência anteriormente concedida.

Contudo, os dispositivos do CPC/2015 se voltam à compensação da parte prejudicada pela parte adversa da relação processual. O artigo 27 da LINDB vai além, na medida em que prevê a compensação decorrente dos prejuízos anormais ou injustos *advindos do processo* ou *da conduta dos envolvidos*. Isto quer dizer que abrange não apenas a conduta de outra parte da relação processual, como também da autoridade ou órgão responsável pela decisão, seja a conduta comissiva ou omissiva.

Quanto à identificação dos elementos caracterizadores do “*dever de compensar*” previsto no artigo 27 da LINDB, a imprecisão gramatical dos conceitos empregados no texto normativo revela certo contrassenso com a finalidade maior da novidade legislativa: garantir maior segurança jurídica na interpretação do Direito Público. Certamente será difícil a tarefa julgadora ante a subjetividade conceitual dos termos “anormalidade” e “injustiça”, utilizados pelo legislador para caracterizar o prejuízo indenizável.

Em prol de uma acertada aplicação do dispositivo, defende-se que o trabalho hermenêutico não deverá ser majorado ou diminuído, mas apenas qualificado para atender os verdadeiros anseios do caso concreto, sem, contudo, perder de vista o interesse público e o equilíbrio endoprocessual. Como bem ressaltado por Carlos Maximiliano (2011, p. 13):

³⁷² “Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou”.

³⁷³ “Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”

A hermenêutica oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar também o alcance, a extensão de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade, ou de simples contrato.

Nesse intento, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello empresta valiosos conceitos. Para o autor³⁷⁴, o dano reparável demanda a presença de dois requisitos cumulativos, a saber: a especialidade e a anormalidade, sendo que o primeiro “corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas”. Já o dano *anormal*, que importa à análise do dispositivo em comento, é aquele que ultrapassa o plano ordinário, superando os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes ao convívio social. Bandeira de Mello acrescenta que:

A vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.

O dano *anormal* é, portanto, aquele excede as dificuldades ordinárias inerentes à vida em sociedade e que os indivíduos devem sofrer sem compensação. Em Alessi³⁷⁵, a superação da linha da normalidade deriva do binômio limitação e sacrifício, de maneira que a normalidade é aferida conforme o prejuízo encontre ou não tipificação em norma legitimadora da conduta, como consequência necessária e inevitável. Em síntese, é o grau de previsibilidade do prejuízo que indicará seu grau de normalidade.

No que tange à qualificação do prejuízo como *injusto*, entende-se que a ideia de justiça adotada pelo legislador não assume caráter meramente filosófico, mas precipuamente jurídico, em termos de compatibilização do evento com o ordenamento jurídico pátrio. De tal maneira, o prejuízo sofrido pelo particular ou pelo ente público será considerado injusto se o ordenamento o tomar por intolerável, determinando, por conseguinte, a compensação³⁷⁶.

³⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1051.

³⁷⁵ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo II, ed. Barcelona: Bosch, 1970, p. 449.

³⁷⁶ ANGELIN, Karinne A. *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 67.

Na mesma tendência, Paulo de Tarso Sanseverino³⁷⁷ ensina que o dano injusto exige uma ofensa indevida na esfera dos interesses da vítima, direta ou indiretamente, tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio. Segundo o autor, nesses casos, “*o fato gerador da responsabilidade civil fere interesses legítimos da vítima ou de terceiros.*”

A antijuridicidade do prejuízo compensável é muito bem assinalada por Rui Stoco, para quem, um dano é indenizável quando, além de econômico, traduz um dano jurídico, isto é, um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, garantindo-o como um direito do indivíduo³⁷⁸. Assumindo o dano *injusto* como uma nova faceta da responsabilidade civil contemporânea, e emprestando valiosa reflexão ao objeto do presente artigo, Récio Eduardo Cappelari conclui:

Por fim, a concretização da ideia de justiça diante do dano injusto permite afirmar que essa nova tendência da responsabilidade civil se volta para a solidificação de um novo elemento da responsabilidade, por meio da teoria do risco na responsabilidade civil contemporânea e sua crescente expansão, que, ao lado da culpa, em pé de igualdade, buscam reparar os danos sofridos injustamente e amparar a vítima em relação aos danos sofridos, mesmo na hipótese de o autor não os ter causado culposamente³⁷⁹.

Tomemos como exemplo uma decisão cautelar proferida pelo Tribunal de Contas que, calcada em indícios de irregularidades, interfira na execução de determinado contrato administrativo. Após a tramitação regular do processo, as suspeitas de irregularidades não se confirmam, levando-se à revogação da respectiva medida cautelar. Se a pessoa jurídica contratada tiver sofrido prejuízos em função do cumprimento da determinação do órgão controlador ou judiciário no período de sua vigência, estaremos diante de um prejuízo *injusto* ou *antijurídico*, na medida em que o contrato sempre foi regular e o contratado o celebrou com tal premissa, sendo legítima a sua expectativa de execução conforme inicialmente projetado, vedando-se a assunção de prejuízos advindos da interferência de terceiros. Em tal caso será devida compensação pelos prejuízos resultantes do processo.

Situando o *dano* na teoria geral da responsabilidade civil, Caio Mario da Silva Pereira aponta que o prejuízo deve ser atual e preciso, devendo, em regra, preexistir ao momento da responsabilização. O mesmo autor, contudo, adverte que não há óbice para a reparação de

³⁷⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178.

³⁷⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1179.

³⁷⁹ CAPPELARI, Récio Eduardo. Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça. *Revista Justiça do Direito, Universidade de Passo Fundo*, v. 24, p. 61-74, jan. 2010, p. 74.

prejuízo futuro, “se a sua realização é desde logo previsível pelo fato da certeza do desenvolvimento atual, em evolução, mas incerto no que se refere à sua quantificação”³⁸⁰.

Na mesma linha, para Cavalieri Filho (2010) o prejuízo deve, em regra, ser suscetível de avaliação pecuniária, abrangendo o patrimônio presente e futuro da vítima, inclusive eventual impedimento ao crescimento material. Essa acepção leva à usual classificação do dano em emergente, que correspondente a tudo aquilo que se perdeu, e lucros cessantes, que consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”³⁸¹.

Entende-se que o instrumento compensatório previsto no artigo 27 da LINDB engloba as duas espécies acima elencadas, competindo ao Tribunal de Contas, ao aplicar a norma, identificar nas circunstâncias do caso concreto, e mediante prévia oitiva das partes (Art. 27. § 2º), a melhor alternativa reparatória, seja mediante a restauração da situação anterior à lesão ou pelo arbitramento de indenização equivalente ao prejuízo sofrido pela parte.

