

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Direito Processual de Contas: Manual de Boas Práticas Processuais nos Tribunais de Contas

- *Alexandre Manir Figueiredo Sarquis
- * Renata Constante Cestari

Os Tribunais de Contas são órgãos de identidade própria e encontram na Carta da República o fundamento de sua existência, motivo bastante para serem chamados de órgão de extração constitucional – eis a sua natureza. Possuem uma interface peculiar, atuando ora na dimensão administrativa¹, ora na judicante^{2.}

Quando imbuídas na função judicante, em colorido quase-jurisdicional³, e a fim de garantir uma maior efetividade de suas decisões, as Cortes se valem de instrumentos de coerção, tais como cominação de multa, devolução de valores, inabilitação para o exercício de funções públicas e inidoneidade para celebrar contratos com a administração, assim como outras de sanção de natureza pessoal⁴.

Há ainda as limitações eleitorais trazidas pela Lei de Inelegibilidades⁵. Basta o decreto de irregularidade ou o parecer prévio adverso para causar constrangimento público aos

¹CF,Art. 70 (...). 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;

² CF, Art 70 (...)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;

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;

Qualificação do procedimento conduzido no Tribunal de Contas feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence no MS 23.550.
 No caso do Estado de São Paulo, tal previsão se faz no artigo 101 e seguintes da Lei Complementar n. 709, de 14 de janeiro de 1993.

⁵ Inelegibilidade somente é declarada após apreciação da Justiça Eleitoral. Lei Complementar 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010:

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo: [...]

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



Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

agentes atingindo-os em sua reputação, além do que a determinação de irregularidade do contrato faz cessar os lucros das contratadas.

Logo se vê o prejuízo de cunho pessoal como resultado possível das ações de controle externo. A controvérsia que envolve bens da esfera particular dos agentes reclama o devido processo⁶, pois a previsibilidade do procedimento é da estabilidade das relações, reforça a confiança dos jurisdicionados e beneficia a segurança jurídica.

Não há, entretanto, um Código de Processo de Contas. É que se tomadas como cortes administrativas ou como cortes legislativas, somente a iniciativa subnacional poderia regular seu funcionamento. De fato, a iniciativa federal seria entendida como esbulho impossível na compacta independência das pessoas federadas. Discordamos disso.

Abreviando esse hiato, vem o Manual de Boas Práticas Processuais, em cuja minuta repousa a fé de que algo moderno, eficaz e apropriado possa vir a se tornar cogente, seja por entrega voluntária da autonomia de que gozam os Tribunais, seja pela conversão em Lei Ordinária. Por qualquer das vênias, é necessário espancar a ideia.

1. Processo de Contas

A formalização processual é vértice do devido processo legal que se impõe quando da análise de direitos e obrigações controvertidas. Parte-se da premissa de que é necessária a instrumentalização de informações tendo como objetivo um resultado conclusivo. Ademais, o princípio da processualização informa também o Direito Administrativo brasileiro.

Na ciência jurídica, quando se fala do gênero processo e suas espécies, vem à mente o processo judicial, o legislativo e o administrativo. Entretanto, uma quarta espécie há de ser considerada – o processo de contas.

Sobrevivente de um juízo administrativo que o constitucionalismo brasileiro não recepcionou, os Tribunais de Contas sustentaram uma judicância *sui generis* na pessoa constituída⁷.

Observe que, ainda que se lhe atribua, na estrutura organizacional do Estado, a condição de órgão auxiliar das Casas Legislativas, o Tribunal de Contas encontra-se constitucionalmente conformado em óbvios paralelos com as seções do Judiciário, seja pelas prerrogativas concedidas a Ministros e Auditores; pela natureza de título executivo de suas

_

⁶ Art.5° LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁷ Nos termos dos arts. 70 e seguintes da Constituição Federal de 88.



Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

decisões; pela presença de um Ministério Público oficiante; pela auto organização que lhe é concedida⁸; ou pelo tanto mais que lhe é peculiar.

