

Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas

Juarez Freitas e Hélio Saul Mileski



ATRICON
Associação dos Membros dos
Tribunais de Contas do Brasil



Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas

Juarez Freitas e Hélio Saul Mileski



ATRICON
Associação dos Membros dos
Tribunais de Contas do Brasil





DIRETORIA DA ATRICON – BIÊNIO 2012/2013

Presidente	Conselheiro Antonio Joaquim Moraes Rodrigues Neto (TCE-MT)
1º Vice-presidente	Conselheiro Thiers Vianna Montebello (TCM-RJ)
2º Vice-presidente	Conselheiro Valdecir Pascoal (TCE-PE)
3º Vice-presidente	Conselheiro César Colares (TCM-PA)
Diretoria Ass. Corporativos	Conselheira Anilcéia Luiza Machado (TC-DF)
Diretoria Ass. Corporativos	Conselheiro Reinaldo Neves Filho (TCE-RR)
Diretoria Ass. Corporativos	Conselheira Maria Theresa F. Garrido (TCM-GO)
Diretoria de Controle Externo	Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva (TCE-AM)
Diretoria de Controle Externo	Conselheiro Sebastião Carlos Ranna (TCE-ES)
Diretoria de Controle Externo	Conselheiro Maurício Faria (TCM-SP)
Diretoria de Relações Institucionais	Conselheiro Marcos C. Loreto (TCE-PE)
Diretoria de Relações Institucionais	Conselheiro Waldir N. Barbosa (TCE-MS)
Diretoria de Relações Institucionais	Auditor Substituto de Conselheiro Luiz Henrique M. de Lima (TCE-MT)
Diretoria Administrativa	Auditor Substituto de Conselheiro Jaylson F Lopes Campello (TCE-PI)
Diretoria Administrativa	Conselheiro Honor C. de Oliveira (TCM-GO)
Diretoria Administrativa	Conselheiro Wanderley G. de Ávila (TCE-MG)
Conselho Fiscal	Conselheiro Luis da Cunha Teixeira (TCE-PA)
	Conselheira Marisa Serrano (TCE-MS)
	Conselheiro José De Ribamar Caldas Furtado (TCE-MA)
Suplentes	Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall (TCE-SC)
	Conselheiro Regildo Wanderley Salomão (TCE-AP)

BRASÍLIA-DF

SRTV / SUL – qud 701 - bl K - Ed Embassy Tower, sl 830 – CEP: 70.340-000
t (61) 3346-3533 - f (61) 3346-7638

CUIABÁ-MT

Centro Político e Administrativo – r Conselheiro Benjamin Duarte Monteiro, n 1 – CEP: 78049-915
Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE-MT)
t (65) 3613-7120



COMPOSIÇÃO

Presidente	Severiano Costandrade Aguiar (TCE-TO)
1º Vice-Presidente de Relações Internacionais	Júlio de Assis Corrêa Pinheiro (TCE-AM)
2º Vice-Presidente de Relações Institucionais	Otávio Lessa (TCE-AL)
3º Vice-Presidente de Pesquisa e Ensino	Sebastião Helvécio Ramos (TCE-MG)
4º Vice-Presidente de Tecnologia e Informática	Edilberto Carlos Pontes Lima (TCE-CE)
5º Vice-Presidente de Divulgação e Publicações	Válter Albano da Silva (TCE-MT)
1º Secretário	Marly Vinhadeli (TC-DF)
2º Secretário	Cézar Miola (TCE-RS)
Tesoureiro	Rafael Souza Fonseca (TCE-SE)

SUPLENTE

- 1 Pedro Henrique Lino (TCE-BA)
- 2 José Antônio Almeida Pimentel (TCE-ES)
- 3 Adircélio de Moraes Ferreira Junior (TCE-SC)

CONSELHO FISCAL

- 1 Manoel Pires Dos Santos - Presidente (TCE-TO)
- 2 Arnóbio Alves Viana (TCE-PB)
- 3 Soraia Victor (TCE-CE)
- 4 Paulo Roberto Chaves Alves (TCE-RN)
- 5 Renato Martins Costa (TCE-SP)

SUPLENTE DO CONSELHO FISCAL

- 1 Paulo Curi Neto (TCE-RO)
- 2 Jonas Lopes de Carvalho Júnior (TCE-RJ)
- 3 José Marcelo Feitosa (TCE-CE)
- 4 Inaldo Paixão (TCE-BA)

PALMAS-TO

Av. Joaquim Teotônio Segurado, 102 Norte – Cj. 01 – Lts 01 e 02 – Plano Diretor Norte – Cep: 77.006-002
Tribunal de Contas do Estado de Tocantins (TCE-TO)
t (63) 3232-5953



CONSELHEIROS

Presidente Salomão Ribas Junior
Vice-presidente Luiz Roberto Herbst
Corregedor César Filomeno Fontes
Wilson Rogério Wan-Dall
Herneus João De Nadal
Julio Cesar Garcia
Adircélio de Moraes Ferreira Junior

AUDITORES

Sabrina Nunes locken
Gerson dos Santos Sicca
Cleber Muniz Gavi

FLORIANÓPOLIS-SC

r Bulcão Viana, 90 – Caixa Postal: 733 – Centro – CEP: 88.020-160
Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE-SC)
t (48) 3221-3600

Este manual faz comentários, bem como sugere boas práticas e normas básicas sobre o processo de fiscalização no âmbito dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Copyright © Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), 2013.

Tiragem: 1.000

É permitida a reprodução total ou parcial de texto desta obra, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

F866m

Freitas, Juarez.

Manual de Boas Práticas Processuais dos
Tribunais de Contas./ Juarez Freitas e Hélio Saul
Mileski. Brasília-DF; Cuiabá-MT: ATRICON;
Instituto Rui Barbosa; TCE-SC, 2013.

1.Tribunais de Contas. 2.Boas Práticas
Processuais. 3.Processo de Fiscalização.
I.Mileski, Helio Saul. II.Titulo.

CDU 34

COMISSÃO ORGANIZADORA

Conselheiro Salomão Ribas Junior (TCE-SC)

Conselheiro Maurício Faria (TCM-SP)

Conselheiro aposentado Hélio Saul Mileski (TCE-RS)

Juarez Freitas (Consultor)

PRODUÇÃO

DAM EDITORIAL

Capa e Projeto Editorial Doriane MilochPublicitária

Imagens da capa © Thinkstock

Av. Bem-te-vi, s/n – Condomínio Altos de Chapada, casa 11 – Centro – Chapada dos Guimarães-MT
(65) 9983-1639 – doriane.miloch@gmail.com

Apresentação

Entre as muitas iniciativas da atual Diretoria da Atricon, presidida pelo Conselheiro Antonio Joaquim, com o apoio da Diretoria do IRB, presidida pelo Conselheiro Severiano Costandrade, destaca-se a criação do presente Manual de Boas Práticas Processuais.

É um manual porque sintetiza e informa quais os melhores procedimentos a serem adotados pelos órgãos de controle externo, em particular os Tribunais de Contas, para atuarem com eficiência e eficácia. Relaciona o que se convencionou chamar de “boas práticas” seguindo uma tendência no sentido de selecionar e recomendar a melhor e mais adequada maneira de fazer as coisas em geral. No caso, as “boas práticas” são as de controle externo.

A origem dos estudos sobre o conteúdo desse Manual são remotas. Fruto da necessidade de uma certa uniformização da atuação dos Tribunais de Contas houve uma primeira tentativa da Atricon sob a coordenação do Professor Diogo de Figueiredo em meados de 2000, depois abandonada pela falta de adesão mais ampla dos Tribunais de Contas à iniciativa. Na época discutia-se a construção do que se chamava de “Lei Orgânica Nacional dos Tribunais de Contas Brasileiros”. Desde então defendi a elaboração de um documento com características de uma lei nacional de normas gerais que poderia ser um Manual. Pensava que a questão da constitucionalidade do documento deveria ser melhor discutida no próprio processo de elaboração e definitivamente ao final. Defendia que se, ao final, não coubesse o que se chamava lei orgânica, teríamos um conjunto de princípios e regras para orientar a revisão, se fosse o caso, das leis orgânicas estaduais uniformizando a maioria dos dispositivos de fiscalização e controle. Entendia, como entendo, que o princípio federativo deve ser respeitado o que não impede que se busque a uniformização de algumas práticas. Afinal, a

maioria das leis cuja execução e aplicação verificamos são nacionais que devem ter interpretação uniforme.

Esses estudos não prosperaram e a questão foi abandonada por algum tempo. Seria retomada no processo de modernização dos Tribunais de Contas para melhor fiscalizar a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal. A discussão para fiscalizar o cumprimento da LRF pelos Estados e Municípios evoluiu para a necessidade de um diagnóstico dos próprios órgãos de controle. Esse diagnóstico foi feito pela FIA-USP com a participação do Ministério do Planejamento, IRB e Atricon. Entre os aspectos positivos e negativos dos Tribunais de Contas apontou-se a necessidade de uma harmonização de conceitos da LRF e de uma Lei Processual Nacional. Deixando de lado os demais componentes nacionais e locais do Promoex, cuidemos apenas do relativo à lei processual. Com a participação de técnicos de praticamente todos os Tribunais o assunto foi tratado por uma comissão de alto nível criada pela Atricon. A Comissão foi presidida pelo Ministro Benjamim Zymler do TCU e teve como relator o Conselheiro Hélio Saul Mileski do TCE-RS (Foi integrada pelos seguintes membros Remilson Candeia (TCU) e os Conselheiros Flávio Sátiro Fernandes (TCE-PB), Carlos Pinna de Assis (TCE-SE), Pedro Henrique Lino de Sousa (TCE-BA), Renato Martins Costa (TCE-SP) e Thiers Vianna Montebello (TCM-RJ)). Seus trabalhos foram concluídos em abril de 2008 e entregues formalmente ao TCU, órgão que se imaginou submeteria a matéria ao Congresso Nacional.

O TCU depois de um período prolongado de estudos e considerações concluiu pela inconveniência da remessa do projeto de lei processual e também por vislumbrar um impedimento de ordem constitucional para a medida.

Diante dessa resposta negativa retomei a ideia original de um Manual de Boas Práticas, acolhida prontamente pelo Conselheiro Antonio Joaquim, Presidente da Atricon e em seguida pelo Conselheiro Severiano Cos-

tandrade, Presidente do IRB. Assim, foi constituída Comissão de Redação desse documento sob minha coordenação e composta pelos Consultores Hélio Saul Mileski e Juarez Freitas e pelo Conselheiro Maurício Farias e, representando o IRB os Conselheiros Severiano Aguiar e Sebastião Helvecio.

O documento foi distribuído e sofreu diversas emendas e sugestões de vários Conselheiros, Auditores, Procuradores de Contas e Técnicos dos Tribunais de Contas.

O que se pretende com o Manual é disseminar algumas práticas processuais que podem auxiliar os Tribunais de Contas na sua organização, redesenho de processos, melhoria da qualidade dos relatórios e das decisões e a conseqüente eficiência e eficácia das mesmas.

O ideal, imaginado na construção do Promoex, é a existência de uma Lei Processual Nacional. Por várias razões e, em especial para que possa existir um controle externo. Pessoalmente defendo que esse controle seja exercido por um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC) a partir do modelo sugerido pela PEC 28/2007. A idéia é que o controle seja externo, mas não estranho aos Tribunais de Contas.

Este documento é consequência de indicativos constantes dos planos estratégicos da Atricon e do IRB e que se repetem na maioria dos planejamentos estratégicos dos Tribunais de Contas e conclua a proposta original do Promoex.

É um documento aberto, como se decidiu na reunião da Atricon em Campo Grande-MS e deve ser aperfeiçoado. A realidade sobre a qual atuam os órgãos públicos está em constante mutação. É inviável atender às demandas sem um aperfeiçoamento permanente de nossos procedimentos.

Conselheiro Salomão Ribas Junior

Coordenador

1. Introdução	13
2. Princípios a Serem Observados no Processo de Fiscalização	21
2.1 Diretrizes	21
3. Tipos de Processo de Fiscalização	33
4. Garantias dos Fiscalizados	41
5. São Deveres dos Fiscalizados	45
6. O Ministério Público Junto aos Tribunais de Contas	47
7. Início do Processo de Fiscalização	49
7.1 Denúncia de Ilegalidades e Irregularidades	49
7.2 Determinações e Recomendações	50
7.3 Prazo	51
7.4 Tratamento Sigiloso	52
8. Distribuição de Processos	55
9. Competência Fiscalizadora do Tribunal de Contas	57
10. Impedimento de Ministro ou Conselheiro	61
11. Suspeição de Ministro ou Conselheiro	63
12. Processo de Fiscalização	65
12.1 Validade do Ato	65
13. Instrução do Processo	69
14. Nulidade do Ato	71
15. Consequências da Anulação do Ato	73
16. Anulação na Fase Recursal	77
17. Audiências Públicas	79

Sumário

18. Amicus Curiae	83
18.1 Audiência de <i>Amicus Curiae</i>	83
19. Ouvidoria	87
19.1 Apuração De Irregularidades	87
20. Corregedoria	89
21. Processos de Fiscalização	91
21.1 Contas.....	91
22. Efeitos das Decisões	93
23. Declaração de Nulidade de Ato	103
24. Medida Cautelar	105
24.1 Urgência ou Decisão Motivada	105
25. Atribuições Fiscalizadoras dos Tribunais de Contas	107
26. Atos Processuais de Fiscalização	109
26.1 Motivação Clara e Congruente.....	109
27. Decisões Fiscalizadoras	113
27.1 Recurso ao Tribunal de Contas	113
28. Recursos	115
29. Revisão dos Processos de Fiscalização	119
29.1 Justificativa da Revisão.....	119
30. Súmula da Jurisprudência	123
31. Relatório para o Poder Legislativo	125
32. Considerações Finais	127

1. Introdução

Para os fins do presente Manual, consideram-se:

I. Controle Externo: *a competência fiscalizadora exercida pelos Tribunais de Contas, nos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial de todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, além daqueles aqui definidos como fiscalizados em sentido amplo.*

Consoante o sistema de fiscalização previsto no art. 70 da CF/88, o controle externo está a cargo do Poder Legislativo, mas a sua execução deve ser efetuada com o auxílio independente do Tribunal de Contas, para o qual são destinadas, nos termos do art. 71, competências próprias, exclusivas e indelegáveis, com incidência sobre todos os organismos que utilizam recursos públicos¹.

Numa frase: o âmbito de atuação do Controle Externo, obedecendo o horizonte demarcado pelo art. 71 da CF/88, ultrapassa as fronteiras da Administração Pública Direta e Indireta, para alcançar, também, pessoas jurídicas mantidas ou instituídas pelo Poder Público, como é o caso, por exemplo, das fundações vinculadas às Autarquias (existem fundações públicas, nem sempre vinculadas a autarquias, e ainda Associações Públicas), às Empresas Públicas ou às Sociedades de Economia Mista. Mais. Ainda quando a rejeição seja de compe-

¹ Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, 2ª ed., prefácios de Benjamim Zymler e Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 297-299.

tência privativa do Congresso (inciso IX, do art. 49, da CF/88), cabe ao Tribunal de Contas apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República (inciso I, do art. 71, do CF/88).

II. Contas: *“Conjunto de informações orçamentárias, financeiras, econômicas, patrimoniais, de custos, operacionais, sociais e de outra natureza, registradas de forma sistematizada, ética, responsável e transparente com o objetivo de evidenciar os atos e fatos da gestão pública em determinado período, possibilitando o controle, a aferição de resultados e responsabilidades e o atendimento dos princípios e das normas”²*

III. Fiscalizado: *toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União, os Estados ou Municípios respondam, ou que, em nome destes, assumam obrigações de natureza pecuniária.*

Fiscalizado é, pois, todo o agente com autoridade administrativa para gerir os dinheiros e bens públicos, de cujos atos resultem o dever de prestar contas, submetendo-se, por isso, ao sistema de fiscalização exercido pelo Tribunal de Contas. A Constituição de 1988, no pertinente ao exame das contas dos agentes públicos, não abrange mais somente os atos de realização de despesa, quanto à regularidade de aplicação dos recursos públicos, mas sim todos os atos de gerenciamento público, envolvendo também a arrecadação da receita. Saliente-se que tal procedimento alcança, ainda, pessoas de

2 *Normas de Auditoria Governamental - NAGs: Aplicáveis ao Controle Externo. 2010, pag. 12. Verificar os conceitos e definições contidas na referida Norma.*

fora da órbita administrativa³.