A leitura atenta do artigo 27 da LINDB, contudo, permite concluir que a compensação poderá revestir outros figurinos além do pecuniário. A ausência de especificidade do *caput*, aliada ao emprego da expressão “se for o caso, o seu valor” no parágrafo 1º do dispositivo, dá margem para se cogitar múltiplas formas de compensação, inclusive de natureza contratual, como, por exemplo, compensação através da convalidação temporária de contrato público irregular.

Em todo caso, não se pode deixar de anotar a observação tecida por Clóvis do Couto e Silva³⁸², e reforçada por Rui Stoco³⁸³, que assinalam que a reparação jamais poderá converter-se em fonte de enriquecimento sem causa da vítima. Com efeito, a compensação, tanto em sua forma imposta (artigo 27 *caput*) quanto em sua forma negociada (artigo 27 § 2º) deverá guardar necessidade, adequação e proporcionalidade em relação ao evento danoso e às particularidades do caso concreto.

Merece especial atenção doutrinária a possibilidade, ou impossibilidade, de a mesma decisão de que trata o artigo 27 da LINDB impor a compensação por “*dano em ricochete*”, isto é, em benefício daquele que, embora não integrante da relação jurídica principal, tenha sofrido prejuízos reflexos do processo ou da conduta dos indivíduos.

³⁸⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 39.

³⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 74.

³⁸² SILVA, Clóvis do Couto e. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, nº 667, p. 7-16, maio, 1991, p. 11.

³⁸³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

Ao menos numa análise inicial, entendemos que a compensação em benefício de terceiro é possível, desde que o prejuízo guarde relação direta com o evento danoso e, cumulativamente, seja estipulada na forma do artigo 26 e 27 § 2º da LINDB, com manifesta concordância de todos os sujeitos envolvidos.

Superados os trabalhos cognitivos acerca do prejuízo compensável, o parágrafo primeiro do artigo 27 da LINDB estabelece o dever de motivação da decisão que o impõe. Nesse intento, a necessidade de exposição das razões de decidir é premissa basilar do Estado Democrático de Direito, uma imposição da própria Constituição Federal (artigo 93, inciso IX) que o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 11, ratifica. O objetivo de tal exigência é garantir transparência ao exercício do poder de imposição das compensações.

Por fim, exige-se a prévia oitiva das partes acerca dos termos da compensação, facultando-lhes a oportunidade de manifestação acerca de sua forma, cabimento e, se for o caso, seu valor. A lúdima medida serve de homenagem ao princípio do contraditório, e ao ideário colaborativo já disseminado pelo CPC/2015. Nessa esteira, como bem ponderado por Cândido Dinamarco e Bruno Lopes, “*a participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia, plantada no mundo político, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados*”³⁸⁴.

5.9.5.1. *A celebração de compromisso processual para regulação da compensação (artigo 27 § 2º)*

A concessão de protagonismo aos sujeitos envolvidos na regulação da compensação, no teor do parágrafo segundo do artigo 27 da LINDB, ao lado da tipificação dos compromissos de convalidação de atos irregulares previstos no artigo 26, são notáveis reflexos do que a doutrina moderna chama de Administração consensual ou dialógica, movimento no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação e a transação³⁸⁵.

³⁸⁴ DINAMARCO, Cândido, LOPES, Bruno. *Teoria geral do novo processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 62.

³⁸⁵ Cf. OLIVEIRA, G. J. DE; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, 1 jan. 2009, p. 211.

Com efeito, a incorporação do fenômeno consensual na LINDB consagra a nova era da atividade público-administrativa, não mais centrada na autoridade como instrumento único e exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.

É possível observar que a valorização do autorregramento da vontade particular na esfera pública já se manifesta em diversos diplomas legislativos promulgados na última década. Marco exemplificativo é o CPC/2015 que em seu artigo 190 estabeleceu a cláusula geral permissiva de negócios jurídicos processuais, concedendo às partes amplo poder negocial em matéria de adequação do procedimento às particularidades da demanda, antes ou após seu ajuizamento, bem como convencionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Debate hermenêutico iminente acerca desse poder de regulação previsto no artigo 27 da LINDB dirá respeito aos limites de sua normatividade, o controle de validade e a identificação dos requisitos de eficácia dos compromissos celebrados entre o Poder Público e particulares.

Primordialmente, entende-se que o controle constitucional dos compromissos de compensação exerce função primordial, de modo que seu objeto jamais poderá perder de vista os princípios regentes da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da principiologia implícita.

Além do controle material dos compromissos, não se pode ignorar a necessária incursão destes na teoria geral dos negócios jurídicos. Com efeito, o ajuste compensatório de que trata a LINDB está suscetível aos requisitos de validade e eficácia previstos no código civil pátrio, de maneira que não se poderá admitir como válido o compromisso resultante de fraude perpetrada por qualquer das partes, com especial atenção àqueles que ocasionem onerosidade excessiva aos cofres públicos.

Além dos limites jurídicos ao exercício do poder de regulação das compensações, é indispensável o estabelecimento de parâmetros técnicos ao seu exercício, sob pena do instituto incorrer em ostracismo. A esse respeito, Elias de Oliveira acertadamente observa que a ausência de parâmetros detalhados de como as negociações podem ser implementadas causará fundado temor, por parte dos agentes públicos, de posterior responsabilização perante os órgãos de controle³⁸⁶.

³⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018*. Brasília: Núcleo de Estudos e

No que tange à figura dos compromissos de compensação, o artigo 27 reclama, portanto, uma atuação cautelar e colaborativa de todos os agentes envolvidos, mas especialmente da autoridade competente ao julgamento da controvérsia, a quem incumbe zelar pelo equilíbrio e licitude das convenções.

CONCLUSÃO

Consigamos, a seguir, as principais conclusões fundamentadas ao longo do trabalho:

1. O controle da Administração Pública é um imperativo democrático. Mediante a verificação crítica da conformidade de uma ação à lei e à Constituição, funciona como limitador do poder do Estado. Objetiva, ademais, a racionalização da atuação estatal, a fim de que esta alcance seus objetivos mediante a maximização dos recursos disponíveis. É, por tudo isso, um instrumento tipicamente republicano, garantidor da prestação de contas por todos aqueles que gerem recursos públicos.

