

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO
SENSU* EM DIREITO DO ESTADO

Especialização

**DIREITOS DE TERCEIROS NAS DECISÕES DOS
TRIBUNAIS DE CONTAS**

Autor: André Kirchheim

ORIENTADORA: IVONETE GRANJEIRO

ANDRÉ KIRCHHEIM

DIREITOS DE TERCEIROS NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Estado da Universidade Católica de Brasília, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito do Estado.

Orientadora: Prof^a Msc. Ivonete Granjeiro

Brasília
2008

TERMO DE APROVAÇÃO

Dissertação defendida e aprovada como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito do Estado, em 07/10/2008, pela banca examinadora constituída por:

Nome do Professor

Nome do Professor

Nome do Professor

Brasília – DF
UCB

À minha família, pela paciência e pelo constante estímulo para trilhar novos caminhos.

À Prof^a Ivonete Granjeiro, orientadora, pela confiança depositada no trabalho.

Aos colegas de trabalho, porque me propiciam enriquecedora companhia. Em particular, ao Carlos Bosak, pelo especial apoio.

RESUMO

A necessidade de garantir a manifestação de terceiros nos processos dos tribunais de contas dos entes federativos surge como um problema decorrente de transformações verificadas no Direito Constitucional, em especial no Direito Administrativo, denominada de constitucionalização do direito. Os direitos de terceiros, atingidos de forma indireta com as decisões dos órgãos que exercem o controle externo, cuja importância vem sendo cada vez mais reconhecida, demanda um tratamento diferenciado no que tange às rotinas processuais e à interpretação e aplicação do Direito. O assunto é objeto de uma das recentes Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal – a de nº 3 – e a jurisprudência, tanto do Supremo como dos tribunais de contas, vem incorporando a orientação introduzida, de reconhecer o direito de terceiros – potencialmente afetados pelos efeitos produzidos quando do cumprimento de determinações expedidas pelas entidades de controle aos órgãos da Administração (ou equiparados). O referencial doutrinário que fundamenta a necessidade de garantir o pleno acesso dos interessados à dialética dos processos dos tribunais de contas toda vez que aqueles tenham seu patrimônio jurídico afetado relaciona-se com as transformações em três focos - a superação do princípio da supremacia do interesse público, a importância do devido processo legal inserida no movimento de processualização do Direito Administrativo, e a crescente exigência da observância dos princípios relacionados à proteção dos direitos subjetivos, em especial dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Há limitações relacionadas à realidade dos tribunais de contas, como a posição da jurisprudência e a inviabilidade operacional de efetuar o chamamento de todos os terceiros interessados em todas as situações. Os tribunais de contas, para cumprir sua relevante e autônoma função de controle externo, são dotados de competências privativas constitucionais. Entre os sujeitos alcançados pelas decisões estão os terceiros interessados, os quais são detentores de direitos no contexto da proteção à dignidade humana, que é um dos pilares da Constituição de 1988. Um desses direitos é o do devido processo legal, que deve ser observado na condução dos processos de controle externo, ao lado de inúmeros outros princípios aplicáveis, os quais, ao fim, e como solução para os possíveis conflitos a serem dirimidos - que acarretam restrições ao direito fundamental à ampla defesa - devem ser ponderados,

considerando algumas diretrizes. Haverá casos em que estará plenamente justificada a não-adoção de medidas visando a obter a manifestação de todos os eventuais interessados nos processos de controle externo em andamento.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direitos de Terceiros. Tribunal de Contas da União. Natureza. Competências do Controle Externo. Constituição. Princípios. Constitucionalização do Direito. Supremacia do Interesse Público. Devido Processo Legal. Processualização. Ponderação. Súmula Vinculante do STF nº 3.

ABSTRACT

The need of hearing the interested parties in processes of federative courts of accounts (federal court, state courts and municipality courts) arises from changes that have recently occurred in Law, specially in Administrative Law – this phenomenon is called law constitutionalization. Third party rights indirectly affected by the decisions of external control entities are playing an increasingly recognized role, and demand a particular treatment when it comes to procedures performed in the processes and to the applying of Law. The matter was dealt in the recently issued Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) Courts of Accounts must follow the Third Binding Statement, which means that they have to protect third party rights which are constricted by the effects of actions performed by public agencies because of the obligations created by court. There is an obligation of assuring full access to Courts of Accounts processes to those individual that have an interest at it. The doctrine underlying the statement is based upon three principles: the powerlessness of the supremacy of public interest principle, the reinforcement of the due process in regards to Administrative Law and the increasingly stressing of the need to protect individual rights, in particular the right to be heard. Operational aspects related to the Courts of Accounts – specially the Brazilian Court of Account (Tribunal de Contas da União) shall be considered, such as the impossibility of hearing the whole group of third parties interested in external control processes in all situations. The nature and extent of Courts of Accounts and of the decisions carried out by them are defined in the Brazilian Constitution. Supreme Law establishes the competencies of these Courts. Court of Accounts decisions may impose a burden on third parties rights. These parties are protected by rights and liberties described in The Brazilian Constitution, aimed to assure the human being dignity. One of the rights is the right of due process of law, and it must be observed when it comes to performing acts on the process of external control. There are many others principles the officials of Courts of Accounts are supposed to obey, and thereby there are some conflicts to figure out. One of the methods to solve conflicts is pondering the principles, rules and statements applicable in a case-by-case basis. There will be situations the absence of procedures aimed to obtain the third parties manifestation will be fully justified.

Keywords: Administrative Law. Third Party Rights. Brazilian Court of Account. Nature. External Control Competencies. Constitution. Principles. Law Constitutionalization. Supremacy of Public Interest. Due Process of Law. Ponderation. Brazilian Supreme Court Binding Statement number 3.

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	10
1 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	13
1.1 O modelo constitucional de jurisdição privativa	13
1.2 Configuração no Direito Administrativo Brasileiro	17
1.3 A autonomia funcional dos tribunais de contas.....	21
1.4 Competências dos tribunais de contas	22
1.5 Principais princípios administrativos	30
1.6 Alcance das decisões	40
1.7 Jurisdicionados: definição	41
1.7.1 Sujeitos integrantes das relações jurídicas.....	43
2. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS	45
2.1 A constitucionalização do Direito Administrativo	45
2.1.1 Releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado .	48
2.1.1.1 Caráter indeterminado do conceito de interesse público	49
2.1.1.2 Caráter autoritário do princípio da supremacia	50
2.1.1.3 Inexistência da dicotomia entre público e privado	52
2.1.1.4 Conclusão: necessidade de ponderar os interesses	53
2.1.2 A Importância do Devido Processo Legal nos tribunais de contas	56
2.1.3 Os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório	59
2.2 Tribunais de contas e a constitucionalização.....	60
2.2.1 A superação da natureza puramente endoadministrativa das decisões.....	62
2.2.2 A processualização nos tribunais de contas.....	63
2.2.3 A aplicação da Lei do Processo Administrativo Federal.....	65
2.3 Posição da Jurisprudência.....	67
2.3.1 Exame breve da jurisprudência do STF. A Súmula Vinculante do STF nº 3..	67
2.3.2 Evolução da Jurisprudência no TCU.....	71
2.3.3 Espécies de relações em que ocorrem conflitos com terceiros.....	79
3. RESOLUÇÃO DO CONFLITO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS	83
3.1 Inviabilidade de chamamento de todos os interessados	83
3.2 Ponderação do direito fundamental à ampla defesa	89
<i>CONCLUSÃO</i>	97
<i>REFERÊNCIAS</i>	106

INTRODUÇÃO

Em 14/9/2007, informativo interno do Tribunal de Contas da União - TCU¹ alertou sobre a necessidade de modificação de rotinas processuais em vista de decisão do STF², lançando luz, assim, a uma questão que ainda deverá ocupar grande esforço na busca de parâmetros adequados à observância da posição da Suprema Corte, também expressa em súmula vinculante³. Vislumbra-se aqui a necessidade de uma reorganização da estrutura e dos procedimentos dos tribunais de contas, decorrente da concretização jurídica de um dos aspectos relacionados à evolução do Direito, em especial do Direito Administrativo, e à superação de conceitos clássicos na atual fase da história brasileira e da humanidade.

Pretende-se apresentar o resultado do exame dos direitos de terceiros – não dos agentes diretamente atingidos pelas determinações e sanções impostas - afetados por decisões dos tribunais de contas, mediante a análise, em particular, as deliberações do TCU. A descrição do problema será subsidiada por referências à doutrina existente acerca da natureza dos tribunais de contas e de suas decisões e acerca dos fundamentos teóricos das mudanças de paradigmas do Direito Administrativo relacionadas ao tema abordado, segundo as hipóteses lançadas no decorrer do desenvolvimento da pesquisa. A par do exame teórico, são tecidas considerações de ordem prática, relativas ao estado atual da jurisprudência e às características dos procedimentos existentes no TCU, que refletem a experiência acumulada após a Constituição de 1988, marco da institucionalização do Estado

¹ (BRASIL, p. 1). Publicação institucional diária do Tribunal de Contas da União, de caráter informativo e de circulação interna.

² (BRASIL, 2007, STF). Julgamento de Mandado de Segurança nº 26.353, impetrado por empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos contra deliberação do TCU na qual se determinou a anulação de atos de ascensão funcional considerados ilegais. O Relator, ministro Marco Aurélio, consignou em seu Voto que teria havido, no procedimento no âmbito do TCU, o desrespeito ao devido processo legal, visto que não houve oportunidade de defesa dos impetrantes, que tiveram prejuízos com a decisão. O entendimento que restou assente, com a anuência dos outros ministros, é que deliberações do TCU que afetem a esfera de direitos subjetivos de terceiros deve sempre ser precedida de contraditório, com exceção para a apreciação de atos complexos (atos de concessão, cuja legalidade é apreciada pelo TCU).

³ Súmula vinculante nº 3 (STF): *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 APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO.*

Democrático de Direito e da criação de novas e mais abrangentes competências para o sistema de tribunais de contas.

A monografia foi elaborada no âmbito do Curso de Especialização em Direito do Estado da Universidade Católica de Brasília.

No decorrer da de análise, privilegia-se o contexto das normas e da jurisprudência observadas no TCU, sem entrar no exame de particularidades de outros tribunais de contas estaduais, o que, por certo, tornaria o trabalho por demais extenso. Além disso, a estrutura organizacional, o conjunto normativo e a própria jurisprudência servem como parâmetro para a atuação dos outros entes de controle externo, por expressa disposição constitucional.

Cumprir frisar que não se pretendeu esgotar as posições divergentes acerca dos argumentos utilizados, apenas buscar um entendimento consentâneo com as opiniões do autor que se apresentassem devidamente fundamentadas e que propiciassem um encadeamento lógico da análise do tema. Assim, não foi estabelecido como objetivo realizar uma ampla revisão da literatura.

Além disso, um dos objetivos estabelecidos foi fugir à formulação excessiva de enunciados dogmáticos baseados em conceitos abstratos, que tem sido o norte de muitos doutrinadores tanto na área do Direito Administrativo como em outros campos da ciência do direito. Nesse sentido, verifica-se a crítica de Leonel Ohlweiler, quando sustenta que boa parte da dogmática jurídico-administrativa vislumbra quase exclusivamente a importância dos conceitos abstratos, face à busca de autonomia científica a partir da redução do Direito Administrativo a questões de caráter ôntico e técnico e da respectiva sistematização, deixando-se de formular questionamentos que ultrapassem essa conduta (OHLWEILER, 2005, p. 114). Prossegue, ainda, o autor, propugnando que o *problema não reside na dogmática, mas na sua dogmaticidade, que dizer uma espécie de pensar tecnicante que somente possibilita a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo objetificado, calculado, desertificado de sentidos* (OHLWEILER, 2005, p. 116).

O espectro da análise prioriza a processualidade dos tribunais de contas, sendo que a abordagem de características relacionadas ao objeto material do controle externo, quando muito, é apenas tangenciada. Assim, impende ressaltar,

para que não haja dubiedade na leitura na ausência da devida contextualização, que deve ser entendido, quando houver menção à observância de direitos fundamentais, como sendo a observância no curso do processo interno de fiscalização e de julgamento de contas, por parte dos agentes de controle externo que o instruem e emitem atos processuais; e não a observância por parte das pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que utilizem, arrecadem, guardem ou gerenciem bens e valores públicos, quando da execução de programas governamentais, um dos aspectos incluídos na avaliação da efetividade da gestão de recursos públicos efetuado no âmbito da atividade-fim dos tribunais de contas.

No capítulo 1, de caráter introdutório, a intenção é abordar aspectos relativos ao alcance das decisões dos tribunais de contas, a partir da definição geral da natureza jurídica dos TC chegando à conceituação dos demais interessados com direitos afetados pelas decisões, apresentando nesse ponto o sujeito investigado no trabalho.

O capítulo 2 apresenta efetivamente o problema, analisado no contexto das mudanças do Direito Administrativo, com o auxílio bibliográfico das obras de alguns dos principais autores clássicos e dos expoentes dos novos paradigmas, com três focos relacionados à matéria. Além disso, pretende-se examinar de forma sucinta a Súmula Vinculante do STF nº 3 e as principais decisões do TCU, categorizando os diferentes casos segundo a sua natureza.

Por fim, no capítulo 3 se apresenta uma proposta teórica de solução dos conflitos - entre o direito fundamental à ampla defesa dos terceiros interessados e a impossibilidade fática de se chamarem todos os interessados em todos os casos. São referidas as principais regras processuais existentes (no TCU), apresentando-se, por um lado, a necessidade de proceder a algumas alterações, e por outro, a inviabilidade de adoção de procedimentos que garantam a efetiva observância do princípio da ampla defesa aos terceiros em todas as situações.

1 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Persiste ainda certa desorientação quanto à natureza dos tribunais de contas, e, conseqüentemente, acerca da eficácia de suas decisões e do grau de coercitividade dessas. Segundo Edgard Camargo Rodrigues, a causa de tal imprecisão seria o modelo constitucional de inserção desses órgãos na organização do Estado, por não se enquadrar em nenhum dos três clássicos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (RODRIGUES, 2007, p. 40-41). Assevera o autor que a delimitação exaustiva e clara das funções constitucionais de controle externo voltadas exclusivamente aos bens do Estado com valor econômico – fiscalizando atos de agentes públicos que gerem despesas ou diminuição de receita - impedem que atividades dos tribunais de contas invadam searas de órgãos de outros poderes, e vice-versa. E defende a eficiência do modelo, que preserva a autonomia dos Poderes, promove a comunicação entre eles e coíbe os excessos.

A razão da existência dos tribunais de contas, no Estado Moderno, está associada ao direito de controle exercido pelo cidadão na República. Entre os ideais da Revolução Francesa, esse direito está expresso no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: *a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração.*

Foram sendo construídos no âmbito dos Estados modelos de tribunais de contas com diversas configurações, dependendo da tradição jurídica de cada país. O sistema brasileiro guarda semelhança com os modelos de tribunais de contas de Portugal, da França, da Bélgica, entre outros.

1.1 O MODELO CONSTITUCIONAL DE JURISDIÇÃO PRIVATIVA

Tem sido objeto de considerável controvérsia, como já mencionado, a definição da natureza dos tribunais de contas, no que tange a sua inserção em uma das clássicas funções administrativa (ou executiva), legislativa ou jurisdicional. Especialmente com relação a esta última, as opiniões dos autores divergem. A principal causa dessas divergências está relacionada à utilização, na definição

constitucional da competência dos órgãos de controle externo, de expressões fortemente associadas à função jurisdicional, bem como ao próprio termo **Tribunal de Contas**. Além disso, também colabora na ocorrência das polêmicas a insistência generalizada dos autores, fundamentada na teoria clássica dos poderes, em necessariamente enquadrar toda atividade estatal em uma das três funções mencionadas, não admitindo que possa haver outra forma.

No art. 71, inciso II, da CF/88, está disposto que cabe ao TCU a prerrogativa de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta e as contas dos que tiverem dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. No art. 73, § 4º da Lei Maior, está prescrito que os auditores do Tribunal de Contas da União terão, quando em substituição a Ministro, as mesmas garantias e impedimentos dos titulares e, quando no exercício das demais funções da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal. Ressalte-se, ainda, que os Ministros são equiparados aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, não se coadunam as funções exercidas pelos Tribunais de Contas com as de natureza jurisdicional. Mencionem-se, entre outros critérios. A litigiosidade e a necessidade de provocação. Nesse sentido, Moacyr Amaral observa:

A jurisdição se exerce em face de um conflito de interesse e por provocação de um dos interessados. É função provocada. Quem invoca o socorro jurisdicional do Estado manifesta uma pretensão contra ou em relação a alguém. Ao órgão jurisdicional assiste o direito e o dever de verificar e declarar, compondo assim a lide, se aquela pretensão é protegida pelo direito objetivo, bem como, no caso afirmativo, realizar as atividades necessárias a sua efetivação prática (SANTOS, 2004, p.68)

Assim, o primeiro atributo que qualifica a atividade como jurisdicional é a existência da contenciosidade, ou seja, da existência de conflito entre particulares, entre particular e Estado, ou ainda entre representações estatais, e a atuação originada por provocação das partes. De acordo com José Frederico Marques, a jurisdição pode ser conceituada como função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o Direito objetivo (MARQUES, 1978, p.61). O conflito, também denominado de lide, definido por Carnelutti como um conflito intersubjetivo de interesses qualificado por uma

pretensão contestada, sendo o conflito o elemento material da lide e a pretensão e a resistência seu elemento formal (CARNELUTTI, 2000, p. 78).

Nos processos dos tribunais de contas, não está presente o conflito de interesses intersubjetivo, no que tange aos sujeitos diretamente afetados pela ação dos tribunais de contas, que são as pessoas que exercem algum poder de disposição sobre parcela de recursos econômicos do Estado. O conflito, nesse caso, é entre essas e o Estado, que delega a ação de controle aos agentes de controle externo, sem embargo de se verificar a existência, como se verá, também de conflitos com os terceiros interessados afetados, que figuram em pólos de relações jurídicas paralelas à relação principal.

Outro critério que determina não ser jurisdicional a ação dos tribunais de contas é a não-necessidade, nesses, de ter de haver a provocação das partes lesadas para a sua atuação.

Por outro lado, merece ser ressaltado que, com a evolução do Direito Processual Civil, em que são criados novos institutos e relações processuais, as condições classicamente colocadas como essenciais do conceito de atividade jurisdicional vêm sofrendo críticas por terem perdido essa qualidade de essencialidade, por não mais serem comuns em todos os procedimentos de atuação estatal jurisdicional do Estado. Assim, vislumbram-se relações em que não está presente a contenciosidade, como as ações constitutivas necessárias, a exemplo da ação anulatória de casamento, que, requerida por um dos cônjuges, é decretada pelo juiz, independente de haver concordância ou discordância da outra parte.

Várias são as tentativas de busca de uma conceituação definitiva de jurisdição, havendo a definição de outros elementos considerados relevantes, como a necessidade de imparcialidade do juiz, a característica sancionatória, a ocorrência da coisa julgada, a caracterização como atividade de substituição da atividade de particulares pela estatal, entre outros.

Não é compatível com os propósitos deste trabalho proceder a uma avaliação aprofundada da doutrina posta sobre o assunto. Os aspectos ora abordados, quais sejam, a necessidade de contenciosidade e da provocação de uma das partes, estão presentes em grande parte dos atos caracterizados como jurisdicionais, ao passo que não o estão na maior parte dos atos praticados pelos

Tribunais de Contas. Disso se conclui que os atos de controle exercidos pelos tribunais de contas não possuem natureza jurisdicional.

A apresentação dessas diferenças, baseadas em critérios ontológicos, presta-se a ilustrar a natureza diversa das funções. Contudo, a diferenciação entre a função jurisdicional e a de controle externo pode ser deduzida da própria Constituição, e das normas processuais.

Esse entendimento é formulado baseado na premissa de que o significado do termo *jurisdição*, como adotado, deve manter intacta a estrita relação originária com a atividade judicial, ou seja, entendida no seu sentido estrito. Tal ressalva é necessária, visto que muitos autores usam a expressão em sentido mais amplo, de modo a inserir a função dos tribunais de contas no seu espectro⁴.

A par disso, também releva asseverar que os tribunais de contas não estão inseridos entre os órgãos componentes do sistema abrangido pelo Poder Judiciário, conforme se depreende da leitura do art. 92 da CF/88. Além disso, não integram o rol de instituições definidas como essenciais à função jurisdicional, nos artigos 127 a 135 da CF/88.

Também não se pode desagregar da análise o fato de que no Brasil há a jurisdição *una*, concretizada no princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário disposta no art. 5º, XXXV da Constituição. Nesse sistema, o monopólio da jurisdição cabe ao Poder Judiciário, ao passo que, no sistema de jurisdição *dupla*, adotado na França, na Alemanha, na Suécia e em Portugal, se admitem duas ordens de jurisdição – a ordinária e a administrativa (MEDAUAR, 2007, p. 392).

Ainda que se sustente que a possibilidade de revisão judicial das deliberações dos Tribunais de Contas está restrita às hipóteses de ilegalidade manifesta ou de erro formal⁵, não se constitui essa condição em justificção suficiente para considerar os tribunais de contas providos de função jurisdicional.

⁴ Exemplo ilustrativo da conotação ampla de jurisdição é a conceituação da atividade de controle externo como “jurisdição administrativa” ou “jurisdição quase-judicial”

⁵ Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo está consolidada há muito tempo, citando-se a seguinte, proferida em julgamento de Segurança:

Ao apurar a alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de Ilegalidade Manifesta. Mandado De Segurança Não Conhecido. (STF, Pleno, MS N° 7280, Min. Henrique D'avilla, Dj 17.09.1962)

Em síntese, os tribunais de contas estão dotados de uma competência privativa, de natureza própria, a eles constitucionalmente delegada, a qual independe da denominação a ela atribuída e possui algumas particularidades relacionadas ao poder de jurisdição - entendida com sentido amplo, diverso da noção de jurisdição *stricto sensu* vinculada ao Poder Judiciário (a qual envolve solução de litígios, opera coisa julgada e atua por provocação, em regra), conquanto no Brasil é adotado o sistema de jurisdição una. Impende registrar que a definição encontrada no art. 4º da Lei Orgânica do TCU vai ao encontro dessa conceituação:

Lei nº 8.443/1992.

[...]

Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Nesse sentido, elucidativa é a lição do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul Hélio Saul Mileski, quando discorre acerca da natureza jurídica da função de “julgamento” dos tribunais de contas, que ele denomina de jurisdição administrativa: (MILESKI, 2003, p. 282-284):

Nesta competência de julgamento (...), no julgamento das contas que realiza, é terminativa no âmbito administrativo, na medida em que se trata de uma atividade jurisdição administrativa, cuja revisão judicial fica adstrita aos aspectos de ilegalidade manifesta e erro formal.

Desse modo, pode-se afirmar que a competência constitucional de julgar contas corresponde ao exercício de uma jurisdição administrativa determinada constitucionalmente (...). Trata-se de competência de caráter administrativo, mas com a qualificação do poder jurisdicional administrativo, que deriva de competência constitucional previamente estabelecida, com a delimitação do poder de conhecer e julgar as contas pelos administradores públicos.

Dentro desse contexto normativo constitucional, por envolver exercício do poder do Estado, a jurisdição administrativa praticada pelo Tribunal de Contas, consoante os seus objetivos de interesse público, exige que as suas decisões sejam cumpridas pelos administradores jurisdicionados, sob pena de negação do próprio sistema de controle.

1.2 CONFIGURAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A formatação dos tribunais de contas, que surgiram no Brasil por criação de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, ao final do século XIX⁶, está delineada

⁶ O primeiro documento formal legislativo relativo ao Tribunal de Contas da União é o Decreto 966-A/1890, consagrado na primeira Constituição Republicana. Digno de nota é a definição clássica de Rui Barbosa sobre o modelo dos tribunais de contas, que integra a exposição de motivos do Decreto: *corpo de magistratura intermediária à Administração e à Legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão*

nos artigos 70 a 75 da Constituição. Embora os dispositivos se refiram expressamente ao Tribunal de Contas da União, está evidenciado de forma clara que se trata de um modelo de controle externo nacional, cujos parâmetros organizacionais devem ser observados pelos tribunais de contas estaduais e municipais, no âmbito de suas respectivas constituições e leis orgânicas. Essa exigência está expressa no artigo 75 da CF/88:

CF/88.

[...]

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Impende, de início, distinguir o controle externo do interno, este também referido no conjunto de disposições constitucionais mencionado. Adota-se o auto-explicativo critério da natureza do *agente controlador*, adotado por Odete Medauar (MEDAUAR, 1993, p. 377). Quando o agente controlador integra a própria Administração, trata-se de controle interno, ao passo que, se for exercido por uma entidade que seja externa à estrutura da Administração, então se trata do controle externo. Este, por ser externo, possui, em tese, maior grau de autonomia e independência em relação aos entes fiscalizados.