É preciso deixar claro, portanto, em conexão e em harmonia com que já ficou expresso no item 1.I anterior, que, ao manejarem bens e recursos públicos (tais como subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício), pessoas jurídicas situadas fora do perímetro jurídico da Administração Pública Direta ou Indireta poderão ser alvo da atuação fiscalizadora do Controle Externo. Em certo sentido, os limites do Controle Externo são modulados menos pela personalidade jurídica das instituições fiscalizadas e mais pelo recebimento ou pela administração de bens e recursos públicos. Em suma, fiscalizado é toda pessoa investida de poder estatal de gestão administrativa a quem se imputa o dever de prestação de contas, sem excluir ninguém a quem se possa legitimamente imputar o cometimento de alguma irregularidade, nessa esfera.

IV. Responsável: *toda pessoa investida de poder estatal de gestão administrativa ou com o dever de prestação de contas.*

Esta gestão administrativa do responsável por dinheiros, bens e valores públicos, diz respeito à pessoa designada por disposição legal ou regulamentar ou por delegação de poderes, com vista ao exame de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos que impliquem utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, tendo em conta a regular e boa aplicação dos recursos públicos ou a adequada utilização e administração dos bens e valores públicos, cuja avaliação culmina com o julgamento de suas contas perante o Tribunal de Contas.

3 Vide Hélio Saul Mileski in ob. cit., pp. 158-159.

Aqui, mais uma vez, convém chamar a atenção para a circunstância de que a responsabilidade, no âmbito do Controle Externo, não se circunscreve apenas aos servidores ligados funcionalmente à Administração Pública Direta ou Indireta. Como a competência fiscalizadora abrange, em determinadas situações, pessoas físicas ou jurídicas particulares (vide itens 1. I e 1. II anteriores), o sentido jurídico da palavra “responsável” assume contornos bem dilatados, podendo também designar pessoas ou entidades vinculadas ao Poder Público por diversos tipos de ajustes. (ex. Contratos de Gestão, Termo de Parceria, Concessão e Permissão de Serviço Público, Contratos de Obras e Serviços, Convênios e etc.).

V. Ouvidoria: *a atividade que compreende o recebimento de notícias de irregularidades, denúncias, reclamações, sugestões, críticas e informações sobre atos de agentes públicos sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas ou de serviços por ele prestados, com dever de apuração de sua veracidade e de prestação de informação aos denunciantes ou noticiantes.*

Trata-se de uma atividade inovadora estabelecida pela Constituição de 1988, estimulando a participação popular no Sistema de Fiscalização Contábil, Financeiro e Orçamentário:

qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. (CF - art. 74, § 2º)

A competência fiscalizadora quer interna, quer externa, não deve e não pode prescindir da colaboração dos particulares. As di-

mensões tentaculares do Poder Público (cujos recursos, inclusive pela via creditícia e fiscal, são injetados inclusive em múltiplas atividades privadas) fazem com que o trabalho desempenhado pelo Controle Externo aumente, dia após dia, tanto em complexidade como em amplitude. Assim, nada mais natural e necessário do que se socorrer dos olhos fiscalizadores e participativos da própria sociedade civil, por meio de Ouvidorias, as quais devem agir com independência e desassombro, convindo que sejam compostas por quadros exclusivamente de carreira.

Sem dúvida, o Estado Democrático supõe, para a promoção do interesse público, distribuição de poderes, divisão de competências (em cortes verticais e horizontais), *accountability*, instâncias de controle interna e externa. Mas o que o Estado é e pode ser, o que os agentes públicos e os mecanismos de controle são e podem se tornar, o quão adequadamente cumprem as suas funções, são coisas que dependem, sobretudo na moderna sociedade em rede⁴, da ativa e interativa participação da cidadania.

VI. Interessado: *toda pessoa física ou jurídica, inclusive o denunciante, que postule sua participação em processo em curso, comprovando legítimo interesse.*

O conceito de “interessado” não é novo. Trata-se, antes, de categoria jurídica com larga história, cuja evolução, entretanto, acompanha de perto, como se fosse um satélite, as mutações do conceito mais restrito de direito subjetivo público. Com efeito, de direito subjetivo, segunda a tradição, só se cogita quando o interesse individual

4 Vide Manuel Castells in *A sociedade em rede*. SP: Paz e Terra, 1999.

é, em si mesmo, a meta colimada pela proteção normativa. Na hipótese, contudo, de o escopo legal ou de a tutela processual beneficiarem o interesse individual apenas de forma indireta ou secundária, a situação tipifica eficácia material reflexa do direito objetivo, ficando, assim, presa, para usar a linguagem do Direito Administrativo francês, aos limites do chamado “interesse legítimo”⁵.

A formulação precursora dessa noção, cujos ecos tornaram-se visíveis nos sistematizadores do Direito Administrativo alemão⁶, foi, segundo o testemunho dos historiadores, de Rudolf von Jhering. Em seu *esprit du droit romain*, cuidou de operar a distinção entre, de um lado, os interesses individuais protegidos direta e intencionalmente pela ordem jurídica, e, de outro, aqueles outros interesses que, somente de maneira reflexa, acabam sendo beneficiados pelo sistema jurídico, quer por força do trabalho legislativo, quer por obra da atuação jurisdicional.

Como escreveu Jhering,

[...] nem todas as leis que protegem nosso interesse nos conferem um direito. [...] Como explicar esse fato? É que há aqui uma ação jurídica reflexa. Trata-se de uma relação que apresenta, sem dúvida, a maior analogia com o direito, mas que ele deve distinguir cuidadosamente [...]

toute loi qui protege notre intérêt ne nous confere pas un droit. [...] Comment expliquer ce fait? C'est qu'il n'y a qu'une action réflexe juridique; c'est

5 Vide Maurice Hauriou in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Paris: Sirey, vol. II, p. 27 e ss.

6 Vide, por exemplo, Otto Mayer in *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1905, vol. I, p. 133.

*qu'il s'agit d'un rapport qui présente, sans doute, la plus grande analogie avec le droit, mais qu'il en faut bien soigneusement distinguer*⁷ [...]

Esse ponto de vista foi, também, acolhido por Georg Jellinek, ao porem realce que,

[...] quando as normas jurídicas prescrevem, no interesse geral, um determinado ato ou omissão aos órgãos do Estado, pode bem acontecer que o resultado dessa ação ou omissão beneficie a determinados indivíduos, sem que o ordenamento jurídico, ao estabelecer a regra de que se trata, tenha se proposto ampliar a esfera jurídica destas pessoas. Nesses casos, se poderá falar de um efeito reflexo do direito objetivo [...]

*[...]allorché le norme giuridiche prescrivono nell'interesse generale, una determinata azione od omissione agli organi dello Stato, può bene accadere che il risultato di questa azione o di questa omissione profitte a determinato individui, senza che l'ordinamento giuridico, nello stabilire la norma di cui trattassi, si sia proposto di allungare la sfera giuridica propria di queste persone. In tali casi si potrà parlare di un effetto riflesso del diritto obbiettivo*⁸ [...]

Aqui já estava delineada, portanto, a separação entre direito subjetivo e direito reflexo e, junto com ela, a distinção entre os conceitos de parte (propriamente dita) e de interessado. Enquanto a parte exerce direito subjetivo público próprio, onde o interesse in-

⁷ In *L'Esprit du Droit Romain*. Paris: Librairie Maresq Aîné, 1886, Vol. IV, p. 337.

⁸ In *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Società Editrice Libreria, 1912, p. 79.

dividual recebe proteção direta e imediata da ordem jurídica, o interessado, a alguns poucos graus de latitude, comparece em juízo como portador de um direito reflexo ou “interesse legítimo”, também salvaguardado pelo sistema em função dos eventuais e importantes efeitos mediatos que, não raro, a controvérsia sobre o direito subjetivo acarreta.

Essa dinâmica de conceitos é que, no processo, inclusive no de natureza administrativa, abre espaço para o comparecimento tanto (a) do titular de direito subjetivo próprio como (b) do portador de interesse passível de amargar o impacto reflexo da decisão administrativo-jurisdicional (c) *amicus curiae*. Tal perspectiva parece encontrar pleno acolhimento na Lei do Processo Administrativo e precisa ser acatada nos processos no âmbito dos Tribunais de Contas. Foi por essa exata razão que o art. 9º da Lei 9.784, ocupado em precisar os contornos materiais da figura do “Interessado”, cuidou de incluir, ao lado dos “titulares de direitos” (inciso I), também aqueles que “têm [...] interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada” (inciso II). Quer dizer: quando o presente Manual fala de intervenção do interessado, o que ele tem em mente, em perfeita confluência com a citada evolução doutrinária e legislativa, são aquelas pessoas físicas ou jurídicas, e até “as organizações e associações representativas” (inciso III, do art. 9º da Lei 9.784), cujos “interesses” – e não apenas direitos – “possam ser afetados pela decisão a ser adotada”. Qualquer interpretação restritiva atenta contra as boas práticas processuais e interesse público.

2. Princípios a Serem Observados no Processo de Fiscalização

O processo de fiscalização, no âmbito dos Tribunais de Contas, deverá observar os princípios da legalidade, da moralidade, da economicidade, do desenvolvimento sustentável⁹, da eficácia, da eficiência, da proporcionalidade, da impessoalidade, da legitimidade, da transparência e da publicidade, da motivação, do contraditório e da ampla defesa, e da duração razoável do processo, tendo como finalidade a efetivação do direito fundamental à boa administração pública.

2.1

Diretrizes

Nos processos de fiscalização deverão, ainda, ser observadas, entre outras, as seguintes diretrizes:

- I** – condução em conformidade com as regras e, sobretudo, com os princípios fundamentais de Direito;
- II** – preservação da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé;
- III** – motivação dos atos, com explicitação clara e congruente dos fatos e dos fundamentos de direito, dispensada nos casos de atos de mero expediente;
- IV** – impulso de ofício, sempre que necessário ao cumprimento diligente dos deveres relacionados ao controle externo.

9 Vide Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª. ed., BH: Fórum, 2012.

O sistema jurídico apresenta-se como uma rede hierarquizada e aberta não apenas de regras, mas, igualmente, de princípios jurídicos, sendo que o exame dos princípios ganha cada vez maior relevância para os que, no exercício das funções de controle, encontram neles a fonte finalística de compreensão do conjunto das normas¹⁰.

Princípio da Legalidade: *o Controle Externo deve obediência não somente às normas legais, mas, antes de tudo, ao Direito como sistema. Isso quer dizer que, acima da lei e ao lado do princípio da legalidade, há um conjunto axiológico de princípios ao qual o controlador também deve observância. Já faz tempo que o Direito Administrativo abandonou o exagero formal das posições legalistas, priorizando, mais e mais, uma visão balanceada e substancialista da ordem jurídica. Ninguém duvida: a legalidade permanece como uma das principais balizas da Administração Pública. Mas a legalidade nunca poderá ser mais que um princípio entre princípios, razão pela qual o inciso I, do § único do art. 2º da Lei 9.784, em boa hora, advertiu que as escolhas e as decisões do Poder Público têm de se afinar ao critério de “atuação conforme a lei e ao Direito”.*

Em outras palavras, seria, a esta altura, erro crasso restringir a força normativa do sistema jurídico apenas às leis. Na verdade, é o sistema – cuja unidade de sentido ultrapassa a mera soma das suas regras, princípios e valores – que funciona como limite dinâmico e fonte material de cognição das regras e dos princípios. Em síntese, Administração Pública nem sempre poderá fazer ou deixar de fazer o que uma isolada lei ou um isolado princípio determinar. O siste-

10 Vide Juarez Freitas in *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed., SP: Malheiros, 2010.

ma é, nessa medida, o resultado da unidade aberta e evolutiva do todo¹¹.

Princípio da Moralidade: *Cada decisão, cada interpretação, cada escolha sempre se ressentem, em todos os confins do Poder Público, do caráter de quem as concretiza. Embora, daí, não se deva extrair uma pura e plena identidade entre Direito e Moral, não se pode deixar de reconhecer que a rígida dissociação de outrora já não tem como se sustentar. Quando a CF/88 (arts. 5º, LXIII, 15, V, 37, § 4º, 85, V) e as leis (v.g., Lei 8.429/92, C.Cv, art. 422), de forma confluyente, fazem alusão, direta ou indiretamente, ao princípio da moralidade, o que elas pretendem é chamar atenção para o fato de que não basta o respeito à legalidade, nem é suficiente o acatamento à prévia publicidade ou a observância dos marcos de eficiência e de eficácia. Não. Antes e acima de tudo, a ação administrativa há de ser honesta, proba, harmonizando-se, portanto, com os “padrões éticos superiores” da sociedade.¹² Não se trata de moralismo, pois sem proibição e o completo e incessante combate a tráfico de influências, não haverá boas práticas processuais nas Cortes de Contas.*

Princípios da Transparência e da Publicidade: *a máxima constitucional da publicidade quer dizer, em resumo, que só o exercício transparente das competências se afigura compatível com as atuais exigências do Estado Democrático de Direito. Em certo sentido, a transparência, por si só, opera como um robusto e efetivo controle*

11 Vide Freitas, Juez in *O Controle dos Atos Administrativos*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70 e ss.

12 *Idem*, p. 87 e ss.

da Administração Pública. O administrador, independentemente de controles ulteriores (interno, externo ou jurisdicional), decide melhor quando sabe que suas escolhas estão, desde sempre, ao alcance dos olhos vigilantes da sociedade. Sobretudo quando se cogita do Controle Externo e da sindicância da gestão fiscal e orçamentária do Estado (vide o art. 48, II, da Lei Complementar nº 101), não seria exagero escrever que o sentido e o alcance das palavras “poder” e “controle” dependem, hoje, em todas as esferas, do sentido e do alcance das palavras “transparência” e “publicidade”. Ninguém discute: “poder” e “controle” são mais do que “publicidade” e “transparência.” Mas o que parece difícil de negar é que, dentro ou fora da Administração Pública, o poder está especialmente nas mãos de quem modula a publicidade e a transparência.

Vale dizer: o funcionamento dos mecanismos institucionais de controle do poder, dentro ou fora da Administração Pública, depende, em larga medida, do controle deste controle sobre o grau de transparência ou sobre o grau de circulação das informações.

Em resumo: o poder, nos dias atuais, é institucionalizado e controlado por meio do processo de comunicação público e transparente com a sociedade¹³.

Princípios da Economicidade, da Eficiência e da Eficácia, conjugados com o Desenvolvimento Sustentável: a atuação do Poder Público, em todas as suas esferas, deve observar, de forma harmônica, os princípios da economicidade, da eficiência, da eficácia e do desenvolvimento sustentável. Com efeito, a Administração Pública, para ser

13 Vide Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos*. p. 90 e ss.

econômica (art. 70, da CF), deve fazer o mais com o menor dispêndio; para ser eficiente (art. 37, da CF), deve se desincumbir das suas obrigações, valendo-se dos meios e instrumentos mais adequados; para ser eficaz (art. 74, CF), deve ajustar as suas escolhas às diretrizes fundamentais impostas à gestão pública, em especial as previstas no art. 3º da CF. Para ser geradora de desenvolvimento sustentável, deve dar conta das externalidades de suas decisões, a longo prazo.

Com efeito, não basta gastar menos, não basta manejar bem e escolher as melhores ferramentas administrativas. Antes, é necessário mirar os objetivos certos, sem visão de curto prazo. Às vezes, nada se mostra mais antieconômico do que gastar menos. De pouco adianta ser ágil e dinâmico se a economicidade e a eficiência se colocarem a serviço de metas dissociadas do interesse público. Enfim, do ponto vista das instâncias de controle, é preciso não só investigar se as coisas foram bem feitas, mas, ao mesmo tempo e acima de tudo, se elas eram as coisas certas a serem feitas¹⁴.