Deveras. Seria impróprio considerar o processo de contas apenas como um instrumento administrativo tão somente por tramitar em órgão alheio ao Judiciário. Noutra vertente não pode ser considerado de natureza judicial⁹. Seabra Fagundes, no entanto, não vê óbices para afirmar que o monopólio da jurisdição pelo Judiciário é ressalvado expressamente em dois pontos da Constituição, quais sejam a competência do Senado de julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e a competência do Tribunal de Contas de julgar as contas de administradores¹⁰.

Eis algumas peculiaridades do processo de contas a confirmar sua identidade própria:

- existência obrigatória de um Ministério Público atuante em todos os processos de contas, órgão este de extração constitucional¹¹ e inexistente no processo administrativo;
- ii. inexistência de litígio, sendo, no mais das vezes, um processo dúplice, figurando como interessados o Tribunal de Contas e o Gestor - o que o afasta a relação piramidal do processo judicial;
- o ônus da prova do gestor¹², tratando-se aqui de uma regra, e não de iii. exceção, como sói acontecer no âmbito judicial.

Na solução do mérito, as Cortes de Contas não se limitam à analise da legalidade estrita, ingressando amiúde no mérito de conveniência e oportunidade dos atos, ainda que de forma preventivo-pedagógica, como bem reflete a minuta do Manual de Boas Práticas Processuais nos Tribunais de Contas. Confira:

> "7.2 Os Tribunais de Contas, além das determinações, deverão fazer recomendações para a correção das deficiências verificadas no exercício do

Nos termos do art. 73, caput, exerce as atribuições do art. 96, a auto-organização do judiciário.

Nos termos dos incisos XXXV e LIV, art. 5º da Constituição Federal de 1988.

¹⁰ Miguel Seabra Fagundes. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 6ª edição. Ed. Saraiva, 1984, p.

^{139.} Table 139. A constituição Federal de 1988, em seu art. 130, dispositivo de natureza autônoma e não simplesmente de extensão de la toda actuales anumerados neste dispositivo, que ao art. 128, dispõe sobre um outro Ministério Público, ao lado de todos aqueles enumerados neste dispositivo, que atuará junto aos Tribunais de Contas (MONIQUE CHEKER, Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, p. 112, Editora Forum, Belo Horizonte:2009.)

No entanto, no caso dos processos desta Corte, há dever do Administrador quanto a provar suas alegações, não unicamente ônus, em decorrência do comando expresso no parágrafo único do art. 70 da CF/88 quanto à prestação de contas. Pois a Administração Pública tem obrigação objetiva de prestar contas e trazer a documentação necessária para ser apreciada, dever objetivo que decorre da exigência constitucional de prestar contas. (...). E a omissão quanto ao dever implícito na prestação de contas acarreta sanções ao Administrador que vão além da impossibilidade de acolher sua argumentação, podendo atingir responsabilização administrativa, cível e/ou penal. (Tribunais de Contas: integração dos Controles, Eficiência e Eficácia no Gasto Público: anais do XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pg. 341)



Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

controle externo, visando ao aprimoramento da gestão dos recursos públicos.

No entanto, quando detectado vício de antijuridicidade, convém dar preferência à determinação, pois não se trata de mera sugestão de aperfeiçoamentos procedimentais." Minuta, p. 22.

Por fim, o próprio Judiciário consagra a natureza de juízo especializado do Tribunal de Contas, declarando a insusceptibilidade de revisão das decisões em copiosa jurisprudência tanto de Tribunais Estaduais:

"Ação declaratória de nulidade dos efeitos do acórdão do Tribunal de Contas (...) As decisões dos Tribunais de Contas só poderão ser impugnadas judicialmente quando despontar manifesta ilegalidade ou irregularidade formal grave no procedimento administrativo que resultou na formação do título, não podendo o Poder Judiciário se adentrar na questão meritória, inteligência do art. 71, §3°, da CF". (TJPB, Apelação Cível n° 99.005452-6, Rel. Des. Antônio Pádua Lima Montenegro). quanto da Justiça Federal:

"(...) o TCU só formalmente não é órgão do Po

"(...) o TCU só formalmente não é órgão do Poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado" (TRF 1a. Região, 3a. Turma, Apelação Cível n° 89.01.23993-0/MG, Rel. Juiz Adhemar Maciel, DJU 14.09.92).

e do STF¹³:

"(...) o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tisna de llegalidade Manifesta. Mandado De Segurança Não Conhecido." (STF MS 7280, Rel. Min. Henrique D'avilla, Dj 17.09.1962)

2. Lei Nacional de Processo de Contas

Não raro as leis orgânicas dos Tribunais de Contas estabelecerem como critério de integração as leis federais, *v.g.*, o Código de Processo Civil. Observe, no entanto, que a translação direta dos preceitos pode não ser apropriada, haja vista que a relação jurídica processual triangular idealizada pelo autor alemão Oskar Von Büllow, composta por juiz, autor

-

¹³ Citamos trecho da Palestra do Ministro Ayres Britto no Encontro Nacional de Conselheiros de Tribunais de Contas, Rio de Janeiro, 30.3.01: ""[...] O Tribunal de Contas tal como o Poder Judiciário julga. E, naquela matéria de sua competência, o mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário. A Constituição aquinhoa o Tribunal de Contas com competências que não são do Congresso Nacional e com competências que não são do Poder Judiciário. O Poder Judiciário tem a força da revisibilidade das decisões do Tribunal de Contas, porém, num plano meramente formal, para saber se o devido processo legal foi observado, se direitos e garantias individuais foram ou não respeitadas. Porém o mérito da decisão, o controle, que é próprio do Tribunal de Contas, orçamentário, contábil, financeiro, operacional e patrimonial, logo o mérito da decisão é insindicável pelo Poder Judiciário. É uma exceção ao princípio da livre apreciação do Poder Judiciário. Pode decidir toda e qualquer questão, salvo aquelas adjudicadas com exclusividade a outro órgão igualmente constitucional"



Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

e réu, não se forma na apreciação de contas¹⁴. Não há remédio senão a sistematização de uma lei única de processo, como se dá no processo penal, civil ou no eleitoral.

Já houve, anote-se, grupo de trabalho da Atricon que encaminhou minuta de anteprojeto de Lei Nacional do Processo de Fiscalização dos Tribunais de Contas ao Tribunal de Contas da União¹⁵.

O TCU, no entanto, entendeu que lhe falecia competência para a iniciativa¹⁶. De fato, há discussão sobre a propriedade e a constitucionalidade de uma lei processual nacional a regular o Processo de Contas¹⁷.

Tolerar que as instituições desenvolvam-se neste panorama jurídico incerto é evitar uma questão nodular: como permitir que cada estado federado transija autonomamente com os institutos do devido processo e seus instrumentos, inaugurando versão própria de direitos e garantias fundamentais em envelope local?

Entendemos que no que seja afeto ao devido processo, ao contraditório, à ampla defesa, à obtenção de provas por meios lícitos e à razoável duração do processo, ou seja, em direito processual, o Legislativo da União tem todas as competências de editar regra geral, e deve fazê-lo. Nisto cabe a Lei Nacional do Processo de Contas.

Quanto à competência para propor, curiosa omissão se observa: falece a existência de um Tribunal Superior de Contas¹⁸ - o TCU não ocupa este papel. Resta a embaçada interlocução do sistema de Tribunais de Contas com o Congresso Nacional. Possivelmente um Conselho Nacional¹⁹, que ainda não existe, poderia liderar a interlocução, conferindo resultado apropriado.

3. Sugestões à Minuta de Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas

O Min. Benjamin Zymler faz defesa da aplicação da Lei do Processo Administrativo Federal no TCU com distanciamento do Processo Civil justamente por este motivo. Benjamin Zymler. *Direito Administrativo e Controle*. Ed. Fórum, 2012, 3ª edição, cap. 5. Vale notar que há súmula n 103 do TCU que diz "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.".

¹⁵ Processo Administrativo TCU 009.708/2008-3, arquivado pela decisão do acórdão 2.160/2012-P.

¹⁶ Sobre a competência de propositura de Lei Processual, certamente seria da União, haja vista a reserva inserta no art. 22, I da CF/88, não havendo reservas de natureza, a competência é do Congresso, impossível a medida provisória nos termos da alínea "b", inciso I, §1º do art. 62 da CF/88. À época do Novo Código Civil, a iniciativa foi do Senado Federal, após constituição de grupo de notáveis, nos termos do Ato do Presidente do Senado nº 379/2009.