Quanto à extensão do controle externo, esse pode ser deduzido da própria norma constitucional, expresso no artigo 70, como sendo a *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas*. Destaca-se a abrangência do comando, por mencionar também, além da fiscalização de caráter contábil, patrimonial, financeiro e orçamentário, a avaliação operacional da União e das

e de julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer suas funções vitais no organismo constitucional. Sobre a origem histórica dos tribunais de contas, ver Ferreira Filho, entre outros. Na seguinte passagem, esse autor descreve sucintamente o momento histórico e a razão da criação do Tribunal de Contas:

A existência de um órgão especializado que fiscalize a realização do orçamento e a aplicação do dinheiro público pelas autoridades que o despendem, é necessidade de há muito sentida, no Brasil e fora dele. Entre nós, já no Império, tentou-se implantar um órgão com essas funções. Todavia, foi o Governo Provisório que criou o Tribunal de Contas, pelo Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890. Tal decreto foi da lavra de Rui Barbosa, que também inspirou a inserção desse órgão de contas no texto constitucional (art. 89 da Lei Magna de 1981). E daí em diante o Tribunal de Contas está presente em todas as Constituições federais.(FERREIRA FILHO, 2006. p. 158)

entidades vinculadas, para a qual são utilizados parâmetros voltados ao alcance de resultados, cumprimento de metas, eficiência e efetividade das ações efetivadas pelos gestores e executores das políticas públicas. Nesse contexto releva mencionar as inúmeras Auditorias de Natureza Operacional – ANOp - que o Tribunal de Contas da União tem realizado em diversos programas governamentais, para as quais utiliza metodologia própria destinada a avaliação da eficácia, eficiência e efetividade das ações⁷.

João Câncio de Mello Júnior, citando Goodnow, assevera que a elaboração de um sistema de controle deve levar em conta os interesses perseguidos pela lei administrativa, que são a eficiência governamental; preservação dos direitos individuais; e bem-estar social (MELLO JUNIOR, 2001, p.153). Destarte, o aparelhamento dos tribunais de contas vem sendo aperfeiçoado, mormente a partir da inequívoca manifestação da vontade política em ampliar os poderes desses organismos, concretizada na Constituição de 1988. No entanto, esse aperfeiçoamento sempre teve como um dos limites o contexto pertinente a relação dos tribunais de contas com os denominados órgãos jurisdicionados, sem que tenham sido observadas significativas preocupações dos administradores em dotar o sistema de controle externo de recursos, de mecanismos e de procedimentos orientados a garantir uma maior observância dos interesses particulares dos cidadãos indiretamente atingidos por decisões proferidas.

O objeto da ação dos tribunais de contas pode ser examinado à luz de dois elementos: um, de natureza subjetiva (quem é alcançado pela ação de controle externo) e outro objetivo, ambos presentes na definição do parágrafo único do artigo 70 da CF/88: *qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.*

Assim, se sujeitam à ação de controle externo todas as pessoas, independentemente de sua natureza jurídica, que exerçam algum poder de disposição sobre parcela de recursos econômicos do Estado. Aqui cabe uma

⁷ Na página *Internet* do Tribunal de Contas da União, encontram-se informações pormenorizadas a respeito das ANOp realizadas em programas de governo. Esse tipo de auditoria é coordenada por uma Secretaria especializada, denominada Secretaria de Avaliação de Programas de Governo – SEPROG. Ver em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo

primeira e rápida abordagem quanto ao tema em exame, pertinente aos terceiros interessados. Mesmo que não abrigado diretamente pelo mencionado artigo 70 da Constituição, será legítimo o direito de terceiros que não disponham de poder sobre os recursos do Erário, quando tenham direitos afetados pelas decisões dos tribunais de contas. Esta legitimidade não decorre da aplicação do artigo 70, mas de outros dispositivos constitucionais, a serem considerados e integrados, visando à harmonização das regras e princípios da Lei Maior.

Por outro lado, o elemento objetivo vinculado ao objeto da ação dos tribunais de contas tem como limite os bens de Estado passíveis de valoração econômica, e não os bens da sociedade, de natureza difusa. Essa expressa delimitação, ressalte-se, favorece a não-invasão de *searas reservadas a outros mecanismos* (RODRIGUES, 2007, p.40). É necessário ponderar, desde já, que, mesmo que os bens da sociedade não componham diretamente o objeto material da ação de controle externo, não se pode olvidar que, na visão contemporânea que ora se adota, estão os tribunais de contas obrigados a promover a proteção dos bens jurídicos da coletividade – compostos essencialmente pelos direitos fundamentais –, inclusive na atividade processual desenvolvida.

A forma da execução do controle externo, quanto à técnica e ao conjunto normativo utilizado como critério, também pode ser subjetiva - na avaliação de condutas dos agentes (as quais podem ser passíveis de sanções) - ou objetiva, na verificação da validade de atos e de contratos administrativos.

Há, ainda, outras classificações encontradas na doutrina acerca do controle externo, que não importam para efeitos desse trabalho. A título de informação geral, apresenta-se a seguinte sistematização, baseada em classificações mais comumente utilizadas, proposta por Luciano Ferraz (FERRAZ, 1999, p. 77):

- a) quanto ao órgão ou autoridade que o exercita: controle parlamentar, administrativo e judiciário;
- b) quanto ao posicionamento dos órgãos controlado e controlador: controle interno e externo;
- c) quanto ao momento em que se efetiva: controle prévio, concomitante, e posterior;

- d) quanto à forma de instauração: controle de ofício ou por provocação;
- e) quanto à extensão do controle: controle da legalidade, de mérito e de resultados.

1.3 A AUTONOMIA FUNCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Em linhas gerais, importa destacar que os tribunais de contas são órgãos não integrantes dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário. São órgãos independentes e autônomos (JACOBY FERNANDES, 2005, p. 11), assim considerados por inúmeros autores, desde Pontes de Miranda até muitos dos atuais administrativistas.

Odete Medauar considera os tribunais de contas como *instituições estatais independentes* (MEDAUAR, 1993, p.128). Os tribunais de contas promovem o controle legislativo financeiro em auxílio ao Congresso Nacional (DI PIETRO, 2007 p. 687). A expressão *auxílio* (art. 71, *caput*, da CF/88) indica que o órgão atua em cooperação com o Legislativo. Não significa, como bem sustenta Carlos Ayres Britto (BRITTO, 2002, p. 99-100), que o Tribunal de Contas seja órgão auxiliar do Congresso, pois não está presente relação de subalternidade funcional ou de inferioridade hierárquica. O Ministro do STF sustenta:

[...] quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo 'com o auxílio do Tribunal de Contas da União' (art. 71), tenho como certo que está a falar de 'auxílio' do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o poder Judiciário. Quer dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público (BRITTO, p.100)

Diogo Figueiredo identifica os tribunais de contas, segundo a teoria de Spagna Musso, como órgãos constitucionais no aspecto material, por conterem os três requisitos essenciais para que sejam assim considerados: são órgãos subordinantes, uma vez que lhe são cometidas *funções constitucionais* que configuram *supraorientação* face às funções de outros órgãos; são essenciais, por desempenharem as funções políticas, expressão de soberania, relacionadas à apreciação da legitimidade e não só da legalidade, ao julgamento de contas de gestores públicos, à fiscalização de aplicações de recursos repassados pela União aos demais entes federativos, à aplicação de sanções pecuniárias, à sustação de atos administrativos editados por qualquer dos Poderes, e à decisão a respeito da

sustação de contratos, em caso de omissão do Congresso Nacional; são órgãos garantidores dos valores político-constitucionais do Estado Democrático de Direito, ao exercer funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios democrático e republicano – associadas ao o controle da gestão dos recursos retirados impositivamente dos contribuintes (MOREIRA NETO, 2006, O novo Tribunal de Contas, p. 104-105) .

Sendo reconhecida, portanto, a independência funcional dos tribunais de contas, não há que negar que os mesmos gozam de prerrogativas de edição de regras normativas para regular sua atuação exclusiva, a serem observadas por todos os demais órgãos em que se divide o Estado. Assim, possui a competência de regulamentar o exercício de direitos (incluindo o da ampla defesa e do contraditório) das pessoas que são parte dos seus processos, incluindo os terceiros, desde que, evidentemente, esteja tal regulamentação em conformidade com os valores expressos na ordem constitucional.

Outro reflexo da autonomia dos tribunais de contas é a não submissão a normas aplicáveis no âmbito do Poder Executivo. Assim, algumas leis, a exemplo da Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), não obrigam aos agentes do controle externo, sem embargo de aplicação subsidiária em algumas hipóteses, em especial, quando da lacuna de outra legislação específica.

1.4 COMPETÊNCIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No desempenho da função que lhe foi outorgada originariamente pela Constituição, a ser cumprida de forma independente e privativa, são estabelecidas competências que, ao mesmo tempo em que delimitam o espectro das ações a serem exercidas, estabelecem as prerrogativas com os quais se revestem os agentes que exercem o controle externo e os meios adequados ao exercício. Verifica-se, portanto, nos dispositivos constitucionais, os limites normativos da função de controle externo, a definição dos poderes de que se revestem os tribunais de contas e seus agentes, e a referência, ao menos de uma forma preliminar, aos instrumentos a serem utilizados na consecução das atividades.

Assim, na função de controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, são previstas as competências

relacionadas no rol dos incisos I a XI do artigo 71 da Constituição. A denominação competência se apresenta adequada, visto que o termo *função* se vincula à de controle externo, vinculada à missão institucional e à atividade-fim da instituição, assim como há a função jurisdicional, exercida pelo poder Judiciário, a função administrativa, a função legislativa e outras. Cumpre ressaltar que, no Estado contemporâneo, se multiplicam as funções estatais, face à multiplicidade das expressões políticas oriundas do pluralismo social e político.

Além das competências elencadas nos artigos 71 e 72 da CF/88, há as estabelecidas em diversos normativos infraconstitucionais, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), a Lei dos Crimes Fiscais (Lei Federal nº 10.028/2000), a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP (Lei nº 9.290/1999), a Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998), e as Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas, entre elas a Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992).

A seguir, descrevem-se, para cada uma das competências, os principais aspectos, destacando aqueles cuja relevância está associada ao contexto do presente trabalho. Importa mencionar que algumas dessas competências são exclusivas⁸, enquanto outras são exercidas de forma concorrente com o Congresso Nacional⁹.

a) Competência do inciso I: *apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.*

Essa competência, designada como consultiva, remete à obrigatoriedade de o TCU emitir um parecer técnico sobre as contas da Administração, que é encaminhado, anualmente, ao Congresso Nacional, visando a subsidiar o julgamento político, a cargo deste, conforme o art. 49, IX, da CF/88, sobre a regularidade e adequação da ação governamental.

⁸ CF/88, artigo 71, II a VIII

⁹ CF/88, artigo 71, I, IX e X e §§ 1º e 2º.

O parecer prévio contempla aspectos de abrangência mais ampla, e compreende a análise não só das contas do Governo¹⁰.

b) Competência do inciso II: julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Competência judicante, alvo das divergências doutrinárias e jurisprudenciais já referidas, devido ao termo *juízo*.

As decisões que dizem respeito ao julgamento de contas são terminativas, definitivas, no âmbito administrativo, e afetam diretamente os denominados *responsáveis* que utilizem, gerenciem ou guardem recursos públicos e que derem causa a alguma irregularidade. Tais responsáveis tanto podem ser pessoas físicas vinculadas a entes privados ou públicos, como podem ser pessoas jurídicas.

No caso do TCU, as contas podem ser julgadas regulares, irregulares, regulares com ressalva, ou, ainda, ser consideradas ilíquidas, de acordo com o previsto nos artigos 16 e 20 da Lei 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União:

Lei 8.442/1992

[...]

Art. 16. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

¹⁰ O Parecer Prévio sobre as contas relativas ao exercício de 2007, encaminhadas ao Congresso Nacional em 5 de maio de 2008, contém a manifestação do Colegiado pela regularidade com ressalvas, com a proposição de diversas determinações e recomendações a órgãos do Poder Executivo. O relatório está publicado no sítio do TCU (http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo).

[...]

Art. 20. As contas serão consideradas ilíquidas quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito a que se refere o art. 16 desta lei.

c) Competência do inciso III: apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

Competência fiscalizatória, que impõe aos tribunais de contas a obrigatoriedade de apreciar os denominados atos sujeitos a registro, considerando que esses importam em despesa.

Entende grande parte da doutrina que se trata de ato complexo, por abranger ação da Administração (de admissão ou de concessão), e após, como condição para o aperfeiçoamento, o ato do respectivo tribunal de contas. Observa-se que não se trata de julgamento, mas de apreciação da legalidade para fins de registro, o que implica maior campo de ação para revisão judicial pelo Poder Judiciário.

Nessa seara, há controvérsias jurisprudenciais que serão examinadas no decorrer do trabalho, destacando-se a posição reiterada no STF de que é dispensável, em regra, no exercício dessa competência pelos tribunais de contas, o respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Impende ressaltar que a competência ora abordada é justamente a exceção ao comando da Súmula Vinculante do STF nº 3;

d) Competência do inciso IV: realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II.

Competência fiscalizatória. É a fiscalização de atos e contratos da Administração Pública, direta ou indireta, incluídas as fundações e as sociedades mantidas pelo Poder Público.

Para garantir a efetividade, essa competência estará ordinariamente associada ao exercício da competência sancionatória e/ou corretiva, visto que, ao apurar irregularidades na fiscalização, poderão ser cominadas sanções, como multas, e expedidas determinações aos órgãos e entidades, com vistas a sanar os atos eivados de vícios, conforme os arts. 45 a 47 da Lei nº 8.443/92, no caso dos processos do TCU:

Lei nº 8.443/1992

[...]

SEÇÃO IV - FISCALIZAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS

(...)

Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato [função fiscalizatória], o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

[...]

III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei

[...].

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei.

e) Competência do inciso V: fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

Também relacionada à competência fiscalizatória. É o caso, por exemplo, da fiscalização da empresa de energia elétrica binacional Itaipu, pertencente aos governos brasileiro e paraguaio.

f) Competência do inciso VI: fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

Competência fiscalizatória. Aqui se enquadram as fiscalizações que possuem como objeto a utilização de recursos repassados sob a forma denominada de transferências voluntárias.

g) Competência do inciso VII: prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas.

Competência classificada como informativa, que representa o auxílio prestado ao Congresso Nacional.

h) Competência do inciso VIII: aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

Competência sancionatória, vinculada à competência julgante ou à fiscalizatória, visto que as sanções tanto podem ser aplicadas em processos de prestação de contas como em processos de fiscalização. Para os processos do TCU, as sanções podem ser, conforme disposto na Lei Orgânica do TCU:

- a) declaração de inidoneidade do licitante (art. 46);
- b) aplicação de multa de até 100% do valor do débito apurado (art. 57);
- c) aplicação de multa simples;
- d) declaração de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança por um período de até oito anos (art. 60).

A força coercitiva – para os entes aos quais se dirigem - das decisões e das sanções expedidas encontra-se plenamente reconhecida no sistema jurídico, não se vislumbrando controvérsias, como consta na seguinte ementa de decisão do STF, em que se menciona a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, em caso de abuso ou desvio de poder:

[...] Não é possível, efetivamente, entender que as decisões das Cortes de Contas, no exercício de sua competência constitucional, não possuam teor de coercibilidade. Possibilidade de impor sanções, assim como a lei disciplinar. Certo está que, na hipótese de abuso no exercício dessas atribuições por agentes da fiscalização dos Tribunais de Contas, ou de desvio de poder, os sujeitos passivos das sanções impostas possuem os meios que a ordem jurídica contém para o controle de legalidade dos atos de quem quer que exerça parcela de autoridade ou poder, garantidos, a tanto, ampla defesa e o devido processo legal." (BRASIL, 2001)

h) Competência do inciso IX: assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

Competência corretiva, exercida por meio de determinações aos órgãos e entidades nos quais se verificou a ocorrência de irregularidades, no curso de processo de contas ou de fiscalização. É um dos resultados do exercício das competências judicante ou fiscalizatória.

Saliente-se que a expressão *ilegalidade* não pode ser considerado restritivamente, visto que o TCU está autorizado a examinar também a constitucionalidade dos atos, o que está explícito na Súmula do STF nº 347: *O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.*

No campo dessa competência reside grande parte dos problemas que serão abordados, pertinentes à dificuldade ou inviabilidade de os tribunais de contas garantirem em todas suas deliberações o pleno exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, para terceiros interessados que terão alguma espécie de prejuízo nos seus direitos subjetivos. Ocorre que as determinações são dirigidas, como previsto no inciso ora examinado, ao órgão ou entidade, para que este tome as providências necessárias ao saneamento da irregularidade, caracterizando, assim, segundo a compreensão clássica, uma relação endógena entre tribunal de contas e órgão da Administração. No entanto, como será visto mais adiante, tal relação passa, no contexto do Direito no século XXI, a ser considerada como tendo um componente exógeno, atinente à existência de uma relação - ao lado daquela entre Tribunal de Contas e o órgão - do mesmo Tribunal com as pessoas atingidas, por via reflexa, com a concretização das providências determinadas.

i) Competência do inciso X: *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.*

Também integra a competência corretiva. Cumpre notar, entretanto, que essa competência é pouco utilizada pelos tribunais de contas. É necessário, ainda, ressaltar, que, no caso de contratos, o TCU não detêm originalmente a mesma competência, a qual é dirigida ao Congresso Nacional, sendo outorgada ao TCU somente se aquele órgão legislativo não providenciar a devida sustação, conforme disposto nos §§ 1º e 2º do art. 71 da CF/88:

CF/88

Art. 71 [...]

§ 1º. No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§ 2º. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

Cabe observar que ausência de competência do TCU não impossibilita que se determine à autoridade administrativa que promova a anulação de contrato celebrado, conforme já decidiu o STF:

MS 23550/DF - Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

Tanto no caso de atos como no de contratos, o procedimento usual é realizar determinações ao respectivo órgão, o qual adota essas providências, não baseado na autotutela da Administração – a qual deveria observar os parâmetro da Lei nº 9.78/1999, incluindo o prazo decadencial de cinco anos para rever seus atos -, mas pela força da vinculação ao comando constitucional ora examinado e por submissão ao controle externo. Aqui deverão ser observados os cuidados com os terceiros que possam ter afetado direitos subjetivos, segundo a orientação dada pela Súmula Vinculante nº 3.

j) Competência do inciso XI: *representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.*

Competência decorrente da prerrogativa de representar a outros órgãos.

1.5 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Princípio é definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Merece ser ainda citada a definição de Karl Larenz:

Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua função negativa significa a rejeição de valores e normas que os contrariam. (LARENTZ Apud MEDAUAR, 1993, p. 59)

No âmbito da Administração Pública, além das normas que condicionam a atuação dos agentes, dos órgãos e entidades, há, então, preceitos de caráter geral. Alguns desses princípios de Direito Administrativo estão definidos de forma explícita na Constituição, a exemplo dos princípios elencados no *caput* do art. 37 - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último incorporado pela Emenda Constitucional nº 19/98, denominada emenda da Reforma Administrativa). Há, além desses, os princípios implícitos, oriundos de interpretações dos dispositivos constitucionais, e os princípios construídos doutrinariamente e jurisprudencialmente.

Diogo Neto apresenta uma classificação mista para os princípios relevantes para o Direito Administrativo. Assim, apresenta a categoria dos princípios fundamentais, dos princípios gerais, dos princípios do Direito Público, dos princípios gerais do Direito Administrativo e dos princípios setoriais do Direito Administrativo (MOREIRA NETO, 2006, p. 272).

Os princípios são os seguintes, categorizados por essa classificação (MOREIRA NETO, 2006, p. 272 – 312):

- a) como princípios fundamentais, cita os expressos no Título I da Constituição de 1988, nos artigos 1º a 4º, destacando o princípio republicano, o princípio democrático e o princípio da participação;
- b) os princípios gerais estão vinculados a proposições básicas aplicáveis ao Direito em geral, excetuados os denominados princípios fundamentais. São onze princípios: o princípio da segurança jurídica, o princípio da legalidade, o princípio da legitimidade, o princípio da igualdade, o princípio da publicidade, o princípio da realidade, o princípio da responsabilidade, o princípio da responsividade, o princípio da sindicabilidade, o princípio sancionatório e o princípio da ponderação;
- c) na categoria dos princípios gerais do direito público, considerados aqueles que informam o Direito Público de forma mais destacada e que regem a ação do Estado e de seus agentes, são apresentados os princípios da confiança legítima, da subsidiariedade, da presunção de validade, da indisponibilidade do interesse público, do devido processo da lei, da motivação, do contraditório e da descentralização;
- d) os princípios gerais do Direito Administrativo são os que contém proposições básicas aplicáveis preponderantemente à execução das atividades da Administração Pública. Além dos já mencionados princípios da legalidade e da publicidade, são apontados os outros três princípios da Administração Pública expressos no art. 37, *caput*, da CF/88 (impessoalidade, moralidade e eficiência), além de outros não explícitos, resultando em dezesseis princípios: da finalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da discricionariedade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da executoriedade, da continuidade, da especialidade, o hierárquico, o monocrático, o colegiado, o disciplinar, da eficiência, da economicidade e da autotutela;
- e) por último, os princípios setoriais do Direito Administrativo estão dispersos na ordem jurídica, e são especificamente adotados nos campos de aplicação respectivos, como por exemplo na realização

de licitações, na oferta de serviços públicos, na atividade de polícia, e outros. Citem-se, aqui, os específicos para a condução de processos administrativos, também observados pelos tribunais de contas no curso dos processos de controle externo: o princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da oficialidade, princípio da verdade material, princípio do formalismo moderado e o princípio da publicidade.

No campo de atuação dos tribunais de contas, há que se distinguir a observância dos princípios no contexto do desenvolvimento da atividade administrativa (atividade-meio) e da atividade processual, daquele vinculado à verificação da devida observância dos princípios pelos jurisdicionados, na execução das atividades de controle externo (atividade-fim), situação em que os princípios do Direito Administrativo configuram vetores de interpretação, servindo como critério para a valoração da conduta dos agentes objeto de fiscalização ou de julgamento de contas.

Convém abordar, de forma sucinta, os princípios que se entende sejam aplicáveis ao problema em estudo, qual seja, o da necessidade (ou não) de manifestação de terceiros interessados em processos dos tribunais de contas, cujas decisões possam vir a afetar parcela de direitos subjetivos, e se tal necessidade ocorre, em tese, em todas as hipóteses, incluindo as relativas a decisões afetando terceiros em número elevado ou terceiros não identificados no processo. O problema ocorre no cenário da atividade processual, ou seja, dos atos concretizados no decorrer da instrução dos procedimentos de fiscalização de atos e contratos e de julgamento de contas. Ressalta-se que, antes da decisão definitiva dos tribunais de contas ocorre uma extensa, heterogênea e complexa atividade processual, que pode ser composta por diligências, comunicações, citações, emissão de pareceres de agentes de diversos níveis, inspeções *in loco*, cautelares, apresentação de defesa, de informações, e outros.

Os principais princípios a serem observados são descritos a seguir, apontando-se os aspectos pertinentes ao enfrentamento do problema, que se pretende nesse trabalho. Importa ressaltar que os princípios, excluindo os princípios setoriais do Direito Administrativo, específicos a determinados segmentos, possuem como destinatário todos os Poderes do Estado, e não somente o Poder Executivo.