Princípio da Proporcionalidade: *o princípio da proporcionalidade deve ao Direito Administrativo a sua primeira aparição na Ciência Jurídica. Ainda na primeira metade do século passado, os administrativistas perceberam que a defesa da boa ordem da coisa pública, em especial quando se tratasse do exercício do Poder de Polícia, exigia uma intervenção estatal reguladora que não desbordasse da lógica da proporcionalidade. Lembrando uma velha figura de retórica cunhada por Fritz Fleiner, dizia-se que a Administração Pública não poderia utilizar um canhão para abater um pequeno alvo. De lá para cá, o tema da pro-*

14 Vide Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos.*, ob.cit., p. p. 125 e ss.

proporcionalidade sofreu grande evolução, tendo a doutrina¹⁵ e a jurisprudência¹⁶, ainda em tempos recentes, cunhado alguns parâmetros para que, no caso concreto, fosse possível avaliar a eventual desproporcionalidade de certos atos administrativos.

Nesse sentido, de acordo com a melhor doutrina, há pelo menos três subprincípios de cuja confluência depende a aprovação no teste da proporcionalidade¹⁷:

1. Subprincípio da Adequação entre Meios e Fins: Esta diretriz exige relação de pertinência entre os meios escolhidos e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo.

2. Subprincípio da Necessidade: Aqui o objetivo pode ser traduzido por uma sábia máxima popular: “dos males, o menor!”. O que esse subprincípio investiga não é tanto a necessidade dos fins, porém e sobretudo, a palpável inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público. Quando há muitas alternativas, o Estado deve optar em favor daquela que afetar o menos possível os interesses e as liberdades em jogo.

3. Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito: A cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, contudo, ainda assim, desproporcionais em relação ao custo-benefício.

15 Vide, entre outros, Hartmut Maurer in *Droit Administratif Allemand*. Tradução de Michel de Fromont, Paris: L.G.D.J., 1994, p. 248 e ss.

16 Vide, por exemplo, a ADIn 855 e a IF 2.915.

17 Vide Freitas, Juarez in *O Controle dos Atos Administrativos*, ob.cit., p. 61 e ss.

Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa: *os princípios do contraditório e da ampla defesa, em cuja evolução as digitais do Processo Civil são muito visíveis, ganha, talvez, relevo ainda maior no processo administrativo, uma vez que nele prevalece a ideia de verdade material. Mais próximo da Administração do que do Poder Judiciário, o Controle Externo, deve zelar pela apuração dos fatos, o que também passa pelo cuidado em ouvir a voz daqueles que foram ou serão afetados pelas suas decisões.*

Paradigmático, neste contexto, foi o julgamento, pelo STF, do MS 24.268 (do qual resultou a Súmula Vinculante 03)¹⁸, no qual a Corte Suprema, de uma vez por todas, assentou que os princípios do contraditório e da ampla defesa têm plena cogência nos processos administrativos, até mesmo quando se cuida de cancelamento de aposentadorias e pensões. Já antes do MS 24.268, o Plenário da STF, no MS 23.550, onde se debatia a anulação de certame licitatório, o então Ministro Sepúlveda Pertence aproveitou o ensejo para, com certa eloquência, frisar que,

[...] se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional. De todo irrelevante a circunstância – a que se apegam as informações – de não haver previsão expressa da audiência dos interessados na Lei Orgânica do TCU, salvo

18 Súmula Vinculante 03: *Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.*

nos processos de tomada ou prestação de contas, dada a incidência direta, na hipótese, das garantias constitucionais do devido processo. De qualquer modo, se se pretende insistir no mau vezo das autoridades brasileiras de inversão da pirâmide normativa do ordenamento, de modo a acreditar menos na Constituição do que na lei ordinária, nem aí teria salvação o processo: nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da União da aplicação subsidiária da lei geral do processo administrativo, a Lei 9.784/99, já em vigor ao tempo dos fatos. Nela, explicitamente, se prescreve a legitimação, como 'interessado no processo administrativo', de todos 'aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão adotada' (art.9º, II)

Bem por isso, longe de se lançar reprimenda ao eventual poder geral de cautela nos Tribunais de Contas, o que se busca com o acatamento dos princípios do contraditório e da ampla defesa¹⁹ é o amplo conhecimento dos fatos. Assim, as instâncias de controle, quando não houver efetiva impossibilidade material, devem, máxime nos processos marcados por grande antagonismo, dar a palavra a todos os envolvidos.

Neste sentido, não se deve prescindir dos modernos mecanismos de intervenção no processo, que asseguram a possibilidade de representação processual a entidades de classe, bem como a pessoas jurídicas criadas para a defesa dos direitos e interesses de determinados grupos sociais e econômicos. Numa frase: as instâncias de controle não devem ter medo de abrir as portas do proces-

19 Art. 5º, inc. LV da Constituição Federal/88.

so administrativo à audiência dos que foram ou serão afetados por suas decisões²⁰.

Princípio da Oficialidade: *diferente do processo jurisdicional, em que o conflito gravita, no mais das vezes, em torno de direitos disponíveis, o processo administrativo se encontra vinculado à tutela do interesse público e, não raro, a salvaguarda de direitos fundamentais. Por isso, o Poder Público deve agir de ofício, assumindo a promoção e prevenindo a inércia.*

Ao passo que, nos processos jurisdicionais, a verdade dos autos ganha dianteira em relação à verdade material, no processo administrativo de contas, a situação, se não assume lógica oposta, adquire, entretanto, conotação um pouco diversa. Como, aqui, os direitos em debate têm como denominador comum o interesse público, a produção das provas está mais nas mãos do controlador do que nas mãos das partes, cuja atuação, neste particular, revela-se subsidiária em relação ao protagonismo estatal. A busca da dita verdade real induz, portanto, a consequência de que os órgãos de controle poderão tomar iniciativas conducentes à investigação e à produção das provas, sempre com o objetivo de expor os elementos e as variáveis que compõem a exata realidade dos fatos.

Princípio da motivação das decisões: *o princípio da motivação vale, com igual ênfase, para controladores e controlados. Exigir motivação e dar motivação, eis o que há de ser o cotidiano das instâncias de controle. Ao exigir motivação, os controladores devem, por sua vez,*

20 Vide Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos*. ob.cit., p. 94 e ss.

tomar resoluta consciência de que todos os atos administrativos, sobretudo os que afetam direitos e interesses, devem ser motivados, isto é, devem apresentar as razões de fato e de direito que lhes serviram de fundamento (vide art. 50, da Lei 8.987). Um Relator que retira o processo de pauta, por exemplo, deve oferecer motivação consistente. Indagado sobre a demora de pedir pauta, igualmente deve dar resposta fundamentada e assim por diante.

Em outras palavras, ao oferecer motivação, os controladores não devem esquecer que, como reflexo do art. 93 da CF, especialmente dos seus incisos IX e X, também as suas decisões precisam ser amparadas em razões objetivas e congruentes. Já é tempo de os controladores, em sintonia com os avanços do Direito Administrativo, cerrarem fileiras ao lado da constatação científica de que a motivação é regra cogente da qual se excetuam apenas os atos administrativos de mero expediente, cuja motivação, ausente o reflexo no direito e no interesse de terceiros, mostra-se prescindível. Em resumo, no capítulo do princípio da motivação, a Administração Pública brasileira já está muito atrasada no dever constitucional de difundir a orientação de que até o chamado poder discricionário está, sempre e sempre, vinculado aos princípios, razão pela qual, sob pena de se negligenciar esta porção vinculada presente em todos os atos administrativos, o controle do mérito não deve ceder ao discurso anacrônico e autoritário da impermeabilidade dos “atos políticos” ou dos “atos de governo”²¹.

21 Vide Juarez Freitas in *Discricionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

Princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica: os princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica ocupam, hoje, lugar de destaque no cenário do controle dos atos administrativos²².

No que diz respeito ao princípio da boa-fé, há tempo, doutrina e jurisprudência já o reconhecem como um dever recíproco nas relações de administração. Tanto o Poder Público como os destinatários da Administração precisam se conduzir em sintonia com as exigências da boa-fé. Uma das consequências mais notáveis do princípio da boa-fé está nos limites impostos à invalidação dos atos administrativos, o que já foi, em parte, consagrado, do ponto de vista legislativo, nos arts. 54 e 55 da Lei 9.784. É por isso que a passagem do tempo, consorciada à boa-fé dos administrados, poderá, em casos excepcionálíssimos, conduzir à convalidação dos atos administrativos.

Com relação ao princípio da confiança legítima, mais do que nunca, mostra-se essencial proteger a confiança dos administrados nas decisões tomadas pelas instituições públicas. Como bem advertiu Ernst Forthoff, “a necessidade de proteger a confiança dos interessados, às vezes, sobrepuja o princípio da legalidade”²³. Não se afigura correto que o Poder Público possa fazer e desfazer as suas decisões ao variar das suas conveniências e em prejuízo da confiança legítima depositada pelos cidadãos nestas decisões. Sobretudo quando se cogita das atividades de controle não é admissível que aqueles que devem dar exemplo desrespeitem os padrões normativos exigidos da Administração Pública.

22 Vide Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos*, ob. cit., p. 94 e ss.

23 Vide Ernst Forsthoff in *Traité de Droit Administratif Allemand*. Tradução de Michel deFromont, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant S.A., 1969, p. 396: “La nécessité de protéger la confiance des intéressés l'emporte ici sur le principe de légalité”.

No que concerne ao princípio da segurança jurídica, talvez o de reconhecimento mais antigo, cabe registrar que impõe à Administração Pública o dever de zelar pela estabilidade das relações jurídicas em geral e das relações de administração em particular. Não é por outro motivo que, em concurso com os princípios da boa-fé e da confiança, o princípio da segurança, quando em conflito com o da legalidade, pode determinar o dever de convalidação dos atos administrativos, em situações justificáveis. Algumas das mais propaladas irradiações do princípio da segurança jurídica encontram-se expressas na defesa constitucional do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

3.

Tipos de Processo de Fiscalização

Constituem tipos de processo de fiscalização, para efeitos deste Manual:

- I** – Parecer Prévio das Contas do Chefe do Executivo;
- II** – Tomada de Contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos;
- III** – Processo de tomada de contas de exercício ou gestão;
- IV** – Tomada de Contas Especial;
- V** – Apreciação da legalidade dos atos de admissão, aposentadoria, pensão, revisão de proventos, reforma e transferência para reserva remunerada;
- VI** – Inspeções, Auditorias, Acompanhamentos e Monitoramentos;
- VII** – Consultas relativamente à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência;
- VIII** – Denúncias, previstas no § 2º do art. 74 da CF, que permitem aos cidadãos, sindicatos ou partidos políticos levarem ao conhecimento dos Tribunais de Contas eventuais irregularidades na aplicação de recursos públicos, concretizando o chamado controle social;
- IX** - Representações, instrumentos ordinários de atuação do Ministério Público de Contas, bem como de outros legitimados,

tais como parlamentares, membros do Ministério Público dos Estados e da União, além de qualquer interessado na regularidade nos procedimentos licitatórios, consoante expressa disposição legal (Lei 8.666/93, art.113).

X - Outros processos de acordo com as necessidades fiscalizatórias dos Tribunais de Contas.

I – O **Parecer Prévio** elaborado pelo Tribunal de Contas possui as seguintes feições²⁴:

a) O Parecer Prévio sobre as contas do Presidente da República e Governadores envolve uma função opinativa e de assessoramento ao Poder Legislativo no julgamento das contas apresentadas. Trata-se de uma apreciação técnico-opinativa sobre desempenho governamental na execução do seu plano de governo, competindo ao Parlamento proferir o julgamento político sobre a gestão analisada – art.71, I, e 75 da CF/88.

b) O Parecer Prévio sobre as contas do Prefeito Municipal, diferentemente do determinado para o âmbito federal e estadual, onde o parecer possui caráter puramente técnico-opinativo, no âmbito municipal ele se altera para um conteúdo de efeito decisório e quase vinculativo para o Legislativo, eis que o Parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal – art. 31, § 2º, CF/88. Saliente-se, entretanto, que se o Prefeito Municipal assumir a condição de ordenador de despesa, embora o tema seja controverso no âmbito judicial, pen-

24 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, ob. cit., pp. 307-320.

dente de julgamento no STF, no intuito de preservar a essência institucional do controle externo, entendemos que a matéria merece restar adstrita à decisão do Tribunal de Contas.

II – Tomada de Contas dos Administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos é o processo criado por lei para ser realizada a apreciação e julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos²⁵, na forma determinada pelo 70, § único, e art. 71, II, da Constituição Federal.

A tomada de contas é um processo totalmente distinto do processo de prestação de contas, a começar pelo órgão competente para proceder ao julgamento do processo. Nesse caso, a competência de julgamento pertence ao Tribunal de Contas, consoante a determinação efetuada pelo art. 71, II, da Constituição Federal.

Altera-se também o processo na sua forma de instauração, constituição e composição de elementos, com obediência a um rito próprio, cujos procedimentos são regulamentados para o alcance de uma decisão perante a Corte de Contas.

São dois os tipos de processo de tomada de contas criados legalmente: tomada de contas de exercício ou gestão e tomada de contas especial.

III – Processo de tomada de contas de exercício ou gestão – as exigências contidas nos arts. 81 a 84 do Decreto-Lei nº 200/1967 para a sua instauração, no âmbito da União, estão consolidadas

25 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, ob. cit., pp. 326-335.

na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, com importantes acréscimos normativos (arts. 6o, 7o, 9o e 52 da Lei nº 8.443/1992 e arts. 191 e 194 e seu § único da Resolução nº 155/2002 – TCU).

IV – Processo de tomada de contas especial – a formação do processo de tomada de contas especial, em face de verificação de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário, pode ser por determinação da autoridade administrativa ou do Tribunal de Contas, devendo conter os mesmos elementos exigíveis para a tomada de contas de exercício, acrescidos de cópia de relatório de sindicância ou de inquérito, quando for o caso, sem prejuízo de outras peças que permitam ajuizamento acerca da responsabilidade ou não pelo prejuízo verificado (art. 8o, § 1o ao 3o, da Lei nº 8.443/1992 e arts. 197 a 200 da Resolução nº 155/2002 – TCU).

V – Apreciação da legalidade dos atos de admissão, aposentadoria, pensão, revisão de proventos, reforma e transferência para reserva remunerada.

Este tipo de processo de fiscalização é procedimento administrativo que deriva do poder de controle do Tribunal de Contas, tendo por objetivo realizar o controle de legalidade, com a finalidade de ser concedido ou não o registro aos atos de admissão, aposentadorias, reformas e pensões, nos termos do determinado constitucionalmente (art. 71, III, CF).

Trata-se de competência advinda da Constituição de 1946 que, na Constituição de 1988, teve como complemento inovador, a sua ampliação para uma apreciação de legalidade também dos atos de

admissão de pessoal, a qualquer título, em todo o âmbito da Administração Pública, à exceção dos cargos comissionados (sem prejuízo, em relação a esses últimos, da avaliação em procedimento de auditoria de eventuais irregularidades).

Assim, esse controle de legalidade possibilita uma fiscalização abrangente, alcançando todos os atos praticados pelo Administrador Público, envolvendo um acompanhamento de legalidade de toda a vida funcional do servidor público, desde o seu ingresso até a sua aposentadoria²⁶.

VI – Inspeções, Auditorias, Acompanhamentos e Monitoramentos.

Os processos de Inspeções, Auditorias Acompanhamentos e Monitoramentos são, basicamente, procedimentos de coleta de dados de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto aos aspectos técnicos de legalidade, legitimidade e economicidade da gestão dos administradores e demais responsáveis pelos órgãos ou entidades fiscalizadas, no sentido de ser verificada a regularidade de manuseio dos dinheiros, bens e valores públicos; suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias; avaliar o desempenho operacional, as atividades e sistemas desses órgãos e entidades, aferindo os resultados alcançados pelos programas e projetos governamentais a seu cargo; conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades jurisdicionadas; para subsidiar a instrução e o julgamento de processos de tomadas e prestações de contas, bem como para viabilizar a

26 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, ob. cit., pp.337-339.

apreciação dos atos de admissão de pessoal, aposentadorias, reformas e pensões²⁷.