2. A Constituição Federal confere uma concepção sistêmica ao controle do Estado, inserindo o Tribunal de Contas no contexto do controle externo, não judicial. Apesar de o órgão constar no artigo 71 como auxiliar do Poder Legislativo, não o integra. Possui, com este, relação de harmônica independência para atingimento das finalidades do controle externo. Trata-se de órgão constitucional de multifárias competências, independente e autônomo, que não pertence e nem se subordina a qualquer dos três Poderes da União.

3. O surgimento do Tribunal de Contas no Brasil se deu no contexto da instauração da República. Em que pese as primeiras discussões acerca da necessidade de sua criação remontem ao período imperial, foi em 1890, um ano após a proclamação, que se editou o Decreto nº 966-A. A iniciativa coube a Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda. Da respectiva exposição de motivos merece destaque a sua concepção como órgão *independente*, cercado de garantias para exercer em posição *autônoma* as suas funções.

4. Desde a primeira Carta Constitucional que previu expressamente a existência do Tribunal de Contas (1891) até se chegar à atual Constituição Federal de 1988, observa-se um constante e gradativo adensamento de suas atribuições e espectro fiscalizatório. Atualmente, além de inúmeras competências, o órgão tem a prerrogativa de realizar a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. Além disso, a sua fiscalização tem como parâmetros a legalidade, a economicidade e a legitimidade dos atos que impliquem despesas.

5. Como reflexo dessa miríade de atividades, ganha realce o instrumento por meio do qual o poder do órgão se exerce, isto é, os seus processos. Foi possível verificar que a natureza desses processos é *administrativa*, não obstante vozes em contrário fundadas na existência do verbo *julgar* no texto constitucional ao descrever as competências do órgão. A

função jurisdicional do Estado brasileiro é exclusiva do Poder Judiciário (sistema de jurisdição uno), de modo que as decisões da Corte de Contas não possuem o caráter de definitividade das decisões judiciais.

6. O processo administrativo no Tribunal de Contas serve como importante mecanismo de controle do controlador. Sob o prisma do cidadão responsável ou do interessado, viabiliza, a qualquer tempo, a observância de seus direitos e garantias constitucionais, coibindo abusos e arbitrariedades. Sob o prisma do Estado, obriga a autoridade que o conduz a cumprir procedimentos pré-determinados e a se atentar à legalidade de seus atos e decisões. Com isso, o processo a cargo do Tribunal de Contas acaba por funcionar como instrumento viabilizador de verificação e sindicabilidade de suas atividades pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo e por parte dos cidadãos e interessados em geral.

7. O processo no Tribunal de Contas é disciplinado por sua Lei Orgânica (Lei Federal nº 8.443/1992), complementada pelo respectivo Regimento Interno. Podem ser divididos em quatro espécies, conforme as competências constitucionais dirigidas ao órgão: (i) processo de julgamento de contas; (ii) processo opinativo sobre as contas do Chefe do Poder Executivo; (iii) processo de apreciação de atos de pessoal; e (iv) processo de fiscalização em sentido estrito (auditoria, inspeção e denúncia).

8. Aos processos do Tribunal de Contas aplica-se o princípio do *devido processo legal*, objeto de estudo no Capítulo IV. Da exposição feita em tal ponto, extrai-se que o direito fundamental ao *devido processo legal*, desde o seu surgimento na Inglaterra, com a Magna Carta em 1215, passando por sua recepção pelo direito norte-americano a partir das Constituições das antigas colônias e emendas V e XIV à Constituição Federal, acompanhou as circunstâncias políticas, sociais e econômicas de cada época em que foi aplicado.

Pôde-se observar o alargamento de seu significado, que de uma garantia exclusivamente processual (*procedural due process of law*), passou a guardar também um sentido material, substantivo (*substantive due process of law*), reflexo de sua adaptação às novas necessidades dos indivíduos frente aos arbítrios e abusos do poder estatal. O processo, mais do que obediente aos ritos e garantias procedimentais, deveria ser justo, efetivo.

Bem por isso, não é exagero caracterizá-lo como um superprincípio ou um princípio estruturante, tendo em vista ser capaz de aglutinar incontáveis garantias – conquistadas no decorrer de sua longa história – e de se sobrepor a qualquer uma delas, coordenando-as e regendo-as como um verdadeiro maestro, sempre tendo como norte a proteção irrestrita aos direitos fundamentais do indivíduo.

Possui o *devido processo legal* uma riqueza exegética sem igual, como ficou claro a partir do desenho de sua evolução e das novas perspectivas de sua aplicação que surgiram no século XX, especialmente após a segunda guerra. De uma garantia originalmente voltada para processos penais, a cláusula passou a abarcar a jurisdição civil para finalmente se estender aos processos administrativos.

Também foi possível verificar que no direito brasileiro, apesar de a positivação da expressão *devido processo legal* somente ter ocorrido na Constituição Federal de 1988, o seu sentido e espírito já eram presentes nos textos constitucionais anteriores. A jurisprudência pátria, por sua vez, tem acolhido a abrangência de espectro que a cláusula merece ter em nosso ordenamento, reconhecendo o seu amplo conteúdo e indo além, para admitir a sua aplicação também em relações entre particulares. Avança-se, com isso, para limitar não apenas os arbítrios do poder estatal, mas também a abusividade de posições dominantes no plano econômico-social.

9. Os normativos que disciplinam o processo administrativo a cargo do Tribunal de Contas devem ser aplicados de modo aderente aos elementos caracterizadores do devido processo administrativo, constantes do texto constitucional, dos quais se destacam os seguintes: (i) *isonomia processual* (art. 5º, *caput*); (ii) *publicidade dos atos processuais* (art. 5º, XXXIII e LX) (iii) *juízo natural* (art. 5º, XXXVII e LIII); (iv) *contraditório e ampla defesa* (art. 5º, LV); (v) *duplo grau de jurisdição* (art. 5º, LV); (vi) *inadmissão da prova ilícita* (art. 5º, LVI); (vii) *celeridade processual* (art. 5º, LXXVIII) e (viii) *motivação das decisões* (art. 93, IX e X).

10. Nesse sentido, dois diplomas infraconstitucionais recentemente editados podem contribuir para o aprimoramento do devido processo no ambiente do Tribunal de Contas. São eles o CPC/2015 e a Lei 13.655/2018, que acresceu novos dispositivos à LINDB.

11. A nova lei processual civil transpôs os limites da regência dos processos jurisdicionais, passando expressamente a ter o papel de fonte *subsidiária e supletiva* dos processos administrativos ao estabelecer em seu artigo 15 que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivas e subsidiariamente”. Incide, portanto, em todos os processos administrativos, no que se inclui aqueles em trâmite no Tribunal de Contas.