- a) de acordo com o princípio republicano e o princípio democrático, a ação dos tribunais de contas deve estar legitimada pela vontade da sociedade expressa no ordenamento constitucional e infralegal, e devem preponderar interesses caracterizados como públicos, na guarda da *res publica*, missão delegada aos tribunais de contas;
- b) consoante o princípio da participação, relacionada ao conceito de cidadania e à declaração de que o Estado Democrático de Direito terá origem no povo (art. 1º da CF/88), deve se promover a ampliação da participação da sociedade nas decisões que poderão repercutir sobre os seus interesses. Assim, iniciativas tendentes a fomentar a participação direta do maior espectro possível de prováveis interessados nos processos dos tribunais de contas vem ao encontro desse princípio (excetuadas situações de necessária manutenção do sigilo, de imposição de medidas cautelares para preservação do patrimônio, e outras);
- c) o princípio da segurança jurídica pode estar presente em eventual situação jurídica já constituída, passível de sofrer prejuízos por decisões dos tribunais de contas;
- d) os órgãos e entes públicos devem obedecer ao princípio da legalidade, no sentido de que somente podem editar atos ou medidas que a norma autoriza, devendo se compreender como norma não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito, e os demais fundamentos e princípios constitucionais (MEDAUAR, 2007, p. 122-123). Decorrencia desse aspecto é que o princípio passou a ser conhecido também como princípio de juridicidade. Na produção dos atos no curso dos processos de controle externo, deverão ser observadas as regras dispostas nas leis orgânicas dos tribunais de contas, nas normas regulamentares internas editadas, na jurisprudência aplicável e nos dispositivos constitucionais. Ressalte-se que podem, então, ocorrer situações de conflito, em que, apesar de serem atendidos aspectos formalmente estabelecidos em normas, configuram afronta a valores constitucionalmente estabelecidos. Aqui será enquadrada a situação, a ser melhor explorada mais adiante, da ausência de comunicação de terceiros interessados prejudicados em deliberações expedidas pelos colegiados, em

que são atendidas as normas processuais internas porém ocorre afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório;

- e) impende questionar se a decisão tomada atende aos interesses da sociedade, para aferir o princípio da legitimidade. Será legítimo retardar a manifestação final dos tribunais de contas, implicando restrições à eficácia do controle externo e à capacidade de obter tempestivamente ressarcimentos de prejuízos causados por atos administrativos indevidos, apenas para que se garanta a ampla defesa a todos os terceiros interessados, mesmo quando se tratem de milhares, ou de pessoas indeterminadas? Será, porventura, esse o interesse maior da coletividade? Ou, por outro lado, é mais legítimo proteger o direito subjetivo afetado por terceiros, face à posição de destaque dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, mesmo com o ônus à efetividade da fiscalização de atos administrativos exercida pelos tribunais de contas? Há ainda outro aspecto relevante a anotar. De acordo com a definição de legitimidade no contexto do novo constitucionalismo, usada por Diogo de Figueiredo, em que a Administração Pública não pode mais se justificar pela mera eficácia com que atua, devendo buscar nas demandas da sociedade a sua razão de ser (MOREIR NETO, 2006, p. 139-140), é necessário que os tribunais de contas efetivamente ampliem sua atuação de modo a contemplar os anseios da sociedade - externa à relação clássica travada com os órgãos da Administração e seus agentes;
- f) no seu caráter formal, o princípio da igualdade será observado se as soluções adotadas resultarem em tratamento isonômico para os iguais, e diferenciado para os desiguais, ou seja, os critérios para garantir ou não a ampla defesa dos terceiros deverá seguir uma concepção universal;
- g) na esfera do cumprimento princípio da publicidade, há que se ter especial atenção em assegurar o conhecimento do procedimento em curso a todos os que possam ser direta ou indiretamente afetados pelos sucessivos atos e pelo resultado final, que normalmente é a decisão. Ou seja, deve a publicidade ser direta e especificamente dirigida aos interessados, não bastando que se adote a publicidade de natureza genérica e despersonalizada. O grau de cumprimento do princípio da publicidade irá

variar, então, de acordo com a forma de comunicação dos interessados. Aqui importa, pois, a efetividade das comunicações, frente às dificuldades fáticas de localização, muitas vezes observada, das pessoas participantes da relação, o que constitui num dos aspectos relacionados ao problema em análise;

- h) a resposta ao problema deverá ser conforme ao princípio da realidade, não podendo criar uma ficção. Isso significa que deverá haver condições objetivas e factíveis de cumprimento dos procedimentos que se formula para resolver as hipóteses objeto de tratamento;
- i) a aplicação do princípio da ponderação exige a harmonização de todos os princípios que estejam em conflito, por um critério adequado ao Direito e mediante a devida motivação. Segundo Diogo Neto, o objeto da ponderação está situado em um patamar mais elevado, no qual estão localizados os valores, os interesses, os bens, as liberdades e as garantias fundamentais, constituindo a aplicação valorativa que agrega, aos modelos anteriores – de cunho normativista, positivista, sociológico e historicista – componentes axiológicos e teleológicos (MOREIRA NETO, 2006, p. 283-284). Esse princípio deve servir como guia para solucionar os possíveis conflitos;
- j) o princípio da subsidiariedade provê diversos mecanismos de distribuição de poder, prescrevendo, no dizer de Diogo Neto, o *escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses da sociedade* (MOREIRA NETO, p. 286). Esse princípio justificaria eventual coordenação de ações entre tribunais de contas e outros órgãos, como o controle interno ou o próprio órgão objeto do procedimento de fiscalização ou de julgamento de contas. Essa articulação poderia ter como objeto a comunicação dos terceiros interessados pelos órgãos detentores da relação como aqueles, de forma a viabilizar a localização dos mesmos;
- k) não é possível admitir que os agentes de controle externo se abstenham de cumprir suas atribuições de controle dos atos administrativos, consoante o princípio da indisponibilidade do interesse público;

- l) o princípio do devido processo da lei, cuja observância constitui um dos princípios fundamentais – consoante disposto no art. 5º, inc, LIX da CF/88 - está intimamente ligada à garantia da ampla defesa e do contraditório, como parte das exigências formais de caráter processual que deverão ser observadas no curso dos processos dos tribunais de contas;
- m) o princípio da motivação é abrangente, incluindo o Poder Legislativo quanto à edição de normas, o Poder Judiciário na atividade processual anterior à consecução das decisões, os atos e decisões no âmbito da função administrativa de todo o Poder Público, e, no contexto dos tribunais de contas, deve ser observado no curso de todo o processo, mediante a expressa enunciação, implícita ou explícita, das *razões de fato e de direito que autorizam ou determinam a prática de um ato jurídico* (MOREIRA NETO, p. 290);
- n) o princípio do contraditório é, ao lado do princípio da ampla defesa, o cerne do problema em estudo, e sua observância se faz necessária no contexto da garantia de direitos fundamentais, como postulado basilar do Estado Democrático de Direito;
- o) relacionado à orientação obrigatória de toda atividade administrativo pública ao interesse público (DIOGO, p. 294), o princípio da finalidade deverá ser observado na escolha das opções a serem adotadas, sendo dever do agente concretizar os fins cometidos ao controle externo, primordialmente a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70 da CF/88);
- p) encontram-se diversos conceitos do princípio da impessoalidade elaborados pelos administrativistas. Cite-se José Afonso da Silva, que sustenta que *os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário* (SILVA, 1992, p. 570). Nesse sentido, a atividade administrativa deve estar desprovida de qualquer elemento pessoal atribuível ao funcionário que a executa, não se admitindo favorecimentos ou desfavorecimentos de pessoas que são objeto da ação

administrativa. Assim, os agentes de controle externo dos tribunais de contas, na expedição de atos durante os processos de julgamento e de fiscalização, devem primar pela condução técnica, isenta e imparcial, pois devem agir como se fossem a personificação da própria entidade de controle. Não se pode, portanto, produzir deliberações que sejam divergentes para situações fáticas semelhantes, em função das pessoas atingidas, seja no sentido ampliativo ou restritivo. Qualquer solução que resulte em tratamento não-isonômico dos indivíduos deve ser refutada, mesmo que fundamentada em dificuldades intrínsecas à organização do tribunal de contas. Nesse sentido, se identificadas irregularidades de mesma natureza cometidas por órgãos diversos, que tenham beneficiado conjuntos de indivíduos de diferente representatividade, não se poderia admitir que deixasse de penalizar, mediante sustação do ato que originou o benefício indevido, o grupo com maior número de pessoas beneficiadas, apenas pelo fato de que fosse inviável conceder o direito de ampla defesa a todos, e se penalizasse o grupo cuja quantidade de membros, por ser menor, tornasse possível conceder tal direito;

- q) o princípio da moralidade é mais indeterminado dos princípios da Administração. Está relacionado a padrões éticos da sociedade, e, assim, possui uma abrangência maior do que o princípio da legalidade, este adstrito às normas editadas, e também não pode ser limitado a situações de lesividade ao patrimônio público. Possui, destarte, a característica de se adaptar às mudanças da sociedade, revestindo-se de maior longevidade. Apesar de seu caráter indeterminado, pode se delimitar uma zona de certeza positiva, o qual não é objeto de contestação pelos integrantes da sociedade numa determinada época. Trata-se não de um senso de moral comum, mas de uma moralidade administrativa, relativa a um comportamento ético esperado do agente público, voltado à consecução somente de finalidades públicas (MOREIRA NETO, 2006, p. 32). Essa moral jurídica é entendida como *o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração* (MEIRELLES, 1995. p. 79) e prescinde de uma avaliação subjetiva, eis que está associada ao objeto da conduta, da ação do agente público. Na atividade processual dos tribunais de

contas, principalmente no tocante ao tratamento dispensado aos interessados, impende, sob o manto da moralidade, buscar o caminho de inquestionável probidade. Assim, objetivos escusos são combatidos, mesmo que travestidos de aparente observância dos outros princípios constitucionais. Entre esses objetivos escusos, alguns estão legalmente qualificados na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). Entre os tipos nela especificados, encontram-se, no art. 11, os relacionados aos atos que afrontem princípios da administração pública, sendo que a lei destaca algumas condutas específicas. Entre essas condutas, citem-se as indicadas nos incisos II e IV do art. 11, respectivamente *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício e negar publicidade aos atos oficiais*. Aqui sobressai mais um encargo ao agente de controle externo, o de dosar sua conduta visando a atender simultaneamente a duas finalidades, que aparentam ser antagônicas entre si em muitas situações: a celeridade dos atos oficiais e a garantia da ampla publicidade desses. Assim, no caso de se ver obrigado a dar ciência – e oportunidade de defesa – de determinado processo de fiscalização - a um número significativo de terceiros, em que medida restaria prejudicada a celeridade, já que se retardaria o seguimento da instrução, os seja, os atos de ofício subseqüentes?

- r) o princípio da razoabilidade compreende o da proporcionalidade. O primeiro é observado quando na concretização do Direito ocorre a compatibilização de interesses e razões (e não de causas e efeitos, como feito pela lógica do racional), superando o formalismo axiológico e o mecanicismo decisional, antes dominante (MOREIRA NETO, 2006, p. 302). Segundo Maria Di Pietro, *o princípio da razoabilidade deverá pautar a atuação discricionária do Poder Público, garantindo-lhe a constitucionalidade de suas condutas e impedindo a prática de arbitrariedades*. (DI PIETRO, 1994, p. 473). Já a proporcionalidade, originada do Direito alemão, prescreve o *justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios resultantes da ação do Estado* (MOREIRA NETO, 2006, p. 303). Paulo Bonavides, nesse sentido, esclarece que *os termos mais utilizados na Alemanha para esse princípio são 'proporcionalidade' (Verhältnismässigkeit) e 'proibição de excesso'*

(Übermassverbot), via de regra empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados sucessivamente adequação (Geeignetheit), necessidade (Erforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit, i. e., Sinn), que compõem o sobredito princípio. (BONAVIDES, 1996, p. 366). Assim, deve se examinar se eventual procedimento quanto aos terceiros interessados e prejudicados em decisão do tribunal de contas se apresenta razoável e proporcional, conforme se verá mais detidamente;

- s) o princípio da eficiência foi alçado à condição de princípio explícito pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Objeto de várias discussões, principalmente no que diz respeito ao conflito entre a observância desse princípio e de outros, como o princípio da legalidade. No contexto dos atos de natureza processual, verificam-se muitas facetas desse princípio, como a necessidade de agilidade da instrução dos processos (vinculada à duração razoável do processo, garantia objeto do art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88), a tempestividade dos atos de fiscalização, o custo/benefício sob o ponto de vista econômico das ações de controle externo, a motivação adequada para garantir a sustentação das conclusões nas possíveis etapas posteriores (recursos, ações judiciais, ações de cobrança dos débitos) e outros. Alexandre de Moraes introduz um significativo conceito, o de *rentabilidade social*. Propugna que o princípio da eficiência é *aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social.* (MORAES, 2007, p. 92) Destaca-se, para os fins do trabalho, a questão da contradição entre a busca pela eficiência e pela qualidade do controle externo e a necessidade de garantir a ampla defesa a todos os interessados, nos casos em que se mostra inviável a comunicação pessoal desses.

Na solução para o conflito a ser resolvido deverá se dosar todos os princípios acima apresentados. De acordo com Juarez Freitas, o sistema jurídico necessita ser visto, controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios (FREITAS, 1999, p. 60-61). Nesse sentido, deverá se estabelecer o modelo de hierarquização dos princípios acima, de modo a superar as incongruências que se vislumbram a partir da necessidade de observância da Súmula Vinculante do STF nº 3, aceitando desde já a condição de que não se poderá atender de forma absoluta a todos os princípios acima delineados, em muitas situações.

1.6 ALCANCE DAS DECISÕES

A perfeita caracterização do alcance das decisões é alcançada pela interpretação dos comandos constitucionais e das normas legais editadas em conformidade com a formatação constitucional. Até mesmo para os agentes diretamente sujeitos à atuação das cortes de contas no Brasil, em teoria mais familiarizados com as conseqüências do controle externo, desponta muitas vezes um cenário sombrio e confuso quanto ao espectro da competência dos TC e quanto ao alcance e ao grau de coercitividade das decisões proferidas por esses. A imprecisão, como já mencionado, provém do modelo constitucional em que não se coaduna a função do controle externo com as funções clássicas do Legislativo, Executivo e Judiciário, as quais estão profundamente arraigadas em nossa cultura ocidental pós Montesquieu, cujas esferas são de (mais) fácil compreensão.

A chave para a devida assimilação da natureza dos tribunais de contas, repise-se, está no abandono da inútil tentativa de enquadrar suas funções em uma das três competências, ou poderes. Assim, é a Lei Maior, e não a clássica doutrina de definição tripartite do Estado, a fonte normativa da delimitação da competência e atribuições dos tribunais de contas, que nela estão (na Constituição) exaustivamente esclarecidas. E o objeto da atuação pode ser definido, pela lição do Conselheiro do Tribunal de Contas de São Paulo Edgard Camargo Rodrigues, como os *bens do Estado suscetíveis de valoração econômica, e não dos bens da sociedade, que destes, mais amplos e nem sempre mensuráveis, cuida o Ministério Público* (RODRIGUES, 2007, p. 40).

Ultrapassada a questão da natureza e da coercitividade das decisões, impende esclarecer quem são os destinatários dessas.

A solução usual adotada pelos tribunais de contas, no desempenho da função corretiva, é a expressa no inciso IX do art. 71 da CF/88, por meio de determinações aos órgãos ou entidades que tenham editado o ato irregular para que adotem as providências cabíveis (anulação, revogação ou modificação do ato). Nem sempre é estabelecido o prazo para a implementação dessas medidas, o que configura um aproveitamento parcial das faculdades de que dispõe os TC, resultando em menor eficácia do controle externo, decorrente da imprecisão do prazo a partir do qual pode ser cobrado dos gestores o cumprimento do determinado.

Não subsistem, como se verá, construções elaboradas por alguns autores com o objetivo de simplificar a conceituação. Assim, não se pode admitir a noção de que as decisões ora em comento destinam-se somente à Administração e nela se esgotam, limitando-se aos agentes do poder público ou equiparados, como sustenta Edgard Rodrigues (RODRIGUES, 2007, p. 43/44).

Cumpra registrar, então, que, além dos destinatários diretos das determinações exaradas nas decisões dos tribunais de contas, estas também podem estar gerando reflexos em terceiros - prejudicados com o teor das determinações -, ampliando-se, assim, o escopo da atuação do controle externo.

1.7 JURISDICIONADOS: DEFINIÇÃO

O conceito de jurisdicionado pode ser retirado do teor da Lei Orgânica do TCU, que possui um capítulo destinado à jurisdição, termo que deve ser interpretado em sentido largo¹¹:

Lei 8.443/1992

[...]

Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

¹¹ Repise-se que a noção de jurisdição deve ser entendida como tendo natureza específica, definida constitucionalmente, sem que se confunda com o significado próprio e clássico, relacionado ao poder jurisdicional do Estado, exercido pelo Poder Judiciário, que no Brasil possui a forma *una*.

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assuma obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na assembléia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos conselhos fiscal e de administração, pela prática de atos de gestão ruínosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

Constata-se que a forma de atuação dos tribunais de contas está baseada no conceito de que ocorrem duas relações processuais, na competência fiscalizatória: entre os tribunais de contas e os órgãos jurisdicionados e entre aqueles e os responsáveis (pessoas) pela edição dos atos ou contratos irregulares. Por isso é comum distinguir órgãos jurisdicionados de pessoas jurisdicionadas.

A previsão de efetuar sanções sempre estará relacionada a pessoas físicas (competência sancionatória), quando comprovada a sua responsabilidade pela ação ou omissão lesiva. Nesta avaliação, são analisadas as condutas dos mesmos, sob o ponto de vista objetivo, para fixar o âmbito de responsabilização ante os resultados do ato. Sanções ocorrem quando, em face da conduta normativamente identificada como infringente ou desconforme, aplica-se ao responsável uma medida repressiva, observado o devido processo legal, que, quando são pecuniárias, podem ser administrativas (imposições de multa) ou ressarcitórias (imposições de reparação ao erário) (FERRAZ, 2007, p. 171).

Já na competência judicante, a relação processual clássica é também relativa ao gestor ou ao responsável pela utilização de recursos públicos, os quais

terão suas contas julgadas, com reflexos sancionatórios pessoais, em caso de julgamento pela irregularidade.

No cumprimento das competências acima, os jurisdicionados – pessoas físicas - estão bem delimitados, e são identificáveis – são todos os que têm algum vínculo de causalidade com a ação ou omissão dos atos e contratos objeto de apuração. São comumente denominados de responsáveis nos processos dos tribunais de contas. Não subsistem, pois, dificuldades maiores na garantia da ampla defesa e do contraditório. Além disso, aos possíveis terceiros interessados é facultada a possibilidade de solicitar o ingresso nos autos, por meio de pedido a ser analisado pelo Relator¹².

O imbróglio se apresenta é no exercício da função corretiva – sempre vinculada, também, à função judicante ou fiscalizatória -, em que são, normalmente, emitidas determinações, dotadas de coercitividade, aos órgãos e entidades para que adotem providências com vistas a regularizar determinados atos ou contratos. O resultado direto da ação dos tribunais de contas pode ser a anulação, revogação ou modificação de ato administrativo, que tenha beneficiado um número, por vezes indeterminado, de interessados.

Cumpra esclarecer que para o presente trabalho interessa somente o ato hipotético a ser anulado, revogado ou modificado por decisão do TCU, que seja categorizado como *ato ampliativo*, ou seja, de atos cujos efeitos sobre a esfera jurídica dos destinatários tenham sido benéficos, ou, mais precisamente, de atos que *constituam direitos na esfera jurídica do destinatário, eliminem restrições ao exercício de direitos pré-existentes, eliminem ou restrinjam obrigações, ou, ainda, que constituam na esfera jurídica do particular situações jurídicas activas diferentes dos direitos subjectivos, designadamente simples poderes ou facultades* (SÉRVULO CORREIA, 1987, p. 290).

1.7.1 Sujeitos integrantes das relações jurídicas

O critério usado para a categorização a seguir sugerida foi criado para efeito do trabalho, sem maiores preocupações com a correção e adequação

¹² No TCU, tal faculdade está prevista no art. 144, § 2º, do Regimento Interno.

científica. A tarefa de classificação de relações jurídicas apresenta-se complexa, envolvendo parâmetros de linguagem, de interpretação, e outros, e eventual esforço em dotá-la de rigor científico não se coadunaria com a linha ora adotada, de tratamento teórico panorâmico, permeado com observações de ordem prática. Então, a classificação usa como referência a utilidade do critério adotada, utilidade esta limitada a este trabalho.

Além disso, há que se mencionar a utilização de normas aplicáveis ao TCU na definição. Assim, adota-se o pressuposto de que os sujeitos expostos à ação do TCU são *partes* do processo, classificados, na forma do art. 144 do Regimento Interno, como responsáveis e interessados. Nessa concepção, excluem-se outros participantes das relações, como o próprio Estado, personificado pelos agentes de controle externo, e o representante do MP, que atua em processos dos tribunais de contas na condição de *fiscal da lei*.

- a) Responsável: o conceito de responsável, extraído da Constituição Federal, está relacionado às atribuições desempenhadas pelo gestor de recursos públicos: é a pessoa que tem a prerrogativa de decisão final nas ações de utilizar, arrecadar, gerenciar, guardar ou administrar bens e valores públicos (parágrafo único do art. 71 da CF/88);
- b) Interessado qualificado no processo: O art. 144, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal define interessado como aquele que, em qualquer fase do processo, tenha reconhecido, pelo Relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo. Assim, trata-se aqui do interessado que já tenha efetuado o pedido formal de ingresso, já deferido pelo Relator do processo;
- c) Interessado determinado não qualificado: pessoa que, tendo condições materiais de ingressar como interessado, não tenha ainda procedido ao pedido formal. Trata-se de terceiro, perfeitamente identificável (pertencente a um conjunto limitado e conhecido de terceiros interessados) cujo patrimônio ou situação jurídica possa vir a ser afetado por eventual decisão proferida;
- d) Interessado indeterminado: interessados que não são conhecidos, no curso do processo, previamente á concretização dos efeitos da decisão proferida. Aqui podem ser incluídos os terceiros que possam vir a sofrer prejuízos com

decisões de natureza abstrata e objetiva dos tribunais, como por exemplo, a determinação para cumprir determinada lei genérica que imponha limitações a servidores públicos.

2. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS

No curso dos exames efetuados em situações fáticas envolvendo relações entre órgãos e os tribunais de contas em que se atinge, por via indireta, terceiros originariamente beneficiados com o ato questionado, constata-se que as transformações jurisprudenciais caminham em passos largos em direção ao fortalecimento dos direitos fundamentais e à progressiva ampliação da sua força normativa, nas cartas constitucionais, não só do Brasil, mas de todas as sociedades fundadas em preceitos de ordem democrática.

O maior relevo dado, então, aos terceiros atingidos por decisões dos tribunais de contas pode ser examinado à luz das principais transformações da sociedade contemporânea, compiladas na doutrina. A breve revisão de literatura de alguns dos principais administrativistas lança luz às causas e efeitos das transformações abordadas, no contexto da necessidade de participação dos terceiros interessados em decisões dos tribunais de contas.

Para a abordagem, são examinados três focos de transformações considerados relevantes no contexto do trabalho.

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A constitucionalização do Direito Administrativo compõe o conjunto de mudanças políticas e jurídicas que tem se observado no século XXI, associadas às transformações de ordem econômica, tecnológica e social, fenômeno que recebe inúmeras denominações, assim como é examinado por diversas correntes doutrinárias. Entre as transformações em curso, podem ser citados, exemplificativamente, a afirmação supraconstitucional dos direitos fundamentais, o pluralismo das fontes normativas, a regulação autônoma, o conceito do público não estatal, a redefinição do poder reformador constitucional, e a elevação dos princípios

à condição de normas jurídicas dotadas de efetividade (MOREIRA NETO, 2006, p. 79).

Um dos estudiosos dessas transformações, Luís Roberto Barroso, assim discorre sobre as origens jurídico-políticas desse movimento, que denomina pós-positivismo:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo a idéia de justiça e legitimidade. (BARROSO, 2006, p. 28)

Importante citar a ascensão da sociedade como protagonista político, após as evidências trágicas – refletidas principalmente nos enfrentamentos bélicos de abrangência mundial ocorridos no século XX – do alto risco da entrega dos destinos dos povos a Estados e governos dotados de alta concentração de poder, mas sem participação da sociedade, movimento que seria na verdade a autopreservação da própria civilização ameaçada (MOREIRA NETO, 2006, p. 28). Disso resulta a necessidade de ampliar o sentido de legitimidade das ações estatais, que passa a abranger não só a legitimidade formal, vinculada à estrita legalidade, mas também aspectos de legitimidade mais amplos, como o atendimento de princípios fundamentais que são expressão de valores sociais, incluindo o da eficiência, da moralidade, da proporcionalidade.

Diogo de Figueiredo propugna que as novas constituições pós-guerra foram erigidas segundo quatro importantes pilares, que refletiam a nova realidade sociopolítica, em que surgiu o cidadão, mais próximo do Estado, de forma a limitar o poder absoluto do Estado – que substituíra o poder absoluto do rei. Esses quatro pilares principiológicos são o conceito de direitos fundamentais, como determinante do equilíbrio das relações entre sociedade e Estado; a subsidiariedade, como fator reorganizador da nova sociedade pluriclasse que acarretou a divisão do poder em múltiplas funções autônomas; a legitimidade da ação do poder público, em seu novo

patamar relacionado à democracia substantiva, no qual a pura democracia indireta já se apresentava superada, demandando instrumentos efetivos de participação na formulação de políticas; e o conceito de Constituição como ordem de valores, dotados de normatividade e de eficácia na interpretação e aplicação do Direito.

(MOREIRA NETO, 2006, p. 63-67).

Pode-se considerar o Estado Democrático de Direito como uma síntese de dois modelos que o antecederam, agregando a possibilidade normativa de concepção de um direito transformador no qual as normas constitucionais acenam com a possibilidade de resgatar promessas não cumpridas na modernidade. Nesse sentido, o Estado Social de Direito, promovedor dos direitos sociais, se incorporou ao então Estado Liberal de Direito, de natureza ordenadora voltada aos direitos individuais (STRECK, 2005, p. 154).

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, ou neoconstitucionalismo, representa, assim, uma evolução do movimento positivista que se iniciou na Revolução Francesa.

Para alguns autores, todavia, como Lenio Streck, não houve ainda a superação desse modelo. Cita o autor gaúcho quatro orientações ainda vigentes, que configuram não ter ocorrido a efetiva passagem para o Estado Constitucional (STRECK, 2005, p. 159):

- a) norma em vez de valor (como elemento normativo fonte do Direito);
- b) subsunção em vez de ponderação (como técnica de interpretação/aplicação);
- c) independência do direito ordinário em vez da onipresença da Constituição;
- d) autonomia do legislador democrático dentro do marco da Constituição em vez da onipotência judicial apoiada na Constituição.

Outra crítica de Streck é quanto ao que denomina *baixa pré-compreensão* do sentido da Constituição por parte do intérprete. E essa baixa compreensão acarretará também a *baixa aplicação*, com prejuízo para a garantia dos direitos constitucionais (STRECK, 2005, p. 164).

Assim, é importante criar as condições adequadas para que os agentes de controle externo, enquanto aplicadores do Direito, possam aperfeiçoar sua

compreensão acerca do sentido da Constituição e dos valores nela expressos, para que haja uma convergência da ação dos tribunais de contas com a atual realidade do Estado Democrático de Direito.

2.1.1 Releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

Um dos postulados que consistiu – e ainda consiste – em um dos eixos dogmáticos mais usados para dotar o Estado de um sentido racional de submissão do povo não aos governantes, mas a um conjunto de leis, que materializavam a “vontade geral” do povo, é o princípio da legalidade, com a supremacia da lei como fonte do Direito (OHLWEILER, 2005, p. 118-119).

No entanto, a Constituição passou a ocupar lugar central no sistema jurídico. Até a Constituição cidadã, era eminentemente formal a supremacia da Lei Maior. A partir daí, passou a ser dotada de preponderância de ordem material e axiológica, com a abertura do sistema jurídico e a normatividade dos princípios, transformando-se no *filtro* mediante o qual deve ser lido todo o direito infraconstitucional. (SARMENTO, 2007, p. xiii).