VII – Consultas relativamente à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência.

O processo de consulta busca esclarecer, em tese, as dúvidas de natureza técnico-jurídica das autoridades administrativas, quanto às providências que devem ser adotadas no exercício da atividade financeira, é instaurado com o documento que encaminha a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência.

No âmbito do Tribunal de Contas da União a matéria está regulada no art. 1º, XVII, da Lei 8.443/92 e art. 264 e 265 do Regimento Interno – Resolução 155/2002. A competência consultiva do Tribunal de Contas foi reconhecida pelo STF, que disse da validade das decisões do TCU, proferidas em consultas²⁸.

VIII – Denúncias, previstas no § 2º do art. 74 da CF.

Permitem aos cidadãos, associações, sindicatos ou partidos políticos levarem ao conhecimento dos Tribunais de Contas eventuais irregularidades na aplicação de recursos públicos, concretizando o chamado controle social. Imperativo, em termos de boas práticas, não apenas processá-las, mas dar satisfação ao denunciante das providências tomadas, justificando-as, formalmente.

27 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, ob. cit., p. 358/363.

28 STF – ADIN nº 1.691-7 – DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 28.11.1997.

IX – Representações

As representações são instrumentos ordinários de atuação do Ministério Público de Contas, bem como de outros legitimados, tais como parlamentares, membros do Ministério Público dos Estados e da União, além de qualquer interessado na regularidade dos procedimentos licitatórios, consoante expressa disposição legal (Lei 8.666/93, art.113). É absolutamente crucial valorizar tais instrumentos, considerando-se os representantes em alta conta, ensejando-lhes trazer, a qualquer tempo, novos elementos, tendo em vista a preservação da lisura dos certames.

X - Outros processos de acordo com as necessidades fiscalizatórias dos Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas, em face da competência prevista no art. 96, a), da CF/88, com aplicação determinada pelo art. 73 da mesma Constituição, pode elaborar seu Regimento Interno ou editar Resoluções específicas para disciplinar outros processos necessários ao cumprimento de sua função fiscalizadora, desde que o faça com observância das normas de processo administrativo e dos pleno respeito às garantias processuais fundamentais.

4. Garantias dos Fiscalizados

Os fiscalizados têm, entre outras, as garantias de:

- I** – tratamento respeitoso, assegurado o contraditório e ampla defesa, inclusive ao interessado, convindo notar que o não-atendimento de citação válida não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito;
- II** – receber dos responsáveis a devida ciência dos trâmites processuais, em tempo útil, vedada a protelação indevida;
- III** – julgamento em sessões públicas, salvo nas hipóteses constitucionalmente válidas de sigilo;
- IV** – fazer-se assistir, facultativamente, de advogado, que exercerá, com liberdade e largueza, o seu ofício, sem cerceamentos de qualquer natureza.

O processo em geral e o processo administrativo em particular representam, juntos, uma garantia fundamental do cidadão (inciso LV, art. 5º da CF/88). Na conhecida classificação funcional dos direitos fundamentais de Georg Jellinek, a proteção jurídica por meio do processo encaixa-se no status positivus. Diferente dos direitos pertencentes ao status negativus, onde o foco recai sobre os chamados direitos de defesa, que visam a proteger o indivíduo contra a compulsão invasiva do Poder Público, o direito ao processo apresenta-se como emanção do direito à proteção jurídica. Trata-se de direito integrante do status positivus pela razão elementar de que o parti-

cular, aqui, depende do Estado para a preservação da sua liberdade. Na visão de Jellinek, o direito à proteção jurídica, de que o processo representa a mais lídima expressão, é o núcleo do *status positivus*²⁹.

No Brasil, já foi o tempo em que essa garantia apenas tinha curso no âmbito jurisdicional. Antes mesmo da nova Carta, a melhor doutrina nunca deixou de estender às múltiplas subespécies de processo administrativo todas as garantias constitucionais jungidas, no passado, e por equívoco, somente ao processo judicial. Hoje, ninguém mais ignora que as clássicas diretrizes do *status positivus* e do *due process of law* também deitaram raízes no processo administrativo. É por isso que todo o processo fiscalização, mormente em sede de Controle Externo – quiçá a mais importante das figurações do processo administrativo – tem de garantir, em sintonia com o que prescreve o art. 3º da Lei 9.784, tanto aos fiscalizados como aos interessados, os direitos básicos de defesa, de produzir prova, de garantia do contraditório, além do correlato direito de ser tratado com respeito pelos órgãos de controle e, querendo, ser representado por advogado.

Mas não só.

Na tarefa de salvaguardar o *due process of law*, convém não perder de vista que o processo administrativo deve, igualmente, obediência ao direito geral de informação emanado não só das garantias constitucionais do processo, mas, por acréscimo, dos princípios da publicidade e da transparência, de onde fluem, de forma conjunta, os direitos de obter certidões, de obter ciência da prática e da tramitação dos atos processuais e de obter vista dos autos (vide o inciso

29 In *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Società Editrice Libreria, 1912, pp. 109-129.

LX, do art. 5º, da CF, bem como o art. 2º e os incisos VIII e X do seu § único, da Lei 9.784), excetuadas as hipóteses de “defesa da intimidade” ou do “interesse social” relevante.

De resto, não é por acaso a doutrina esclarece que o direito à chamada “pretensão à tutela jurídica” (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) tem três estágios de concretização:

- a) o “direito à informação” (*Recht auf Information*), que compele os Tribunais a dar acesso às partes e aos interessados de tudo quanto há no processo;
- b) o “direito de manifestação” (*Recht auf Äusserrung*), que reclama a garantia do direito de argumentar sobre as questões de fato ou de direito controvertidas;
- c) e o “direito a ver seus argumentos considerados” (*Recht auf Berücksichtigung*), que obriga à instância decisória não só expor os seus elementos de convicção, mas, como necessário pressuposto lógico, a tomar a decisão com isenção de ânimo e com capacidade de apreensão³⁰.

30 A propósito, vide Bodo e Bernhard Schlink in *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg: C. F. Müller, 2005, p. 286. Vide, também, dos mesmos autores, *Direitos Fundamentais*. SP: Saraiva, 2012, p. 517.

5. São Deveres dos Fiscalizados

São deveres dos fiscalizados, além de outros previstos em leis especiais:

- I – agir com veracidade e, no caso da prestação de contas, com a devida presteza;
- II – agir com lealdade e boa-fé, vedadas as manobras protelatórias ou atentatórias à dignidade da fiscalização.

Em certo sentido, o *due process of law* consagra, de um lado, garantias e, de outro, deveres. É como se os direitos assegurados aos fiscalizados e aos interessados tivessem como contraparte certas obrigações mínimas, sem cujo respeito substancial as próprias garantias do contraditório e da ampla defesa perderiam o fundamento finalístico.

Aqui fica claro que o *due process of law*, longe de simples proteção formal, reclama, da parte dos seus destinatários, uma conduta, no processo, em sintonia material com as regras, os valores e os princípios que tutelam os direitos processuais dos cidadãos.

Com efeito, a garantia do *due process of law* tem várias facetas e, sem abandonar a sua raiz axiológica, é preciso equilibrar o prato dos direitos com o dos deveres. Não é por outra razão que, também no processo administrativo, as partes, como determina o art. 4.º da Lei 9.784, devem, sempre e sempre, agir com veracidade, presteza,

lealdade e boa-fé, impedindo, assim, que o *due process of law* degenerasse em instrumento a serviço de manobras contrárias à dignidade dos objetivos constitucionais do Controle Externo e dos intangíveis direitos à proteção jurídica.

6. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, sempre que obrigatória a defesa da ordem jurídica e do interesse público, além de interpor os recursos permitidos em lei ou regimento, precisa se manifestar mediante parecer escrito ou oral, nos processos de fiscalização, incluindo os que cuidam de denúncias e representações.

Há, com efeito, de se ter como obrigatória a manifestação do Ministério Público de Contas nos processos de tomada ou prestação de contas, nos concernentes aos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma, pensão, bem como nos incidentes de criação de súmulas e nos recursos, exceto embargos de declaração e pedido de reexame em processo de fiscalização de atos e contratos.

A presença do Ministério Público, nas Cortes de Contas, revela-se corolário da natureza indisponível dos direitos fiscalizados, bem como da apontada proteção constitucional do *due process of law*, sobretudo quando dele se extraem as cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Embora, desde a ADIn 789-1, não haja mais dúvida sobre a existência autônoma do MP/TC, sem vínculo com os MPs da União e dos Estados, não há como negar que ambos desempenham funções semelhantes e homoteológicas. Lá como cá, atuam, guardadas as peculiaridades de um e de outro, como custos legis, o

que, na órbita das Cortes de Contas, se materializa, em caráter cogente, na emissão de parecer nos processos de tomada e prestação de contas, nos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão (art. 81, II, da Lei 8.443). Essa presença igualmente se dá nos recursos, inclusive quando o recorrente for o próprio MP/TC. Sua oitiva, ao menos em princípio, não se faz necessária, porém, nos Embargos de Declaração, no Agravo, bem assim no pedido de reexame em processos de fiscalização de atos e contratos (vide, por exemplo, o Regimento Interno do TCU, art. 280).

A valorização institucional do Ministério Público de Contas, mercê de seu aporte técnico e de sua sabida independência, é rigorosamente decisiva para a consolidação das boas práticas processuais dos Tribunais de Contas, razão pela qual, na dúvida, cumpre interpretar de modo favorável à participação ampliada do MP de Contas.

7.

Início do Processo de Fiscalização

O processo de fiscalização, no âmbito dos Tribunais de Contas, poderá iniciar de ofício ou por provocação do Poder Legislativo correspondente.

Por determinação do art. 71, IV, da Constituição Federal é da competência do Tribunal de Contas 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, incluindo-se as entidades da administração indireta, as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público. Por força do estatuído no art. 75 da Constituição, esta competência de realizar inspeções e auditorias também é aplicável aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios.

7.1

Denúncia de Ilegalidades e Irregularidades

A denúncia de ilegalidades e irregularidades formuladas pelo cidadão ou pelo controle interno, nos termos do art. 74 da CF, poderá ser apurada, mediante inspeção e auditoria, oferecida ciência formal das providências tomadas.

Pelo processo de denúncia se busca apurar a existência de irregularidade ou ilegalidade relatada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, em atendimento ao previsto no art. 74, § 2o, da Constituição Federal.

A propósito, o Tribunal de Contas da União estabelece que a denúncia deve ser pertinente à matéria de sua competência e referir-se a administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, ser redigida em linguagem clara e objetiva, conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, e estar acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade denunciada. A denúncia será apurada por meios regulares do sistema de controle, inclusive por procedimento de auditoria e inspeções, na forma prevista nos arts. 53 a 55, da Lei nº 8.443.92 e arts. 234 a 236 do Regimento Interno do TCU – Resolução nº155/2002³¹. Importante que, a qualquer tempo, o denunciante tenha liberdade para trazer novos elementos e que nenhuma denúncia fique sem resposta formal no atinente às providências tomadas.

7.2

Determinações e Recomendações

Os Tribunais de Contas, além das determinações, deverão fazer recomendações para a correção das deficiências verificadas no exercício do controle externo, visando ao aprimoramento da gestão dos recursos públicos. No entanto, quando detectado vício de antijuridicidade, convém dar preferência à determinação, pois não se trata de mera sugestão de aperfeiçoamentos procedimentais.

31 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, ob. cit., pp. 417-418.

Consoante a obrigatoriedade estabelecida no inciso IX do art. 71 da Constituição, cuja norma é de caráter geral, abrangente de todo o procedimento de controle efetuado pelo Tribunal de Contas, deve ser assinado prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sempre que verificada ilegalidade.

Assim, nos procedimentos de auditoria, de emissão de parecer prévio, de julgamento de contas ou de apreciação de legalidade, quando for constatada ilegalidade que enseje modificação ou sustação de ato, mesmo que resulte em decisão com fixação de débito e aplicação de multa, o Tribunal de Contas terá de assinar prazo para que sejam adotadas as providências determinadas pela decisão, no sentido de ser restabelecida a legalidade rompida.

A função fiscalizadora não é meramente punitiva, mas, antes de tudo, fator para o estabelecimento de condições que verifiquem, constatem e imponham o cumprimento da lei para o atendimento do interesse público³².

7.3

Prazo

No exame de economicidade e de legitimidade poderá ser fixado prazo razoável para a correção de falhas, no intuito de que o fiscalizado cumpra espontaneamente as exigências estabelecidas pelos Tribunais de Contas, que regularão os respectivos procedimentos.

32 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, ob. cit., p. 379.

Conforme a orientação constitucional referida no item 7.2 acima, o Tribunal de Contas, em caso de ser verificada ilegalidade, tem de assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Desse modo, havendo permissivo constitucional de tal natureza (art. 71, IX, CF/88), é plausível que, no momento em que se estabelece o controle de eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, com minimização de custos diretos e indiretos e maximização da receita e da arrecadação – seja estabelecido prazo razoável para que o fiscalizado cumpra, espontaneamente, as determinações do Tribunal de Contas.

Havendo previsão normativa de termo de ajustamento de gestão (TAG), recomenda-se inserir cláusula explicitando que o cumprimento espontâneo não exime o responsável de reparar eventuais danos, tampouco afasta, em definitivo, a possibilidade de sanções.

7.4

Tratamento Sigiloso

Os Tribunais de Contas darão tratamento sigiloso às denúncias ou notícias de irregularidades até decisão sobre a plausibilidade, quando se pronunciará sobre a manutenção, ou não, do sigilo.

O tratamento sigiloso dado às denúncias visa a preservar as garantias constitucionais destinadas ao cidadão, assim como para evitar que o organismo de controle seja utilizado para outros objetivos que não o de comprovar a existência de irregularidade ou ilegalidade denunciada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, em atendimento ao previsto no art. 74, § 2º, da CF/88.

Por isso, a denúncia será apurada por meios regulares, inclusive por meio de auditorias e inspeções, sendo-lhe, no resguardo dos direitos e garantias individuais, dado tratamento sigiloso até a decisão definitiva sobre a matéria. Ao decidir, o Tribunal de Contas poderá manter, ou não, o sigilo quanto ao objeto, respeitando os exatos termos da Lei de Acesso a Informação Lei Federal nº 12.527/2012. O denunciante não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada e evidente má-fé (arts. 53 a 55, da Lei nº 8.443/92 e arts. 234 a 236 do Regimento Interno do TCU – Resolução nº 155/2002).

8. Distribuição de Processos

Os processos serão distribuídos por meio de sorteio eletrônico ou por Listas de Unidades Jurisdicionadas, renováveis periodicamente.

A distribuição dos processos a Ministro, Conselheiro, Auditor Substituto de Ministro ou de Conselheiro, como Relatores, deve se operar de modo aleatório, no sentido de ser evitada qualquer espécie de vínculo ou influência do Relator que comprometa a sua imparcialidade. Sendo assim, a distribuição dos processos deve ser concretizada por meio de sorteio ou por Listas de Unidades Jurisdicionadas, renováveis periodicamente.

9. Competência Fiscalizadora do Tribunal de Contas

A competência fiscalizadora do Tribunal de Contas é irrenunciável e se exerce na forma própria, sendo exclusiva e indelegável.

Competência é a medida de poder outorgada pela ordem jurídica aos integrantes da Administração Pública³³. Como, em qualquer organização, pública ou privada, a divisão de tarefas jamais poderia se desenhar a partir de “competências ilimitadas” (*compétences illimitées*), afigura-se fácil compreender que,

[...] cada atribuição de competência representa, ao mesmo tempo, uma autorização para o exercício de uma função e a obrigação de respeitar os limites desta mesma função³⁴.

Dessas noções básicas emergem, dentre muitas, consequências muito importantes, a saber:

- a) Os administradores públicos não têm direito subjetivo público à competência. Faz tempo que a melhor doutrina esclareceu que “a autoridade pública não tem direito sobre a competência” ([...] *l'autorité n'a aucune droit à la*

33 Vide Ruy Cirne Lima in *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1987, p. 139.

34 Vide Ernst Forsthoff in *Traité de Droit Administratif Allemand*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant S.A., 1969, p. 649: “Chaque attribution de compétence est tout à la fois une autorisation d'exercer la fonction attribuée et l'obligation de respecter les limites de cette fonction”.

