

PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA ESPECIFICIDADES NA AÇÃO DO CONTROLE EXTERNO

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Mestre em Direito Público. Professor de Direito Administrativo

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.¹

O princípio do contraditório, comumente resumido na antiga parêmia latina – *audiatur et altera pars* –, consiste na obrigação do Juiz, em razão do seu dever de imparcialidade, de ouvir a outra parte do processo sobre as alegações deduzidas por uma parte. Também é chamado de princípio da audiência bilateral.

Esse axioma dá sustentação a toda teoria geral do processo, e sua inobservância acarreta a nulidade do ato, ressalvadas as exceções expressamente admitidas em lei, como a medida liminar sem oitiva da parte adversa, que, por isso mesmo, constitui-se instrumento restrito.

Com o descortino superior que lhe é peculiar, obtempera o Dr. João Bonifácio Cabral Jr. que, no Direito comparado, em especial na doutrina alemã, é reconhecido que, subjacente ao direito de defesa, estão presentes três outros direitos, quais sejam:

a) direito de informação

- pelo qual se garante que o interessado, em um processo administrativo disciplinar, por exemplo, tenha acesso a todas as informações relativas ao andamento e aos atos do processo;²

b) direito de manifestação

- pelo qual se garante o direito do interessado manifestar-se oralmente ou peticionando por escrito no processo;

c) direito de ver suas razões consideradas

- vale dizer: no caso de uma sindicância ou processo administrativo disciplinar, a comissão, em seu relatório final, não está vinculada a acatar como procedentes as razões de defesa; todavia, isto sim, está obrigada, sob pena de nulidade, a considerar as razões de defesa, enfrentando-as, quer para acatá-las, quer, principalmente, quando for o caso, para mostrar, fundamentadamente na prova colhida na instrução, a improcedência ou inconsistência das mesmas.

Desafio relevante consiste em avaliar como os princípios da epígrafe afetam os diversos tipos de processos que estão submetidos no plexo de competências dos Tribunais de Contas.

O tema desafia a inteligência, porque exige profundo conhecimento da natureza das diversas funções que essas Cortes exercem, e como, quando e em favor de quem devem ser concretizados tais princípios.

Para melhor compreensão didaticamente divide-se o estudo em tópicos.

a) Sujeitos à jurisdição

Os princípios em tela aplicam-se diretamente e em favor daqueles que estão sujeitos à jurisdição, estrito senso, do Tribunal de Contas.

E estão nessa condição, é consabido, apenas aqueles que têm o dever de prestar contas, na forma preconizada pelo parágrafo único do art. 70 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19.

Desse modo, para exemplificar, o servidor que se aposenta e tem o ato de inativação considerado ilegal pelo Tribunal não pode pretender anular o julgamento porque não participou da relação processual.³

O Tribunal, nesse caso, está integrando o ato complexo de inativação, com o registro e, ao mesmo tempo, fiscalizando a autoridade que praticou o ato. Assim, podem ocorrer três hipóteses:

1 - o Tribunal registre o ato, considere regular a despesa;

2 - o Tribunal negue o registro, ordene a nulidade do ato, com ou sem recomposição do erário;

3 - o Tribunal negue o registro da aposentadoria, ordene a nulidade do ato e inicie o contraditório com vistas a aplicação de multa a quem praticou o ato de inativação se verificar erro crasso, dolo ou má-fé.

Em nenhuma das hipóteses o aposentado será alcançado pela decisão do Tribunal, diretamente. Desse modo quem deve garantir a ampla defesa e o contraditório, nas hipóteses 2 e 3, é o ordenador de despesas do órgão, que vai dar cumprimento à decisão da Corte. Nas mesmas duas hipóteses, compete, porém, ao Tribunal de Contas, se ordenar a recomposição do erário ou visar a aplicação de multa, garantir ao ordenador de despesas a eficácia desses dois princípios.⁴

b) Terceiros interessados

No processo cível comum, o terceiro que possua legítimo interesse pode intervir no processo para resguardar direito próprio ou que, pela lei, esteja legitimado a defender.