Autores renomados propugnam, com algumas variações, que no nosso ordenamento existe o princípio da supremacia. Citem-se, entre outros, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, Helly Lopes Meirelles e Fábio Medina Osório. No entanto, observa-se o surgimento crescente de doutrina em que tal princípio é questionado ou reformulado, citando-se Odete Medauar, Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Alexandre dos Santos Aragão, Juarez Freitas, Patrícia Baptista, Paulo Ricardo Shier e Daniel Sarmento.

Entre as críticas ao princípio da supremacia do interesse público, destacam-se três, relacionadas a concepções que não se sustentam no Estado Democrático de Direito sob os auspícios de uma nova constitucionalização.

¹³ Um dos grandes defensores do princípio, assim o conceitua:

Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60).

O primeiro senão diz respeito ao caráter indeterminado do conceito de interesse público, que tem dado ensejo a interpretações discrepantes com os valores constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito.

A segunda crítica está relacionada à origem histórica do conceito. De matiz autoritária, esse princípio teria sido forjado pelo próprio Estado, no seio da construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês, como forma retórica de preservação do poder da autoridade constituída, em que a sujeição da Administração não surgiu, em verdade, em decorrência da lei ou da elevação do respeito aos direitos fundamentais; pelo contrário, surgiu de uma autovinculação do Poder Executivo a sua própria vontade, detentor de uma jurisdição própria e independente de controles de outros poderes (BINENBOJM, 2006, p. 301-302).

A última crítica é que o princípio da supremacia do interesse público pressupõe uma dicotomia entre o interesse público e os interesses privados, na qual aquele ocupa uma posição de superioridade, definida sempre *a priori* de sua aplicação. No entanto, não é possível abstrair o interesse privado do público, eis que a razão de ser desse é a satisfação daquele, estando os dois interrelacionados. Ademais, não é viável, segundo a ótica da ponderação como técnica de aplicação do Direito, atribuir um valor absoluto a um princípio em detrimento de outro, e também é necessário ponderar os interesses conflitantes em cada caso, sejam eles individuais, coletivos específicos ou de toda a sociedade (os chamados direitos metaindividuais).

2.1.1.1 Caráter indeterminado do conceito de interesse público

Nos conceitos jurídicos indeterminados, também denominados de “fluidos”, possuem, segundo leciona Bandeira de Mello, um núcleo significativo e certo e um *halo* circundante, de natureza imprecisa. Ou seja, haverá sempre uma zona de certeza positiva, em que não haverá dúvidas sobre a aplicação do conceito, a zona circundante nas quais se verificarão as incertezas, e, por último, uma zona de certeza negativa, onde não haverá dúvidas sobre a não-aplicabilidade do conceito (MELLO, 2004, p. 399).

O interesse público é um conceito indeterminado, de difícil conceituação. Constata-se que muitos autores recorrem à definição do termo mediante o artifício

da delimitação do campo externo ao alcance do conceito, ou seja, detalhando tudo que não pode ser considerado como objeto do verdadeiro interesse público.

Destarte, a aplicação do conceito da supremacia do interesse público carrega a mesma imprecisão que se observa na definição do conteúdo desse interesse, exigindo do operador de Direito a devida motivação e a busca de critérios adequados para a solução dos problemas enfrentados.

2.1.1.2 Caráter autoritário do princípio da supremacia

O interesse público tem, no Direito Administrativo, uma dimensão autoritária, em que o Estado, respaldado por esse interesse, estará legitimado a ocupar um espaço privilegiado na sua relação com os cidadãos, justificado pela necessidade de autoridade do Estado para manutenção da ordem (OHLWEILER, 2005, p. 132). O significado do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado se consolidou até mesmo na esteira liberal de limitação do poder estatal, pressupondo uma dicotomia entre as esferas pública e privada e a preponderância da autoridade do primeiro.

Uma das concepções utilizadas para justificar a pretensa legitimidade de um interesse do Estado acima dos demais é a classificação do interesse público em primário e secundário, com origem no direito italiano.

O interesse primário seria o atinente à razão de ser do Estado e resume-se aos fins que lhe cabe promover, como justiça, segurança e bem-estar social. Já o secundário corresponderia ao interesse da pessoa jurídica de direito público parte da relação, podendo ser identificado como o interesse do Erário (SARMENTO, 2007, prefácio, p. xiii).

Luis Roberto Barroso assim explica a diferença dos dois interesses:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas (SARMENTO, 2007, prefácio, p. xiii)

Celso Mello conceitua o interesse primário como o *pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social*, ao passo que o secundário seria aquele que *atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa* (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 90).

Assim, o interesse que é fundamento para a construção do Direito Administrativo, no que tange à justificação do caráter potestativo que muitos dos atos detêm, e que está no cerne da discussão sobre a adequação da propalada supremacia sobre os demais interesses de ordem subjetiva, é o interesse primário, relacionado a valores de ordem superior da coletividade.

No caso das relações jurídicas presentes nos processos de controle externo, o interesse primário estaria relacionado à satisfação dos anseios da sociedade como um todo, que podem ser sintetizados por uma demanda por uma atuação dos tribunais de contas que seja eficaz, justa, eficiente e que sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os cidadãos, indistintamente.

O interesse secundário, por seu turno, estaria atrelado à própria natureza e razão de ser dos tribunais de contas, que é a defesa do patrimônio público (ou Erário). No entendimento de Marçal Justen Filho, o interesse secundário, ou interesse da Administração, não seria público, pois consistiriam de conveniências administrativas. Além disso, não seriam abrigadas pelo Direito, visto que o Estado não possui legitimidade em buscar a maior vantagem possível, pois seu escopo estaria limitado à realização do bem comum (JUSTEN FILHO, 2005, p. 39).

Segundo a doutrina pertinente à divisão dos interesses em primário e secundário, o interesse secundário jamais gozará de supremacia *a priori* sobre o interesse particular, devendo se proceder à ponderação em caso de conflitos. O interesse dito primário, por sua vez, que não se confunde com o interesse da Administração, é dotado de tal supremacia.

A crítica que se apresenta aqui não reside na desconstituição do conceito de interesse primário, e sim em sustentar que esse é preponderante *a priori* dos problema enfrentado, o que eliminaria a necessidade de ponderação com base em outros valores constitucionais. Nessa linha, Luís Barroso entende que o *interesse*

público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático, sendo ele o parâmetro de ponderação (SARMENTO, 2007, prefácio, p. xvi).

2.1.1.3 Inexistência da dicotomia entre público e privado

A partir da noção de interesse público como atuando em seara distinta do privado, compartimentalizando, portanto, os espaços de atuação da Administração, tem se justificado a adoção de muitas normas que conferem poderes excessivos ao Estado e a concepção de interpretações jurisprudenciais amplamente favoráveis aos entes estatais, que acabam por desconsiderar que o interesse particular, na verdade, deve fazer parte do interesse público.

No Estado contemporâneo, uma das características marcantes é o crescimento da aceitação de uma pluralidade social formada por idéias e grupos sociais heterogêneos. Diogo de Figueiredo menciona que a expressão sociedade pluralista foi introduzida por Arthur F. Bentley, em sua clássica obra *The Process of Government*, datada de 1908, destacando a intensidade da riqueza de diversidades como um dos maiores diferenciais entre as sociedades contemporâneas (MOREIRA NETO, 2006, p. 83).

A principal distinção da sociedade plural não reside nessa diversidade de grupos na sociedade, mas na possibilidade de os indivíduos poderem integrar de forma simultânea vários desses grupos, de forma dinâmica, o que torna impossível a identificação de classes definidas e estáticas que concorrem na disputa do poder (MOREIRA NETO, 2006, p. 83). O mesmo autor, citando Norberto Bobbio e Massimo Gainini, informa que a partir dessa peculiaridade, ocorre uma:

diáspora de centros de poder na sociedade civil e o conseqüente surgimento de um Estado pluriclasse, como novo tipo de organização política, que relegava ao passado as tradicionais configurações dominantes [...] que facilmente levava a uma visão simplificadora emecanicista e dialética, como a da luta de classes pela hegemonia, e invocava apenas as básicas dicotomias freudianas entre amigo-inimigo e público-privado. (MOREIRA NETO, 2006, p. 83-84).

Assim, a dicotomia privado-público já não pode ser simplificada a uma conotação maniqueísta, devido a esse pluralismo social, o qual está elevado a

princípio fundamental na nossa Carta¹⁴. Nesse compasso, após a transformação em direito fundamental, passa o pluralismo a receber a ação de proteção do Estado, o qual, então deve fomentar a participação do máximo possível de segmentos da sociedade.

Além disso, é preciso demarcar a importância do cidadão no cenário atual. A Constituição consagra no art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana. Esse princípio, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dá suporte ao poder político e a sua concretização nas instituições integrantes do Estado. Assim, a finalidade do Estado e da Administração é a preservação da dignidade do ser humano, o qual não pode ser tratado como objeto para outros interesses.

2.1.1.4 Conclusão: necessidade de ponderar os interesses

A dificuldade em incorporar a mudança de paradigma quanto à pretensa dicotomia¹⁵ do interesse público e do privado, em que o primeiro prevalece, reside no fato de que o nosso direito possui raiz germânica, em que historicamente o interesse público era visto em posição de supremacia com relação à soma dos interesses individuais. Na *common law*, por outro lado, o interesse público sempre foi intrinsecamente relacionado à soma de interesses individuais. (SARMENTO, 2007, p. 2-3), facilitando a evolução no sentido do dotar de maior peso os direitos dos indivíduos.

Em sentido inverso à tentativa de proceder a uma aniquilação do princípio da supremacia do interesse público, deve se dar um sentido adequado à nova realidade hermenêutica. Nesse sentido, adotando posição crítica a autores que sustentam a inadequação do princípio – como Daniel Sarmento, Gustavo Binbenjoni e Humberto Ávila - Alice Borges aduz:

Não se trata de desconstruir a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais da nossa Constituição, expressos em seu monumental artigo

¹⁴ o pluralismo político consta do rol de direitos fundamentais expresso no art. 1º, inciso V, da CF/88.

¹⁵ Segundo Daniel Sarmento, a expressão dicotomia é de Norberto Bobbio, utilizada no artigo intitulado *A grande dicotomia público/privado* (in Estado, Governo, Sociedade. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 13-31). Informa o autor, ainda, que essa dicotomia originou a clássica divisão do Direito em Direito Público e Direito Privado, que remonta ao *Corpus Iuris Civilis* romano. (SARMENTO, 2007, p. 29).

3º. É delimita-la com exatidão e com as necessárias cautelas (BORGES, 2007, p 3).

O próprio Daniel Sarmento, mesmo contestando o princípio da supremacia do interesse público, reconhece que *a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum* (SARMENTO, 2007, p. 171-216).

Cabe observar que ainda vigoram algumas posições jurisprudenciais e alguns fundamentos de atos administrativos baseados no conceito de supremacia – prévia – do interesse público sobre o privado. No entanto, a tendência é a consolidação da posição da inviabilidade de aplicar uma regra de ponderação *a priori* da análise do caso concreto, em que se respalde o interesse público como superior. Nesse sentido, impende citar decisão do STF em que se examinaram as denominadas razões do Estado, decidindo a Colenda Corte pela ilegitimidade da utilização desse fundamento para justificar medidas que frustem a observância de outros princípios constitucionais:

Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ‘ex parte principis’, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não se legitimam com o argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público.

(RE-269437/SP, Rel. Celso de Mello, j. 26/09/2000, DJ 15 dez 2000)

É necessário, portanto, lançar mão da técnica de ponderação.

No entanto, uma das grandes dificuldades para aceitar um sistema aberto destinado a ser utilizado mediante mecanismo de ponderação é a tendência da excessiva subjetividade e de eventuais desvios na aplicação do Direito, pela possibilidade de utilizar argumentos que possam legitimar ações arbitrárias do Estado, mormente pelo caráter indeterminado do conceito interesse público – além do já mencionado *razões de Estado*, a segurança nacional, combate ao terrorismo (em tempos pós 11 de setembro), etc.

Por isso, a hermenêutica moderna tem se preocupado com a formulação de critérios de identificação e de categorização dos argumentos jurídicos, e com a

enumeração, a partir daí, das prioridades entre os diversos argumentos. (SARMENTO, 2007, p. 9).

Deve-se, portanto, incorporar, à técnica de análise das contas e dos atos e contratos administrativos realizada pelos agentes dos tribunais de contas, a premissa de que a tutela do erário público, exercida por meio das competências constitucionais estabelecidas privativamente nos artigos 70 a 75 da CF/88, nunca pode ser considerada preponderante, *a priori*, sobre os interesses particulares envolvidos nas relações jurídicas formadas nos processos de controle externo. Além disso, impende incorporar a noção de que a indefinição do conceito não é um defeito, mas é um atributo que permite a concreta aplicação, mais adequada a cada caso, de forma a aproximar o sistema normativo ao mundo real (JUSTEN FILHO, 1999, p. 115-136).

Além disso, impende sempre considerar que é necessária uma ponderação multipolar quando houver terceiros eventualmente prejudicados, visto que *os interesses paralelos devem ser preservados por meio de uma decisão unitária* (BINENBOJM, 2006, p. 193). Observa-se, ainda, que muitas vezes não há o conflito aparente, por ter sido indevidamente identificado o suposto interesse público, ocorrendo, em verdade, a convergência dos interesses. Essa convergência também ocorre pela circunstância de que atualmente os direitos fundamentais não são mais concebidos apenas por uma perspectiva individual, mas também com uma dimensão objetiva, em que a garantia daqueles direitos fundamentais torna-se um legítimo e autêntico interesse público para o Estado que deve promovê-los (SARMENTO, 2006, p. 81-83).

Não se trata de adotar um posicionamento de caráter individualista, mas de refletir na aplicação do Direito acerca do prejuízo advindo do pensamento dogmático e racional, preconizado pela concepção de que o interesse público prepondera sempre sobre os interesses subjetivos. Nesse sentido, percuciente é a lição de Ohlweiler:

Obviamente, não se está defendendo a necessidade de uma postura individualista, mas sim denunciando a presença de um equívoco na construção teórica do já referido 'princípio (da supremacia) do interesse público' sobre o privado, pois não se compreende o que há de mais essencial e originário que é a 'junção', no sentido grego de que a 'physis' determina a conjugação entre aquilo que encobre com o surgir, ou seja, estabelecendo a relação com o tema tratado, no público surge o privado e

no privado surge o público e é exatamente neste junção que exsurgem as condições de possibilidade de sua abertura e desvelamento com a ponderação de todos os interesses envolvidos (OHLWEILER, 2005, p. 136).

Assim, para a adequada mensuração dos interesses presentes em ações do controle externo, impende destacar que, na ótica da nova forma de atuação do Poder Público, baseado na processualização, o *interesse público* deverá se revelar no curso do processo. (ZYMLER, 2005, p. 296). Além disso, deve se obter – mediante o processo de ponderação - não a ordem de prevalência, mas o teor dos interesses a serem considerados. Deve ser conferido o significado ao interesse público como a maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos (SARMENTO, 2007, p. 3). Cumpre considerar, também, a peculiar ocupação de papéis diversos dos cidadãos na sociedade plural - a mesma pessoa que tem algum interesse particular em processo do tribunal de contas, como terceiro afetado por eventual decisão desfavorável, também é detentora de prerrogativas como membro da coletividade, assistindo-lhe o direito a uma decisão justa, eficaz e eficiente, com a devida fundamentação e mediante adequada utilização de critérios de ponderação, se necessários, baseados em princípios e valores de relevância constitucional.

2.1.2 A Importância do Devido Processo Legal nos tribunais de contas

Antes mesmo, e independente da, incorporação dos novos conceitos trazidos pela constitucionalização do direito, se justificava a cautela em garantir o devido processo legal e seus princípios associados, em face do princípio da inafastabilidade do exame judicial. Se não devidamente observadas as garantias das partes, incluídos os responsáveis e terceiros, nos processos dos tribunais de contas, tornam-se as decisões proferidas aptas à incidência do controle judicial, exercido originariamente pelo STF, sem embargo da competência deferida ao Juízo Federal de Primeiro Grau, caso provocado pela parte lesada ou ameaçada.

O reexame judicial das deliberações do TCU apreciará a observância de direitos e garantias individuais e coletivos expressos no art. 5º da CF/88, em especial o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), em processo público (inciso LX), com provas lícitas (inciso LVI), com duração razoável (inciso LXXXVIII), além da exigência de adequada fundamentação (art. 93, IX, c/c art. 73, *caput* c/c art. 96, I, a, da CF/88) (GRACIE, 2007, p 110).

Cabe estabelecer uma definição. Embora o termo processo tenha um valor histórica e axiologicamente ligado à jurisdição do Estado¹⁶ em seu sentido estrito (a exercida pelo Judiciário), e a expressão processo administrativo, por seu turno, esteja mais consentâneo com a idéia de contencioso administrativo (nos países em que é adotada a jurisdição dupla), entende-se que é amplo o conceito de processo administrativo previsto na Constituição, contemplando o processo desenvolvido nos tribunais de contas.

Conforme sintetizam Alvim e Alvim (ALVIM, 2007, 47-49), a origem do *due process of law* remonta à Inglaterra do século XIII, possuindo, no início, caráter apenas processual, atrelado à idéia de formação e ordenação do processo. O conceito evoluiu, passando a compreender o direito à citação e à oportunidade de defesa, e também aspectos materiais, de forma a constituir o devido processo substantivo¹⁷.

Observa-se uma crescente importância do processo como eixo do Direito Administrativo. Benjamin Zymler, ao discorrer sobre as razões que levaram à procedimentalização¹⁸ do Direito Administrativo, refere que a Constituição de 1988 configurou uma clara adoção de um modelo de Estado Social em detrimento do Estado Liberal, simples garantidor das liberdades fundamentais, destacando como dispositivos constitucionais que conformam esse modelo, entre outros, os artigos 1º - que estabelece como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana - e o 3º - que define como objetivos da República a construção de uma sociedade justa, solidária e livre da pobreza e da marginalização. Em seguida esclarece o eminente Ministro do TCU que o crescente volume de regras necessárias para normatizar as diferentes realidades atingidas pela ação estatal – que se mostrariam mais complexas face ao afloramento de diversos subsistemas sociais que passaram a ser regulados pelo Estado, como resposta ao fato de que houve diminuição do tamanho desse Estado, face à crise fiscal, sem que houvesse

¹⁶ Muitos autores discorrem sobre as distinções entre processo jurisdicional e processo administrativo, e, entre eles, há os que defendem que o termo processo se vincula exclusivamente à jurisdição (SUNDFELD, 1994, p. 64-74). Outros autores preferem usar o termo procedimento para distinguir o modo de atuação da Administração e do Judiciário (ZYMLER, 2005, p. 389).

¹⁷ O sentido material consiste fundamentalmente, no direito de todos a uma decisão justa e razoável (MOREIRA NETO, 2006, p. 29). Na Constituição brasileira, não ocorre distinção formal entre os conceitos, na definição do princípio.

¹⁸ Também é utilizado, entre outros, o termo *processualização do Direito Administrativo*, a exemplo de Odete Medauar (MEDAUAR, 1993).

diminuição à já consolidada proteção aos direitos fundamentais e sociais -, não é capaz de alcançar situações para as quais não foram editadas, visto que as normas visavam a uma *precisão substantiva*, a qual perdia a validade com o simples decurso do tempo. Então, a partir desse dilema, surge a procedimentalização do Direito Administrativo, associado à criação de *normas adjetivas*, procedimentais, mediante as quais o Estado poderia se valer de conceitos jurídicos indeterminados para a obtenção de resultados jurídicos adequados a cada caso concreto. A procedimentalização seria o método de atuação típico do Estado Social (ZYMLER, 2005, p. 34-38).

O devido processo legal possui *status* de direito fundamental, situado no art. 5º, inciso LIV: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Além desse dispositivo, há outros princípios e garantias, esparsos no ordenamento, que constituem requisitos a serem atendidos para a observância do devido processo. Citem-se a necessidade de citação (inciso LV do art. 5º da CF/88), a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI do art. 5º), e muitos outros. O professor Nery Júnior aborda em um capítulo próprio os princípios que ele denomina de *princípios processuais derivados do due process na Constituição Federal* (NERY JR, 2004, capítulo III). Nesse capítulo, são citados, entre outros, os princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade do controle judicial, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição.

Constitui ponto pacífico que o devido processo legal há de ser observado não somente nos processos de natureza judicial, como também nos processos administrativos. A Lei 9.784/1999 possui dispositivo categórico nesse sentido¹⁹. Há inúmeros acórdãos nos tribunais superiores que sedimentam essa posição.

No âmbito dos tribunais de contas, nos processos constituídos no exercício de sua função de controle externo, o princípio do devido processo legal há de ser observado também.

¹⁹ Lei nº 9.784/1999, art. 2º: *A Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos, serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme o Direito; [...] VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados*

2.1.3 Os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório

Vinculado à cláusula do devido processo, encontram-se dois atributos, amalgamados entre si, que são a ampla defesa e o contraditório. Essas garantias são desdobramentos, aplicadas ao processo administrativo, do devido processo, que revelam a face substantiva desse princípio (MEDAUAR, 1993, p. 77-83).

Acerca da expressão “litigantes” que integra o comando constitucional assegurador da garantia da ampla defesa²⁰, esse há que ser entendida de forma abrangente e plural, no contexto das novas tendências advindas do Estado Democrático de Direito. Assim, são contempladas situações de interesses contrapostos entre si, que podem tanto ser, no caso de processos no âmbito dos tribunais de contas, interesses da Administração em face de interesses dos gestores ou outros responsáveis, como responsáveis entre si (no caso de questões envolvendo disputa, por exemplo, de licitações públicas), ou, ainda, de terceiros frente aos da Administração ou aos de gestores, ou de terceiros entre si.

Cumprido ressaltar que a oportunidade da ampla defesa deve ser universal, devendo ser deferida a todos que sejam afetados por uma decisão administrativa. Assim, sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado, por meio de uma apreciação desfavorável, deve-lhe ser proporcionada a oportunidade de exercitar a ampla defesa, que será plena somente se for prévia e considerada pela autoridade competente (DALLARI, 2001. p. 70-72).

Os julgadores constitucionais vêm declarando a necessidade de prover de maior eficácia os princípios do contraditório e da ampla defesa, mesmo em situações nas quais se deva ponderar esses com outros princípios não menos relevantes, como os da legalidade, da eficiência e da proporcionalidade. Tal orientação pode ser confirmada no seguinte excerto do voto do Exmo. Ministro Cezar Peluzo, no MS 26.353, já mencionado:

A Constituição garante que nenhuma só pessoa pode ser privada de qualquer bem jurídico sem o devido processo legal. Daí o despropósito da tese de que se forem muitas pessoas, elas podem perder bens jurídicos sem observância do devido processo legal. Se a Constituição garante que

²⁰ CF/88, art. 5º, inciso LV: *aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.*

ninguém pode, como é que se sustenta que se for um número de pessoas muito grande se pode abrir mão do devido processo legal?

Impende observar ainda que, quanto aos atos administrativos, também não se pode admitir sua imediata auto-executoriedade, quando não houver sido observado no processo administrativo o respeito á ampla defesa e ao contraditório, garantias constitucionais dispostas no inciso LV do art. 5º da Lei Maior. Nesse sentido, consta em decisão do STJ, que *o princípio da garantia de defesa sobrepairá a todas as leis, impondo a desconstituição do ato administrativo emergido de processamento afrontoso ao mandamento constitucional da ampla defesa.* (BRASIL, STJ, 1994). Ressalvem-se as exceções em que se afasta a necessidade da garantia da defesa, quando imperioso por força de interesse público. Nessa exceção se enquadram, por exemplo, as medidas cautelares adotadas pelos tribunais de contas, em que o atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório ficam diferidos para fases seguintes.

2.2 TRIBUNAIS DE CONTAS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Os tribunais de contas cumprem a missão relevante de fomento dos postulados que dão sustentação ao regime democrático – legalidade, respeito à cidadania, valorização da dignidade humana, eficiência, juridicidade, proibição de excesso, proporcionalidade, razoabilidade, moralidade e outros. (DELGADO, 2007, p. 113/114).

Há três dimensões, para os agentes dos TC, em que o cidadão deve ocupar espaço central, a primeira relativa à titularidade da própria função de controle e as outras duas relacionadas ao objeto da ação dos tribunais de contas, sendo uma de natureza normativa e outra de natureza processual.

Em primeiro lugar, o controle externo se vincula ao conceito de cidadania, em que a sociedade é a real detentora do poder de controle dos atos da Administração e o delega, por meio da Constituição, aos TC, entre outros órgãos. O controle é direito fundamental do cidadão e está consagrado na Carta Magna em diversas passagens: direito de petição (art. 5º, XXXIV); direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse geral (art. 5º, XXXIII); ação popular (art. 5º,

LXXIII) e direito de denunciar aos tribunais de contas²¹. Destaca-se que vem sendo fomentada a participação dos cidadãos, como evolução da atuação das cortes de contas em consonância com as necessidades das sociedades plurais, cada vez menos satisfeitas com o modelo de democracia representativa, de caráter formal. Essa participação se mostra benéfica quanto à reafirmação da legitimidade, ao reforço da autonomia e ao crescimento da responsabilidade política dos órgãos de controle externo (MOREIRA NETO, 2006, p. 123-124).