*compétence*³⁵). As coisas, entretanto, modificam-se quando se examina o assunto sob a ótica dos destinatários do ato administrativo e, portanto, tendo em conta os direitos dos particulares. Se ali o direito subjetivo público é negado, aqui, ao contrário, ele é reconhecido. Roger Bonnard³⁶ já teve oportunidade de por em realce que, do próprio núcleo essencial do princípio da legalidade, nasce para o cidadão o direito subjetivo público de ver o ato administrativo praticado pela agente ao qual o ordenamento jurídico atribuiu a medida de poder para manifestar a vontade do Estado no caso concreto. Mas não só. Além do direito ao agente competente, o cidadão tem, ainda, direito subjetivo público a que as regras competenciais não sejam, de forma oblíqua e pela vontade pessoal do agente, alargadas, tampouco modificadas³⁷.

b) O agente público não pode renunciar à competência. Neste particular, a Lei 9.784 foi expressa e para lá de categórica: “a competência é irrenunciável [...]”. Certo, nem todas as falhas na observância das normas de competência rendem ensejo à nulidade do ato administrativo. Enquanto o desrespeito à competência absoluta acarreta a nulidade, a afronta à competência relativa induz a mera

35 Idem: in *Traité de Droit Administratif Allemand*, ob.cit., p. 650

36 In *Précis de Droit Administratif*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1943, p. 97: “Le droit à la compétence qui est le droit à ce que l’acte soit accompli par l’agent auquel la compétence a été attribué par la loi [...]”.

37 Vide Ernst Forsthoff in *Traité de Droit Administratif Allemand*, ob.cit, p. 651: “La compétence ne peut pas être modifiée [...]. La compétence ne peut pas non plus être élargie [...]”. Em semelhante sentido, vide, também, Celso Antônio Bandeira de Mello in *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 134 e 135.

anulabilidade, tornando-a, em tal medida, a teor do art. 55 da Lei 9.784, passível de convalidação.

9.1

Controle Interno

Nos processos de fiscalização, o Tribunal de Contas fomentará o exercício eficiente e eficaz do controle interno.

O controle interno, indispensável para apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, inclusive na avaliação de resultados, quanto à eficácia e à eficiência, da gestão pública, é exigência constitucional incontornável, ainda pouco prestigiada e cobrada em determinadas regiões.

Desse modo, em defesa das boas práticas, os Tribunais de Contas devem cobrar, com rigor, a pronta institucionalização do controle interno e, mais do que isso, a sua atuação eficiente e eficaz, devidamente estruturada, com a pertinente valorização de servidores de carreira.

Convém sublinhar que o art. 74, da CF, determina: os Poderes manterão, de forma integrada, sistema de controle interno. Como se percebe, sem espaço para sofisma, o comando é imperativo. Cumpre proceder a sua imediata concretização, sem qualquer condescendência, diante da grave omissão inconstitucional.

Em suma, os princípios constitucionais da economicidade, da eficiência e da eficácia, como se cuidou de evidenciar no item 2 supra, estendem os seus efeitos benfazejos sobre todos confins da Administração Pública, não podendo prescindir do controle interno, mercê do citado dispositivo constitucional expresso.

10.

Impedimento de Ministro ou Conselheiro

Está impedido de atuar, no processo de fiscalização, o Ministro ou Conselheiro, inclusive o Substituto, que tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se as situações em exame envolverem cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau.

O impedimento estabelecido é uma forma de vedação ao Ministro ou Conselheiro, denotando restrições formais à sua atuação no processo de fiscalização, com o intuito de resguardar as garantias de imparcialidade do órgão fiscalizador³⁸. Nesse passo, recomenda-se que os Tribunais de Contas, por serem instituições de Estado, apliquem, analogicamente, as regras de impedimento e de suspeição aplicáveis aos membros do Ministério Público.

38 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, ob. cit., pp. 262/264.

11.

Suspeição de Ministro ou Conselheiro

Considera-se hipótese fundada de suspeição quando o Ministro ou o Conselheiro tiver, em função de amizade íntima ou inimizade capital, ou outro motivo existente ou superveniente, interesse no julgamento do processo, podendo declarar-se suspeito por motivo íntimo para se abster.

Em forma símile ao item 10 anterior, a suspeição do Ministro ou Conselheiro, em face do seu interesse no julgamento, também envolve uma espécie de restrição à sua atuação no processo de fiscalização, com o objetivo de salvaguardar as garantias de imparcialidade, dado que, invariavelmente, a amizade íntima ou inimizade capital, ou outro motivo qualquer que implique interesse na decisão, é fator de influência na atuação do julgador, podendo romper com a garantia de imparcialidade institucional, motivo que leva o Ministro ou Conselheiro, por questão de foro íntimo, a se declarar suspeito em tal circunstância processual. O cuidado deve ser redobrado para evitar qualquer suspeita, mesmo a mais remota, de suscetibilidade a tráfico de influências, haja vista se tratar de persistente vício da política nacional, contra o qual precisa se insurgir, de maneira paradigmática, todo sistema de controle.

12.

Processo de Fiscalização

O processo de fiscalização observará as formas, sem prejuízo do cumprimento das finalidades do controle externo.

12.1

Validade do Ato

Não se tratando de nulidade absoluta, considerar-se-á válido o ato que, praticado de outra forma, alcançar validamente a finalidade a que se destina.

O Direito Administrativo brasileiro não disciplina, por meio de regras gerais, a precisa forma dos atos administrativos. Vigora, em princípio, o que se convencionou qualificar de “livre escolha da forma”³⁹. É, aliás, o que se recolhe da leitura esclarecedora do art. 22, caput, da Lei 9.784. Dessa diretriz afastam-se apenas os atos para os quais o legislador, de maneira expressa, sempre em sintonia com o art. 22 da Lei 9.784, estabelece, de antemão, a exata forma de que se devem revestir.

Por isso, é necessário distinguir, no vasto universo da ação administrativa, (a) os atos administrativos formais e (b) os atos admi-

39 Vide Hartmut Maurer in *Droit Administratif Allemand*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 245: “[...] principe du libre choix de la forme (Formfreiheit) [...]”. Vide, também, Ernst Forsthoff in *Traité de Droit Administratif Allemand*. Tradução de Michel de Fromont, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant S.A., 1969, p. 341.

nistrativos informais. Os informais, que aglutinam a ampla maioria, podem ser praticados oralmente, por sinais ou, inclusive, por gestos conclusivos. O emprego dos sinais ou da oralidade decorre, antes, do próprio escopo do ato administrativo, que, por outra via, perderia, total ou parcialmente, muito da eficácia reclamada pelas circunstâncias⁴⁰. Já os formais usam, em regra, a forma escrita⁴¹, sem prejuízo de requisitos e procedimentos complementares.

Até o silêncio, em certas situações especialíssimas, pode assumir a condição de ato administrativo ficto. Ainda quando a doutrina tenha o justificado zelo de ressaltar que o puro e simples silêncio não possa, sem a análise dos fatores concorrentes, ser tomado como um ato administrativo, ela mesma reconhece que, em determinadas situações especiais, pode o legislador, também como meio de acelerar os procedimentos administrativos, elevar o silêncio, aqui e ali, à categoria de ato administrativo ficto⁴². Isso, entretanto, não é o comum, tampouco o habitual. Trata-se de ferramenta, por assim dizer, recessiva, que se não pode ser rechaçada, exige embora cuidados redobrados.

No que concerne ao Controle Externo e aos atos praticados no seio do processo de contas, parece claro, à vista do que dispõe o § 1º, do art. 22, da Lei 9.784, que eles devem ser praticados por escrito, com a precisa indicação da data, do local e da assinatura da autori-

40 Vide Hartmut Maurer in *Droit Administratif Allemand*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 245: "Un acte administratif oral, émis par le moyen d'un signe ou par tout autre agissement visant à cette fin, ne peut être envisagé que si le but poursuivi par l'acte administratif NE peut être atteint de façon adéquate que de cette manière".

41 *Idem*: p.246. Com entendimento semelhante, vide, ainda, Ernst Forsthoff in *Traité de Droit Administratif Allemand*, ob.cit, pp. 341 e 342.

42 *Idem*: p.246. Com entendimento semelhante, vide, ainda, Ernst Forsthoff in *Traité de Droit Administratif Allemand*, ob.cit, pp. 341 e 342.

dade responsável. Mas o mais importante a ser dito sobre a forma tanto dos atos administrativos praticados pelos Tribunais de Contas como dos atos administrativos produzidos pelos fiscalizados é que, para efeito de invalidação, somente as transgressões formais que prejudicarem a finalidade substancial do ato podem redundar na sua anulação.

É sempre útil lembrar as palavras judiciosas de Hans Julius Wolf e Otto Bachof, ao ponderarem que “pequenos erros (imprecisões) [...] não tornam o ato administrativo ilegal ou prejudicam a sua validade em geral”⁴³. Ora, quando não são relevantes para o conteúdo intrínseco e causal do ato administrativo, parece claro que tais erros podem ser perfeitamente tolerados, sem qualquer prejuízo para os fiscalizados, para os interessados e, sobretudo, para o interesse público⁴⁴. Claro que não se deve confundi-los com os vícios insanáveis, em relação aos quais não pode haver qualquer flexibilidade omissiva.

43 In *Verwaltungsrecht*. München: C. H. Beck'sche Verlag, 1974, vol. I, § 51, letra d, p. 427: “*Leichte Fehler (Unrichtigkeiten), [...], machen den Verwaltungsakt nicht rechtswidrig und beeinträchtigen seine Gültigkeit überhaupt nicht*”.

44 Vide Juarez Freitas in *Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 62 e 63.

13.

Instrução do Processo

As atividades de instrução realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito de o fiscalizado encaminhar documentação probatória, inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Como já foi salientado no item 2, o sistema jurídico enfeixa uma rede hierarquizada e aberta de valores, de princípios e de regras jurídicas. Isso significa que o sistema jurídico não se deixa apreender por um único traço, por uma isolada variável, mas, antes, por um conjunto de elementos que se conjugam para formar um arranjo complexo, em cujo seio cada fração constitutiva do todo se limita e se equilibra na outra. Mas como qualquer equilíbrio sempre se mostra dinâmico, sobre os ombros do intérprete processual pesa o desafio de encontrar, diante do caso concreto, a solução que melhor harmonize as partes com o todo.

Ora, no processo de contas, os princípios da oficialidade e da verdade real abrem espaço para um maior protagonismo do Poder Público, que o distingue do processo judicial, onde não há lugar para a atuação, ao menos em regra, de ofício do magistrado. Contudo, essa mais larga autonomia para instaurar e para conduzir o processo, inclusive na esfera da produção das provas, precisa ser equilibrada com a rigorosa observância dos direitos e garantias dos fiscalizados e dos interessados.

Com efeito, o direito de investigar e de punir não significada dar o mesmo tratamento à delitos e às irregularidades. A fiscalização, ainda quando bem intencionada, não pode adotar práticas antijurídicas parecidas com os próprios desvios aos quais deseja dar cobro. A Constituição e as leis valem para todos, inclusive para as diversas instâncias de controle. Por isso, na elevada tarefa de fazer prevalecerem o interesse público, a probidade, a eficiência, a eficácia, a transparência e a impessoalidade, o Controle Externo também não há de negligenciar as já citadas garantias constitucionais do processo, onde ganha especial relevo o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Neste sentido, não há exagero em citar, novamente, o apropriado alerta do Ministro Sepúlveda Pertence no MS 23.550:

Se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional. De todo irrelevante a circunstância – a que se apegam as informações – de não haver previsão expressa da audiência dos interessados na Lei Orgânica do TCU, salvo nos processos de tomada ou prestação de contas, dada a incidência direta, na hipótese, das garantias constitucionais do devido processo. De qualquer modo, se se pretende insistir no mau vezo das autoridades brasileiras de inversão da pirâmide normativa do ordenamento, de modo a acreditar menos na Constituição do que na lei ordinária, nem aí teria salvação o processo: nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da União da aplicação subsidiária da lei geral do processo administrativo, a L. 9.784/99, já em vigor ao tempo dos fatos.

14.

Nulidade do Ato

O fiscalizado não poderá arguir nulidade a que haja dado causa ou para a qual tenha, de qualquer modo, concorrido.

Com efeito, não se pode deixar de registrar que ninguém, de boa-fé, pode ser prejudicado por lapsos cometidos somente pelo Poder Público. O velho brocardo latino segundo o qual *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*⁴⁵ vigora, igualmente, contra o Estado, graças à sua honorável e direta descendência do princípio da boa-fé, cuja influência no Direito Administrativo tornou-se, “depois de 1945”⁴⁶, incontroversa. Com admirável concisão e simplicidade, Laubadère alerta, por exemplo, que “nos contratos administrativos como nos contratos civis, a regra *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* é suscetível de ser invocada [...]”⁴⁷

45 A origem desse brocardo remonta ao Direito Romano e, em particular, os “nogócios imorais (turpia) que violam a boa tradição dos antepassados (contra bonos mores)” que, como sublinha Max Kaser, “são repudiados pelos juristas, pelos Censores e pelos Imperadores”. Mas é importante ressaltar que “o critério deduz-se não de doutrinas religiosas ou filosóficas, mas da sã moral do povo” (*Unsittliche Geschäfte*) (turpia), “*die das gute herkommen der Vorfahren verletzen* (contra bonos mores), *werden von den Kaisern, die sich zum Schutz der Sitten ebenso berufen fühlen wie vormals die Zensoren, und von den Klassischen Juristen unterdrückt. Den Massstab nimmt man dabei nicht von philosophischen Lehre, sondern von gesunder Volksmoral*”; in *Das Römische Privatrecht. München*: C.H. Beck’sches Verlag, 1955, p. 217). Como recorda Georges Ripert, “encontram-se no Digesto e no Código, por várias vezes, nitidamente indicada esta solução: não se deve admitir a *condictio* quando ela tender a retornar uma coisa entregue em virtude dum contrato imoral. In *pari turpitudinis causa cessat repetitio*” (in *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Saraiva & Cia, p. 191).

46 Vide Ernst Forsthoff in ob. cit., pp. 270 e ss. Compartilhando do mesmo ponto de vista, vide, ainda, Hartmut Maurer in ob. cit., p. 36 e ss.

47 In *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 253: “Toutfois, dans les contrats administratifs comme dans les contrats civils, la règle *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* est susceptible d’être invoquée et de permettre à la partie qui a reçu de refuser la restitution à son cocontractant”.

Este princípio fincou raízes, quer no direito romano-continental, quer na common law. Os ingleses condensaram-no no feliz aforismo segundo o qual *equity must come with clean hands*, cuja meta é, sempre e sempre, impedir que alguém, em face de preceitos legais ou contratuais, possa usar os próprios lapsos ou até atitudes irregulares para se beneficiar ou para prejudicar terceiros. A grande fonte inspiradora para tal orientação se encontra no princípio da boa-fé e na conhecida teoria dos atos próprios⁴⁸ que, com aplicação subsidiária no Direito Administrativo (*die subsidiäre Anwendung privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*)⁴⁹, impedem, mesmo nas relações de administração, que o Poder Público, aí incluídas todas e cada uma das instâncias de controle (interno ou externo) se beneficie ou prejudique outrem por equívoco ou conduta irregular sua, e apenas sua, incompatível com a boa-fé⁵⁰.