12. As novas disposições da LINDB, por sua vez, foram concebidas a partir da busca por maior qualidade da atividade decisória pública, com expressa menção de sua

aplicabilidade na esfera controladora, caso do Tribunal de Contas. Na mesma esteira teleológica do CPC/2015, a alteração da LINDB revela um propósito de maior afinamento sistemático com a Constituição Federal. Há, portanto, total pertinência de ambos os diplomas com a temática do devido processo legal examinada neste trabalho.

13. Assim, passou-se a examinar individualmente as garantias concretizadoras do devido processo legal no Tribunal de Contas sob as lentes do texto constitucional, de sua Lei Orgânica e normativos internos, bem como da nova LINDB e do CPC/2015, este último sempre que compatível com o processo do órgão.

14. No que se refere à *garantia de isonomia processual* (CF, art. 5º, *caput*), compreendida como o equilíbrio entre os sujeitos processuais em todas as etapas, atos e marchas procedimentais do processo, a LOTCU nada dispôs a respeito, de modo que verificou-se harmonizável e pertinente a aplicação supletiva do artigo 7º do CPC/15. O dispositivo assegura às partes “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais”. No processo do Tribunal de Contas, o tratamento paritário exigirá que o responsável ou interessado possua instrumentos para contrapor-se ao que vier a ser apurado pela fiscalização. O processo deve assegurar a ausência de arbítrio ou subjetividade nas apurações fiscalizatória e respectivo julgamento, cabendo aos órgãos do Tribunal de Contas manter postura equidistante, garantindo-se ao responsável ou interessado as mesmas oportunidades processuais que tiveram aqueles que lhes imputaram irregularidades.

Verificou-se também serem extraíveis da garantia de isonomia processual os deveres de imparcialidade e independência dos auditores e julgadores do Tribunal de Contas. Nesse sentido, o CPC/2015, ao tratar das situações de impedimento e suspeição do juiz, elenca hipóteses não previstas na LOTCU e RITCU. Das situações listadas no CPC/2015, merecem destaque o impedimento em processos em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de parente até terceiro grau (art. 144, VIII), assim como no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que seja parente até o terceiro grau (art. 144, §3º). Além disso, as causas de suspeição e impedimento devem se aplicar não apenas aos julgadores, mas também aos auditores e ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (art. 148).

Ainda no contexto da isonomia processual, outra regra do CPC/2015 passível de aplicação no Tribunal de Contas é a possibilidade de o julgador redistribuir o ônus probatório em casos nos quais, por suas particularidades, seja impossível ou muito dificultosa a comprovação de que houve a boa e regular utilização do recurso público. Trata-se da *teoria*

dinâmica do ônus da prova, consubstanciada no §1º, do art. 373, do CPC. O TCU, conforme se revelou, já fez uso de tal dispositivo em um caso concreto, sendo certo que a possibilidade de flexibilização do ônus probatório sempre que o caso concreto exigir tem o condão de deixar o processo mais justo e efetivo.

15. Quanto à ***garantia de publicidade dos atos processuais*** (art. 5º, XXXIII e LX), tem-se, como regra, que os atos processuais sempre serão públicos. Somente deixarão de ser caso assim a lei o determine para fins de proteção da intimidade ou do interesse envolvido das partes, de terceiros ou da coletividade.

Em relação ao direito de acesso dos autos por *terceiros*, verificou-se a existência de julgados no TCU no sentido de que tal faculdade somente seria exercível após a prolação de decisão de mérito. Também se identificou, em sentido oposto, julgado que admitiu acesso aos autos por terceiros a qualquer tempo como uma garantia do cidadão, desde que não classificado como sigiloso. Esta posição nos pareceu a que melhor se adequa ao que determina o texto constitucional. Com efeito, diante da omissão da LOTCU, afigura-se valiosa a incidência da disciplina da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), bem assim a do CPC/2015, pelo qual os atos processuais são públicos, exceto os que tramitam em segredo, como aqueles em que o exija o interesse público ou social e os em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade (art. 189, I, III).

No tocante à possibilidade de vista dos autos por advogado não constituído nos autos, por força do que dispõe o artigo 7º, XIII e XV, da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), apurou-se que o Tribunal de Contas tem recorrentemente recusado a aplicação de tal dispositivo, sob o entendimento de que a prerrogativa não incidiria nos processos de controle externo. O STF, instado a se posicionar sobre a matéria, repetidamente afastou restrições impostas pelo Tribunal de Contas a advogado que pretenda ter vista e cópia de processos, reputando a plena aplicabilidade do Estatuto da OAB. Conforme se apontou, o CPC/2015 ratificou tal prerrogativa do advogado em seu artigo 107, I, de modo que o direito à vista e cópia de processo no Tribunal de Contas é assegurado ao advogado seja por força do que prevê o Estatuto da OAB, seja pela aplicação subsidiária do CPC/2015.

16. Em seguida, examinou-se a ***garantia do juiz natural*** (CF, art. 5º, incisos XXXVII e LIII), que visa evitar que uma controvérsia possa ser entregue a autoridade diversa daquela que seria competente segundo a lei. Assegura-se, por meio dela, o direito de qualquer pessoa ser processada e julgada por autoridades constitucionalmente competentes, imparciais e pré-constituídas na forma da lei.

Pelo que se observou, a sistemática de distribuição processual existente no Tribunal de Contas mostra-se compatível com a garantia do juiz natural, mesmo estando as respectivas unidades fiscalizadas atreladas por dois anos a determinados ministros. De um lado, tem-se atendida a exigência de predeterminação da competência (no caso, das autoridades do Tribunal), que por sua vez é realizada em abstrato por normativos editados em caráter permanente pelo próprio órgão no exercício de seu poder regulamentador. De outro, não há qualquer margem de discricionariedade dos ministros ou do órgão para modificação das relatorias (designação de julgadores *post factum*), visto que inexistente previsão legal para tanto, devendo-se respeitar os sorteios previamente realizados.