Em segundo lugar, o controle exercido pelos tribunais de contas no século XXI incorpora aspectos relacionados à análise da efetividade na execução dos programas governamentais pelos gestores da Administração, obtendo, dessa forma, uma avaliação sobre os resultados da ação de governo, cujo fim último é a promoção do bem-estar dos cidadãos.

Em último lugar, na atividade processual dos TC deve também estar presente a garantia aos princípios fundamentais garantidores do respeito à dignidade humana, concretizado pelo devido processo legal.

São três óticas plenamente inseridas no contexto atual em que devem ser vistos os órgãos de controle externo²² - como órgãos que assegurem o respeito aos direitos fundamentais, um dos pilares que sustentam e justificam sua inserção no Estado Democrático de Direito.

Os tribunais de contas devem ser instituições organizadas de modo a contemplar os anseios dos cidadãos até mesmo antes dos interesses do Estado. Essa evolução é observada nos órgãos de controle em todo o mundo, sendo reflexo da evolução histórica do foco, que passou do controle das finanças do Rei, no Estado Absolutista, até ser considerado instrumento de cidadania. Em seu curso histórico, teve seus resultados ainda voltados à satisfação da Administração e do Parlamento, como nos ensina Diogo de Figueiredo Neto (MOREIRA NETO, O Novo Tribunal de Contas, 2005, p. 80-82).

²¹ Ressalta-se o instrumento da denúncia, previsto no art. 74, § 2º, da CF/88, como tipo de processo em que os cidadãos podem exercer de forma direta a vigilância da regularidade dos atos da Administração.

²² Há ainda um quarto foco de promoção da cidadania, que vem sendo incentivado no âmbito dos tribunais de contas: o papel pedagógico, exercido por meio de atividades de orientação e instrução de integrantes da sociedade civil, integrantes ou não de instâncias organizadas, visando a um aperfeiçoamento do controle social e do sentido de cidadania. Cite-se a atividade desenvolvida no âmbito do TCU, de orientações aos Conselhos de Alimentação Escolar, desenvolvida por meio de edição de cartilhas técnicas e de apresentações realizadas por agentes do controle externo a conselheiros sociais.

A ampliação do *modus operandi* nesse sentido, porém, encontra limites na conformação constitucional desses entes. Não são os mesmos aptos à defesa dos interesses da sociedade, de seus direitos coletivos ou individuais, como um fim em si mesmo. Esta tarefa é delegada ao Ministério Público, como descrito no art. 127 da CF/88: *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

2.2.1 A superação da natureza puramente endoadministrativa das decisões

Observa-se que tem ocorrido evolução no que tange ao alcance das decisões dos Tribunais de Contas, face à Administração Pública e à parcela da sociedade externa ao conjunto abrangido por aquela, porém de alguma forma vinculada ao efeito das decisões. Essa evolução doutrinária, normativa e jurisprudencial acompanha a evolução do tratamento dado aos direitos fundamentais.

Sustenta Rodrigues (RODRIGUES, 2007, p. 45) que, no que tange a deliberações cujos efeitos estão adstritos ao âmbito da Administração Pública, o seu cumprimento não oferece maiores dificuldades e se impõe alguma cautela no atendimento de deliberações que repercutem *fora do âmbito administrativo, atingindo bens ou direitos de particulares, o que ocorre especialmente no exame dos contratos administrativos*. Sem discordar do cerne da posição do autor, entende-se que está indevidamente minimizado o grau de importância dada ao tratamento dos direitos de terceiros. Não se trata mais, nas circunstâncias contemporâneas, de ter alguma cautela, mas sim, de toda a cautela possível e necessária em relação à repercussão das decisões relativamente a terceiros situados fora do eixo da relação direta com os entes e gestores públicos - e pessoas equiparadas.

Assim, o tradicional entendimento de que a atuação dos tribunais de contas se limita à relação jurídica entre esses e os órgãos ou entidades, públicos ou equiparados, e seus gestores, como destinatários diretos da atividade de controle externo²³, conforme definido nas normas constitucionais e infraconstitucionais, está em vias de superação.

²³ Esse entendimento pode ser ilustrado por excerto de voto em decisão proferida decorridos alguns anos:

2.2.2 A processualização nos tribunais de contas

A tendência à procedimentalização decorre da evolução do modelo de Estado, que passa de um Estado Liberal – em que o Direito Administrativo se ocupava, sob a inspiração do modelo francês, em estabelecer a limitação do poder do Estado, então revestido de nuances autoritárias, face aos interesses dos cidadãos, de modo a formatar um Estado de intervenção mínima na propriedade e liberdade dos indivíduos – ao Estado Social de Direito Democrático, opção política explícita do constituinte na elaboração da Constituição cidadã de 1988. Esse novo Estado, prestador e garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos, passa, então, de uma posição negativa (pela limitação de seu poder) a uma positiva (instado a promover a proteção e o alcance dos direitos fundamentais e sociais, conforme o preâmbulo da Constituição), o que representa uma mudança de foco expressiva, que demanda muitas transformações nos conceitos, nos institutos e nas instituições estabelecidas sob o contexto anterior.

Impende salientar ainda, como bem lembrado pelo Ministro do TCU Benjamin Zymler, que o processo cumpre uma função de mitigação das frustrações sociais causadas como consectários do Estado Social – na medida em que esse Estado cria expectativas em que afirma o direito dos cidadãos e acena com ofertas de prestações de serviços que alcancem esses direitos, nem sempre atendidos. Assim, o processo, por ser impessoal e asséptico e por permitir a participação do interessado no embate de teses jurídicas e não de pessoas, contribui para a pacificação social (ZYMLER, 2005, p. 39-40).

Essa nova tendência, também denominada de processualização do Direito Administrativo, está evidenciada na proteção expressa, inserida na Constituição Federal, dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, aplicável aos processos judiciais e administrativos, incluídos nestes, entendido como gênero, a espécie dos processos que tratam das ações finalísticas dos tribunais de contas.

a relação processual se basta entre o Tribunal e o gestor responsável, o que não impede, entretanto, em respeito ao contraditório, que interessados no processo intervenham antes ou depois da decisão, desde que manifestem essa vontade em tempo hábil. (BRASIL, TCU, 2002).

O ato administrativo, que representava o momento de exteriorização da vontade de uma Administração Pública autoritária e unilateral (BATISTA, 2003, p. 228-230), não apresenta mais a mesma força legitimadora da atividade estatal, abrindo espaço para formas mais orientadas à consensualização ou a contratualização das relações jurídicas entre Administração e particulares. Sobre a crise do ato administrativo e o seu reflexo no favorecimento da tendência da processualização, cumpre mencionar a assertiva de Carlos Henrique Jardim:

É bem verdade que não há consenso teórico quanto a 'capitis deminutio' do ato administrativo, mas há quase unanimidade quanto ao diagnóstico da crise do ato administrativo clássico, dando ensejo à tendência de o procedimento administrativo e a relação jurídica administrativa convergirem para o centro da dogmática administrativa.(JARDIM, 2006, 408)

O Ministro Benjamin Zymler também destaca a superação do modelo baseado no ato administrativo²⁴, enfatizando a origem relacionada à noção de supremacia do Estado:

Percebe-se, portanto, a transformação do Direito Administrativo calcado no ato administrativo, emanação da supremacia estatal, no Direito Administrativo que enfatiza o processo administrativo. O novo paradigma acentua uma relação de coordenação entre o cidadão e o Poder Público (ZYMLER, 2005, p. 296)

Na atuação do TCU, formam-se relações jurídicas diversas, que, na ótica mais ampla da processualização, incluem os liames com os terceiros interessados. E, ao lado dessas relações de ordem material, haverá o correspondente procedimento, no qual serão desenrolados os atos de comunicação e de decisão, após a obtenção dos pontos de vista dos diversos envolvidos (e possíveis de serem obtidos). A dialética, então, é a razão de ser do processo e proverá as garantias para os cidadãos de serem conhecidas e apreciadas suas considerações (de todos os envolvidos). Nesse sentido, Adolf Merkl sustenta que *a mais eficaz das garantias*

²⁴ A despeito de considerar não ser mais o elemento central do Direito Administrativo, o ato administrativo ainda subsiste, e possui alguns atributos que os diferenciam dos atos de direito privado, além dos requisitos necessários para que sejam garantidas a validade e a eficácia. São cinco os requisitos necessários à formação dos atos administrativos: *agente competente* ou *competência*, *finalidade*, *forma*, *motivo* e *objeto*. Esses requisitos clássicos do ato administrativo, sem terem sua importância desconsiderada como elementos essenciais à existência e validade, se apresentam insuficientes, visto que estão relacionados apenas à aptidão dos atos em alcançar os fins a que foram destinados, o que vem tornando necessário incluir o requisito da eficiência, como medida do resultado da ação pública, condizente com o direito tridimensional do atual contexto (MOREIRA NETO, 2006, p. 37).

é realizada pela colaboração no procedimento administrativo daquelas pessoas cujos direitos e obrigações vão restar por ele afetados (MERCKL apud BATISTA, 2003, p. 248).

Os princípios processuais, que no início surgiram nos processos de natureza civil e penal, passaram a ser considerados, com peso constitucional, também no Direito Administrativo, a partir do reconhecimento de que nos processos administrativos poderiam ocorrer prejuízos a terceiros, incluindo restrições de direitos fundamentais, a exemplo dos relativos ao *patrimônio jurídico e à própria liberdade do indivíduo* (JARDIM, 2006, p. 412).

Os interessados nos processos dos tribunais de contas são sujeitos dotados de garantias no processo, as quais estão relacionadas aos denominados princípios-garantia, que, conforme leciona Canotilho, são menos vagos e com maior densidade normativa, de modo a permitir o imediato estabelecimento direto de garantias para os cidadãos (CANOTILHO *apud* JARDIM, 2006, p. 412).

No TCU, a garantia do responsável ou interessado quanto à ampla defesa está regulamentada na sua Lei Orgânica, no tocante aos processos de julgamento de contas:

Lei 8.443/1992.

[...]

Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa.

2.2.3 A aplicação da Lei do Processo Administrativo Federal

A tendência atual de procedimentalização do Direito Administrativo brasileiro tem como um dos marcos concretos a edição da Lei nº 9.784/1999, que regula o Processo Administrativo na Administração Pública federal.

Ressalva-se que a lei do Processo Administrativo não tem seu campo de aplicação limitado ao Poder Executivo Federal, visto que a função administrativa é também exercida pelos outros poderes Legislativo e Judiciário, o que está claro no §1º do art. 1º da Lei.

Além disso, destaca-se o seu papel de aplicação em caráter subsidiário, quando haja norma específica, conforme disposto no art. 69: *Os processos*

administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

A sua aplicação direta no âmbito do TCU é, portanto, limitada às situações em que este exerce puramente função administrativa, visto que, no que tange ao procedimento a ser adotado na consecução da função constitucional de controle externo, há normas específicas, legais e regulamentares.²⁵

Embora não possua aplicação imediata na atividade processual do TCU vinculada à função de controle externo, a Lei nº 9.784/1999, aplicada de forma subsidiária e no que couber, apresenta-se como um importante instrumento para nortear algumas das decisões tomadas pelos agentes de controle, visto que na mencionada lei estão expressos princípios e diretrizes que transcendem o seu campo de aplicação imediato (na consecução de atividades da função administrativa pelos órgãos estatais). Exemplos de dispositivos dessa ordem são o art. 2º, que invoca os princípios aplicáveis ao processo administrativo – que provêm dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública -; o art. 45, que institui o poder de cautela da Administração em caso de risco iminente; o art. 29, que trata do princípio da oficialidade da Administração; o art. 45, que afirma a relevância do instituto da consulta pública, de modo a fomentar a participação de terceiros interessados; o art. 33, que dispõe sobre a faculdade de uso de outros meios de participação dos interessados em matérias relevantes, tanto de forma direta como por meio de organizações e associações; e o art. 62, que impõe a intimação, para apresentar alegações, de interessados no julgamento de recursos interpostos.

Resta definir como se concretiza, na ação do TCU, a aplicação subsidiária da Lei do Processo Administrativo. Zymler lança luz a essa questão, ressaltando duas condições que devem ser consideradas como pressupostos: a primeira, baseada no fato de que o objetivo da lei não foi regular procedimentos em que já houvesse leis específicas, mas, sim, disciplinar situações em que houvesse ausência de normas legais mais específicas, para evitar casuísmos e improvisação do administrador. A segunda condição é que a subsidiariedade deve ser precedida sempre de um juízo de conveniência e oportunidade, não podendo ser aplicada de

²⁵ Entre as normas em vigor no Tribunal de Contas da União que cuidam de aspectos relevantes da atividade processual, destacam-se a Lei nº. 8.443/1992 (Lei Orgânica), a Resolução nº 191/2006, que regulamenta de forma mais detalhada a autuação e tramitação de processos, e a Resolução nº 36/1995, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados para observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

forma direta e automática quando, mesmo que haja lei específica, verifiquem-se lacunas. Deve-se proceder, por exemplo, primeiro a uma interpretação sistemática da Lei nº 8.443/1992, aplicável aos processos do TCU, para verificar se não cabe aplicá-la de forma adaptada ao caso concreto, para o qual se verifique o vazio normativo. Não sendo possível a aplicação sistemática, faz-se necessário o juízo da adequação dos ditames da norma subsidiária – Lei nº 9.784/1999 – às peculiaridades do caso (ZYMLER, 2005, p. 61-62).

No âmbito do TCU, impende mencionar a Decisão n.º 1.020/2000-TCU-Plenário (BRASIL, 2000), por meio da qual foi assentado o entendimento de que a Lei n.º 9.784/1999 não tem aplicação obrigatória sobre os processos da competência deste Tribunal de Contas, definida pelo artigo 71 da Constituição Federal.

2.3 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Vislumbra-se que a jurisprudência vem sendo reformulada no que tange ao tratamento dado aos terceiros interessados em processos dos tribunais de contas. Examinam-se alguns entendimentos do STF e do TCU, antes e após a edição da Súmula Vinculante do STF nº 3.

2.3.1 Exame breve da jurisprudência do STF. A Súmula Vinculante do STF nº 3

É necessário, antes de prosseguir, estabelecer a distinção do objeto examinado nas diversas decisões do STF, que compreende as deliberações do TCU. Entre os processos de fiscalização e de contas, cujas decisões são alvo de mandado de segurança, encontram-se aqueles concernentes a atos sujeitos a registro, cuja legalidade é apreciada pelo TCU. São os atos de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, considerados atos complexos, que se aperfeiçoam mediante atos consecutivos da autoridade competente e do TCU. Nessa espécie de processo de fiscalização, sobre os quais versam a maior parte das deliberações da Excelsa Corte²⁶ em que se debate a necessidade da ampla defesa

²⁶ Questão interessante é que os precedentes da Súmula Vinculante do STF nº 3 estão todos relacionados a processos de concessão, cuja legalidade é apreciada pelo TCU. Assim, torna-se curioso que as decisões reiteradas e que fundamentam o entendimento esposado na referida Súmula, tanto os vinculados à exceção disposta na sua parte final, como os relacionados à regra geral (processos de revisão ou cassação de atos já

e do contraditório, o entendimento consolidado é o de que não é exigível que se propicie ao interessado o direito de manifestação no processo. Nesse sentido, os acórdãos relativos ao MS 25.440-8/DF (Relator Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 15/12/2005, DJ de 28/04/2006), MS 25.072-1/DF (Relator Ministro Eros Grau, Julgamento: 07/02/2007, DJ de 27/04/2007).

Assim, é necessário delimitar a nossa análise aos processos de fiscalização e que não sejam relativos à apreciação da legalidade dos atos de concessão²⁷. Além disso, também são objeto os processos de contas. O requisito necessário nesses processos, para que sejam considerados inseridos no contexto do trabalho, é que deles decorram, potencialmente, danos a direitos subjetivos de terceiros não diretamente responsáveis pelos atos contestados pelo TCU, mas que tenham sido beneficiados por esses atos.

Em Mandado de Segurança relatado pelo Ministro Carlos Velloso, em que, apesar de ter como objeto processo de apreciação de atos de pessoal, este é

apreciados, já registrados e julgados pelo TCU, para os quais há de se observar o contraditório) são todos pertinentes a todos os sujeitos a registro. Esse aspecto tem gerado teses jurídicas e pareceres apresentados pelo TCU ao STF no sentido de que a Súmula somente poderia ser aplicada a processos de fiscalização de atos sujeitos a registro, face à necessária vinculação do enunciado da súmula com os precedentes. Nesse sentido, ver CARVALHO, 2007. No entanto, entende-se que tais teses não prosperariam ante o STF, visto que já houve, após a edição da Súmula, várias decisões – judiciais e do próprio TCU – abarcando a necessidade de proteção ao devido processo legal em todos os processos de fiscalização em que haja direitos subjetivos de terceiros afetados, à exceção dos já mencionados processos de apreciação de atos sujeitos a registro. Ou seja, a realidade jurídica já suplantou essa posição. Além disso, é necessário ponderar que, na discussão jurídica quando da decisão paradigmática no MS 26.353 não há nenhuma ressalva no sentido de que Súmula somente se aplicaria a determinado processo.

²⁷ Constatase que mesmo a exceção à exigência de proceder ao contraditório, residente nos processos de concessão, pode sofrer um revés no Supremo, eis que há indícios de que o assunto não está sedimentado para alguns dos Ministros. Nesse sentido, cite-se parte de curioso diálogo transcrito no Voto do Ministro Cezar Peluso, quando da decisão no MS 26.353:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, o caso predica aplicação direta da súmula vinculante, que é dirigida diretamente ao Tribunal de Contas; mas gostaria de, ainda assim, fazer três observações:

[...]

A segunda observação, Senhor Presidente, é que, embora eu tenha votado a favor da súmula, estou repensando seriamente a própria exceção que a súmula contempla, porque, não obstante o que esta Corte tem professado há muito tempo, me parece duvidosa a afirmação de que os registros de aposentadoria correspondam à categoria de atos administrativos ditos complexos. Os atos administrativos ditos complexos são aqueles que só se aperfeiçoam com o último ato de todos aqueles que deva integrar. Não é o caso do regime de aposentadoria. [...] Na aposentadoria, esta é tão eficaz que o provento é pago imediatamente.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência já acenou com revisão do verbete. Isso me assustou. Um dos três primeiros editados com eficácia vinculante e Vossa Excelência já pensa em alterá-lo?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Vossa Excelência tem um coração que suporta qualquer susto. Não há problema nenhum

[...]

(BRASIL, STF, 2007)

enquadrado como espécie do gênero controle externo, está expresso o entendimento de que é esta função constitucional desobrigada do atendimento ao contraditório:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO. TCU: JULGAMENTO DA LEGALIDADE: CONTRADITÓRIO. MANDADO DE SEGURANÇA: FATOS CONTROVERTIDOS. I. - O Tribunal de Contas, no julgamento da legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão, exercita o controle externo que lhe atribui a Constituição Federal, art. 71, III, no qual não está jungido a um processo contraditório ou contestatório. Precedentes do STF. (...).”
(MS 25440 / DF; Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 15/12/2005; Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Nesse mesmo sentido, podem ser coletados diversos outros acórdãos, como o MS 25.198 e o MS 25.206 (MS 25206 / DF; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 09/06/2005; Órgão Julgador: Tribunal Pleno), em que se afirma a não-exigência do contraditório, em processos de fiscalização nos quais há determinações de providências a órgãos. No MS 25.198/DF, o Relator Marco Aurélio defendeu em seu voto que, por não haver litigantes ou acusados no processo, em que o interesse do ato questionado seria da Administração e não do servidor, não caberia o contraditório:

De qualquer modo, extrai-se da inicial que a causa de pedir alusiva ao interesse jurídico da impetrante está ligada à circunstância de a Corte de Contas não haver convocado, para integrar o processo referente à auditoria, todos os servidores requisitados e que se encontram no Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba. Surge, neste exame preliminar, a insubsistência do que articulado. O contraditório, consoante dispõe o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, pressupõe a existência de litigantes ou acusados, o que, a toda evidência, não ocorre quando o cenário revela requisição sempre norteada pelo interesse não individual do servidor, mas da Administração Pública.

Cumprido trazer excerto desse mesmo voto, em que o Relator externa sua preocupação com os limites de eventual exigência de garantir o contraditório nos processos do TCU, e sustenta que, se for dado caráter absoluto a tal garantia, pode-se inviabilizar em alguns casos a atuação da Corte de Contas:

O que não cabe é potencializar o contraditório, inviabilizando, até mesmo, a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas, cuja decisão, à primeira vista, está em harmonia com o arcabouço normativo.

É interessante que o STF, mesmo não reconhecendo no mérito, nesse período, o direito à ampla defesa e ao contraditório às partes impetrantes de mandados de segurança, considerava existir a legitimidade ativa das mesmas, admitindo a existência da condição de ação do interesse processual. Esse posicionamento está adequado ao conceito, assente em nosso direito processual, de que o interesse de agir, assim como outras condições de ação, é um requisito examinado segundo a declaração na inicial, não podendo ser confundida com análise de mérito.

O marco da transformação jurisprudencial, como já referido, pode ser creditado à Súmula Vinculante do STF nº 3.

Essa súmula foi aprovada na Sessão Plenária do STF, de 30 de maio de 2007, e entrou em vigor no dia 6 de junho do mesmo ano. O teor da súmula é o seguinte:

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.

Os precedentes citados para a formulação da Súmula foram as decisões constantes dos MS 24.268, D.J. 17/9/2004, MS 24.728, D.J. 9/9/2005, MS 24.754, D.J. 18/2/2005, e MS 24.742, D.J. 11/3/2005; e as normas constantes na CF - art. 5º, LIV e LV, e art. 71, III; e na Lei n.º 9.784/1 999, art. 2º.

A decisão paradigmática da revisão do entendimento da Suprema Corte, já utilizando como um dos fundamentos a Súmula, foi a expedida em exame do MS 26.353, dirigido contra ato do TCU que determinou à Empresa Brasileira de Correios a anulação de atos de movimentação funcional que configuravam atos de ascensão funcional, vedado pela Constituição. O STF deferiu por unanimidade a segurança pleiteada por funcionários atingidos com a decisão do TCU, confirmando a liminar anterior. Assim dispõe a ementa:

CONTROLE EXTERNO – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – MOVIMENTAÇÃO FUNCIONAL – FATOR TEMPO – CONTRADITÓRIO. O ato de glosa do Tribunal de Contas da União na atividade de controle

externo, alcançando situação constituída – ocupação de cargo por movimentação funcional (ascensão) -, fica sujeito ao prazo decadencial de cinco anos previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99 e ao princípio constitucional do contraditório, presentes a segurança jurídica e o devido processo legal.

É oportuno, ainda, mencionar que o STF proferiu decisão, sob os auspícios da Súmula Vinculante, em que restringe a exceção da não-obrigatoriedade do contraditório com relação aos interessados em processos de concessão de aposentadoria, pensão e reforma. Estabeleceu o Supremo um limite temporal (quinqüenal) para a utilização dessa prerrogativa processual, em homenagem, especialmente, ao princípio da segurança jurídica. Veja-se a seguir:

Mandado de segurança. Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Ilegitimidade passiva. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência do STF. Pensões civil e militar. Militar reformado sob a CF de 1967. Cumulatividade. Princípio da segurança jurídica. Garantias do contrário e da ampla defesa. O Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinqüenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). Segurança concedida." (MS 24.448, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 27-9-07, DJ de 14-11-07)

2.3.2 Evolução da Jurisprudência no TCU.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União vem sendo transformada, no compasso da evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal - órgão jurisdicional que vela pela nossa constituição e que, dada a sua característica de órgão decisório político, mostra-se sensível às mudanças que são assistidas no âmbito do direito constitucional. A relação entre mudanças jurisprudenciais do TCU e do STF pode ser explicada pelo fato de que o remédio processual originário para a desconstituição de decisões de colegiados do TCU, ou

ainda de decisões monocrática de algum Relator, são os mandados de segurança impetrados no Supremo Tribunal²⁸. Tal competência está expressa no art. 102, inciso I, alínea “d”, da Constituição Federal:

CF/88.

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda a Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores, o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

Destarte, a ocorrência de reiterados julgados desconstituindo decisões dos tribunais de contas acarreta, por conseguinte, a necessidade de adaptação das normas processuais e amolda, em alguma medida, o entendimento dos Relatores acerca das questões que possam gerar as controvérsias constitucionais.

É evidente o marco paradigmático, na história das deliberações do TCU, relacionado à edição da Súmula Vinculante do STF nº 3 (publicada em 06/06/2007 no DOU e no DJ), e à publicação da decisão relativa ao Mandado de Segurança MS 26.353, dirigido contra ato que implicou a anulação de movimentações funcionais consideradas como ascensões, ante o fundamento de ilegalidade. Nela restou assente a necessidade de observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório em processos de fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Nas deliberações anteriores ao advento da Súmula 3, os fundamentos principais para considerar que aos terceiros não assistia o direito de participar do contraditório (a menos que solicitassem o ingresso nos autos e esse pedido fosse deferido pelo Relator) consistiam na possibilidade de resultar em obstáculos à eficácia do controle externo (no caso de grande quantidade de terceiros ou de não-identificação desses), na ausência de definitividade das determinações (que poderiam não ser cumpridas pela Administração), na natureza abstrata das decisões (que seriam uma interpretação das normas existentes) e no argumento de se tratar

²⁸ Note-se que, mesmo desprovida de personalidade jurídica (já que é a União o ente jurídico), o TCU é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações de desconstituição de decisões, conforme entendimento já consolidado na jurisprudência do Supremo. Assim, a corte de contas federal possui, em sua estrutura organizacional, o setor de consultoria jurídica, responsável pela defesa perante o Judiciário, inclusive por meio do recurso de defesa oral.

de espécie de jurisdição objetiva, em que não há partes nem contraditório, que produziu efeitos mandamentais, sem reflexos imediatos de ordem constitutiva na esfera de direitos de terceiros. Todos esses argumentos estão expostos, por exemplo, no Acórdão nº 802/2005 – TCU – 1ª Câmara, Sessão de 03/05/2005, em que foi apreciado recurso interposto por servidores aposentados da Agência Brasileira de Informação contra deliberação que considerara ilegais diversas aposentadorias, negando o respectivo registro. Transcrevem-se a seguir os principais trechos, ilustrativos desse entendimento:

Acórdão nº 802/2005 – 1ª Câmara.