Nos Tribunais de Contas inexistente como regra esse direito porque, também como regra, terceiros não são diretamente alcançados pela ação dessas Cortes. É sobre agente público ou particular jungido ao dever de prestar contas – sujeitos da jurisdição – que o controle externo atua. Pode ocorrer, porém, que, em decorrência do exame do ato, a ordem expedida, ainda que indiretamente, alcance terceiro. Aqui, a expressão indiretamente deve ter a conotação de por pessoa interposta. Ao ordenar, por exemplo, a declaração de nulidade da aposentadoria e a recomposição do erário, a ordem implicará que o agente público responsável pelo ato, observada a ampla defesa e o contraditório, promova a anulação e inicie os procedimentos administrativos ou judiciais para a repetição do indébito.

Nesse momento, porém, o aposentado – terceiro interessado – cientificado do novo ato do mundo jurídico – decisão do Tribunal de Contas – exerce sobre ele o princípio do contraditório, sustentando a legalidade, independente da legitimidade concorrente da própria autoridade que praticou o ato. Ambos terão legitimidade, à luz dos princípios em tela, para recorrer.

O que causa estranheza aos que se iniciam na advocacia perante o Tribunal é que o terceiro não sujeito à jurisdição pode recorrer, mas não pode integrar a relação processual desde o início. A explicação lógica é que só os jurisdicionados são alcançados pela ação do controle e todos os terceiros não serão, como regra, alcançados.

O mesmo raciocínio aplica-se ao exame das licitações, contratos e demais atos administrativos.

De lege ferenda, parece admissível que os Tribunais de Contas notifiquem os possíveis terceiros interessados para acompanhar o processo em que, por via indireta, possam ser atingidos pela decisão da Corte.⁵

Mesmo sem lei que faculta, esse procedimento parece desde logo válido.

c) Tomada de Contas Especial

Dada a singularidade desse procedimento, carece que sejam expedidas breves considerações sobre o mesmo:

A rigor, os processos de julgamentos de contas nos Tribunais de Contas só assumem a natureza de processo a partir do seu ingresso na Corte, na chamada fase externa. Antes dessa fase, não apresentam partes ou

litigantes, porque inexistente uma lide, mas somente uma unidade dos atos investigatórios rumo à verdade material.⁶

No relatório final de uma comissão de tomada de contas especial, por exemplo, poderá essa firmar a irregularidade das contas, hipótese em que, após a manifestação do órgão de controle interno e da autoridade em nível de Ministro ou de Secretário de Estado, ou equivalente, remeterá os autos ao Tribunal de Contas para julgamento. Precisamente nesse momento, a TCE assume a condição de processo, quando o órgão instrutivo, apreciando a apuração promovida pela comissão e os demais elementos dos autos, destacará os principais aspectos, passando diretamente ou após a deliberação do Colegiado das Cortes de Contas – plenário ou câmara – para manifestação do Ministério Público, que funciona em caráter especializado junto ao Tribunal.

Nesse momento, presenciando a existência de indícios, formaliza-se a acusação, seguindo-se a citação, defesa e julgamento pelo Tribunal de Contas.

Essa mudança de procedimento para processo, guardadas as devidas proporções, pode ser equiparada às duas fases do processo penal – inquérito policial e ação penal propriamente dita –, é também o marco essencial à plena satisfação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em decorrência desse princípio, autoriza-se o servidor ou responsável a contradizer os fatos apurados pela comissão de TCE, se agasalhadas pelo Tribunal e inseridas na proposta de citação. Para demonstrar a diferença entre a TCE e o processo administrativo disciplinar, cabe assinalar que, no primeiro, não há nulidade se a prova é constituída sem observância do princípio. A citação posterior, realizada pelo TCU, simplesmente sana o processo, na medida em que assegura a mais ampla defesa, inclusive com integral possibilidade de rever provas.

Efetivamente, todo o juízo de mérito a ser desenvolvido no âmbito do Tribunal de Contas é apenas antecedido pela coleta de informações, documentos e outros elementos de convicção, para sustentar as expressões da comissão de tomada de contas especial e, mais tarde, amparar a acusação. A garantia do contraditório assume lugar perante o próprio TCU, que não tem rejeitado solicitações para revisão das provas produzidas pelas comissões quando a parte ampara-se em justificativa ponderável. Não há qualquer prejuízo a esse procedimento que, *mutatis mutandis*, corresponde ao momento do indiciamento do processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, em mais de uma oportunidade se manifestou o Plenário do TCU, averbando que a ciência do processo pelo responsável possibilita o ajuizamento do mérito.⁷

Em plena consonância com o aqui exposto, é imperioso destacar a seguinte preciosa lição:⁸

Também são princípios constitucionais o contraditório e a ampla defesa, assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, com os meios e recursos inerentes.