Ainda tratando da garantia do juiz natural, afirmou-se que as competências materiais do Tribunal de Contas são aquelas fixadas *numerus clausus* no texto constitucional (art. 71). Nesse sentido, foram examinadas algumas competências materiais específicas geradoras de debate, como é o caso da sustação de atos e sustação de contratos administrativos, em que há divergência de opiniões acerca dos limites examinatórios do órgão. Quanto à sustação de atos, o Tribunal de Contas, deparando-se com ilegalidade no curso de fiscalização, tem o poder de conferir prazo para que a Administração adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Caso não haja a correção do ato impugnado, este poderá ser *sustado* pelo Tribunal. No que se refere especificamente ao contrato administrativo, concluiu-se que a Constituição Federal conferiu sistemática específica para a hipótese de sustação. Diz o texto que a sustação deverá ser adotada “*diretamente pelo Congresso Nacional*” (artigo 71, §1º). O exame do Congresso Nacional se aterá não apenas às razões técnico-jurídicas da proposta de sustação do Tribunal de Contas, mas também – e especialmente – aos impactos econômicos e sociais da interrupção da execução do contrato. Somente na hipótese de o Congresso Nacional, no prazo de noventa dias, não deliberar a respeito, é que o Tribunal de Contas decidirá sobre a sustação do contrato. As competências correspondentes à assinatura de prazo à Administração para correção de irregularidades e à sustação de ato administrativo, ademais, têm natureza cautelar, na medida em que pressupõem, para a sua aplicação, a existência de *fumus boni iuris* – consistente na necessidade de constatação de ilegalidade – e de *periculum in mora* – relacionado ao risco de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação caso tenha de se esperar a conclusão do processo administrativo.

17. Seguindo adiante, averiguou-se a aplicação da **garantia do contraditório** (art. 5º, LV) no Tribunal de Contas, especialmente à luz do CPC/2015 em cotejo com a LOTCU e normativos internos do órgão, tendo em vista que o novo diploma conferiu especial magnitude a tal garantia ao discipliná-la. Com esse enfoque, foram estudados seis direitos

dos sujeitos processuais extraíveis da garantia do contraditório, quais sejam: (i) de comunicação dos atos processuais; (ii) de reação ou de manifestação; (iii) de participação no desenvolvimento do processo; (iv) de influência no conteúdo das decisões; (v) de os argumentos das partes serem considerados pelo julgador; e (vi) da vedação à prolação de decisões surpresa.

Constatou-se a necessidade de se assegurar a ampla participação, em todas as fases processuais, do responsável ou interessado no processo do Tribunal de Contas por meio de manifestações que possam influenciar e alterar a compreensão que o corpo técnico ou os julgadores têm do caso, ajudando-os na elaboração do conteúdo da decisão. Mais ainda, o direito de o responsável ou interessado ter as suas razões de fato e de direito examinadas e consideradas pelo julgador por ocasião da decisão. Não pode este simplesmente ignorar o que é produzido no processo. Se as alegações são irrelevantes, então deve dizê-lo claramente. Por fim, a inovação introduzida pelo artigo 10 do CPC/2015, de aplicação subsidiária e supletiva ao processo no Tribunal de Contas, que veda a prolação de decisão com fundamento que não tenha sido objeto de prévia manifestação da parte, sob pena de nulidade.

Também se confirmou a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nos processos do Tribunal de Contas sob a disciplina do CPC/2015 – algo que, embora já fosse aceito pela jurisprudência do TCU mesmo antes do novo diploma processual, não era regulamentado por sua Lei Orgânica e normativos internos. O *amicus curiae* tem o potencial de pluralizar o debate processual, permitindo que o órgão leve em consideração, em decisões cuja matéria seja relevante, tenha repercussão social ou guarde certas especificidades, as razões apresentadas por estes terceiros e que podem ser fundamentais para o deslinde da questão. Verificou-se, ainda, que uma vez autorizado o ingresso do *amicus* no processo, não pode o TCU furtar-se de avaliar e de se posicionar quanto ao que este apresentar, sob pena de descaracterizar a própria razão de existir do instituto.

18. Ao tratar da **garantia da ampla defesa** (art. 5º, LV), entendida como o direito de a parte apresentar ao conhecimento do julgador as informações e as provas necessárias à apuração da verdade, de modo a permitir a elisão das imputações que lhe tiverem sido feitas, o trabalho concentrou-se em verificar a disciplina da produção de provas nos processos do Tribunal de Contas. Nestes processos é *dever* do responsável, como regra, *provar* o bom emprego dos recursos utilizados. Contudo, em que pese a relevância do tema, a LOTCU foi omissa e o RITCU dedicou apenas um dispositivo para regular a produção de provas e o fez para preconizar que somente é aceita a produção de prova documental perante o Tribunal.

Verificou-se que o STF, no julgamento do MS 25.358-DF – 2ª Turma, ao examinar a negativa de produção de prova técnica no TCU, desconstruiu os fundamentos que a jurisprudência da Corte de Contas tem utilizado para recusar a produção de prova pericial e também de outras provas. Conforme sustentado pelo STF, a ausência de previsão na LOTCU ou mesmo a especificidade do rito dos processos da Corte de Contas não podem se sobrepor à obrigatória observância da garantia da *ampla defesa* prevista no texto constitucional, com os meios a ela inerentes, no que se inclui o direito à prova e à prova pericial, se necessário.

Também apurou-se que a LOTCU admite a possibilidade de o Tribunal de Contas contar, no curso dos processos, com o apoio de serviços técnicos especializados de órgãos e entidades federais quando os seus técnicos não tiverem os conhecimentos especiais exigidos para solucionar questão técnica específica (art. 101). Diante dessa possibilidade, concluiu-se salutar a aplicação, subsidiária e supletivamente, da disciplina do CPC/2015 (arts. 465, §1º, e 466), a fim de que seja assegurada a participação da parte em tal trabalho (por exemplo, com a indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos), mediante adaptações específicas dessa participação, a serem definidas pelo relator conforme o caso concreto.

Caso inexista entidade ou órgão público especializado para a realização da perícia ou, existindo, estar impossibilitado de executar o trabalho no tempo e modo requerido no processo, não pode a parte ver tolhido o seu direito à prova. Mais uma vez, parece-nos adequado recorrer-se subsidiária e supletivamente ao CPC/2015 para que seja nomeado pelo relator perito especializado no objeto da perícia. Em se tratando de profissional ou entidade privada, caberia a este, uma vez solicitado pelo relator, apresentar a sua proposta de honorários, intimando-se ao responsável ou interessado que requereu tal prova manifestar-se a respeito e arcar com a respectiva remuneração (art. 465, §§2º a 5º).

Em relação à produção de prova oral, concluiu-se que é dever do julgador, no contexto da ampla defesa e do devido processo legal, envidar todos os esforços na busca da verdade real, evitando o amesquinamento das oportunidades que o responsável ou o interessado têm para comprovação do que alegam. A aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015, uma vez mais, mostra-se oportuna para disciplinar o procedimento de interrogatório de testemunhas e/ou de responsáveis e interessados diante da omissão da LOTCU a respeito.