[...]

RELATÓRIO

[...]

Diante disso, passo a expor um raciocínio movido por duas razões específicas, quais sejam:

a) Razão de Política Jurisdicional (possibilidades de efetividade da jurisdição de contas): o caso em tela, e os semelhantes, permitem inferir os seguintes reflexos perversos para a jurisdição:

a.1) Multidões Indeterminadas: ao expedir um comando genérico e abstrato, esta Corte, sem dúvida, pode atingir reflexamente milhares de pessoas. [...]

a.2) isto levaria, inexoravelmente, a fatal Obstrução da Coisa Julgada: ora, havendo uma multidão indeterminada, certamente que nenhum deles terá sido notificado da decisão. Assim, a seguir-se a Resolução TCU 36/1995, cada qual pode ingressar nos autos isoladamente e sucessivamente, fazendo com que a decisão jamais transite em julgado;

a.3) estaríamos, portanto, diante de uma Instabilidade Jurisdicional irreversível: uma vez que as decisões estariam em constante incerteza, levada pelo efeito suspensivo dos recursos sucessivos, estaríamos diante de um quadro de ineficácia jurisdicional, porquanto a decisão originária não será exigível (bastaria, para tal, um novo recurso, a assim sucessivamente....).

b) Razão Onto-Lógico-Jurídica[...]

6. A determinação atacada é derivada da competência constitucional atribuída a esta Corte pelo inciso IX do art. 71 da Carta Magna ('assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade'). Do descumprimento do comando cabe a medida prevista no inciso seguinte do mesmo artigo ('sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal'). Portanto, não há definitividade da decisão em face dos recorrentes. Apenas foi estabelecida uma obrigação de fazer, que poderia ser 'descumprida' [...] Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal foi preciso ao interpretar as normas em comento, ao entender que a determinação de providências tem efeito meramente mandamental, sem eficácia constitutiva, vejamos:

'A análise da decisão demonstra ser ela uma ordem ao TRT.

É mandamental.

Não tem efeito desconstitutivo dos negócios jurídicos, como quer a inicial do mandado. (...)

A meu juízo, há efeito simplesmente mandamental. (...)

Caberá ao TRT, dando execução à decisão do TCU, ajuizar a ação adequada, não sendo possível, como se sustenta, decretar tal nulidade, administrativamente. (...)

A sentença ou decisão administrativa é que poderá ter eficácia desconstitutiva.’ (MS 23.560/DF. Sessão em 31/8/2000. Voto. Relator Ministro Nelson Jobim).

9. Trata-se, portanto, do que se denomina de uma fiscalização abstrata sucessiva (Rui Medeiros. A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 792).

10. Na verdade, o que fez esta Corte de Contas foi determinar o exato cumprimento de uma lei, esclarecendo seu conteúdo, fazendo a integração da norma com os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Deu-se, portanto, uma interpretação conforme a constituição [...]

12. Isso fica ainda mais patente quando se verifica o caráter de tese normativa imposta pela decisão atacada. É que este Tribunal não sabia quais eram os afetados pelo dispositivo da decisão, aliás, fato comum quando do uso da competência do art. 71, IX, da Constituição Federal. A decisão, na realidade, contém a interpretação de uma norma.

[...]

14. Podemos, destarte, afirmar que o item 9.2 da decisão vergastada nada mais significa que o uso por esta Corte da chamada **jurisdição objetiva**.

[...]

19. Como visto, **determinar que se cumpra a lei não traz, nem racionalmente, a necessidade de abertura do contraditório para aqueles atingidos pelos efeitos da norma.** [...]

27. Um último tópico a ser agregado ao presente discurso argumentativo é o **conteúdo objetivo** da decisão vergastada. Estamos diante do que se chama jurisdição objetiva (...)

28. Nesta jurisdição objetiva que ora se analisa, nítido processo de fiscalização abstrata e sucessiva (adaptando-se, logicamente, os conceitos) tem-se que dar tratamento específico a questões processuais tais como o conceito de parte e de interessados, ‘a verdade é que muitos fundamentos do recurso de revisão referidos no ... Código de Processo Civil não são transponíveis para os processos objetivos’, porquanto o caráter objetivo do processo traz consigo uma fiscalização abstrata e a ausência de partes (em sentido substancial). Parte-se da idéia de que na jurisdição abstrata, de caráter objetivo, conforme dito por Girolamo Monteleone, não há partes em contraditório, não havendo uma pretensão própria em questão (a respeito vide Rui Medeiros. A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 790-795).

29. Em resumo do que foi dito até aqui, estamos diante de uma decisão que interpreta a lei, é normativa e vinculante para a Administração e é genérica e abstrata em relação aos reflexamente atingidos, pois, em relação a estes, não tem sujeito passivo determinado. Ao determinar que se cumpra a lei, não traz, nem racionalmente, a necessidade de abertura do contraditório para aqueles atingidos pelos efeitos da norma. Diante disso, tem conteúdo apenas objetivo, sem apreciar situações concretas e subjetivas. Estas situações, em sua concretude, serão objeto de subsunção e possível contraditório no seio da Administração, assim como o é nos casos da jurisdição objetiva no âmbito do judiciário, eis que as relações concretas oriundas de uma norma inconstitucional não se desconstituem pela simples declaração de sua inconstitucionalidade, mas são passíveis de apreciação, de **per se**, no âmbito do judiciário em caso de litígio no seu desfazimento.”

[...]

VOTO

[...]

2. No que tange aos 164 interessados recursais, alinho-me à

argumentação do titular da Serur, Sérgio da Silva Mendes, trazida pelo analista informante, com base na qual propugna o não conhecimento dos recursos.

3. De fato, quando está em causa o interesse de pessoas indeterminadas, potencialmente atingíveis por decisão deste Tribunal ao emitir um comando geral e abstrato voltado à administração para que ela cumpra os exatos termos da lei – como é o caso do item 9.3.2 do acórdão recorrido – opera-se uma deliberação meramente mandamental, sem reflexos imediatos de ordem constitutiva na esfera de direitos da multidão indeterminada que poderá ou não – dependendo de cada caso concreto – sofrer os efeitos da decisão. Entendo estar configurada a absoluta impossibilidade jurídica do pedido veiculado na via recursal por parte dos inominados e desconhecidos servidores pretensamente afetados pela decisão, posto estarem atacando deliberação que apenas reflexa e potencialmente lhes atinge, não afetando diretamente os direitos que entendem ofendidos pela deliberação do TCU.

A propósito, em outra relevante deliberação, constata-se claramente o entendimento majoritário antes da edição da Súmula. Na Decisão nº 1.020/2000 – TCU – Plenário, Sessão de 29 de novembro de 2000, o Relator, Ministro Marcos Vilaça, assim propugnou em seu voto, fundamentando em parte seu entendimento na preponderância do interesse público (primário):

Por seu turno, a processualística particular do controle externo tem como objeto imediato o ato já consumado e presumidamente revisto pela Administração, atingindo direitos subjetivos por via reflexa, ao considerar legal ou ilegal determinada conduta atinente à atividade administrativa. Em outras palavras, não visa atender aos interesses individuais dos administrados nem prover-lhes direta e concretamente uma ação, mas sim materializar interesses públicos amplos, de toda a coletividade[...]

Outra argumentação utilizada de forma consistente nesse período, a qual integrou as razões para a decisão 864/2002–Plenário, Relator Marcos Vilaça, e embasou também os fundamentos do Ministro Revisor Augusto Sherman Cavalcanti no Acórdão nº 395/2006 – TCU – Plenário, Sessão de 29/03/2006, consistia no fato de que os interesses de eventuais servidores prejudicados com anulação ou modificação de atos administrativos por determinação do TCU seriam, em tese, coincidentes com os da própria autoridade administrativa, o que justificaria a não necessidade de provocar a participação desses servidores, já que a sua ausência no processo não resultaria em prejuízos ao exercício do direito de defesa.

Acórdão nº 395/2006 – Plenário.
[...]
VOTO REVISOR
[...]

13. Nessa linha de entendimento, no âmbito da Decisão 864/2002–Plenário, proferida no TC-001.229/2000-4, a Unidade Técnica e o eminente Relator, Ministro Marcos Vinícios Vilaça, em seu Voto, assim deixaram assente sobre o tema:

'RELATÓRIO

[...]

A essas considerações acrescentamos que apenas o dirigente público - e não o servidor público ou magistrado que não se enquadra na regra do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal - é que possui relação jurídica com o Tribunal de Contas da União, razão pela qual a oportunidade de defesa é dirigida somente ao agente público responsável pelo ato administrativo impugnado, pois é este que figura no pólo passivo da relação jurídica que se estabelece no processo administrativo de contas. O administrador público, na condição de mandatário no exercício de parcela do poder do Estado, tem o dever de prestar contas de seus atos e sujeita-se a eventuais penalidades que podem ser impostas pelo controle externo da administração pública, quando apurada irregularidade na gestão dos recursos públicos. Assim, em razão de uma obrigação alçada ao nível constitucional (dever de prestar contas) é que extraímos a legitimidade para atuar no processo.

[...]

Na mesma linha já decidida noutras vezes por este Tribunal, compreende-se que a Lei nº 8.443/92, que rege as atividades do controle externo da administração pública, estabeleceu regras processuais próprias, muitas vezes distintas das aplicáveis ao processo civil, as quais dão feição objetiva à apuração e solução de casos inseridos no seu campo de aplicação.

2. Significa dizer que a relação processual se basta entre o Tribunal e o gestor responsável, o que não impede, entretanto, em respeito ao contraditório, que interessados no processo intervenham antes ou depois da decisão, desde que manifestem essa vontade em tempo hábil.

3. Não cabe ao Tribunal, portanto, provocar a participação de interessados na relação processual, a despeito de a decisão a se proferir ser capaz de, por via reflexa, trazer-lhes algum ônus. Exceção se verifica na hipótese de o chamamento de interessado não obstruir o exercício do controle, a exemplo da anulação de contratos administrativos, relativamente às empresas contratadas, facilmente identificáveis e cujos direitos, em tese, não serão defendidos pela entidade pública contratante, situação muito diferente da que se examina nestes autos, em que os interesses do órgão e dos eventuais atingidos são coincidentes" (grifei).

14. Verifica-se, portanto, que a jurisprudência desta Casa admite que se façam determinações aos dirigentes públicos que afetem direitos de terceiros, inclusive servidores, sem que seja necessária a intimação ou a prévia oitiva desses terceiros a partir do início do feito.

15. O Supremo Tribunal Federal, que já reconhecia a desnecessidade de esta Corte de Contas abrir contraditório previamente ao julgamento de atos de aposentadoria, mesmo quando fossem poucos os interessados atingidos (vide Acórdão proferido em 04/08/2004, no âmbito do MS 24.859-9/DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso), tem ampliado esse entendimento para os casos em que são efetivadas determinações aos órgãos jurisdicionados, quando não há a necessidade de se ouvir previamente os terceiros atingidos.

16. Em caso semelhante ao tratado nestes autos, foi determinado ao Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba – TRE/PB que promovesse o retorno, aos órgãos de origem, dos servidores requisitados cujo prazo de permanência estivesse em desacordo com o estipulado pela Lei 6.999/1982 (item 9.1.1 do Acórdão 521/2003-TCU-Plenário), decisão mantida em sede de recurso (Acórdão 2.060/2004-TCU-Plenário). Um dos servidores atingidos por essas deliberações impetrou Mandado de

Segurança junto ao Supremo Tribunal Federal, que assim se manifestou (Acórdão proferido em 09/06/2005, no âmbito do MS 25.195-6/DF, de relatoria do Ministro Eros Grau):

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INTERESSE PROCESSUAL DO IMPETRANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. SERVIDORES REQUISITADOS. LIMITAÇÃO TEMPORAL. ART. 4º DA LEI N. 6.999/82. RESOLUÇÃO N. 21.413 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS
[...]

Acrescenta, ainda, o Ministro Revisor do Acórdão nº 395/2006:

[...]

18. O fato é que a relação jurídica que inicialmente se estabelece nas atuações desta Corte dá-se entre o Tribunal (pólo ativo) e o dirigente público responsável pelo ato administrativo que está sendo avaliado (pólo passivo), de maneira que a oportunidade da ampla defesa e do contraditório, no primeiro momento, deve ser dada ao dirigente público, e não a terceiros interessados que venham a ser afetados pela eventuais determinações que o Tribunal vier a fazer a esse dirigente público ou ao órgão a que ele pertence, especialmente, conforme defendido pelo Ministro Marcos Vileça em seu Voto transcrito no item 13 supra, quando o interesse do órgão seja convergente com o interesse do terceiro, situação em que o dirigente público, via de regra, defenderá perante o Tribunal a legalidade do ato impugnado. Registro que essa situação verifica-se plenamente nos presentes autos.

O trecho do Ministro Relator Aroldo Cedraz no Voto relativo ao Acórdão nº 409/2007 – Plenário também ilustra o entendimento da dispensa da concessão, aos terceiros prejudicados, da garantia à ampla defesa, apresentando o argumento de que o eventual prejuízo a terceiros somente se concretizaria quando o órgão para o qual foi dirigida a determinação do TCU implementasse as providências necessárias, no caso, o cancelamento de pagamentos indevidos de gratificação a determinados servidores:

Acórdão nº 409/2007 – Plenário.

[...]

10. Os argumentos apresentados lastreiam-se na violação ao direito de ampla defesa e do devido processo legal (error in procedendo) e em uma pretensa violação ao direito de proteção à saúde do trabalhador (error in iudicando), como já relatei.

11. Como já afirmado, o presente caso versa sobre comando genérico, derivado da competência constitucional desta Corte no estabelecimento de prazo para que o órgão ou a entidade cumpra a lei, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, por essa razão, não há que se falar em contraditório e ampla defesa para uma multidão indeterminada, conforme entendimento deste Tribunal nos Acórdãos nº 964/2006-P, TC 014.277/1999-9; nº 2097/2006-P, TC 007.670/2002-6; nº 555/2006-P,

TC 003.814/2000-3; nº 3.536-1ª Câmara, TC 009.899/2001-6; nº 270/2006-1ª Câmara, TC 011.661/1991-7; nº 2696/2006-1ª Câmara, TC 002.745/2001-8; nº 3077/2006-1ª Câmara, TC 019.310/2006-7; e nº 2480/2006-1ª Câmara, TC 852.092/1997-0.

12. No presente processo, há uma obrigação de fazer (de cumprir a lei) limitada ao gestor, cujo descumprimento sujeita às conseqüências da lei. Em nenhum momento está evidenciada a exigibilidade do decidido em relação aos beneficiários das vantagens não tratados nos autos (terceiros interessados), porque a decisão tem destinatário certo: a administração pública (limite subjetivo da decisão). As deliberações emanadas por esta Corte, no exercício da jurisdição objetiva, somente adquirem concretude com a produção de nova decisão no âmbito administrativo do próprio órgão, onde este, analisando as situações individuais encontradas, delibera pelo enquadramento ou não do referido caso nos parâmetros legais cuja interpretação foi dada por esta Corte de Contas[...] (BRASIL, TCU, 2007)

Entretanto, são encontradas deliberações em sentido diverso. Cite-se a Decisão nº 983/2002 – TCU – Plenário, em sede de recurso impetrado por servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, que não pudera se manifestar quando da decisão em processo de denúncia, mediante a qual o TCU determinara ao órgão judicial trabalhista a anulação de resolução administrativa que autorizara o afastamento remunerado da interessada para participação em doutorado. Na deliberação, foi declarada insubsistente a decisão anterior, face ao entendimento do Relator, Ministro Marcos Bemquerer Costa, que considerou que deveria ter sido dado o direito de defesa à servidora.

Impende observar que, mesmo antes da Súmula nº 3, entendia-se ser necessário o contraditório, no caso de sustação, ou modificação, de contratos, de terceiros contratados que teriam seus direitos atingidos com a decisão. É que, nesse caso, não haveria interesses coincidentes entre o interessado e a Administração Pública, o que justificaria o seu direito de defesa, em prol da dialética. Como exemplo, extrai-se trecho do voto do Ministro Relator Ubiratan Aguiar, incluso no Acórdão nº 2.245/2006 – TCU – Plenário, Sessão de 29/11/2006, em que foi apreciado recurso interposto por clube afetado pela determinação dirigida à Secretaria de Patrimônio da União, para que fosse rescindido contrato de cessão firmado com aquele clube, que não tivera a oportunidade de manifestação nos autos:

VOTO

[...]

Mediante o subitem 9.5.2 do Acórdão 641/2006-TCU-Plenário, que apreciou o TC 001.572/2005-2, o qual cuidou do monitoramento das

determinações proferidas no Acórdão 1.028/2004 – Plenário, foi determinada a rescisão do contrato de cessão com o clube. Verifica-se pois que a decisão afetou o patrimônio jurídico da entidade, devendo ser reconhecida a existência de razão legítima para intervir no presente processo.

3. **Por outro lado, a jurisprudência desta Corte é tranqüila no sentido de que, previamente à determinação para a rescisão de contratos administrativos ou de outros negócios jurídicos, deve ser dada a oportunidade do exercício do contraditório para aqueles que possam ser juridicamente afetados.**(grifo não consta do original)

4. Assim, considerando que se trata de matéria apreciável de ofício, em face da nulidade absoluta, entendo adequado reconhecer a insubsistência do subitem 9.5.2 do Acórdão 641/2006 – Plenário, determinando a oitiva prévia do Club de Regatas Vasco da Gama e restituindo o processo ao Relator **a quo** para seguimento do feito.

Na mesma linha, também no STF se observava esse entendimento, consoante decisão prolatada em 4 de abril de 2001:

MS 23550/DF –[...] II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.

Após a edição do enunciado da Súmula Vinculante nº 3, as deliberações proferidas tendem a se uniformizar no sentido de reconhecer a garantia da ampla defesa a todos os interessados que possam ter direitos subjetivos afetados, desde que esses sejam determinados, citando-se o Acórdão nº 209/2008 – Plenário, Sessão de 27/02/2008, o Acórdão nº 269/2008 – Plenário, Sessão de 27/02/2008, e o Acórdão nº 495/2008 – Plenário. Neste último, é fixado, ainda, o entendimento de que os termos da Súmula 3 se aplicam inclusive aos processos em tramitação no momento de sua edição. Exceção a esse entendimento são os casos de impossibilidade ou de dificuldade de chamamento de todos os terceiros, que será mais bem detalhada no curso desse trabalho.

2.3.3 Espécies de relações em que ocorrem conflitos com terceiros

Uma das situações em que se verifica a possibilidade de decisões dos tribunais de contas afetarem bens jurídicos de terceiros são as determinações tendentes a anulação, revogação ou modificação de atos editados pela Administração, ou por ente equiparado, que tenham originalmente beneficiado,

financeiramente ou não, servidores ou empregados públicos de determinada categoria ou condição funcional.

Nesse contexto, ocorre a relação jurídica, válida até o momento da deliberação, entre as pessoas interessadas e a autoridade competente. Essa relação é paralela àquela entre a pessoa jurídica de direito público e o próprio tribunal de contas, no desenvolvimento do processo, e à que ocorre entre o TC e a autoridade competente – entendida como o gestor responsável pela edição do ato. Este é, em verdade, destinatário da função judicante, se for o caso de análise de contas, assim como da função sancionatória, caso sejam apuradas irregularidades que justifiquem a aplicação de sanções.

O patrimônio jurídico inscrito na esfera particular dos interessados, que pode ser afetado, configura um bem de imperiosa proteção constitucional, por estar inserido na esfera da dignidade humana, cuja tutela evidencia-se na defesa dos direitos fundamentais. Assim, a perda de uma parcela remuneratória ou de uma condição funcional benéfica, ou a imposição de alguma restrição, resultam inquestionavelmente em resultado gravoso para o interessado, ainda que variável o grau dessa gravosidade.

Cumprido ressaltar que o resultado gravoso para o terceiro interessado será, no momento da consecução da tarefa de controle, sempre presumida. Trata-se, assim, de dano em potencial, que só será efetivado se o órgão ao qual foi dirigido o comando da deliberação adotar as providências no sentido de revogação, anulação ou modificação dos atos declarados inválidos. Isso ocorre porque a determinação dos tribunais de contas será ordinariamente dirigida aos órgãos administrativos - consoante a forma expressamente autorizada na competência corretiva descrita no inciso IX do art. 71 da CF/88. Excepcionalmente, o tribunal de contas sustará diretamente o ato, o que também está autorizado no rol de competências constitucionais. Essa faculdade, no entanto, é raramente utilizada.

Impende, ainda, examinar outra particularidade na condução da dialética processual dos tribunais de contas, relacionada à natureza das razões consideradas no exame de atos considerados inválidos ou indevidos, seja sob o aspecto da legalidade, ou juridicidade, da moralidade administrativa, da eficiência ou economicidade, da legitimidade, ou, ainda, da efetividade.

As razões determinantes para considerar que a Administração deverá anular, revogar ou modificar determinado ato podem ter como suporte a ocorrência de fatos ou ser decorrente somente de fundamentos jurídicos. É que na primeira situação, pode se apresentar a necessidade da oportunidade de defesa aos interessados para que se manifestem sobre os fatos, dos quais eventualmente tenham participado, e, na segunda, os terceiros, se ingressarem no processo, só poderão oferecer fundamentos de ordem jurídica. Não obstante, o direito à manifestação no processo estará presente nas duas situações, muito embora possa se inferir, inadvertidamente, que os terceiros interessados somente acrescentariam ao processo esclarecimentos acerca elementos fáticos, visto que eventual tese jurídica contrária à decisão do tribunal de contas já estará devidamente apresentada pela autoridade competente e analisada pela autoridade de controle externo.

Pode-se afirmar que em ambos os casos a oportunidade de ampla defesa se insere na busca da justiça baseada na verdade material, ainda que em uma das situações essa verdade material terá um caráter essencialmente jurídico. Outra ressalva importante é que a verdade material fática, na verdade, nunca será puramente limitada aos fatos, pois constitui a essência do próprio direito e do trabalho dos interpretadores e aplicadores desse a tarefa de subsunção, ou seja, o casamento entre norma e caso concreto. Em síntese, o que se propugna é que, mesmo que as razões consideradas no exame de determinado ato sejam essencialmente jurídicas, sem considerar realidade fática, os argumentos dos terceiros devem ser considerados. Carlos Jardim coloca, de forma percuciente, ao analisar o Mandado de Segurança nº 24.268/MG (BRASIL, STF, 2005), que:

o Supremo Tribunal enfatizou que os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se a todos os procedimentos administrativos, o que não se limitaria à alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, por parte do atingido, mas implicaria a possibilidade de ser ouvido, também, em matéria jurídica, vale dizer, o direito do interessado de ver seus argumentos fáticos e jurídicos contemplados pelo órgão julgador (JARDIM, 2006)

Impende ressaltar que, nessa espécie de relação (em que figuram diversas pessoas beneficiadas com atos considerados inválidos em processos dos tribunais de contas), o TCU vem adotando, em algumas deliberações, uma solução para resolver a dificuldade de ouvir todos os interessados, quando se trata de

determinações dirigidas a órgãos públicos para que sejam anulados ou modificados atos que tenham causado benefícios econômicos a muitos servidores.

Em algumas decisões recentes, propugnou-se, ao invés de determinar a sustação direta – ou modificação - dos atos considerados indevidos, que fosse determinado que os órgãos da Administração procedessem à apuração, mediante processo individual para cada servidor, da irregularidade em questão. Decisões desse tipo são consideradas de natureza preliminar, não configurando ofensa ao princípio da ampla defesa em vista do diferimento do exame conclusivo do mérito e do repasse da responsabilidade por esse exame final aos respectivos órgãos competentes (por exemplo, ao órgão pagador da folha de pagamento quando rubricas de pagamentos de salários inválidas).

Entende-se que essa solução não guarda consonância com o princípio da efetividade do controle externo.

De um lado, pelo fato de o TCU se abster de exercer sua competência corretiva, tendo já examinado o mérito no que tange a irregularidades nos atos examinados, visto que o resultado da deliberação é a provocação de novo exame do mérito – dessa vez por parte do órgão administrativo.

Por outro lado, o deslocamento para os órgãos públicos das dificuldades operacionais em ouvir todos os interessados tende a enfrentar a provável ineficiência desses em elaborar diversos processos administrativos – com a exigência de todas as garantias processuais decorrentes, incluindo o direito à ampla defesa – e em finalizar esses procedimentos em prazo razoável. É conhecida a situação de deficiência do quadro de pessoal de muitos setores da Administração Pública.