48 Vide A. Manuel Menezes Cordeiro in *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, tomo II, p. 1.294. A teoria dos atos próprios bifurcou-se: de um lado, a doutrina do tu quoque (de acordo com a qual “a pessoa que viole uma norma, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído”; *idem*: ob. cit., tomo I, p. 837) e, de outro, a doutrina do venire contra factum proprium. Vide também, Enneccerus – Nipperdey in *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Borsch, 1947, vol. 2, p. 482. No direito brasileiro, é larga a aplicação, inclusive nos tribunais, da diretriz básica de que quem atenta contra a lei ou o contrato não pode locupletar-se com a própria transgressão. O art. 243 do Código de Processo Civil é outra nítida concretização normativa desta solução: “Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

49 Vide Hartmut Maurer in ob. cit., p. 36.

50 Vide Ernst Forsthoff in ob. cit., pp. 275-276: “*Quand une administration a longstems considéré un acte comme valable, elle ne peut pas invoquer sa nullité pour vice de forme ou n’importe quel autre vice, dès lors que, cessant de profiter de cet acte, elle voudrait en obtenir l’annulation. [...] Même en droit administratif, le bénéficiaire d’une situation juridique ne peut être déchu que si l’exercice de son droit est contraire au principe de la bonne foi [...]*”.

15.

Consequências da Anulação do Ato

Uma vez declarada a nulidade do ato, esta causará a dos atos subsequentes que dele dependam ou resultem, admitida a motivação da modulação dos efeitos da declaração.

Não é mais novidade para ninguém que, não faz muito, as declarações de inconstitucionalidade, como herança do sistema norte-americano, só poderiam ter efeito *ex tunc*. Como se tratava de mera declaração, a lei inconstitucional era reputada nula desde a sua origem.

Com o andar dos anos e com as lições da experiência, as coisas, entretanto, modificaram-se profundamente.

Primeiro a jurisprudência⁵¹, depois a doutrina⁵² e, agora, como desfecho culminante, também a legislação, todas, em sólido consenso, chegaram a uma idêntica e transformadora conclusão: nas situações em que a fidedignidade nos atos legislativos dá forma ao futuro dos cidadãos, era necessário estabelecer limites à declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a evolução do sistema de controle de constitucionalidade, em vários países desenvolvidos, caminhou, de maneira resoluta, no sentido de que a tutela dos princípios da boa-fé, da segurança e da estabilidade das relações jurídicas exige,

51 Vide o voto do Relator Min. Leitoão de Abreu no Recurso Extraordinário 79.343-BA publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, 82 (3): pp. 791-795.

52 Vide Gilmar Ferreira Mendes in *Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 277 e ss.

em determinadas circunstâncias, principalmente quando, sob a aura protetora de uma lei, se estabeleceram relações entre o particular e o Poder Público, que se avalie, com razoabilidade e justa medida, se uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, não poderia malferir pessoas que tiveram por legítima a lei e, fundados nela e em atos da administração correlatos, trabalharam e planejaram e construíram suas vidas na presunção de que estavam amparadas pela ordem jurídica.

Em sintonia com o moderno controle de constitucionalidade, quando a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* “acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do status quo,”⁵³ reclama que o Judiciário, em consideração ao princípio da confiança, afaste, de plano, aquela eficácia *ex tunc*. Assim, colocando o problema nos seus devidos eixos,

[...] diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima.⁵⁴

Foi com os olhos presos a essa realidade que a Lei 9.868/99, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o

53 Vide Teori Albino Zavascki in *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

54 Idem: in ob. cit., pp. 49-50.

Supremo Tribunal Federal, fez questão de eleger a “segurança jurídica” como o ponto privilegiado em que o intérprete deve se situar para medir as consequências de uma eventual declaração de inconstitucionalidade:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifo nosso)

Essa diretiva foi renovada pela Lei 9.882/99 que, ao disciplinar o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, mais uma vez deixou assentado:

Art.11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifo nosso)

Ora, se a diretriz jurisprudencial, doutrinária e legislativa é essa quando se declara a inconstitucionalidade, o que se poderá dizer, então, de situações outras, onde não há inconstitucionalidade, mas, tão só, nulidade ou anulabilidade de ato administrativo ou proces-

sual-administrativo, cujos efeitos, apesar de certas imperfeições, podem ser preservados ou modulados, em benefício da boa-fé ou da confiança legítima dos administrados?

Afinal, a reverência à “segurança jurídica” tornou-se um dos mais importantes valores dos nossos sistemas de controle, até mesmo para o de constitucionalidade, o que autoriza a afirmar que, junto com a nova lógica do controle dos atos administrativos (tema sobre o qual já se discorreu no item 2, nos comentários ao princípio da boa-fé), em nenhuma outra esfera do Direito esse traço recebeu tamanha blindagem. Se é verdade que a Constituição tem, hoje, muitos e valiosos princípios, não é menos verdadeiro que a segurança jurídica, a estabilidade das relações jurídicas e a boa-fé se incluem, à evidência, entre os mais prestigiados e relevantes, sobretudo quando se tem em mira o controle dos atos praticados pela Administração Pública, dentro ou fora do processo administrativo.

16.

Anulação na Fase Recursal

Pronunciada a nulidade na fase recursal, compete:

- I** – ao Relator do Recurso, declarar os atos a que ela se estende;
- II** – ao Ministro ou Conselheiro, conforme o caso, ordenar as providências para a repetição ou retificação do ato;
- III** – ao Plenário ou órgãos fracionários, conforme o caso, determinar a modulação dos efeitos anulatórios.

(Vide os comentários ao item 15 anterior)

17.

Audiências Públicas

A critério dos Tribunais de Contas, considerada a importância da matéria, poderão ser realizadas Audiências Públicas, objetivando a abertura de debates sobre o objeto do processo.

O legislador, lucidamente, vem, a pouco e pouco, descortinando espaços cada vez largos para a Audiência Pública. Desnecessário citar, um a um, os vários dispositivos consagradores da Audiência Pública em todas as Agências Reguladoras, por exemplo. Basta ter presente que, em alguns casos, ela assume, junto com os direitos de defesa e dos direitos à prestação, o status de direito fundamental à participação, conferindo às pessoas a direito de ativa colaboração em certas deliberações de interesse público.

É o que se recolhe, apenas para ilustrar, da leitura do art. 68, da Lei 10.233, de acordo com a qual,

[...] as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública. (grifo nosso)

Quer dizer: mais que direito subjetivo público, há, aqui, “direito fundamental à participação⁵⁵”.

55 Vide Gilmar Mendes; Inocêncio Mátires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco in *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 255.

Em boa hora, o art. 32 da Lei 9.784, ao lado da “consulta pública” (art. 31), previu a possibilidade, “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, [...]” de se promover “audiência pública para debater sobre a matéria do processo”. Até o Supremo Tribunal Federal, por obra da Lei 9.868, no § 1º, do art. 9º, permite-se, hoje, o socorro da Audiência Pública⁵⁶. Mas não só. O Ministério Público (inciso IV, do único, do art. 27, da Lei 8.625), o Congresso Nacional (inciso II, do § 2º, do art. 58, da CF/88), o COMANA (§ 1º, do art. 11, da Resolução 006/86) e muitos outros órgãos e instituições se abriram às contribuições benfazejas e participativas da Audiência Pública.

O fato é que esse instrumento representa avanço inestimável, que aproxima da sociedade civil as instâncias de controle e decisão. Conquanto a lógica e a modelagem, seja do processo judicial, seja do processo administrativo, tenha se delineado mais como troca de argumentos jurídicos, a Audiência Pública propicia, de maneira arejada, que a inesgotável riqueza fática do mundo da vida ilumine e até surpreenda novos ângulos nos preceitos normativos.

Esse instrumento participativo amplia, ainda, os horizontes da interpretação, permitindo, em certa medida, que a cidadania, sem ferir a independência e o rigor técnico da autoridade competente, colabore na “descoberta e [na] obtenção do direito⁵⁷”.

56 “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

57 Vide Peter Häberle in *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 42.

Às vezes, as garantias constitucionais do processo são insuficientes, do ponto de vista da tutela jurídica, quando desacompanhadas de mecanismos mais francos e diretos de contato com a realidade. E a audiência pública, descendendo, em linha direta, dos valores democráticos e participativos, nutre-se da mesma opção constitucional que procura pacificar disputas, controvérsias e conflitos com o debate público, onde todos aprendem dando aos outros a igual chance dialética de se manifestar. Dar oportunidade para que as diferenças venham à tona não só é um direito fundamental, mas, também, um meio extremamente útil para enriquecer a consciência decisória das autoridades administrativas e jurisdicionais.

Mais que mera troca de argumentos escritos e jurídicos, a audiência pública permite, face a face, o melhor exame das consequências, em conexão com a realidade sob a qual incidem. Já que o escrutínio dos efeitos das deliberações (administrativas, judiciais ou “quase-judiciais”⁵⁸), será realizado, melhor que o seja às claras, de forma aberta, garantindo a palavra aos que os sofrerão as consequências e, por isso, podem esclarecer fatos e argumentos com muito mais detalhes.

Ademais, somente quando os interesses e as consequências (diretas e indiretas) são reconhecidos e existe o sincero esforço de levá-los em consideração, é que algo que se avizinha de uma decisão sustentável começa a ganhar existência⁵⁹.

58 MS 23.550 – STF.

59 Vide Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

18.

Amicus Curiae

Também a critério dos Tribunais de Contas, sempre que a decisão afetar direitos fundamentais, interesses públicos e relevantes interesses econômicos e sociais, com a devida motivação, pode ser admitida a participação de *amicus curiae*, em sentido amplo.

18.1

Audiência de *Amicus Curiae*

As razões mencionadas poderão ensejar a audiência de *amicus curiae* de ofício ou a requerimento, desde que, nesta última hipótese, sejam demonstradas, documentadamente, as qualificações da pessoa física ou jurídica.

As ferramentas processuais propiciadoras de intervenção de terceiros têm crescido, mais e mais, em diversificação. Até a Lei 9.868, quando disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade, apesar do disposto no caput do seu art. 7º, inova, no § 2º deste dispositivo, ao franquear, ao Relator, à vista da relevância da matéria, bem como da representatividade dos postulantes, a intervenção de órgãos ou entidades que possam contribuir para o melhor julgamento da arguição de inconstitucionalidade. Apesar da antiga orientação, expressa do Regimento Interno do STF, que vedava a intervenção de terceiros na ADIn, o legislador, curvando-se aos modernos desafios, houve

por bem pluralizar o processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, garantindo, por meio do *amicus curiae*, que as decisões, como convém em temas de maior relevância, se amparassem em uma cognição mais ampla.

Essa iniciativa, entretanto, não se restringiu à ADIn. Antes da Lei 9.869, a já multicitada Lei 9.784, em seu art. 9º, foi precursora ao tomar a iniciativa de incluir o processo administrativo no esforço de difusão dos mecanismos de pluralização processual. Hoje, podem integrar o processo não só as partes com direta vinculação aos direitos controvertidos, mas, igualmente, como prescrevem, respectivamente, os incisos III e IV, do art. 9º da Lei 9.784,

[...] as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos” e “as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Ao menos, por ora, tais figuras podem fazer às vezes de *amicus curiae*.

Quer dizer: o atual processo administrativo, em confluência com o judicial, já coloca à disposição das instâncias de controle, interno e externo, mecanismos plurais e coletivos, cujo manejo oferece valiosos benefícios para o adequado julgamento das variáveis e, acima de tudo, das repercussões jurídicas das matérias submetidas ao exame das autoridades.

É bom lembrar que o fenômeno jurídico, especialmente quando tem, em seu epicentro, o Poder Público, costuma irradiar efeitos para além dos isolados indivíduos, universalizando os seus efeitos ao longo de um vasto conjunto de pessoas e instituições. Na comple-

xa sociedade atual, também o direito e os seus efeitos apresentam características multimodais e intersubjetivas que precisam, no caso concreto, ser levadas em conta.

19.

Ouvidoria

Os Tribunais de Contas, como órgãos de fiscalização, promoverão o combate à corrupção e estimularão o controle social, podendo valer-se de Ouvidoria para o recebimento de notícias de irregularidades, bem como de outros canais efetivos, tais como portais, de efetiva colaboração no controle e avaliação da gestão pública.

19.1

Apuração de Irregularidades

As notícias de irregularidades encaminhadas à Ouvidoria, ou via canais complementares, serão, obrigatoriamente, apuradas mediante processo de fiscalização.

Corrupção, em sentido amplo, para além do tipo penal, envolve todo e qualquer comportamento relativo à administração pública, traduzível como conduta deliberadamente voltada à obtenção de vantagens ilícitas, mediante prática, omissão ou protelação de ato de ofício. Nesta acepção larga, como bem salienta Gianfranco Pasquino, “a corrupção é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima⁶⁰.”

Como a função fiscalizadora atua no sentido de verificar a correta e adequada aplicação dos recursos públicos, assim como de

60 Vide Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; in *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12a ed., 1999. Vol. I, pág. 292.

subvenções e renúncia de receitas (art.70 da CF), com a finalidade de acompanhar, avaliar e julgar a regularidade dos atos praticados pelos agentes públicos, em conformidade com os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, evidente que o Tribunal de Contas também possui o dever de promover o firme e estrutural combate à corrupção, com estímulo ao exercício concomitante do controle social.

Para tanto, o Tribunal de Contas deverá valer-se do sistema de Ouvidoria, com a finalidade de receber reclamações, sugestões, críticas e informações sobre atos de agentes públicos jurisdicionados do Tribunal de Contas ou sobre serviços por ele prestados e a apurar sua veracidade e informar aos interessados. Mas não só: deve utilizar meios alternativos digitais e outros para que a transparência seja a grande aliada no combate a esta chaga crônica.

É de muita relevância que o Tribunal de Contas possua vários mecanismos associados e sinérgicos, além da Ouvidoria, para acolher sugestões de aprimoramento, reclamações ou críticas a respeito dos serviços prestados pelo Tribunal de Contas, bem como para receber informações relevantes sobre atos administrativos suspeitos. Em paralelo, cumpre manter troca de informações com outras Instituições de Estado, igualmente imbuídas de combate à corrupção, no intuito de promover uma atuação inteligentemente integrada.

20. Corregedoria

Cada Tribunal de Contas manterá Corregedoria como órgão de fiscalização interna e disciplina, com o objetivo de zelar pelo bom funcionamento da jurisdição, cabendo-lhe a correição permanente dos serviços técnicos e administrativos e, notadamente, a salvaguarda das boas práticas.

É indispensável à existência e manutenção de Corregedoria no Tribunal de Contas, uma vez que, tratando-se de um órgão fiscalizador, nada mais razoável do que submeter-se, a si próprio, o mecanismo de fiscalização e disciplina interna, com a incumbência de correição permanente dos serviços técnicos e administrativos, zelando pelo bom funcionamento da jurisdição de contas e das demais atribuições conferidas por lei e em ato normativo.

Dessa forma, sendo atribuição da Corregedoria realizar inspeções ou correições, urge que tome as medidas adequadas de racionalização e otimização dos serviços fiscalizatórios, inclusive com a verificação tempestiva e austera da observância de duração razoável dos processos (tema que será enfatizado a seguir).

21.

Processos de Fiscalização

Os Tribunais de Contas, no exercício de suas competências, têm o dever de prolatar as suas decisões, observado o direito fundamental à duração razoável dos processos de fiscalização. Ademais, sugere-se que, em ato normativo próprio, as Cortes de Contas estabeleçam critérios objetivos para a identificação de urgência na tramitação de processos, evitando, assim, favorecimentos ou preterições.

21.1

Contas

As contas, apresentadas em um exercício, serão julgadas no exercício imediatamente seguinte, salvo motivo justificado ou força maior.

Como se sabe, a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou, em boa hora, regra que garante a duração razoável dos processos judicial e administrativo:

Art. 5º [...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Não se trata de iniciativa precursora. Faz tempo, o Direito Constitucional Comparado conhece inúmeros precedentes em igual li-

nha. O que sobre o tema assume especial interesse é que a melhor doutrina atribui ao direito à duração razoável do processo a condição de direito fundamental.

O inciso LXXVIII, do art. 5º da CF, também vinculado ao chamado *status positivus* (vide os comentários ao item 4) e às garantias constitucionais do devido processo, teria, assim, afeiçoada a sua sólida natureza de direito fundamental, prevenindo delongas excessivas tanto no processo judicial, como no processo administrativo.

Afinal, a demora não gera apenas ineficiência, também produz insegurança jurídica que, no Brasil, constitui a principal indutora das más práticas, as quais, pela inércia, se convertem em tristes fatos consumados, às vezes com chocante inobservância de seus pressupostos mínimos.