19. Estudou-se, então, a **garantia de inadmissão da prova ilícita** (CF, art. 5º, LVI), pela qual ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com base em prova obtida ou produzida de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado. Embora a LOTCU nada tenha previsto, o RITCU preceitua serem

inadmissíveis provas obtidas por meios ilícitos, determinando que o relator do caso proíba a sua juntada no processo (art. 162, §§1º e 2º). Verificou-se, ademais, a aplicação no TCU da teoria dos frutos da árvore envenenada, consistente na ideia de que a prova derivada diretamente da ilícita também é ilícita. As referências existentes na jurisprudência do órgão confirmaram a compreensão quanto à plena viabilidade de sua utilização nos processos que lá tramitam. Seria um contrassenso, aliás, reputar como válida prova derivada de outra reconhecida como ilícita, pois isto representaria verdadeiro incentivo à produção de prova ilícita. Esta, ainda que inutilizada para fins de condenação, atingiria o mesmo efeito por meio de outra prova que dela decorresse, encorajando violações de direitos fundamentais, o que seria de todo incongruente.

20. A *garantia do duplo grau de jurisdição* (CF, art. 5º, LV), que tem o condão de assegurar à parte o direito de interposição de recursos perante outro agente ou órgão, em regra de hierarquia superior, foi examinada segundo as regras recursais do Tribunal de Contas. Concluiu-se que tal garantia não pressupõe, necessariamente, que o segundo julgamento seja conferido a órgão de hierarquia superior àquele que realizou o primeiro exame, mas por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, ressalvadas exceções específicas em que o último grau de jurisdição é detentor de competência originária para apreciar a matéria. No caso do Tribunal de Contas, como se sabe, não há hierarquia entre os julgadores. Contudo, existe mais de um órgão julgador (Câmaras e Plenário), de modo que a garantia poderia ser melhor assegurada se houvesse a reformulação das competências recursais desses órgãos, evitando-se que o mesmo grupo de julgadores se responsabilize tanto pela primeira como pela segunda decisão (objeto do recurso).

21. No tocante à *garantia de celeridade processual* (CF, art. 5º, LXXVIII), esta também é relevante no processo do Tribunal de Contas. A fiscalização de uma ação administrativa muito tempo depois de sua ocorrência tende a dificultar ou mesmo inviabilizar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do responsável. Nesse sentido, algumas medidas de celeridade previstas no CPC/2015 parecem o aprimoramento do processo no Tribunal de Contas, como por exemplo a disposição segundo a qual os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão (art. 12). Embora não se trate de um dever, extrai-se da disposição a necessidade de um tratamento isonômico na condução dos processos de idêntica natureza, minimizando eventuais subjetivismos aptos a apressar ou postergar o exame do caso. Outro exemplo é a prioridade, conferida pelo CPC/2015, de

tramitação aos processos em que figuram como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave (art. 1.048). Tal regra parece absolutamente harmonizável com o processo do Tribunal de Contas, não havendo porque negar a sua aplicação supletiva e subsidiária. Assim, o responsável que se enquadrar como idoso ou portador de doença grave pode requerer ao Tribunal ou ao relator de seu processo a obtenção do benefício, juntando prova de sua condição.

Também se concluiu que o prazo prescricional para a pretensão punitiva do Tribunal de Contas deve ser *quinquenal*, à luz de recente julgado do STF (MS 32.201-DF), que afastou a interpretação *decenal* do TCU baseada na disciplina do Código Civil. A decisão do STF privilegiou a segurança jurídica ao se calcar no arcabouço normativo existente em matéria de direito público para vedar a aplicação de sanção por atos anteriores a cinco anos da citação do responsável para se manifestar no processo.

22. Por fim, investigou-se a aplicação da *garantia de motivação das decisões* do Tribunal de Contas. Após a verificação detalhada das diretrizes constantes da LOTCU acerca do dever de motivação e a constatação de que seguem a estrutura clássica das decisões judiciais no aspecto estrutural (relatório, fundamentação e dispositivo), entendeu-se valiosa a incidência subsidiária e supletiva do CPC/2015 especialmente em relação à fundamentação. O novo diploma processual, inovando em relação ao Código anterior, relacionou seis situações exemplificativas em que se considera não fundamentada a decisão (art. 489, §1º), todas elas compatíveis com o processo administrativo no Tribunal de Contas. São elas: (i) quando se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) quando há o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicação do motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) quando invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) quando não houver o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) quando a decisão se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e (vi) quando deixa de ser seguido enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ainda tratando do dever de motivação, passou-se então a examinar a aplicação dos novos dispositivos da LINDB voltados às decisões na esfera controladora com vistas a lhes conferir maior segurança jurídica. Os arts. 20 e 21 preconizam um dever consequencialista

a toda e qualquer decisão que envolva invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Veda-se, também, o proferimento de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos sem que se considere as suas consequências práticas. Deve o controlador checar primeiramente – fazendo constar da decisão o respectivo registro – se a medida a ser adotada ou se a invalidação é a mais adequada considerando o fim visado. Satisfeito este requisito, cabe ao decisor verificar se a sua solução para o caso concreto é a que causa o menor sacrifício aos envolvidos e interessados, justificando a sua escolha. O ônus argumentativo imposto ao decisor, desse modo, permite verificar se houve, de sua parte, a exata compreensão dos efeitos advindos da decisão tomada. Se a descrição das consequências, bem como dos dados e fatos que sustentam as respectivas conclusões são diversos da realidade ou inexatos, será inadequada a decisão, ficando passível a sua revisão pelo próprio Tribunal de Contas, por meio do recurso competente, ou pelo Poder Judiciário.

Observou-se que o artigo 22 da LINDB, por sua vez, determina o dever de contextualização na interpretação de normas de gestão pública, em decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ação administrativa, bem como na aplicação de sanções e responsabilização a agentes. Cabe ao intérprete de normas sobre gestão pública, considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos do administrados. O dispositivo obriga que o contexto e as vicissitudes vivenciadas pelos gestores públicos e pelos administrados sejam criteriosamente examinados em cada caso concreto.

Já os incisos II e III do artigo 22 da LINDB estabelecem parâmetros de dosimetria na aplicação de sanções na esfera controladora. Em que pese a jurisprudência do TCU já considerasse a gravidade e natureza da irregularidade para efeito da aplicação da sanção, bem assim as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, não há na LOTCU e normativos internos do Tribunal de Contas a previsão de dosimetria objetiva das sanções, de modo que o novo dispositivo tem o mérito de positivar e, portanto, tornar obrigatória a observância de tais critérios, o que vai ao encontro do aprimoramento do devido processo legal no âmbito do órgão. O mesmo artigo 22, no parágrafo terceiro, apresenta ainda relevante comando consistente no dever de os órgãos com competência sancionatória levarem em conta, na dosimetria da sanção a ser aplicada, eventuais sanções de mesma natureza já aplicadas ao agente relativas ao mesmo fato, consagrando o princípio do *ne bis in idem*.