Por último, cite-se, como espécies em que podem concorrer diversos interessados com direitos subjetivos comprometidos por decisões dos tribunais de contas, a pertinente à extinção ou modificação de contratos com prestadores de serviços e fornecedores da Administração Pública, bem como a situação envolvendo procedimentos licitatórios ainda em andamento. Não são objeto de estudo essas espécies, visto que não tem havido maiores dificuldades na localização e no chamamento para o processos dos interessados, que são, via de regra, facilmente identificáveis e localizáveis, além de constituírem um número menor de pessoas.

Além disso, o direito de defesa dos mesmos já era reconhecido mesmo antes da Súmula Vinculante.

3. RESOLUÇÃO DO CONFLITO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Apresentam-se nesse capítulo os elementos que deverão, no entender do autor, servir de parâmetros para a resolução dos casos concretos de conflitos verificados nos processos dos tribunais de contas – envolvendo o direito à ampla defesa e outros princípios, como o da eficiência.

3.1 INVIABILIDADE DE CHAMAMENTO DE TODOS OS INTERESSADOS

O TCU e os demais tribunais de contas não possuem, a exemplo dos órgãos do Poder Judiciário, oficiais de justiça em seu quadro, que possam efetuar pessoalmente citações de responsáveis. Também não se vislumbra a estrutura adequada para a realização de citações, notificações e comunicações necessárias no curso dos processos, quando o número de pessoas às quais se deve expedir as comunicações for muito grande, ou quando for indefinido.

O procedimento adotado no TCU para notificação dos interessados nos processos de controle externo, especificado na lei Orgânica e no Regimento Interno, é a comunicação, em regra, por via postal, sendo que a utilização de editais publicados no periódico oficial (Diário Oficial da União) está adstrita a casos excepcionais de não-localização da pessoa. Tais regras estão dispostas Lei n. 8.443/1992, abaixo transcritas.

Lei n. 8.443/1992

Art. 22. A citação, a audiência, a comunicação de diligência ou a notificação far-se-á:

- I - mediante ciência do responsável ou do interessado, na forma estabelecida no Regimento Interno;
- II - pelo correio, mediante carta registrada, com aviso de recebimento;
- III - por edital publicado no Diário Oficial da União, quando o seu destinatário não for localizado.

Impende notar que a excepcionalidade do uso do edital para o caso de não-localização do destinatário está de acordo com o estabelecido no Código de Processo Civil, utilizado subsidiariamente no processo de controle externo²⁹, como se verifica:

Código de Processo Civil.
 [...]

Art. 231. Far-se-á a citação por edital:

I - quando desconhecido ou incerto o réu;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;

III - nos casos expressos em lei.

O devido processo legal no TCU, em suas componentes da ampla defesa e do contraditório, está assegurado formalmente, conforme o art. 31 da Lei Orgânica: *Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa.*

Como já visto, aqui são referidas as duas categorias de sujeitos da ação de controle externo: o responsável, que é o jurisdicionado, pessoa física ou jurídica, diretamente envolvida na ação ou omissão objeto de julgamento ou fiscalização, e o interessado.

Para a garantia da ampla defesa e do contraditório, devem ser observados alguns requisitos, destacando-se a necessidade de manifestação prévia à decisão final, a fiel observância, pela autoridade, das regras processuais e princípios aplicáveis, a possibilidade de o acusado/interessado produzir suas provas e razões, e a imperiosidade de o mesmo conhecer as razões e provas desfavoráveis. Nesse sentido, cumpre citar a judiciosa análise de Sérgio Ferraz (DALLARI, 2001. p. 70-72):

Convém insistir em que a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja dada ao acusado – ou a qualquer pessoa contra a qual se faça uma irrogação, na qual se estabeleça uma apreciação desfavorável (ainda que implícita), ou que esteja sujeita a alguma espécie de sanção ou restrição de direitos – a possibilidade de apresentação de defesa prévia à decisão administrativa. Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercitar a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade

²⁹ Conforme Súmula TCU nº 103: Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil

competente para decidir. O direito de defesa não se confunde com o direito de recorrer [...]. O direito à ampla defesa impõe a autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes sobre o processo.

A instrução do processo deve ser contraditória. Isso significa que não basta que a Administração Pública, por sua iniciativa e por seus meios, colha os argumentos ou provas que lhe pareçam significativos para a defesa dos interesses do particular. É essencial que ao interessado ou acusado seja dada a possibilidade de produzir suas próprias razões e provas e, mais que isso, que lhe seja dada a possibilidade de examinar e contestar os argumentos, fundamentos e elementos probantes que lhe sejam desfavoráveis.

O princípio do contraditório exige um diálogo; a alternância das manifestações das partes interessadas durante a fase introdutória. A decisão final deve fluir da dialética processual, o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas, especialmente aquelas apresentadas por quem esteja sendo acusado, direta ou indiretamente, de algo sancionável.

No TCU, cumpre observar que em 1995 foi editada resolução, com caráter normativo para os sujeitos à ação de controle externo, especificamente para regular o direito à ampla defesa³⁰. Essa norma foi recentemente alterada, visando à adequação (parcial) justamente à disposições da Súmula Vinculante do STF nº 3³¹. Da leitura do normativo, na versão anterior à mudança, extraem-se algumas conclusões relevantes, todas em sintonia com as premissas consideradas no presente trabalho:

- i. o exercício da ampla defesa é assegurado em todas as etapas do processo (art. 1º);
- ii. as partes no processo são o responsável e o interessado (art. 2º);
- iii. responsável é aquele que *figure no processo em razão da utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária, ou por ter dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário* (§ 1º do art. 2º);
- iv. interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo Relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir

³⁰ Trata-se da Resolução TCU nº 36, de 30 de agosto de 1995

³¹ Resolução nº 213, de 6 de agosto de 2008, aprovada em Sessão do Plenário de 6/8/2008 (Acórdão nº 1.549/2008 – TCU – Plenário. A alteração se originou de estudos efetuados por um grupo de trabalho - constituído por determinação do TCU nos autos do TC 026.848/2006-1, que cuidava da situação de anistia concedida a cabos da Aeronáutica -, cuja atribuição foi o estudo da repercussão da Súmula Vinculante STF nº 3 sobre os processos que envolvam número indefinido de interessados.

no processo ou na possibilidade de lesão a direito subjetivo próprio (§2º do art. 2º);

- v. o interessado ingressará no processo mediante pedido dirigido ao Relator, devidamente fundamentado, formulado antes que o processo entre em pauta, o qual poderá ser negado pelo Relator (art. 6º, *caput* e §§ 1º e 2º);
- vi. às partes assiste o direito de requerer vista, cópia dos autos, juntada de documentos, de constituir advogado, de produzir sustentação oral, de requerer informações e certidões para a defesa de direitos individuais (diversos artigos).

Conforme se depreende pela leitura do §3º do art. 2º da Resolução, o conceito de interessado em processos do TCU era eminentemente formal, eis que dependia estritamente de atos formais estabelecidos: o pedido de habilitação do potencial interessado e o deferimento do Ministro-Relator.

Na alteração da Resolução, o grupo de trabalho técnico sugeriu a ampliação do escopo da figura do interessado, introduzindo, também, como legítimo possuidor da garantia à ampla defesa e ao contraditório, o interessado no sentido material, que independe de habilitação formal no processo. Essa modificação fica clara na redação do § 2º do art. 2º da Resolução, constante do ante-projeto de resolução, abaixo transcrito, em que foi utilizado o termo “ou” para indicar que haveria duas espécies de interessados: no sentido material (primeira parte, grifada) e no sentido formal (segunda parte):

§ 2º Interessado é aquele cujo direito subjetivo próprio possa ser prejudicado por decisão exarada pelo TCU ou que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo Relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo (grifo não consta do original)

No entanto, na redação final constante da Resolução nº 213/2008, o TCU adotou posição mais conservadora, preferindo manter apenas a figura do interessado sob o aspecto formal, não prescindindo do requisito de expressa habilitação do Relator, conforme abaixo se verifica:

§ 2º Interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, seja assim reconhecido pelo Relator ou pelo Tribunal, em virtude da possibilidade de

ter direito subjetivo próprio prejudicado pela decisão a ser exarada pelo Tribunal ou da existência de outra razão legítima para intervir no processo.

Ressalte-se que foram introduzidas alterações importantes por meio da Resolução nº 213/2008.

A primeira é a definição dos “interessados ainda não quantificados e identificados nos autos” como sendo os servidores ou empregados públicos para os quais a decisão do Tribunal possua *potencial lesivo a direito subjetivo*, em vista de ato considerado nulo ou ilegal, total ou parcialmente, ou modificado, e que não tenham nome e endereço nos autos.

No caso dos interessados ainda não quantificados e identificados, as comunicações processuais serão efetuadas na forma de edital, nos termos do art. 179, inciso III, do Regimento Interno. Aqui faz-se necessária uma observação crítica. A possibilidade de citação por edital é estrita, definida na Lei nº 8.443/1992, e deve ser admitida somente em caso de não-localização do responsável. Assim, a legalidade do disposto na Resolução, norma de hierarquia inferior, pode ser contestada, visto que está ampliando o que a lei restringiu.

Outra inovação é a possibilidade de citação de associação representativa de servidores e de empregados públicos, se for de *notório conhecimento*, nos casos em que a decisão a ser proferida pelo Tribunal possua potencial lesivo a direito subjetivo desses. Essa orientação guarda consonância com uma das linhas de ação sugeridas mais adiante.

Por último, cumpre alertar para a definição da condição *sine qua non* para considerar o terceiro interessado no processo. A referência ao *potencial lesivo* de eventual decisão do TCU apresenta-se apropriada, visto que na maior parte das situações o TCU não susta, ou modifica, diretamente o ato administrativo viciado, e sim determina ao órgão responsável que o faça. Assim, somente a tomada de providências pelo órgão resultará no concreto e efetivo dano às pessoas até então beneficiadas pelo ato. Antes disso, somente se pode falar em efeito potencial.

Está assente e merece ser considerado na avaliação das soluções para garantir o pleno atendimento dos princípios da ampla defesa e do contraditório o risco inerente de comprometer a efetividade do controle externo. Olhado sob a ótica do princípio da eficiência administrativa, ou da reserva do possível, ou da duração

razoável do processo, podem se apresentar situações em que se apresenta incompatível o chamamento de todos os terceiros.

Em que pesem as inovações já produzidas, é necessário um tratamento de exceção a casos em que se apresenta, ainda, impossível, ou extremamente oneroso, o chamamento de todos os interessados. Assim, utilizando a categorização do sujeito da ação dos tribunais de contas, sugerida no capítulo 2.1, a restrição à adoção plena da garantia da ampla defesa reside:

- nos responsáveis determinados não qualificados no processo, quando se tratara de um número elevado de pessoas ou quando a notificação de todos se apresente muito onerosa, em vista de outras circunstâncias (se estiverem dispersos geograficamente ou em órgãos diversos, por exemplo);
- nos responsáveis indeterminados (e conseqüentemente não qualificados);

Essa incompatibilidade não é absoluta, mas a questão a ser enfrentada pelos agentes de controle externo é a dimensão do ônus decorrente dos procedimentos para garantir a plena participação de todos. Ou seja, trata-se em essência da aplicação do princípio da proporcionalidade em sua três dimensões: adequação, exigência ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O ônus aqui tratado se relaciona ao prejuízo para a atuação do controle externo, à medida em que o decurso de um prazo excessivamente longo na condução de diligências e de comunicações a todos os interessados acaba por comprometer a eficácia, pela intempestividade na adoção de eventual ação de revogação, anulação ou modificação de ato. Cumpre observar que são usualmente reclamadas a boa-fé dos beneficiados e o princípio da segurança jurídica, que acarretam a suspensão *ex nunc* dos efeitos já ocorridos no mundo fático, o que impossibilita obter o ressarcimento de eventuais prejuízos ao Erário no período entre a edição do ato e delacração de invalidade. Quanto maior esse período, maior o prejuízo.

Além disso, cabe o exame sob a ótica essencialmente econômica das medidas adotadas no decurso do processo - o custo-benefício pertinente ao eventual chamamento de todos os terceiros, quando a quantidade desses é

expressiva. É necessário mencionar que os tribunais de contas não apresentam uma estrutura cartorial tal como os tribunais judiciários, que possam garantir a efetiva comunicação do conjunto de interessados, nessa hipótese. Não há oficiais de controle externo que possam colher a ciência dos interessados, não há unidades descentralizadas no interior dos estados (no caso do TCU), e os técnicos no quadro de apoio não são em número suficiente para absorver eventual demanda de comunicações processuais a um grande número de pessoas. Esse tipo de demanda, afinal, será sempre esporádica, não justificando ampliação do quadro ou criação de estruturas maiores.

3.2 PONDERAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA

Aduz Lenio Streck:

O texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é um entender. A 'applicatio' é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento ('Ereignis') no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais (STRECK, 2005, p. 169)

Essa idéia se contrapõe ao senso comum de muitos juristas, baseado na concepção de que o intérprete aplicador primeiro conhece (o fato), depois interpreta e, por último, aplica a norma. Ou seja, parte do pressuposto de que é necessário descobrir o sentido da norma, e esse sentido deve ser unívoco, para, então, proceder à subsunção, como técnica de aplicação.

Está sendo voz quase uníssona na doutrina administrativista brasileira, apesar das divergências quanto ao grau de revolução que o Direito Administrativo tem sofrido, que a fórmula para a resolução de conflitos recorrentes na nossa sociedade democrática, plural e cada vez mais complexa, entre interesses, quer sejam públicos ou privados, ou entre direitos fundamentais individuais e direitos coletivos, ou entre direitos privados e privados, ou ainda contrapondo interesses públicos entre si, reside na necessária ponderação dos interesses envolvidos. No

caso, está se abordando a conflituosidade entre direitos subjetivos individuais e os interesses comuns à sociedade, ou, ao menos, majoritariamente comuns. Nessa solução de resolução de conflitos, ocupa com destaque o lugar de instrumento efetivo o princípio da proporcionalidade. Mesmo os autores que defendem de forma mais vigorosa a revitalização da dignidade humana como princípio de menor ou até maior relevância que o denominado interesse público admitem a necessidade da aplicação do direito mediante a ponderação dos valores envolvidos na relação. Ocorre, portanto, uma convergência doutrinária para o procedimento assim definido por Gustavo Binbenbijn:

Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como o juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível (grifado pelo autor da monografia). O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade (BINENBOJN, 2006, p.55)

Diogo de Figueiredo propugna que, para aplicar o método da ponderação, são necessárias três fases: fase da identificação, em que se definem qual ou quais dos princípios incidem sobre a hipótese; fase da valoração, em que se definirá o grau de prevalência de um princípio sobre o outro; e a fase da avaliação do menor prejuízo, em que se adota a decisão de qual princípio, em tese, será mais sacrificado, e que deverá prevalecer. Acrescenta, ainda, que o método, que representa um dever do aplicador em caso de concorrência de princípios, pode obedecer a regras positivas, a regras construídas jurisprudencialmente, a prescrições doutrinárias, ou, até mesmo, as que se revelarem aplicáveis no caso concreto, exigindo-se, nesta última hipótese, que haja motivação expressa. (MOREIRA NETO, 2006, p.80).

O problema se torna complexo, como assevera Luis Barroso, quando ocorre colisão de direitos vários, todos pertinentes ao interesse primário. Assim, em caso de confronto entre o atendimento a uma meta coletiva e a realização de um direito fundamental, devem ser observados dois parâmetros: a razão pública e a dignidade humana (BARROSO, 2006, prefácio, p. xvi).

A razão pública consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios de justiça que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos componentes do pluralismo social, ainda que não concordem com relação ao

resultado da aplicação desses elementos. Assim, devem ser afastados dogmas de natureza religiosa ou ideológica, bem como razões atinentes a interesses de alguns grupos hegemônicos (BARROSO, 2006, prefácio, p. xvi).

A dignidade humana reside na impossibilidade de considerar o ser humano como meio para atingimento dos fins do Estado, devendo cada indivíduo ser tratado como um fim em si mesmo, na linha da filosofia kantiana (BARROSO, 2006, prefácio, p. xvii).

Assim, no caso do conflito entre o direito subjetivo à ampla defesa dos terceiros, direito fundamental albergado constitucionalmente, e a efetividade do controle externo exercido por meio das competências estabelecidas constitucionalmente, como meta coletiva correspondente aos valores políticos instituídos no Estado Democrático de Direito, há de se perseguir a resolução mediante a aplicação dos parâmetros da razão humana e da dignidade humana.

Por um lado, considerando o critério da dignidade humana, não se pode prejudicar o direito fundamental da ampla defesa quando houver alguma possibilidade fática de conceder este aos terceiros afetados por decisões dos tribunais de contas. Não se pode violar a dignidade humana, tão cara ao ordenamento constitucional do Estado Democrático de Direito³², em função de dificuldades operacionais – de natureza administrativa - dos órgãos de controle, ou devido a contingências políticas.

Por outro lado, em caso de impossibilidade concreta e justificada de identificação todos os terceiros interessados também não se pode deixar de exercer a ação de controle devido a eventual pessoa que tenha prejuízo de alguma ordem. É que estão presentes elementos de razão pública que legitimam essa ação, entre as quais destacam-se a necessária publicidade conferida às decisões, que são publicadas em veículo da imprensa oficial, e também disponibilizadas em páginas na Internet, a garantia de qualquer pessoa solicitar seu ingresso no processo, a

³² Interessante é a análise dos movimentos históricos de priorização ora da dimensão pública do indivíduo, ora da privada, sob a forma de um pêndulo, efetuada por Daniel Sarmento. Assim, ocorreu desde a Grécia, quando prevalecia a dimensão pública do indivíduo na *polis*, passando pela Idade Média (dimensão privada), pelo início do Estado Moderno (pública), pelo Renascimento (privada), pelo Estado Social (pública), até chegar ao Estado Contemporâneo, em que se retoma a dimensão particular (SARMENTO2007, p. 33-44). Do ponto de vista da teoria moral, também a dicotomia entre organicismo e individualismo ocupou a disputa pela ocupação de lugar de destaque no pensamento, em que o primeiro justifica a preponderância do Estado sobre o indivíduo e o segundo, em sentido inverso.

possibilidade de terceiro habilitado interpor recursos para que sejam devidamente apreciadas suas razões, incluindo até mesmo o recurso de revisão, com amplo prazo de preclusão (sem necessidade de constituir procurador), sem olvidar da instância de revisão judicial que pode ser provocada por quem pretende ver reconhecida lesão a algum direito. Assim, a restrição do direito fundamental à ampla defesa estará fundamentada em normas de matiz constitucional e legal.

Na ponderação, deve ser observada, entre outras, a premissa de que os direitos fundamentais ocupam posição central na Constituição, o que exigirá, do aplicador, expressivo esforço para a devida motivação de atos que importem em limitações desses direitos. Conforme Ana Barcellos:

é absolutamente consensual, na doutrina e na jurisprudência que a Constituição de 1988 fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade da pessoa humana e, como decorrência direta, dos direitos fundamentais. Isto decorre, de modo muito evidente da leitura do preâmbulo, dos primeiros artigos da Carta e do status de cláusula pétrea conferido a tais direitos (BARCELLOS, 2003, p. 107).

Na esteira da ampliação do dever dos tribunais de contas em promover a participação de qualquer terceiro que possa ter parcela de direitos, subjetivos, afetados por decisão de mérito, de caráter vinculativo para a Administração Pública, podem ser utilizados mecanismos já utilizados na esfera da Administração.

É possível, utilizando os meios hoje disponíveis, com destaque para a Rede Mundial de Computadores – Internet³³ – instituir procedimento análogo à consulta pública, prevista no artigo 31 da Lei nº 9.784/1999, de aplicação subsidiária no âmbito de atuação do controle externo. O mencionado dispositivo estabelece que poderá ser implementada, por determinado período, a consulta para manifestação de possíveis interessados, desde que não implique prejuízos para terceiros e que envolva interesse coletivo.

Assim, que pese à realidade, ainda vigente, do forte índice de exclusão digital e da pouca massificação da Internet como meio de acesso a serviços e

³³ O Portal do TCU (<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>) está segmentado por perfil de usuário, entre eles o perfil “cidadão”, no qual poderia ser acrescentado, entre os serviços e informações disponíveis, eventual provimento da espécie de consulta pública mencionada, na qual se possibilitaria aos terceiros com algum interesse no processo o acesso e a inserção de informações, a título de alegações a serem consideradas no mérito do respectivo processo, para os casos de possíveis decisões que modificassem ou extinguissem atos administrativos benéficos à determinada parcela da sociedade (v.g., servidores públicos de determinado órgão).

informações de governo e do Estado, o uso desse veículo visando à maior interação com terceiros, mormente em matérias de relevante interesse público, configura uma iniciativa que vem ao encontro - ao lado do uso de outros veículos -, com a atual necessidade de interação com a Sociedade e de observância dos princípios fundamentais. Acrescenta-se que o artigo 33 da Lei do Processo Administrativo prevê, ainda, de forma exemplificativa, a possibilidade de utilização, que pode ser concomitante, de outros meios de participação, tanto diretamente quanto mediante organizações e associações.

Cumprido destacar recente iniciativa do TCU, ao afixar na data de 21/08/2008, no seu Portal, a *Nota de Esclarecimento aos interessados no TC-026.848/2006-1*³⁴, por intermédio da qual presta esclarecimentos aos possíveis prejudicados, beneficiários de reparações econômicas concedidas em conformidade com a Lei 10.559/02 – cabos da Aeronáutica licenciados por força da Portaria 1.104/1964 do Ministério da Aeronáutica -, para os quais já houvera notificação por meio de Edital publicado no Diário Oficial da União. Esta postagem, embora de caráter apenas informativo, sem prever espaço para colher possíveis manifestações dos interessados, já é um prenúncio da ampliação da necessidade da interação entre tribunais de contas e cidadãos com possíveis direitos afetados por decisões desfavoráveis em processos de apuração nos tribunais de contas, a partir da edição da Súmula Vinculante do STF nº 3.

Entrando em uma seara pouco mais polêmica, é factível o juízo de Lenio Streck de que as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal podem ser concebidas como mais um texto jurídico a ser considerado pelo intérprete, que deve estar atento ao fato de que a súmula, mediante a qual se pretendem construir conceitos universais, pode sacrificar a *especificidade do caso sub análise, que é sempre único, irrepetível* (STRECK, 2005, p. 176).

Assim, sendo mais um texto, ao lado de outros, deve a súmula ser interpretada no momento da aplicação do Direito, oportunidade em que se verificará se a mesma é adequada no caso concreto. Assim, caso se entenda que não deva ser aplicada, por existirem textos jurídicos outros (constitucionais ou não) que tenham mais sentido para o caso, pode ser dispensada a utilização da súmula,

³⁴ Sítio http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=671044, acessado em 01/09/2008

desde que com a devida motivação. Além disso, entende-se que, se, para a situação específica, o teor da súmula se mostrar inconstitucional, nasce a obrigatoriedade de o intérprete não aplicá-la. No caso dos tribunais de contas, cuja prerrogativa de examinar a inconstitucionalidade de normas e atos administrativos está consolidada na jurisprudência própria e do Supremo, não será possível declarar a invalidade da súmula, devendo se lhe negar a eficácia para o caso em que sua aplicação seria inconstitucional.

As restrições a direitos fundamentais, não reguladas por normas constitucionais ou legais, devem derivar da própria Constituição, mediante uma interpretação sistemática - são limitações denominadas, como descrito por Gustavo Binbenbojm, usando a categorização formulada por Canotilho, *imanes ou implícitas*, isto é, não expressamente contempladas, porém decorrentes do princípio da unidade da Constituição. (BINENBOJM, 2007, p. 60).

Contudo, apresenta-se mais eficaz estabelecer as restrições, o que pode ser feito em norma infralegal, de modo a minimizar os riscos atinentes à avaliação subjetiva da situação e à escolha de parâmetros de ponderação inadequados e casuísticos.

Assim, torna-se iminente a necessidade de adaptação das normas legais e regulamentares que regulam o direito à ampla defesa nos tribunais de contas, de modo a estabelecer as condições em que o exercício da ampla defesa sofrerá restrições nos processos em que podem ser proferidas decisões que impliquem prejuízos a terceiros interessados. Cumpre ressaltar que as hipóteses de limitação devem estar devidamente fundamentadas, apoiadas em valores constitucionais pertinentes ao interesse público que sejam relevantes e em conformidade com razões públicas legítimas. Tal motivação não pode ser, como demonstra Daniel Sarmiento, a invocação pura e vaga do atendimento ao interesse público, eis que este é um conceito indeterminado, e restrições a direitos fundamentais fundadas em termos vagos são inválidas porque conferem ao aplicador demasiada discricionariedade, que pode resultar em arbítrio; porque implicam desobediência ao princípio democrático e ao princípio da reserva de lei; porque conferem incerteza ao cidadão quanto aos limites de sua liberdade e porque podem comprometer a sindicabilidade judicial pela não-formulação de parâmetros objetivos a serem utilizados pelos juízes (SARMENTO, 2007, p. 94-98).

Assim, impende aperfeiçoar as normas dos tribunais de contas, preferencialmente as legais, com a formulação de padrões de restrição ao direito de ampla defesa, nas quais devem estar claros os motivos e as condições para a faculdade da utilização da limitação.