22. Efeitos das Decisões

Ao decidirem, nos processos de fiscalização, à vista notadamente dos imperativos da segurança jurídica, do interesse público e da boa-fé, poderão os Tribunais de Contas, por maioria de seus membros, modular os efeitos das decisões.

Trata-se, neste item, de retomada do tema da modulação. Com efeito, a matéria dos atos administrativos constitutivos de direitos foi, por muito tempo, dominada apenas pelo princípio da legalidade, cuja rigorosa e soberana prevalência impunha, de modo invariável, a supressão, sempre com efeitos *ex tunc*, de todos os atos administrativos ilegais. Todavia, esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, como visto, começou, pouco a pouco, a ceder espaço a uma nova concepção, segundo a qual nem todos os atos administrativos inválidos poderiam ser suscetíveis de retratação. É que o imperioso dever de preservar a segurança das relações jurídicas e, por fim, o justo respeito à boa-fé e à confiança que os administrados depositaram na Administração impedem, não raro, o puro e simples desfazimento dos efeitos favoráveis produzidos pelos atos do Poder Público.

Em torno desse problema da supressão dos atos administrativos inválidos, já convalidados pela aura de legitimidade e pelos princípios da boa-fé, da confiança e da estabilidade das relações jurídicas, foi, então, formando-se, paulatinamente, a aludido consenso. Atualmente, o que se observa é que todos os pontos de vista parecem

conduzir para um seguro paradeiro, em casos desse tipo: ou a plena convalidação e irretratabilidade ou a anulação, com efeitos ex nunc, dos atos administrativos dos quais decorram, sedimentados por um halo de confiança, efeitos favoráveis aos beneficiários de boa-fé.

Miguel Reale, chamando a atenção para o fato de que a teoria das nulidades no Direito Público não se confunde com a do Direito Privado, afirmava que o “tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que, originariamente, as comprometia”⁶¹. Disse mais:

Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela⁶².

Diverso não é o entendimento de outro importante juriconsulto brasileiro. Meditando sobre a questão, o ex-Ministro José Neri da Silveira, quando exercia as funções de Consultor Geral do Estado do RS, igualmente teve oportunidade, em longo e minucioso Parecer, de enfrentar o tema dos atos administrativos iterativamente confirmados pela Administração. Em perfeita harmonia, as suas palavras confluem para o ponto:

[...] se é certo, em princípio, que não há direito contra a lei e que a Admi-

61 In *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 81.

62 In ob. cit., p. 72.

nistração pode anular os seus atos com infrações a dispositivos legais, consoante ficou largamente analisado acima [...], não menos exato é que a atividade administrativa possui, em seu favor, uma presunção de legitimidade, e cada ato público, oriundo de autoridade competente, há de ter-se, em princípio, como válido, perante os cidadãos, máxime quando, por estes aceito, produza consequências de direito, em prol dos mesmos, de forma pacífica, iterativamente, no decurso de muitos anos, com inquestionada aparência de regularidade⁶³.

Mais recentemente, a doutrina nacional, tomando por base esses posicionamentos, tratou de aprofundá-los, esboçando a primeira grande sistematização da doutrina aplicável ao tema da anulação dos atos inválidos praticados pela Administração Pública:

o princípio da boa-fé estabelece lindes substanciais ao anulamento dos atos administrativos, impondo, sem prazo determinado, a convalidação dos mesmos com a reflexa preclusão da possibilidade anulatória⁶⁴.

A doutrina estrangeira, por sua vez, também adota idêntica lógica de raciocínio. Fritz Fleiner, um dos primeiros a se pronunciar sobre o assunto, ponderava, com louvável senso de responsabilidade e prudência, que:

63 In Parecer nº 7, publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, de 24 de setembro de 1965.

64 Vide Juarez Freitas in *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 25. No mesmo sentido, são as manifestações de Almiro do Couto de Silva in *Os Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, 1988, Vol. 18, nº 46, p. 28: "Finalizando e em síntese: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão de boa-fé, convalidam, convescem ou sanam".

[...] a autoridade não deve fazer uso da sua faculdade de suprimir ou de modificar uma disposição editada por ela própria, a não ser que o interesse público o exija. Ela não deve perturbar, de modo inconsequente, as situações existentes que se estabeleceram tendo como base os seus próprios atos. Ela não deve, por igual, porque o seu ponto de vista jurídico teria mudado, declarar não-válidos direitos do cidadão que ela deixou que subsistissem, sem contestação, durante anos a fio. A máxima do 'quieta non movere' e o princípio da boa-fé (..)devem igualmente valer para as autoridades administrativas⁶⁵.

Ernst Forsthoff comungava, por igual, dessas ideias, registrando que

[...] no domínio da administração social, a necessidade de segurança é tão grande que os atos administrativos que concedem vantagens, em particular aqueles que atribuem pensões, possuem uma autoridade vizinha à coisa julgada. Eles não são suscetíveis de ser objeto de anulação, ainda quando irregulares desde o seu primeiro início. A necessidade de proteger a confiança dos interessados sobrepuja, aqui, o princípio da legalidade⁶⁶.

65 In *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*. Paris: Librairie Delagrave, 1933, p. 127: "*L'autorité ne doit faire usage de sa faculté de retirer ou de modifier une disposition édictée par elle que lorsque l'intérêt public l'exige. Elle ne doit pas troubler à la légère des situations existantes, qui se sont établies sur la base de ses dispositions; elle ne doit pas davantage, parce que son point de vue juridique aurait changé, déclarer non valables des possessions des citoyens qu'elle a laissées subsister sans contestation pendant des années. La maxime 'quieta non movere' et le principe de 'la bonne foi (Treu und Glauben)' doivent valoir pour les autorités administratives également*".

66 In *Traité de Droit Administratif Allemand*, ob.cit. p. 396: "*Dans le domaine de l'administration sociale, le besoin de sécurité est si grand que les tribunaux ont été amenés à admettre que les actes administratifs qui accordent des pensions, ont une autorité voisine de l'autorité de chose jugée. Ils ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un retrait même lorsqu'il sont irréguliers depuis le début. La nécessité de protéger la confiance des intéressés l'emporte ici sur le principe de légalité*".

De Fritz Fleiner e Ernst Forsthoff para cá, a doutrina alemã não mudou. Antes, o que se verifica é que o impulso de proteção da boa-fé e da confiança dos destinatários dos atos administrativos assentou raízes ainda mais firmes e profundas. Sem vacilarem, Hans-Uwe Erichsen, Peter Badura e Wolfgang Martens asseveraram, em uníssono, que,

[...] na verdade, o princípio da proteção da confiança já é reconhecido pelo direito positivo. Quando se trata de prestação pecuniária ou de coisas tendo como base um ato administrativo inválido, ele é levado em consideração de modo distinto, prevalecendo a proteção da confiança e da estabilidade do ato⁶⁷.

Entre os autores contemporâneos, Hartmut Maurer é outro que se declara contrário à supressão dos direitos constituídos por atos administrativos sem que se levem em linha de consideração a aparência de legalidade, a boa-fé e a confiança dos administrados. Depois de sublinhar que,

[...] os atos administrativos criam relações nitidamente definidas e estáveis entre o Estado e o cidadão e que, por conseguinte, o fundamento de sua legitimidade reside no princípio da segurança jurídica.⁶⁸

67 In *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1981, pp. 229-230: "Zwar ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes jetzt positivrechtlich anerkannt; ihm wird aber in unterschiedlicher Weise Rechnung getragen: Bei Geld - oder Sachleistungen auf Grund eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes bleibt Vertrauensschutz Bestandsschutz".

68 In *Droit Administratif Allemand. Tradução de Michel Fromont*, Paris: L.G.D.J., 1994, p. 213: "l'acte administratif crée des rapports nettement définis et stables entre l'État et le citoyen et par suite, le fondement de sa légitimité réside dans le principe de la sécurité juridique".

Maurer observa, descendo do geral para o particular, que,

[...] no curso dos anos 50, a jurisprudência promoveu uma completa reviravolta: abandonou a concepção jurídica adotada até então e limitou a anulação dos atos administrativos atributivos de direitos, sob a alegação de que a proteção do Princípio da Confiança deveria ser considerada. [...]. Os princípios desenvolvidos em matéria de anulação pelo Tribunal Administrativo Federal aplicam-se, principalmente, aos atos administrativos que tenham por objeto prestações pecuniárias [...]. Mas, segundo a Corte Administrativa Federal, eles também se aplicam, nas mesmas condições, a todos os outros atos administrativos [...]. É assim na isenção de serviço militar, [...] na autorização para efetuar uma transação imobiliária [...] [e] na licença para edificar⁶⁹.

Finalmente, apenas para ilustrar, o grego Michel Stassinopoulos, cuja vertente de pensamento insere-se no âmbito da tradição administrativista francesa, expressa um diagnóstico inteiramente convergente com os anteriores:

Os princípios jurídicos não possuem a rigidez das regras geométricas. [...] Admite-se, geralmente, que se a autoridade administrativa reconhece, durante longo tempo, de modo tácito, uma situação criada por um

69 *Idem*: ob. cit., pp. 292-293: "L'illégalité constituait un motif de retrait ou – dans la terminologie d'alors – de révocation. Vers le milieu des années 1950, la jurisprudence effectua un revirement total: elle abandonna la conception juridique qu'elle avait jusque' alors et enforma la possibilité de retrait des actes administratifs conférant un avantage dans de strictes limites, em invoquant le principe de la protection de la confiance. [...] Les principes développés en matière de retrait par la Cour administrative fédérale s'appliquent principalement aux actes administratifs qui ont pour objet des prestations pécuniaires [...]. Mais, selon la Cour administrative fédérale, ils jouent également, et dans les même conditions, pour tous autres actes administratifs [...]. Il en est ainsi [...] l'autorisation d'effectuer une transaction immobilière [...], le permis de construire".

ato administrativo ilegal, ela agiria contra o princípio da boa-fé e o da administração prudente, ao proceder, subitamente, à anulação daquele ato, sem levar em conta a supressão dos resultados já obtidos com a sua aplicação. Nesse caso, a irretratabilidade dos atos ilegais não se impõe por força do respeito aos direitos adquiridos, mas pela necessidade de assegurar a estabilidade das relações jurídicas no domínio da administração ativa⁷⁰.

Quando se volta o olhar para a jurisprudência, nota-se, mais uma vez, a persistente defesa da boa-fé e da estabilidade das relações jurídicas. Contra os cânones da confiança e do *quieta non movere* nem o Judiciário reivindicou para si privilégios ou isenções. Junto com a Administração, também a competência jurisdicional recuou diante das situações de fato ou de direito consolidadas pelos efeitos im pessoais da aparência de legalidade. Para ilustrar: na Apelação em Mandado de Segurança nº 90.04.06891-0/RS, o então Desembargador Federal Gilson Dipp, hoje Ministro do STJ, decidiu que,

[...] a Administração Pública pode, de modo implícito, pelo silêncio ou pela inação, durante prolongado lapso temporal, ratificar ato administrativo. O Poder Público atentaria contra a boa-fé dos destinatários da

70 In *Traité des Actes Administratifs*. Athènes: Librairie du Recueil Sirey, 1954, p. 254: “*Les principes juridiques n’ont pas toutefois la rigidité des règles géométriques, [...]. On admet généralement que si l’autorité administrative reconnaît longtemps, d’une manière tacite, une situation créée par un acte administratif illégal, elle agit contre le principe de la bonne foi et celui de l’administration convenable, en procédant subitement des résultats déjà obtenus par son application. Dans ce cas, l’irrévocabilité des actes illégaux ne s’impose pas en vertu du respect des droits acquis, mais par le besoin d’assurer la stabilité des rapports juridiques dans le domaine de l’administration active.*”

administração se, com base em supostas irregularidades, por ele tanto tempo toleradas, pretendesse a supressão do ato⁷¹."

Em tempos que não vão longe, essa orientação tradicional, como atesta a AC nº 97.04.42384-5, foi novamente adotada, desta vez pelo Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior:

O Judiciário, ao realizar o controle do ato administrativo, deve hierarquizar o vício quanto ao grau de sua validade. O controle pelo Judiciário, instância definitiva para a solução do litígio, tem que se assentar na premissa de que nem todos os vícios dos atos administrativos invariavelmente conduzam à sua nulidade, mesmo em se tratando de atos vinculados.

Quando o ato administrativo, apesar de não ter sido praticado com absoluta conformidade à lei, conforma-se ao princípio da boa-fé, se dele não decorrem danos ou prejuízos a terceiros ou não foi fruto de fraudes, deve ser convalidado⁷².

E ainda agora, em precedente de 2012, tendo por objeto a postulada anulação das licenças ambientais para a construção da Usina Baixo Iguaçu, cujo reservatório, supostamente, afetaria o Parque Nacional do Iguaçu, o ilustre Desembargador Federal Thompson Flores Lenz, na AC nº 5000970-08.2011.404.7007/PR, examinando questão ambiental com repercussões muito mais relevantes, não hesitou em reconhecer a necessidade de prevalência, em

71 Vide a Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1991, vol. nº 6, p. 269.

72 In Revista Interesse Público, vol. 8, 2000, p. 275.

casos como o presente, da boa-fé:

7. Embora se reconheça o poder-dever da Administração em anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, porquanto da inteira submissão da atuação administrativa ao princípio da legalidade, o certo é que essa prerrogativa precisa ser compatibilizada com outro princípio próprio do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da segurança jurídica. 8. Há que se ter em mente o princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica e a presença de um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé, que devem estar presentes também nas relações jurídicas de direito público. [...].

Ora, ante essa apologia da aparência de legitimidade, da boa-fé, da confiança e da estabilidade das relações jurídicas, - uma apologia que não conhece fronteiras, capaz de unificar diferentes tradições e de promover uma benfazeja aliança entre doutrina e jurisprudência - parece claro que também o Controle Externo deve modular os efeitos de suas decisões quando se confrontar com situações jurídicas em que os destinatários dos atos administrativos se encontram realmente de boa-fé ou são credores de confiança legítima em relação ao Poder Público.

Essa orientação, entretanto, a bem da defesa das boas práticas, em afinidade com o que prescreve o art. 54 da Lei 9.874, jamais poderá prevalecer naqueles casos onde, em vez da boa-fé, se possa verificar que o destinatário do ato administrativo haja se conduzido com má-fé ou ladina esperteza, apostando no fato consumado.

23. Declaração de Nulidade de Ato

Nenhum ato será declarado nulo se do vício não resultar prejuízo para o Erário, para a apuração dos fatos ou para a execução da deliberação adotada.

Com efeito, o art. 55, da Lei 9.784, parece não deixar dúvidas quando ao dever de convalidação dos atos administrativos dos quais não emanam lesão ao interesse público, tampouco prejuízo a terceiros:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Desse modo, não apenas se trata de deixar de declarar a nulidade, porque, uma vez presentes tais pressupostos, impõe-se – não é mera faculdade – a convalidação.

24.

Medida Cautelar

Sempre que houver risco de dano irreparável ou de difícil reparação para o interesse público, os Tribunais de Contas poderão, motivadamente, determinar medidas cautelares, sem a oitiva prévia do fiscalizado ou dos interessados, admitida inclusive a determinação de afastamento temporário do responsável, se houver indícios suficientes de que possa retardar ou embaraçar a realização de auditoria ou inspeção, provocar novos danos ao Erário ou inviabilizar o ressarcimento.

24.1

Urgência ou Decisão Motivada

Em caso de comprovada urgência e por decisão motivada, a medida cautelar poderá ser adotada pelo Relator, submetendo-se a decisão monocrática à primeira sessão plenária subsequente.

A medida cautelar aplicada no âmbito da competência fiscalizadora do Tribunal de Contas deriva da forma de proteção jurisdicional prevista no Código de Processo Civil que, em face de uma situação de urgência, por decorrência de especiais circunstâncias, tem direito a tutela da simples aparência do direito em estado de risco e dano iminente⁷³.

73 Vide Ovídio Baptista da Silva in *Curso de Processo Civil – Processo Cautelar* (tutela de urgência), Volume 3, 3ª edição.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; vide, ainda Celso Agrícola Barbi in “Aspectos do Processo Cautelar” (RF 330/31).