Ainda de acordo com a nova LINDB, sempre que o Tribunal de Contas conferir nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado – impondo, por

consequência, novo dever ou condicionamento de direito a quem cabe observar a referida norma -, deverá prever regime de transição quando necessário para a garantia da segurança jurídica (art. 23). Por fim, o artigo 27 da LINDB autoriza que a decisão, na esfera controladora, imponha compensação em benefício daquele que tenha sofrido prejuízos anormais ou injustos resultante do processo. A mesma compensação é devida caso a parte tenha auferido benefícios indevidos.

23. Como desfecho, pode-se concluir, à luz do princípio constitucional do devido processo legal, que a disciplina do processo no Tribunal de Contas necessita de aprimoramentos. O trabalho descreveu inúmeras situações em que as garantias estruturantes do devido processo são inobservadas pela jurisprudência do órgão. As razões para tanto decorrem, em especial, de omissões de sua Lei Orgânica. Esta não se mostra à altura da atual magnitude e miríade de competências de que dispõe a Corte de Contas, sendo precária e inadequada para assegurar aos indivíduos os direitos necessários para um processo justo. Nesse propósito, a avaliação do alcance das garantias constitucionais que se aplicam a tais processos e o emprego do CPC/2015 e da nova LINDB consagram-se como um ferramental a serviço do aperfeiçoamento do devido processo legal no Tribunal de Contas. Essa foi a contribuição que se pretendeu dar com este trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo II, Barcelona: Bosch, 1970.

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 74, abr./jun. 1994.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRIOLO, Leonardo José. *Rui Barbosa: uma visão do controle do dinheiro público*. Brasília: Tribunal de Contas da União. Instituto Serzedello Correa, 2000.

ANGELIN, Karinne A., *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar, dissertação de mestrado*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

ARAÚJO, Aldem Johnson Barbosa. *Processo administrativo e o novo CPC: impactos da aplicação supletiva e subsidiária*. Curitiba: Juruá, 2017.

ARAUJO, Julio Cesar Manhães de. *Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2013.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. *Direito das políticas públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda (orgs.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1985.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança e da boa-fé. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte. ano 10. nº 40. abr./jun. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Liminad, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições Brasileiras*, vol. 2, 3ª Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, out./dez., 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira. Coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Saraiva, 1931.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 82, out/dez 1999.

BARBOSA, Rui. *Orações aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARILARI, André. *Les controles financiers comptables, administratifs et juridictionnels des finances publiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 495-532.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 203, jan./mar. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil anotado*. TUCCI, José Roberto Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; MARTINS, Sandro Gilbert; DOTTI, Rogéria Fagundes (Coords.). Curitiba: AASP, OAB/SP, 2015.

- BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significações de uma distinção política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2001.
- BORGES, Alice Gonzales. Processo Administrativo e Controle. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 226: 179-186, out./dez. 2001.
- BOTTALO, Eduardo Domingos. *Curso de Processo Administrativo Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do Devido Processo Legal a Processos Particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos. *Revista de Processo – RePro* 161 – ano 33 – julho – 2008.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do Tribunal de Contas. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Cento de atualização jurídica, v. I, nº 09, Dez., 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 28/08/2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BUENO, Pimenta. *Direito Público e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857.
- BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do tribunal de contas da união*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 62, 1967.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Breves comentários do código de processo civil*. WAMBIER, Teresa Arruda et al. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CANANEA, Giacinto della. *Due process of law beyond the state*. Oxford, 2016.
- CANOTILHO, José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; outros autores. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELARI, Récio Eduardo. Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça. *Revista Justiça do Direito, Universidade de Passo Fundo*, v. 24, p. 61-74, jan. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Volume II. Tradução, revisão e notas de Hermes de Zaneti Júnior. Porto Alegre: SAFE, 2010.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. *Reformatio in Pejus* no processo administrativo brasileiro: fundamentos, condições e limites. *Revista da AGU*. n. 21, jul/set. 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 15. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do tribunal de contas em face da separação de poderes do estado. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, ano 18, n. 38, out./dez. 1997.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A constituição federal comentada*. Vol. I. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A constituição federal comentada*. Vol. II. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1952.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores: 2007.

COLE, Charles D. Stare decisis na cultura dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, n. 752, São Paulo, RT, jan.-jun. 1998.

COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, nº 667, p. 7-16, maio, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. *Revista dos Tribunais*. Vol. 631. São Paulo. Maio, 1988, p. 14-23.

D'ADDEA, Giulia. *Due processo of law e giusto processo: um percurso giuridico giurisprudenziale tra common law e civil law*. Edizioni Accademiche Italiane, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Administração pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo. n. 5. jan./mar, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEL FRATE, Paolo Alvazzi. Le Principe du “Juge Naturel” et La Charte de 1814. *Juges et Criminels. Etudes em hommage à Renée Martinage*. Lille: L’Espace Juridique, 2001. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/208097/Juge-Naturel-1814>. Acesso em 02.11.2018.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 1957.

DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*; tradução Nereu José Giacomolli. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada: aplicabilidade às decisões do tribunal de contas da união. *Revista do Tribunal de Contas da União*. n. 70. Brasília, out./dez., 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov/dez 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios do processo judicial no processo administrativo. *Revista Consultor Jurídico*. 10/12/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-10/interesse-publico-principios-processo-judicial-processo-administrativo>. Acesso em: 25.03.2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimpressão da 1ª Edição de 1974. Lisboa: Coimbra Editora, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional* / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil: volume II*. 7ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 11ª Ed. Salvador: Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume I, arts. 1º a 69: das normas processuais civis e da função jurisdicional / coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca*. – São Paulo: Saraiva, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DÓRIA, Antonio de Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DUARTE, Zulmar. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. São Paulo: Forense, 2015.

DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*. Paris: Boccard, 1926.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Controle das licitações pelo Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 239: 95-110, Jan./Mar. 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência*. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRAZ, Luciano. Tribunal de Contas – Controle de Serviço Concedido. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005.