No exercício do direito em foco, os indigitados apresentaram a documentação constante de três volumes a este anexo (15/17), nos quais tentam provar que aplicaram na Unidade os recursos de cujo desvio são acusados.

Para o Controle Interno, ‘os documentos em questão só corroboram as conclusões que apresentamos até o momento. Não provam que não houve desvio de recursos. A documentação é confusa e de origem duvidosa. Visa tão-somente (ainda que sem sucesso) a provar que os recursos desviados foram aplicados em benefício da União. Pouco passa isto de uma simples confissão’ (fl.51).

Outra passagem que me parece digna de nota é esta: ‘3.10 Requer com insistência o O.D.⁹ que a averiguação das irregularidades cometidas tenha por base uma comparação entre a situação patrimonial da Unidade, anterior à sua chegada e aquela da época da TCE. Para tanto, nos envia, entre outras coisas, as fotos constantes dos Anexos 13 e 14. 3.11 Ora, todo o processo mostrou que os registros/controles patrimoniais da

UG10 são de quase nenhuma confiabilidade. Ou devido à negligência com que foram tratados, ou pelo fato de terem sido adulterados (ou mesmo, forjados) com vistas a aparentarem situação irreal. Proceder levantamento da situação patrimonial da UG para determinar se houve ou não lesão ao Erário seria inútil. Igualmente incorreto seria ver atenuadas as graves ocorrências em vista da simples apresentação de fotos que demonstraram, na melhor das hipóteses, que os responsáveis pela UG cumpriram com a obrigação de zelar pelo patrimônio imobiliário e pelas viaturas que lhes foram confiados’.

As passagens que destaquei têm por escopo demonstrar vícios que afetam diretamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois estes não importam na simples oportunidade de se autorizar a produção de prova, mas em algo mais, qual seja o de ver essas mesmas provas contrastadas e racionalmente apreciadas. Ademais, também é princípio processual o de que a prova cabe a quem alega. Se foi alegado que as provas apresentadas seriam imprestáveis para afastarem-se as suspeitas, deveriam ser apresentadas contraprovas objetivas e não avaliações eivadas de subjetivismo.

Assim, não me restou suficientemente provado que os recursos não foram aplicados em benefício da Unidade e mais, quer me parecer que as fotografias apresentadas são indícios fortes a autorizarem a presunção e veracidade da defesa, posto que a impossibilidade da averiguação da real situação ante factum, em confronto com a post factum ali retratada se não autoriza a conclusão de que as benfeitorias foram realizadas com os recursos em questão, também não autoriza conclusão em contrário, máxime em face do princípio que in dubio pro reo.

Outro ponto fundamental do princípio do contraditório e da ampla defesa é a possibilidade de a parte assistir ao julgamento de suas contas, fato que deve prevalecer mesmo em se tratando de processos confidenciais ou sigilosos. Nesse particular, a processualística dos Tribunais de Contas não se encontra suficientemente desenvolvida. De qualquer modo, a publicação da pauta de julgamento é o único meio juridicamente adequado de preservar a integralidade desse princípio. A propósito, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar a questão quando a parte argüiu a nulidade do julgamento do Tribunal de Contas da União por ausência de pauta. No caso concreto, o TCU havia procedido à regular publicação, fato desconhecido da parte porque o processo entrou em pauta especial, essa também regularmente publicada.¹¹

Ao ensejo, cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal não tem anulado os julgamentos dos Tribunais de Contas, quando garantida a ampla defesa e o contraditório. Por outro lado, de juridicidade questionável, tem levado ao extremo a exigência de satisfação desse princípio até para o caso em que os Tribunais de Contas têm por função apenas emitir parecer prévio.¹²

No processo submetido à jurisdição dos Tribunais de Contas, após a determinação da citação ou audiência, chega o momento da resposta do réu, gênero maior, quando se insere o exercício do direito de ampla defesa, do contraditório e da revelia.¹³

Assim, como no processo judiciário, ao ser citado ou chamado em audiência, o agente pode assumir uma das seguintes atitudes:

a - responder à citação:

a.1- reconhecendo a procedência do que lhe é requerido;

a.2- apresentando defesa, que poderá ser:

a.2.1 - contra o processo; ou

a.2.2 - contra o mérito;

b - deixar o processo correr ao acaso, não respondendo à citação.