É inadequado exigir-se dos tribunais de contas que assegurem o direito à ampla defesa aos terceiros possivelmente prejudicados com suas decisões, quando, para garantir a viabilidade de identificação ou de comunicação de todos os envolvidos, sejam demandados irrazoáveis esforços e dispêndios de recursos e tempo – resultando em ineficiência da ação estatal -, considerando que as instituições de controle externo não se apresentam devidamente instrumentalizadas por não ter sido incluída em suas competências (e não terem sido propiciados os meios para o desempenho) a defesa dos interesses difusos e metaindividuais da sociedade, considerando ainda que a prática de atuação dos tribunais de contas sempre se pautou por uma relação direta com os órgãos públicos e entidades equiparadas, mediante determinações para adoção de providências para saneamento dos atos considerados inválidos.

Dessarte, pode-se estabelecer a seguinte síntese, quanto a eventual ocorrência de conflitos entre interesses públicos e privados nas decisões dos TC:

- a) a simples defesa do Erário, como resultado da atuação desses entes, não está revestida de supremacia *a priori*, pois constitui um interesse secundário e não primário;
- b) o exercício das competências constitucionais está inserido no contexto do interesse primário quando que exercido nos limites constituídos e em conformidade com os valores políticos estabelecidos, não podendo se desvirtuar para atender conveniências administrativas ou políticas da instituição;
- c) esse interesse, expressão da meta coletiva de eficácia e eficiência do sistema de tribunais de contas, não está em posição de supremacia relativamente aos interesses particulares expressos nos direitos fundamentais, corolário do princípio da dignidade humana – que ocupa lugar central na Constituição -, portanto, não dissociável do interesse primário;

- d) deve ser usada a técnica de ponderação para resolução do conflito entre o direito à ampla defesa e a viabilidade do exercício do controle externo, como forma de garantir a máxima satisfação do interesse primário;
- e) podem ser utilizados na ponderação os parâmetros da razão pública e da dignidade humana;
- f) a razão pública impõe a necessidade de continuidade da ação dos tribunais de contas, que não pode ser inviabilizada, nos casos de manifesta impossibilidade de garantir a ampla defesa face dos terceiros que possam ter seus direitos afetados, face à não-identificação;
- g) por outro lado, nos casos em que é possível a identificação de todos os terceiros que podem sofrer prejuízos com eventual decisão desfavorável, o parâmetro da dignidade humana se impõe, devendo ser adotados todos os mecanismos possíveis que garantam a ciência, pelos terceiros, do processo em andamento, bem como que garanta a possibilidade de manifestação;
- h) se o ônus para a identificação e/ou para a comunicação de todos os interessados se apresentarem elevados, por circunstâncias devidamente justificadas, pode ser avaliada a possibilidade de efetuar o chamamento por meio de edital publicado nos meios apropriados;
- i) se for demonstrado que, num juízo de proporcionalidade, o procedimento de comunicação dos terceiros eventualmente prejudicados por deliberações dos tribunais de contas se apresentar mais prejudicial ao interesse público do que a ausência da garantia da ampla defesa, então deverá se dar prosseguimento ao processo, considerando que há outras possibilidades de exercer o direito de defesa (pedido de ingresso no processo, interposição de recurso, provocação do Poder Judiciário para reexame da situação e outros);
- j) a própria Súmula Vinculante nº 3 do STF é norma que precisa ser interpretada e ponderada com outros, podendo se justificar a sua não-aplicação em determinadas situações;
- k) de toda sorte, é necessário aprimorar a base legal e regulamentar dos tribunais de contas acerca dos procedimentos atinentes à garantia do princípio da ampla defesa e do contraditório, de modo a regular os casos em que se imponham restrições a esse direito, de caráter relativo.

CONCLUSÃO

Os tribunais de contas são instituições autônomas, não integrantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, surgidas na esteira do direito de controle exercido pelo cidadão, o qual está expresso no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Por serem autônomos, presume-se que são dotados de independência em relação aos entes fiscalizados. A extensão do controle externo, conforme configurado na Constituição de 1988, compreende a *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.*

O sistema de controle, de matiz constitucional, deve considerar as finalidades perseguidas pelas normas públicas, destacando-se a eficiência governamental, a preservação dos direitos individuais e o bem-estar social. A ampliação dos poderes conferidos aos tribunais de contas, bem como a superveniência da necessidade de promoção a valores constitucionais implicou o aperfeiçoamento dessas entidades.

No entanto, esse aperfeiçoamento sempre teve como um dos limites o contexto pertinente a relação dos tribunais de contas com os denominados órgãos jurisdicionados, sem que tenham sido observadas significativas preocupações dos administradores em dotar o sistema de controle externo de recursos, de mecanismos e de procedimentos orientados a garantir uma maior observância dos interesses particulares dos cidadãos indiretamente atingidos por decisões proferidas. Não obstante, e configurando o paradoxo a ser superado, há que reconhecer que, na visão contemporânea adotada, estão os tribunais de contas obrigados a promover a proteção dos bens jurídicos da sociedade – compostos essencialmente pelos direitos fundamentais –, inclusive em sua atividade processual.

Assim, podem ser abrangidos pelas decisões dos tribunais de contas, além das pessoas que, na condição de gestores públicos ou equiparados, exerçam algum poder de disposição sobre parcela de recursos econômicos do Estado, os terceiros interessados, mesmo que não façam parte do objeto da ação de controle externo definido no artigo 70 da Constituição. Será legítima a participação desses quando tiverem direitos afetados pelas decisões dos tribunais de contas.

A atividade desenvolvida pelos tribunais de contas não tem natureza jurisdicional, pois não está presente o conflito de interesses intersubjetivo, já que o conflito, nesse caso, é entre o Estado e os sujeitos à ação. Também não atuam os tribunais de contas por provocação, em regra, e não opera coisa julgada (já que no Brasil se adota a jurisdição *una*). Sem embargo, pode-se dizer que desempenham uma forma de jurisdição privativa, em sentido lato. A eles são outorgadas competências específicas, na persecução das finalidades atinentes à função constitucional de controle externo.

As cortes de contas podem editar regras normativas para regular sua atuação exclusiva, a serem observadas por todos os demais órgãos em que se divide o Estado. Assim, possui a competência de regulamentar o exercício de direitos (incluindo o da ampla defesa e do contraditório) das pessoas que são parte dos seus processos, incluindo os terceiros, desde que, evidentemente, esteja tal regulamentação em conformidade com os valores expressos na ordem constitucional.

As decisões apresentam força coercitiva reconhecida no sistema jurídico. Nas decisões, pode ser exercida a competência denominada corretiva, prevista no inciso IX do art. 71 da CF/88, que reside na determinação ao órgão ou à entidade para que sejam adotadas providências necessárias à regularização de atos ou contratos nos quais tenha sido constatada irregularidade pelos agentes de controle externo, no exercício da competência fiscalizatória ou judicante. É nas determinações orientadas a extinção ou modificação de atos que tenham beneficiado terceiros – acarretando alguma espécie de prejuízo em direito subjetivo desses – que reside a dificuldade, em alguns casos, de prover a garantia efetiva aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Só são considerados os atos administrativos que sejam atos ampliativos, que tenham gerado efeitos benéficos na

esfera jurídica dos destinatários, e que estejam sendo objeto de determinação dos tribunais de contas no sentido de serem anulados, revogados ou modificados.

Além da ampla defesa e do contraditório, há outros princípios do direito público que devem ser observados pelos tribunais de contas no desenvolvimento de sua atividade processual. Muitos desses princípios deverão ser ponderados no caso do conflito ora abordado – a impossibilidade ou dificuldade de garantir a ampla defesa a todos os terceiros interessados. Citem-se os principais princípios, com reflexos nesse problema: princípios republicano, democrático, da participação, da segurança jurídica, da legalidade, da legitimidade, da igualdade, da publicidade, da realidade, da ponderação, da subsidiariedade, do devido processo da lei, da motivação, da finalidade, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, e da eficiência.

No cumprimento das competências acima, as pessoas jurisdicionadas aos tribunais de contas estão bem delimitadas e identificadas - são todas as que têm algum vínculo de causalidade com a ação ou a omissão dos atos e contratos objeto de apuração, denominadas normalmente de responsáveis. Quanto a esses, não se vislumbram dificuldades na garantia da ampla defesa e do contraditório.

Os participantes nos processos dos tribunais de contas podem ser classificados em responsáveis (enquadrados na situação de disposição sobre bens ou recursos públicos definida no art. 71 da CF/88) e interessados. Estes podem se subdividir em interessados habilitados no processo (quando houver pedido de ingresso deferido pelo Relator), interessado não habilitado, ou interessado indeterminado.

Constata-se que estão sendo cada vez mais fortalecidas a proteção aos direitos fundamentais e a força normativa da Constituição, no atual estágio do Estado Democrático de Direito. Denominado de constitucionalização do Direito Administrativo, o movimento contemporâneo é composto por mudanças políticas e jurídicas associadas às transformações de ordem econômica, tecnológica e sociais. Entre as transformações em curso, podem ser citadas, exemplificativamente, a afirmação supraconstitucional dos direitos fundamentais, o pluralismo das fontes normativas, a regulação autônoma, o conceito do público não estatal, a redefinição

do poder reformador constitucional, e a elevação dos princípios à condição de normas jurídicas dotadas de efetividade.

A sociedade ascende como protagonista político, após desmandos causados pela delação de poder demasiado a governos sem participação da coletividade – a exemplo das guerras mundiais.

Para ser legítima a ação estatal, nesse contexto, devem ser observados não somente a estrita legalidade, mas também aspectos de legitimidade mais amplos, como o atendimento dos princípios fundamentais que são expressão de valores sociais, incluindo o da eficiência, da moralidade e da proporcionalidade. E a atuação do controle externo deve ser aperfeiçoada no sentido de buscar uma compreensão acerca do sentido da Constituição e dos valores nela expressos. É necessário criar condições adequadas para que os agentes adquiram essa compreensão.

A clássica dicotomia público x privado merece nova leitura, incorporando os conceitos da sociedade plural, da importância do cidadão e do princípio da dignidade humana, de maneira que, na realização da ponderação entre os diversos interesses envolvidos nas relações jurídicas tratadas nos processos dos tribunais de contas, sejam obtidos os interesses mais relevantes para o caso, sem utilização de regra de supremacia definida *a priori*, seja do interesse público ou de interesses subjetivos. Além disso, deve ser dimensionado o teor do interesse público, conceito indeterminado que não prescinde da tarefa de interpretação.

Aliás, antes mesmo da incorporação dos novos conceitos trazidos pela constitucionalização do direito, a cautela em garantir o devido processo legal e seus princípios associados era justificado, em face do princípio da inafastabilidade do exame judicial, eis que o reexame das deliberações do TCU apreciará a observância de direitos e garantias individuais e coletivos expressos no art. 5º da CF/88, em especial o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), em processo público (inciso LX), com provas lícitas (inciso LVI), com duração razoável (inciso LXXXVIII), além da exigência de adequada fundamentação (art. 93, IX, c/c art. 73, *caput* c/c art. 96, I, a, da CF/88) (GRACIE, 2007, p 110).

Há três dimensões em que os cidadãos devem ocupar espaço central, para os agentes de controle externo: no próprio uso da função de controle externo, que é

de titularidade da sociedade e delegada para os tribunais de contas; na elaboração de padrões normativos que serão utilizados para verificar se os resultados das ações governamentais avaliadas pelos tribunais de contas estão condizentes com os anseios dos cidadãos aos quais se dirigem; e na garantia dos princípios fundamentais garantidores do respeito à dignidade humana, concretizado pelo devido processo legal (no decorrer da atividade processual).

O devido processo legal possui *status* de direito fundamental, situado no art. 5º, inciso LIX: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Vinculado à cláusula do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório revelam a face substantiva desse princípio. A oportunidade da ampla defesa deve ser universal, devendo ser deferida a todos que sejam afetados por uma decisão administrativa. Assim, em tese, sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém possa ser afetado, por meio de uma apreciação desfavorável, deve-lhe ser proporcionada a oportunidade de exercitar a ampla defesa, que será plena somente se for prévia e considerada pela autoridade competente.

Os tribunais de contas, cujo foco de atuação passou do controle das finanças do Rei, no Estado Absolutista, até serem considerados instrumentos de cidadania, devem contemplar os anseios dos cidadãos até mesmo antes dos interesses do Estado. Esta evolução, juntamente com a ampliação dos poderes trazida pela Constituição de 1988, acarreta a necessidade de aperfeiçoamento da estrutura e do modo de desempenharem suas tarefas, que encontra limites na conformação constitucional desses entes de controle externo, não estando os mesmos aptos à defesa dos interesses da sociedade, de seus direitos coletivos ou individuais, como um fim em si mesmo.

A doutrina, a legislação e a jurisprudência cada vez mais conferem destaque aos direitos fundamentais, considerando-se o respeito à dignidade humana como um dos pilares do constitucionalismo contemporâneo. Assim, o tradicional entendimento de que há somente relação entre os tribunais de contas e os órgãos ou entidades, públicos ou equiparados, e seus gestores, como destinatários diretos da atividade de controle externo, está em processo de superação. No âmbito crescente processualização verificada no direito público, também nos tribunais de contas o processo torna-se elemento central de suas decisões, consistindo no

espaço próprio em que se forma a dialética, se motivam os atos e se garante o exercício dos direitos de todos os possíveis interessados.

Na formação e desenvolvimento dos processos, impende observar, então, os denominados princípios-garantias processuais. O processo cumpre uma função de mitigação das frustrações sociais causadas como conseqüências do Estado Social.

O marco da transformação jurisprudencial, no que concerne ao exercício do direito à ampla defesa de todos dos interessados em processos dos tribunais de contas, em que se configure a ocorrência, a partir das decisões proferidas, danos potenciais a direitos subjetivos daqueles, beneficiados pelos atos invalidados nas deliberações, pode ser creditado à Súmula Vinculante do STF nº 3. Essa súmula foi aprovada na Sessão Plenária do STF, de 30 de maio de 2007, e entrou em vigor no dia 6 de junho do mesmo ano. O teor da súmula é o seguinte: *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.*

A decisão que assume a natureza de *leading case*, que seguiu à edição da Súmula, foi a expedida em exame do MS 26.353, dirigido contra ato do TCU que determinou à Empresa Brasileira de Correios a anulação de atos de movimentação funcional que configuravam atos de ascensão funcional, vedado pela Constituição. O STF deferiu por unanimidade a segurança pleiteada por funcionários atingidos com a decisão do TCU, confirmando a liminar anterior.

No TCU, também ocorreu a mudança do paradigma no tratamento dos terceiros afetados por suas decisões. Nas decisões posteriores, tem sido ressaltada a necessidade da observância da súmula vinculante, em que pese a dificuldade – ou até mesmo a impossibilidade -, muitas vezes verificada, de localização de todos os interessados.

Uma das situações em que se verifica a possibilidade de decisões dos tribunais de contas afetarem bens jurídicos de terceiros são as determinações tendentes a anulação, revogação ou modificação de atos editados pela Administração, ou por ente equiparado, que tenham originalmente beneficiado, financeiramente ou não, servidores ou empregados públicos de determinada categoria ou condição funcional.

Nesses casos, verificam-se conflitos e impossibilidade de atender plenamente ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Visto que o TCU e os demais tribunais de contas não estão devidamente aparelhados para realização de citações, notificações e comunicações necessárias no curso dos processos, quando o número de pessoas às quais se deve expedir as comunicações for muito grande, ou para identificar todos os responsáveis quando estes não estiverem determinados nos processos, impende, mediante a ponderação e a motivação necessárias, relativizar os princípios abrangidos pelo devido processo legal.

O tratamento às situações de conflito pode observar as premissas abaixo descritas. Não obstante, é necessário aprimorar a base legal e regulamentar dos tribunais de contas acerca dos procedimentos atinentes à garantia do princípio da ampla defesa e do contraditório, de modo a regular os casos em que se imponham restrições a esse direito, de caráter relativo:

- a simples defesa do erário, como resultado da atuação desses entes, não está revestida de supremacia *a priori*, pois constitui um interesse secundário e não primário;
- o exercício das competências constitucionais está inserido no contexto do interesse primário quando que exercido nos limites constituídos e em conformidade com os valores políticos estabelecidos, não podendo se desvirtuar para atender conveniências administrativas ou políticas da instituição;
- esse interesse, expressão da meta coletiva de eficácia e eficiência do sistema de tribunais de contas, não está em posição de supremacia relativamente aos interesses particulares expressos nos direitos fundamentais, corolário do princípio da dignidade humana – que ocupa

lugar central na Constituição -, portanto, não dissociável do interesse primário;

- deve ser usada a técnica de ponderação para resolução do conflito entre o direito à ampla defesa e a viabilidade do exercício do controle externo, como forma de garantir a máxima satisfação do interesse primário;
- podem ser utilizados na ponderação os parâmetros da razão pública e da dignidade humana;
- a razão pública impõe a necessidade de continuidade da ação dos tribunais de contas, que não pode ser inviabilizada, nos casos de manifesta impossibilidade de garantir a ampla defesa face dos terceiros que possam ter seus direitos afetados, face à não-identificação;
- por outro lado, nos casos em que é possível a identificação de todos os terceiros que podem sofrer prejuízos com eventual decisão desfavorável, o parâmetro da dignidade humana se impõe, devendo ser adotados todos os mecanismos possíveis que garantam a ciência, pelos terceiros, do processo em andamento, bem como que garantam a possibilidade de manifestação;
- se o ônus para a identificação e/ou para a comunicação de todos os interessados se apresentarem elevados, por circunstâncias devidamente justificadas, pode ser avaliada a possibilidade de efetuar o chamamento por meio de edital publicado nos meios apropriados;
- se for demonstrado que, num juízo de proporcionalidade, o procedimento de comunicação dos terceiros, eventualmente prejudicados por deliberações dos tribunais de contas, apresentar-se mais prejudicial ao interesse público do que a ausência da garantia da ampla defesa, então deverá se dar prosseguimento ao processo, considerando que há possibilidades outras do exercício do direito de defesa (pedido de ingresso no processo, interposição de recurso, provocação do Poder Judiciário para reexame da situação, e outros);
- a própria Súmula Vinculante nº 3 do STF é norma que precisa ser interpretada e ponderada com outros, podendo se justificar a sua não-aplicação em determinadas situações.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo; ALVIM, Angélica. Devido processo legal e tribunal de contas. In: ALVIM, Arruda (Coord.). **Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BATISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: **Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; et all. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, Alice Gonzáles. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico nº 15 – jan/fev/mar 2007. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf/supremacia_interesse_publico.pdf>. Acesso: 14 set 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 1ª Turma. **Acórdão em Recurso Especial nº 419-0/DF**. Relator: Min. Milton Luis Pereira. Julgamento: 14/09/1994, *Ementário STJ* 11/066.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Recurso Extraordinário em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 190.985-4**. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 14/02/96, DJ 24 ago 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Mandado de Segurança nº 23.550-1/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 04/04/2001. DJE, 31 out 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Mandado de Segurança nº 24.268/MG**. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 05/02/2004. DJ, 17 set 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 3**. Aprovada em Sessão Plenária de 30/05/2007. DJ, 06 jun 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Debate e aprovação de enunciados de súmulas vinculantes**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Apreciação: 30/05/2007. DJ, 14 jun 2007. Disponível em < <https://www.stf.gov.br/processos/autenticacao> > sob o nº 171919. Acesso: 10 set 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Mandado de Segurança nº 26.353/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 06/09/2007. DJE, 07 mar 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Informativo do Tribunal de Contas da União. Ano XXII, nº 165. Brasília: Assessoria de Comunicação Social.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 1.020/2000 – Plenário**. Solicitação formulada pela Procuradoria da União no Estado do Espírito Santo. Pronunciamento do TCU acerca da aplicabilidade do artigo 54 da Lei 9.784/99 aos processos de julgamentos da competência deste Tribunal, relativamente à apreciação de atos de concessão de aposentadoria. Conhecimento. Comunicação à interessada. - Não aplicabilidade obrigatória da Lei 9.784/99 nas apreciações de atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões pelo TCU. Considerações. - Ato administrativo complexo. Análise da matéria. Relator: Marcos Vilaça. Apreciado: 29/11/2000. DOU, 15 dez 2000.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 864/2002 – Plenário**. Representação formulada pela Procuradoria Regional do Trabalho PB. Possíveis irregularidades no TRT 13ª Região. Pedido de reexame, interposto pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região, contra decisão que determinou a suspensão do pagamento de auxílio-alimentação a juízes e o ressarcimento das importâncias pagas indevidamente. Inexistência de questionamento sobre o mérito da decisão. Conhecimento. Negado provimento. - Processual. Princípio da ampla defesa. Características específicas do TCU. Análise da matéria. - Pagamento de auxílio alimentação a magistrados. Considerações. Relator: Marcos Vilaça. Apreciado: 17/07/2002. DOU, 26 jul 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 983/2002 – Plenário**. Representação formulada pela Procuradoria da República RO. Pedido de reexame de decisão que determinou a anulação de norma que autorizou o afastamento remunerado de servidora do TRT da 14ª Região, para fins de participação em curso de doutorado, o imediato retorno da servidora e o ressarcimento das importâncias recebidas indevidamente. Ausência de manifestação prévia da servidora. Infringência ao princípio da ampla defesa. Conhecimento. Provimento. Insubsistência da decisão. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Apreciado: 07/08/2002. DOU, 16 ago 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 802/2005 – 1ª Câmara**. Pedido de Reexame contra o Acórdão nº 658/2003-TCU-1ª Câmara, que considerou ilegais as aposentadorias dos recorrentes, negando-lhes registro, ao examinar, neste processo, alteração dos atos concessórios iniciais das mesmas aposentadorias, em decorrência da acumulação de proventos militares com proventos civis. Alteração do entendimento do TCU acerca da matéria, a partir do Acórdão nº 179/2005-Plenário e de decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de segurança. Possibilidade de acumulação de proventos decorrentes do regime do art. 40 e do regime dos arts. 42 e 142, da Constituição Federal, nos termos do art. 11 da EC 20/98. Conhecimento dos pedidos de reexame dos recorrentes, para tornar sem

efeito o Acórdão nº 658/2003-TCU-1ª Câmara. Retorno dos autos à Sefip para constituição de processo específico para exame dos atos de alteração de aposentadoria ainda pendentes de apreciação. Não conhecimento dos pedidos de reexame intentados pelos interessados recursais. Ciência aos recorrentes e aos interessados recursais, por intermédio da entidade. Relator: Ministro Valmir Campelo. Apreciado: 03/05/2005. DOU, 9 maio 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 395/2006 – Plenário**. Pedido de reexame em processo de Denúncia. Redistribuição de servidor por reciprocidade. Suscitada ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Pedido de vista. Independe de oitiva prévia dos servidores atingidos por via reflexa, a efetivação de determinação a órgão para que dê exato cumprimento à lei. Ausência da necessária oitiva prévia do dirigente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Conhecimento. Provimento. Insubstância do Acórdão 774/2004-TCU-Plenário. Remessa dos autos ao Relator da Lista de Unidades Jurisdicionadas nº 02 (biênio 2003/2004). Ciência ao interessado. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Revisor: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Apreciado: 29/03/2006. DOU, 31 mar 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 409/2007 – Plenário**. 1. Não é devida a aplicação de fungibilidade recursal quando não há dúvida objetiva quanto à espécie recursal adequada. 2. Não se conhece de recurso contra decisão genérica e abstrata, se interposto por quem apenas se considera ameaçado pelo julgamento, sem que o caso particular tenha sido abordado na decisão atacada. 3. Não se conhece de recurso de revisão como recurso de reconsideração, sob o argumento de fungibilidade recursal, para, no mérito, não se dar provimento ao recurso. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Apreciado: 21/03/2007. DOU, 23 mar 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Carlos (Org.). **Administração Pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. Vol. I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: ClassicBook, 2000, p. 78. *Apud* DECOMAIN, Pedro Roberto. Tribunais de Contas no Brasil. São Paulo: Dialética, 2006. p. 158.

CARVALHO, André Luís. **Súmula Vinculante nº 3 do STF**: considerações e alcance. Ano 11, n. 1443, 14 jun 2007. Teresina: Jus Navigandi.2007. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10014>>. Acesso 14 set 2008.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DELGADO, José Augusto. Os tribunais de contas e a sua importância institucional. Origem. Os tribunais de contas nas constituições da Alemanha, Argentina, Chile, Espanha e Portugal. Relação, no Brasil, com a Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ALVIM, Arruda (Coord.). **Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A proporcionalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 23, 1994, p. 473. *Apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 99).

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da Administração Pública**: elementos para compreensão dos tribunais de contas. Belo Horizonte: Mandamento, 1999.

FERRAZ, Sérgio. A execução das decisões dos tribunais de contas: algumas observações. In: ALVIM, Arruda (Coord.). **Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial da decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Revista do Tribunal de Contas da União*. n.110. set/dez 2007. Brasília: TCU. 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Fórum, 2ª edição – 2005.

JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. A incidência da ampla defesa e do contraditório em processos de apreciação de atos de pessoal. In: JUNIOR, José Geraldo (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo**. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, 1999, p. 115-136.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1978.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1993

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO JUNIOR, João Cândio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo ministério público**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de, et al. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

OHLWEILER, Leonel. A pergunta pela técnica e os eixos dogmáticos do Direito Administrativo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Edgard Camargo. Tribunais de Contas: Abrangência de Atuação e Direitos de Terceiros. In: ALVIM, Arruda (Coord.). **Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 1 23ª. ed. ver. e atual. por Aricê Moacyr Amaral dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2004,

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SÉRVULO CORREIA, *José Manuel*. Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 1987, p. 290. *Apud* MAFFINI, Rafael. **Atos administrativos sujeitos a registro pelo Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211289627174218181901.pdf>>. Acesso 14 set 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A importância do Procedimento Administrativo**. RDP, n. 84, out.-dez. 1994.