FERRAZ, Sergio. Tribunais de Contas: meditando e remeditando. In FREITAS, Ney José de [Coord.]. *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ, Sergio. A execução das decisões dos tribunais de contas: algumas observações. *O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O Devido Processo Legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume IX, arts. 485 a 508*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Ney José de (Coord.) *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GALLIGAN, D.J. *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford University Press, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GIANNINI, Massimo Severo. *Dirito Amministrativo*, Vol. I, 3ª Ed. – Milano: Giuffré Editore, 1993.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Tribunais de Contas: Aspectos Controvertidos*. São Paulo: Editora Forense, 2003.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo, 2. Tomo: La defensa del usuário y del administrado*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2004

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Direito processual administrativo: comentários à Lei 9.784/1999, com as alterações da Lei 11.417/2006*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed. Niterói: Impetus, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018.

JORGE, André Guilherme Lemos. *Tribunal Administrativo e a supremacia da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN NETO, Marçal. Os efeitos da reinterpretação de norma no direito público. In FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Nº 4 – Vol. 1, n.1 (out. 2014).

LEMBO, Claudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.

LEONI, Fernanda. O processo sancionatório no TCU e os princípios do Direito Administrativo Sancionador. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 199, p. 17-27, jul. 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 189-200, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos. *Revista Consultor Jurídico*, 27/11/2017. Visualizado em 12/01/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido>.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri, SP: Manole, 2004.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. *O Controle Prévio dos Editais de Licitação pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LINS NETO, Jair. Tribunal de Contas: sempre combatido, nunca conhecido. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 200, abr./jun.1996.

LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Administrativo e Ciência da Administração da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1947.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume II (arts. 70 a 118)*; coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Neves da Fonseca. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES, José Reinaldo de. *História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due Process of Law. Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro. *Processo civil aplicado aos tribunais de contas: novas tendências a partir do CPC de 2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi, art. 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequentialismo jurídico como mínimo essencial. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniaio-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Visualizado em 20/11/2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, n. 100, Belo Horizonte, abr. 2010.

MARRARA, Tiago. Comentários gerais ao dispositivo: artigo 23 da LINDB. In FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.) *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A motivação e a lei do processo administrativo. In NOHARA, Patrícia (Coord.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/1999*.

MASHAW, Jerry L. *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*. Faculty Scholarship Series. Paper 1152, 1981. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1152. Acesso em: 23/03/2019.

MAZZILI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, n. maio/ju 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *BDA – Boletim de Direito Administrativo* nº 2 – Fevereiro de 1992.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ªEd. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo. In MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Ed. atual. AZEVEDO, Eurico de Andrade. ALEIXO, Délcio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018.

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

- MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: RT, 2003.
- MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. In FREITAS, Ney José de [coord.]. *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MOLLICA, Rogerio. *Comentários ao código de processo civil – volume 2 (arts. 318 a 538) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador)*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 223, jan./mar. 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In SOUZA, Alfredo José de et. Al. *O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 33-86.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, 2016.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Comentários ao código de processo civil (livro eletrônico)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo penal, civil e administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9784/1999 comentada*. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018*. Brasília:

Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho/2018 (Texto para Discussão nº 250). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 10.01.2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; DORNA, Mario Henrique de Barros. Exame prévio de edital e medidas cautelares nos tribunais de contas - Efetividade no âmbito do processo de seleção de entidades do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, v. 13, p. 9-23, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 303-322, 1 jan. 2009.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. A instrução processual no Tribunal de Contas da União em face de um processo célere e consistente juridicamente: os desafios dos novos tempos. *Revista do TCU*, v. 108, 1 jan 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 7ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PALMA, Juliana Bornacosi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. *SBDP*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br>. Visualizado em 20/11/2018.

PEDRA, Adriano Sant'ana. A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 247, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*, 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A obtenção de certidões em repartições públicas. Hipóteses constitucionais de expedição e de indeferimento. Tentativa de identificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N. 19. Editora Revista dos Tribunais. Abr-Jun 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 209: jul./set. 1997.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

ROSILHO, André; CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAAD, Amauri Feres. *Do controle da administração pública*. 1ª Ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2017.

SALLES, Alexandre Aroeira. *A necessária reformulação da organização e do processo nos Tribunais de Contas para efetivo alcance dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*. Tese defendida em 2016, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SAMPAIO DÓRIA, Antonio de. *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Luis Wagner Almeida. *As sementes do controle externo nas bases do pensamento do 'Águia de Haia'*. Prêmio Serzedello Corrêa – 1999 – Monografias vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 2000.

SANTOS, Welder Queiroz dos. Art. 9º. *Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)* / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). – São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHMIDT-ASS MANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 248, maio/ago. 2008.

SHAUER, Frederick F. *English Natural Justice and American Due Process: An Analytical Comparison*, 18 Wm. & Mary L. Rev. 47 (1976). Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol18/iss1/3>. Acesso em: 02/11/2018.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico* / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Fábio Agostinho da. *O devido processo legal nos países membros do Mercosul*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª Ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 175, 1989.

SOUZA FRANCO, António L. de. O Controlo da Administração Pública em Portugal. *Revista do Tribunal de Contas*, Tomo I, Julho-Dezembro, 1993.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume I*. FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O controle da administração pública brasileira e as medidas cautelares*. Vol. III. Curitiba: Gênese. n. 9. jun., 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e o seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (direito de certidão, vista e intimação). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 199, jan./mar.1995.

TACITO, Caio. A moralidade administrativa e a nova lei do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo. v. 190. out./dez., 1992.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, José F. F. *O Tribunal de Contas: Do visto em especial – Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*; tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. *A prova*; tradução João Gabriel Couto. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 33 (nov/dez 2009). Porto Alegre: Magister.

TOMELIN, Georghio. “Interpretação consequencial e dosimetria conglobante na nova LINDB”. In: *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de Setembro de 1942. – Volume II*. FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

TONIOLO, Ernesto José. A evolução do conceito de reformatio in pejus e a sua proibição no sistema recursal do processo civil. *Revista de Processo*, vol. 254, abril 2016.

TUCCI, J. R. C. E. Contra o processo autoritário. *Revista de Processo*, ano 40, n. 242, São Paulo, RT, abril. 2015.

TUCCI, J. R. C. E. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 323-345, 1 jan. 2002.

TUPINAMBÁ, Carolina. “Comentários ao artigo 15 do Novo Código de Processo Civil”. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

URUGUAY, Visconde de. *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil*. Rio de Janeiro: B.L.Garnier, Livreiro Editor, 1865.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno; MELLO, Luiz Eduardo Bandeira de. Anotações sobre o Direito Intertemporal e Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle de razoabilidade das leis do Século XVII ao XXI*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007.