No processo de julgamentos de contas, notadamente os de tomada de contas especial, quando o citado reconhece a procedência dos fatos articulados na citação, pode, desde logo, efetuar o pagamento do débito que

lhe é imputado, obtendo, ipso facto, direito à quitação. Na atualidade, existe dissenso doutrinário acerca do julgamento decorrente ser ou não pela regularidade das contas.

Produz o mesmo efeito que o reconhecimento do fato ou do dever de reparar o dano o pedido de parcelamento do débito.¹⁴

Notas

1 Art. 5º, LV.

2 Controvérsias existem sobre a possibilidade de vistas fora do Tribunal de Contas pelo interessado ou seu advogado, regularmente constituído. No sentido afirmativo tem-se: BRASIL Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Mandado de Segurança. MS n. 22.314-6. Relator: Ministro Octávio Gallotti, Brasília, DF, 05 de setembro de 1996. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de fevereiro de 1997, p. 01.340 e DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Pedido de Retirada de Processo de TCE. Processo n. 750/97B. Interessado: Paulo Motta Nardelli. Relator: Conselheiro-Auditor Osvaldo Rodrigues de Souza, Brasília, DF, 22 de abril de 1997. Diário Oficial do Distrito Federal. Brasília, DF, 29 mar. 1997, p. 3.033-3.039.

3 Nesse sentido: No tocante aos atos do Tribunal de Contas, que anularam atos de concessão pendentes de registro, não parece razoável cogitar-se de inobservância do contraditório, vez que se trata aqui do procedimento unilateral do Tribunal de Contas na apreciação da legalidade, sem necessidade de intervenção do interessado. Ministro Sydney Sanches do STF. RTJ 150/403, extraído do brilhante voto do Ministro Guilherme Palmeira. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC n. 015.260/95-0. Interessado: André Coutinho Diegues. Relator: Ministro Guilherme Palmeira, Brasília, DF, 8 de agosto de 2000. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de ago. 2000. Seção 01, p. 59-60.

4 Contraditório – pensão. Não cabe ao Tribunal de Contas assegurar ampla defesa e contraditório em processo de aposentadoria e pensão. Entendimento do STJ: ...Ministro Sydney Sanches, na presidência do Supremo Tribunal Superior, em processo de suspensão de segurança (RT J 150/403) ..., não parece razoável cogitar-se de inobservância do contraditório, vez que se trata aqui de procedimento unilateral do Tribunal de Contas na apreciação da legalidade, sem necessidade de intervenção do interessado.

5 Notificação e não citação, porque inexistente, ainda, ato concreto e imputação de irregularidade que exija defesa.

6 Para disciplinar o tema, o Tribunal de Contas da União expediu a Resolução n. 36: TCU. Resolução n. 36, de 30 de agosto de 1995. Estabelece o procedimento sobre o exercício da ampla defesa no âmbito do TCU. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 set. 1995. Seção 1, p. 13.790-92.

7 V. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Processo TC n. 020.944/91-8. Decisão 358/92. Interessado: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator: Ministro Bento José Bugarin, Brasília, 08 de julho de 1992. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jul. 1992. Seção 1, p. 9.626.

8 BRASIL Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Processo TC n. 015.332/93-4. Acórdão 180/87. Interessado: 4º Comando de Fronteira e 4º Batalhão Especial de Fronteira. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, Brasília, DF, 06 de agosto de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 ago. 1997. Seção 1, p. 18.074-6.

9 Ordenador de despesa.

10 Unidade gestora.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Mandado de Segurança. MS n. 21.644-1. Impetrante: Paulo de Tarso Sabóia Ramos. Relator. Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 04 de novembro de 1993. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 nov. de 1996. Seção 1, p. 6.303- 6.305.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo Suspensão de Segurança. SS n. 1.197-9. Requerente: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 27 de junho de 1997. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 set. 1997, Seção 1, p. 46.243/45.

13 Sobre recurso consulte o capítulo competência.

14 Conforme expressamente consagra o art. 168, § 2ºz, do Regimento Interno do TCU.