Assim, havendo constatação de que o ato do fiscalizado poderá produzir dano irreparável ou de difícil reparação ao interesse público, com prejuízos ao erário, o Tribunal de Contas, motivadamente, mediante clara demonstração do perigo de dano iminente e irreparável, orientado pelo *"fumus boni iuris"*, poderá expedir medida cautelar determinando a sustação do ato analisado, no sentido de que possam ser procedidas auditorias e/ou estudos técnicos e jurídicos sobre a situação impugnada, com vista à prolação de uma decisão definitiva sobre a matéria. Por ser a medida cautelar uma situação de urgência, logicamente que esta poderá ser adotada pelo Relator do processo, que deverá levá-la à homologação do Plenário, na primeira sessão subsequente à decisão monocrática.

25.

Atribuições Fiscalizadoras dos Tribunais de Contas

Os Tribunais de Contas, no exercício das suas atribuições fiscalizadoras, poderão valer-se de todos os meios admitidos em Direito, incluindo o exame, no local, dos atos sob fiscalização, mediante a realização de auditorias e inspeções, admitidas estas também em matéria de gestão ambiental e de exercício do poder regulatório, nos termos disciplinados pelas respectivas leis orgânicas.

Trata-se de tema conexo ao item 7 acima, envolvendo a competência constitucional prevista no art. 71, IV, da CF/88, que atribui ao Tribunal de Contas à capacidade de realizar inspeções e auditorias, visando a assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas. Como a função fiscalizadora não é estanque, cumpre atentar para a emergência de novas situações que se apresentam na evolução da sociedade, da Administração e do Estado. Assim, sem omissão, deve o Tribunal de Contas realizar auditorias sobre a gestão ambiental e o exercício do poder regulatório, em face do relevante interesse público tutelado.

O meio ambiente está revestido de garantia constitucional (art.225, caput, da CF/88), sendo, para fins de gestão e controle, competência inescapável do controle externo a sua guarda, tutela e fiscalização. Ao mesmo tempo, merece ser assumida, com plenitude, a competência do Tribunal de Contas para verificar o correto e adequado exercício do poder regulatório sobre as atividades de interesse público.

26.

Atos Processuais de Fiscalização

Os atos processuais de fiscalização serão devidamente motivados, com explicitação dos fatos e dos fundamentos de direito, sempre que afetarem direitos ou interesses, ressalvados os atos de mero expediente.

26.1

Motivação Clara e Congruente

A motivação será clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos deduzidos em anteriores decisões ou em pareceres acostados aos autos, que, em tais casos, serão parte integrante do ato decisório.

O dever de motivação já foi objeto de análise no item 2, quando foram tecidas breves considerações sobre o princípio da motivação. Neste momento, cumpre, como nota adicional, recordar que a Lei 9.784, de aplicação subsidiária ao processo de contas (MS 23.550 – STF), fez duas decisivas alusões ao dever de motivação:

- a) a primeira, que chancela a sua enorme importância como uma das chaves hermenêuticas da Lei 9.784, encontra-se no art. 2º, caput, quando o legislador, de forma sábia e afinada com a melhor doutrina, incluiu, entre os princípios aos quais deve obediência a Administração Pública, exa-

tamente o “*princípio da motivação*”;

- b)** a segunda, quando a Lei do Processo Administrativo, descendo do geral para o particular, cuidou de abrir um capítulo específico, o de nº XII – “*Da Motivação*” – onde, no art. 50, emprestando inquestionável lastro e fundamento aos itens 26 e 26.1 do presente Manual, prescreveu:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Como se vê, a motivação deve declinar os elementos de fato e de direito que nutriram as escolhas administrativas, dentro ou fora do processo.

Se a autoridade em causa, como sublinha Maurer, desfrutava de certa margem de poder discricionário, é conveniente que as considerações determinantes do exercício deste poder sejam também indicadas. A abstenção desta obrigação tem rendido boas críticas. Com efeito, são precisamente essas considerações sobre as quais se fundou o exercício do poder discricionário que são importantes para apreciar a legalidade de uma decisão discricionária, e essas considerações, no fim das contas, não podem ser expressas senão que pela própria autoridade em causa⁷⁴.

Em outras palavras, parece inequívoco, juntando o testemunho da doutrina com o comando da lei, que quanto maior a liberdade do administrador, tanto mais rigorosa e minudente deverá ser a observância do princípio constitucional da motivação, de cujo arco preceptivo só se afastam, como já se registrou no item 2, os atos administrativos de mero expediente – aqueles que não afetam os direitos e interesses de terceiros.

74 In *Droit Administratif Allemand*, ob.cit., p. 246. Sobre o tema vide, ainda, Juarez Freitas in *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

27.

Decisões Fiscalizadoras

Das decisões fiscalizadoras cabe recurso, em face de razões de juridicidade e de mérito.

27.1

Recurso ao Tribunal de Contas

O recurso será dirigido ao Tribunal de Contas, nos termos regimentais, tendo sempre efeito suspensivo, mas o processamento da revisão não obstará a execução da decisão.

O direito a recurso no processo de fiscalização atende ao princípio do duplo grau de jurisdição, em que a decisão de primeiro grau – inicial – deve submeter-se a novo exame em grau de recurso perante a mesma autoridade ou órgão julgador – reconsideração – e perante a autoridade ou órgão superior. A Lei 9.784/99, reguladora do processo administrativo, assegura o duplo grau de jurisdição mediante a possibilidade de interposição de recurso dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, não reconsiderando, deverá encaminhar à consideração da autoridade superior (art. 56, § 1º) limitando o trâmite do recurso a, no máximo, três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa (art. 57).

Do mesmo modo, logicamente, o duplo grau de jurisdição é um princípio com aplicabilidade ao processo de fiscalização. Em relação

à primeira decisão tomada pelo Tribunal de Contas, por um Conselheiro (Juízo singular) ou por uma Câmara, que pode ser chamada de primeiro grau, tem de ser assegurado o direito de recurso ao órgão superior – Tribunal Pleno – que pode ser chamado de segundo grau. Quando a decisão inicial for do Tribunal Pleno, o duplo grau de jurisdição se dá perante o mesmo órgão, mediante pedido de reconsideração⁷⁵.

75 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, op. cit., p. 421.

28. Recursos

Cabem os seguintes principais recursos, sem prejuízo de denominações distintas:

I – recurso de reconsideração em processo de contas, que pode ser formulado por responsável, interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas;

II – pedido de reexame de decisão definitiva, em processo de fiscalização;

III – embargos de declaração, quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal de Contas;

IV – recurso de revisão, em processo de prestação ou tomada de contas, interposto pela parte, seus sucessores ou pelo Ministério Público de Contas;

V – agravo de despacho decisório de Presidente do Tribunal de Contas, de Presidente de Câmara ou Relator e da medida cautelar.

Com efeito, em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição, podem ser interpostos os seguintes recursos junto ao Tribunal de Contas⁷⁶:

Recurso de Reconsideração e Pedido de Reexame – Este é o recurso nas hipóteses de decisões originárias do Tribunal Pleno.

76 Vide Hélio Saul Mileski in *O Controle da Gestão Pública*, ob. cit., pp.421/423.

O Tribunal de Contas da União, consoante o art.33 da sua Lei Orgânica, com a regulamentação do art. 285 do seu Regimento Interno, prevê o cabimento de recurso de reconsideração para as decisões proferidas em processo de tomada ou prestação de contas e de pedido de reexame para as decisões proferidas em processo concernente a ato sujeito a registro e nos casos de fiscalização de ato e contrato – são os processos de fiscalização de todos os atos de que resulte receita ou despesa, onde se incluem os de inspeção e auditorias, juntamente com os procedimentos licitatórios e os contratos decorrentes – com efeito suspensivo. Ambos os recursos podem ser formulados uma vez só e por escrito, pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público, com apreciação por quem houver proferido a decisão recorrida. A instrução do processo é conduzida pelo Relator, que ouvirá os órgãos técnicos e o Ministério Público, no encerramento da instrução.

Só excepcionalmente, o responsável, o interessado ou o Ministério Público junto ao Tribunal poderá interpor recurso ao Plenário, e isto somente se comprovada a divergência entre a decisão recorrida e a que houver sido prolatada pela outra Câmara ou pelo Plenário, em caso análogo (art. 234 do Regimento Interno do TCU).

Embargos de Declaração – Na esteira do regulado para o processo civil, no Tribunal de Contas da União (art. 287 do Regimento Interno – Resolução nº155/2002) está prevista a interposição de embargos de declaração pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público, com efeito suspensivo, para

corrigir obscuridade, omissão ou contradição do Acórdão ou da Decisão recorrida.

Obscuridade é falta de clareza que retira a certeza jurídica da questão decidida. Há omissão quando na decisão não são apreciadas questões suscitadas pelo interessado ou examináveis de ofício. Existe contradição quando a decisão inclui proposições entre si inconciliáveis⁷⁷, como ocorre no caso de o Tribunal não conhecer do recurso e, logo após, apreciar o mérito.

Portanto, pelos embargos declaratórios não se reexamina o mérito da questão, mas tão-somente se aclara à obscuridade, supre-se a omissão ou se desfaz a contradição, sem produzir um rejuízo do mérito. Trata-se de importante instrumento processual de aprimoramento da decisão.

Revisão – Vide item 29.

Agravo – Sendo do Relator a competência para ordenar o andamento dos processos, as chamadas decisões interlocutórias por ele tomadas, em face de poderem servir de negação aos direitos e garantias processuais, têm de sujeitar-se a recurso próprio. Para tanto, por exemplo, o Tribunal de Contas da União, por meio da Resolução/TCU nº 36/95 (hoje regulado pelo art. 289 do Regimento Interno-TCU, Resolução nº 155/2002), foi criado o agravo, sem efeito suspensivo, com a finalidade de promover reexame do despacho do Relator que indefere liminarmente o exercício de uma faculdade processual, tais como

77 Vide José Carlos Barbosa Moreira in ob.cit. p. 517-520.

a apresentação de alegações de defesa e razões adicionais, pedido de habilitação em processo, juntada de documentos ou requerimento de informações e certidões. A decisão do agravo ocorre mediante juízo de reconsideração do Relator. Mantida a decisão, o recurso deve ser levado ao conhecimento do Colegiado competente, no sentido de solucionar o agravo interposto⁷⁸.

29.

Revisão dos Processos de Fiscalização

A pedido do fiscalizado ou do Ministério Público de Contas, os processos de fiscalização de que resultem sanções poderão ser revistos, no caso de julgamento de contas, no prazo máximo de dois anos, contados do trânsito em julgado, somente quando surgirem circunstâncias significativas que tornem inadequada a sanção.

29.1

Justificativa da Revisão

Podem justificar a revisão as violações manifestas de disposição de lei ou do Direito, tais como o erro de cálculo, a falsidade de documento ou a ciência de documento novo com eficácia sobre a prova produzida.

No processo civil chama-se de rescisória a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo da matéria nela julgada.⁷⁹ Por longo período perdurou a controvérsia doutrinária a respeito da ação rescisória ser ou não assimilada à figura do recurso. Contudo, como lembra Barbosa Moreira, hoje seria anacronismo injustificável prolongar a controvérsia, eis que resta indubitável que cada remédio jurídico

79 Vide José Carlos Barbosa Moreira in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 105.

pode ser adotado de uma ou outra forma:

[...] a opção, de política legislativa, prende-se fundamentalmente a razões de conveniência, não sendo desprezível, ademais, a influência exercida, dentro de cada sistema jurídico, pelo peso dos resíduos históricos.⁸⁰

No direito brasileiro a opção legislativa foi por estabelecer uma ação própria, chamada de rescisória, para proceder à desconstituição de uma decisão com trânsito em julgado. Assim, somente é possível o ingresso de uma ação rescisória contra decisão que não esteja pendente de recurso, seja definitiva, e preencha as condições específicas determinadas pela lei.

Com estas características, feitas as devidas adaptações e mudando o que deve ser mudado, a rescisória foi incorporada à estrutura dos processos de fiscalização que tramitam perante o Tribunal de Contas, cujas exigências para a sua interposição, guardam conformidade com as peculiaridades do sistema de controle das contas públicas. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, por exemplo, embora cogite de rescisória, colocou esta medida processual como recurso de revisão (art. 35, da Lei nº 8.443/92). Os Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na linha do modelo federal, também estabeleceram a possibilidade de interposição de pedido de revisão, com dados diferenciadores. No Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, por exemplo, a revisão é tratada como processo autônomo, à similitude da ação rescisória,

80 *Idem*, p. 106.

e o rol de exigências para a sua interposição inclui outras possibilidades legais.⁸¹

Sublinhe-se que as revisões não impedem a execução das decisões relativas a multas e débitos fixados, uma vez que não possuem efeito suspensivo.

O que importa destacar é que, polêmicas à parte, a analogia com a ação rescisória deveria conduzir ao mesmo prazo para a revisão, isto é, dois anos, no intuito de preservar, ao mesmo tempo, a segurança jurídica e a autoridade legítima das Cortes de Contas.

81 O pedido de revisão está regulado para o Tribunal de Contas do RS na Lei n. 11.424/2000, art. 66, e na Res. n. 544/2000, arts. 159 a 161, com prazo distinto.

30.

Súmula da Jurisprudência

As decisões adotadas reiteradamente pelos Tribunais de Contas nos processos de fiscalização poderão dar ensejo a enunciado, a ser incluído na Súmula da Jurisprudência, que será constituída pelo resumo de soluções, precedentes e entendimentos. Poderá ser incluído, revisto, revogado ou restabelecido, na Súmula, qualquer enunciado, mediante aprovação pela maioria dos Ministros ou dos Conselheiros.

No direito brasileiro, sendo a prestação estatal fator indispensável para o estabelecimento da equidade, significa dizer que é importante para a sociedade conhecer o posicionamento dos Tribunais de Contas sobre determinado tema, até para haver o controle social sobre o tratamento isonômico. De fato, o conhecimento sumulado das decisões é estímulo poderoso à universalização das boas práticas, eis que induz uma tomada de decisão idêntica em situações de mesma natureza, no pleno resguardo do princípio da impessoalidade.

31.

Relatório para o Poder Legislativo

Anualmente, os Tribunais de Contas deverão encaminhar ao Poder Legislativo, com ampla divulgação à sociedade, em linguagem inteligível, um Relatório de sua atuação fiscalizadora, documentado com estatísticas processuais e financeiras, que evidenciem o resultado das suas ações, notadamente as de combate à corrupção e de salvaguarda da eficácia e da eficiência da gestão pública.

Conforme determinação contida no art. 71, VII, da Constituição, o Tribunal de Contas tem o dever de prestar as informações solicitadas pelo Parlamento, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre os resultados de auditorias e inspeções realizadas.

Sendo o Poder Legislativo o detentor do controle externo, com a competência de julgar as contas do Chefe do Poder Executivo, cabe a ele solicitar às informações que entender importantes ao órgão executor do controle externo, mas nada impede que, além disso, a Corte de Contas preste satisfações à sociedade. Mais: é boa prática fazê-lo, espontaneamente, dando cumprimento adicional à Lei de Acesso à Informação.

32. Considerações Finais

Por ora, eis o texto-base do Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas, à disposição da sociedade. Não pretende ser o texto final, muito menos substituir o necessário diploma que regule a Lei de Processo Nacional de Fiscalização das Cortes de Contas. É indispensável a incorporação de sugestões ao seu aperfeiçoamento e para que reflita um conjunto de vozes, em defesa uníssona das boas práticas. Acolheremos, de bom grado, as sugestões construtivas, animadas do mesmo propósito de efetivo aprimoramento do processo de contas. Antecipamos agradecimentos.

“Este documento é consequência de indicativos constantes dos planos estratégicos da Atricon e do IRB e que se repetem na maioria dos planejamentos estratégicos dos Tribunais de Contas e conclua a proposta original do Promoex. É um documento aberto, como se decidiu na reunião da Atricon em Campo Grande-MS e deve ser aperfeiçoado. A realidade sobre a qual atuam os órgãos públicos está em constante mutação. É inviável atender às demandas sem um aperfeiçoamento permanente de nossos procedimentos.”

Conselheiro Salomão Ribas Junior

Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE-SC)