¹⁷ Por exemplo: Silvio de Jesus Pereira. "Lei processual não cabe para tribunais de contas". Revista Consultor Jurídico. 9 de dezembro de 2012.

¹⁸ Que poderia, na inação do Congresso, propor a Lei nos termos do caput do art. 61 da CF/88.

Existem as proposições PEC 30/2007, do Senador Renato Casagrande, em trâmite no Senado e a PEC 28/2007, do Deputado Federal Vital do Rego, em trâmite na Câmara dos Deputados, propondo a criação de um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas. Há notícia de que PEC será apresentada na Câmara Federal propondo a fiscalização dos Tribunais de Contas pelo CNJ.



Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

O núcleo dos elementos lançados na minuta²⁰ é cerne incontroverso de entendimentos gerais de direito processual à luz do controle externo que fazem os Tribunais de Contas. Deve ser referência constante, ao lado dos regimentos internos, dos operadores dos processos. As divergências apuradas devem ser imediatamente informadas para aqueles incumbidos de mantê-lo.

Essencial, no entanto, que divergências importantes entre os ritos dos Tribunais sejam escrutinadas, apontadas e solucionadas.

É fato que as trinta e quatro instituições que integram o sistema de controle externo²¹ evoluíram independentemente umas das outras, sem revisão por entidade federal constituída para este fim – um Tribunal Superior. Se não convergiram em jurisprudência, divergiram também em ritualística.

Optar por lei que não entabule esta basilar questão, entregando-se à principiologia geral do processo, pode surtir esforço inócuo para os fins que pretende: colimar o que se entende por controle externo, ignorando as contradições relevantes existentes nos estatutos subnacionais.

Longe de se entender que princípios gerais sejam vazia retórica, há que se fazer mais. Contradições esclarecem mais sobre o que pede correção do que congruências. Mesmo que laborioso, impõem-se o exaustivo estudo de todas as leis orgânicas estaduais²².

A título exemplificativo, algumas possíveis divergências.

i. o procedimento de julgamento de contas de mandatários – Prefeitos e Presidentes de Câmaras de Vereadores. Em sendo os presidentes das mesas do Legislativo simultaneamente ordenadores de despesas e mandatários, caberia perguntar se a disciplina a ser aplicada é a do parecer prévio ou do julgamento. Vale notar aqui que a Lei de Responsabilidade Fiscal já previa sistemática de parecer prévio para as contas dos chefes de Legislativo, Judiciário, e Ministério Público, matéria com liminar concedida em sede de ADI²³. Já com relação aos Prefeitos há que se fazer clara a distinção entre ação sua enquanto Chefe de Governo – caso em que o Tribunal limita-se à emissão de parecer prévio, e ação sua enquanto ordenador de despesas – o que reclama julgamento do Tribunal.

²⁰ Aqui leia-se definições, princípios gerais, garantias, interessados, classificação de processos, sanções, instrução, provas, recursos admitidos entre outros elementos.

²¹ Muitas mais se adicionarmos as interrelações com os parlamentos no julgamento das contas de governo.

²² Possivelmente com ênfase em Leis Orgânicas mais modernas, como é o caso do estatuto do TCE-ES, Lei Complementar nº 621 de 8 de março de 2012.

²³ Caput do art. 56 com eficácia suspensa pela ADI 2.238/DF MC. Min. Rel. Ilmar Galvão. Veja também RCL 15.902/GO MC Min. Rel. Luiz Fux.



Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

- ii. inadimplemento de recomendações ou determinações do Tribunal de Contas como crime de responsabilidade. Uma maior reverência às recomendações do Tribunal poderia ter como consequência o adensamento desta parte em acórdãos de parecer prévio, evitando que apenas o parecer desfavorável possa constranger o agente à correção de conduta.
- iii. litigância de má-fé. Viria como forma de resgatar a boa-fé processual, impedindo a manobra político-administrativa dos instrumentos do Tribunal.
- iv. meios para assegurar a efetividade das decisões. O processo civil sugere o uso de "astreintes" e de vedação dos embargos protelatórios, entre outros.
- v. dosimetria. Além dos limites de multas possíveis nos casos em que a) há prejuízo ao erário calculado; b) prejuízo inferido²⁴; e c) princípio geral violado sem prejuízo ao erário; poderia haver a previsão geral de circunstâncias atenuantes ou agravantes, a exemplo do enriquecimento do agente ou da emergência manifesta. Mais: poderia a lei facultar a análise de elementos subjetivos da conduta com o reconhecimento de comportamentos dolosos e culposos e de natureza sanável ou insanável da falha²⁵.
- vi. clareza nas definições. Existem entendimentos diferentes dados a palavras idênticas nos Tribunais, tais como determinação, ressalva, recomendação, relevação, vistoria, inspeção, tomadas de contas especial, apartado, ação de revisão, rescisão e reexame²⁶.
- vii. classificação clara, completa e racional para as modalidades de processo. Aí dizendo também as espécies de recursos, efeitos processuais, prazos e condições de admissibilidade, distribuição, autoridade competente, nomenclatura única e prazo para julgamento.
- viii. forma de tratamento do concurso de pessoas. A figura do ordenador de despesas deve receber maior atenção, haja vista a possibilidade de que as organizações governamentais modernas segregarem-se em hierarquia de tal forma a ser possível a gradação na responsabilidade de autores e partes que produziram o ato irregular.
- ix. atribuições de Conselheiros-Substitutos e uniformização de sua nomenclatura. Observa-se multiplicidade de tratamentos, quantidades de cargos nos quadros, competências e nomenclaturas para os Auditores dos Tribunais de Contas. A incerteza faz com que o mesmo

²⁴ E que se percebe grande variação em nível e em percentuais nas Leis Orgâncias nacionais.

²⁵ Com óbvios benefícios para o procedimento de registro eleitoral, haja vista o que dispõe a alínea "g", inciso I, do art. 1º da Lei de Inelegibilidades LC 64/1990.

²⁶ Termos regimentais do TCE-SP.



Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

cargo represente atribuições e importâncias completamente diferentes, dificultando a compreensão dos jurisdicionados.

- x. julgamento dos pareceres prévios nas Câmaras de Vereadores e Assembleias Legislativas. Havendo o emprego da expressão "julgar", há que se reconhecer a propriedade de que a mesma Lei Nacional ingressasse no itinerário processual que se desenvolve nos parlamentos, estabelecendo prazos, contraditórios, recursos e o trânsito em julgado.
- xi. tratamento uniformizado dos incidentes de inconstitucionalidade de leis municipais e da regra de reserva do plenário 27 . Tema que se controverteu após manifestação do Ministro Gilmar Mendes na apreciação do MS 25.888/DF e do que consta da Súmula Vinculante $n^{9}10^{28}$.

Conclusão

A profusão de disposições processuais esparsas em Leis Orgânicas e Regimentos, por vezes contradizendo-se, demonstram a urgência que o Sistema dos Tribunais de Contas tem de verter os eixos do devido processo, da transparência, da razoável duração do processo e da eficaz aplicação de recursos públicos em fortalecimento da república.

A forma de colimar as melhores disposições processuais é uma Lei Nacional – de que as disposições do manual de boas práticas são prolegômenos –, sendo a competência para sua propositura questão de relevo e que precisa ser dirimida. Sugerimos a criação de comissão de juristas no âmbito do Congresso Nacional²⁹.

O resultado deste trabalho poderia ser proposto pela Presidência da República, pelo CNTC, caso fosse ele legitimado constitucionalmente, ou ainda como ato conjunto do TCU e do Presidente da República.

*Alexandre Manir Figueiredo Sarquis é Engenheiro, Auditor Coordenador do Corpo de Auditores do TCESP desde maio de 201,1 e Vice-Presidente da região sudeste da Audicon.

* Renata Constante Cestari é Procuradora do Ministério Público de Contas junto ao TCESP

²⁷ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. CF/88.

²⁸ VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

²⁹ Nos moldes do Ato do Presidente do Senado nº 379/2009, que criou comissão para elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, do Requerimento do Senado nº 227/2008, que solicitou criação de comissão de juristas para elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, e do Ato do Presidente nº 192/2010, que criou comissão de juristas para elaboração do Anteprojeto do Novo Código Eleitoral.