

ALUISIO GAMA DE SOUZA

SÍNTESE



" O direito à ampla defesa carrega em seu próprio epíteto a característica de sua abrangência: é amplo. Constitui-se de um princípio essencial e inarredável de oferecer contestação, ter vistas dos autos, impugnar atos praticados etc. (...) Já o contraditório em si se caracteriza pela participação do interessado no processo desde o início para que participe e se manifeste sobre todos os atos nele praticados. (...) "

Conselheiro Aluisio Gama
Processo 234.364-4/05

INSPEÇÃO

Trata o presente processo 234.364-4/05 de Inspeção Ordinária realizada no Instituto de Benefício e Assistência aos Servidores Públicos Municipais de Niterói - IBASM, no período de 26 de setembro a 28 de outubro de 2005, tendo como objeto a verificação da legalidade de admissões de pessoal, a observância aos ditames da Lei Complementar nº 101/00, bem como a ocorrência de terceirizações e cumprimento das determinações plenas constantes dos Processos TCE nºs 271.215-4/00 e 200.425-4/02.

A Equipe de Inspeção procedeu à análise de documentos, esclarecimentos, concluindo pela:

1 - Notificação ao Sr. Jorge Luiz de Almeida, atual Presidente do IBASM, para que apresente suas razões de defesa, quanto aos fatos apontados nos subitens 1.1.a a 1.1.e, às fls. 30;

2 - Comunicação ao Sr. Jorge Luiz de Almeida, atual Presidente do IBASM, dando-lhe ciência das irregularidades apontadas no Relatório, determinando que tome as providências elencadas nos subitens 1.2.a a 1.2.i, devendo tais medidas serem comprovadas junto a este Tribunal, no prazo regimental, alertando-o aos disposto no art. 63, inciso IV da Lei Complementar nº 63/90;

3 - Comunicação ao Sr. Godofredo Saturnino da Silva Pinto, Prefeito Municipal de Niterói, dando-lhe ciências das irregularidades apontadas no Relatório, determinado que tome as providências elencadas nos subitens 2.a e 2.b, devendo tais medidas serem comprovadas junto a este Tribunal, no prazo regimental, alertando-o aos disposto no art. 63, inciso IV da Lei Complementar nº 63/90;

4 - Recomendação para que o exame dos Processos 271.215-4/00 e 200.425-4/02, subsidie a análise a ser efetivada no presente, quando de seu retorno à 3ª IGP.

A Secretaria Geral de Controle Externo, acompanha a sugestão da Equipe de Inspeção.

Foi dispensada a remessa ao Ministério Público Especial, na forma do que dispõe o parágrafo único do artigo 27, da Deliberação TCE-RJ nº 227, de 15 de fevereiro de 2005 - redação dada pela Deliberação TCE-RJ nº 228, de 26 de abril de 2005.

FUNDAMENTAÇÃO

No presente processo estou votando parcialmente de acordo com o Corpo Instrutivo e o douto Ministério Público por conta de entendimento próprio de que o primeiro chamamento do interessado aos autos deve se dar por meio de uma comunicação. Quanto a este entendimento, tenho algumas considerações a fazer, que passo a expor.

Venho por meio deste voto aprofundar a discussão quanto ao oferecimento do

contraditório e da ampla defesa em sede de processo administrativo, em especial, no âmbito dos Tribunais de Contas.

As competências dos Tribunais de Contas seguem o modelo federal traçado pela Constituição da República para o Tribunal de Contas da União. Estão previstas no art. 71 da Carta Política, distribuídas em onze incisos.

No caso específico, interessa-nos a competência prevista no inciso II do artigo retro referido que tem a seguinte redação:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - ...

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;”

Por este inciso, demonstra-se a competência dos Tribunais de Contas de proceder a conhecida Tomada de Contas daqueles que causem dano ao erário, apurando as suas responsabilidades e imputando-lhes o débito referente.

O meu ponto de partida é, como não poderia deixar de ser, o direito constitucional. Em sede de Constituição, dois vetores disciplinam todo e qualquer processo que tramite na República, devendo todos os órgãos e entes públicos observá-los. Estes vetores são reconhecidos pelos termos “processo-Constituição” e “Constituição-processo”. Por Constituição-processo, temos as regras constitucionais que disciplinam todo e qualquer processo que tramite perante órgãos e entes da administração pública, enquanto o termo “processo-Constituição” está relacionado com aquele procedimento qualificado para alteração do texto constitucional.

Para se proceder a um estudo sistemático e concatenar as idéias de forma clara, entendendo as regras que regem a “Constituição-processo”, é importante a incursão no plano da Teoria Geral do Processo. Dentro deste ramo da ciência jurídica encontraremos a teleologia dos princípios constitucionais pertinentes, princípios estes que usaremos para enfrentar o tema.

Na Teoria Geral do Processo (TGP) encontramos três conceitos fundamentais para o exercício, pelo Estado, da prática de solucionar conflitos. São eles:

1. Jurisdição;
2. Ação;
3. Processo.

Tais conceitos podem ser rapidamente definidos da seguinte forma:

Jurisdição: atividade exercida pelo Estado para solucionar litígios e fazer aplicar a lei ao caso concreto. Quando o Estado monopolizou o exercício desta atividade, fez surgir para o jurisdicionado o direito de exigir do Estado que preste a jurisdição. Este direito é o direito de ação.

Ação: é o direito de exigir do Estado a prestação da jurisdição.

Processo: é o instrumento pelo qual o Estado presta a jurisdição.

Antes que se diga o contrário, a jurisdição não é exercida com exclusividade pelo Poder Judiciário. A Administração quando decide um recurso administrativo está exercendo jurisdição, embora não tenha o cunho da definitividade da jurisdição exercida pelo Judiciário. Tal possibilidade é própria do nosso modelo estatal, onde a independência dos Poderes não implica o monopólio do exercício de suas respectivas atribuições. O estudo do exercício das atividades estatais (administrativa, legislativa e judiciária) sempre considerou o exercício atípico de uma atividade por um outro Poder que não aquele que o faz de forma precípua. Assim, é fato, a jurisdição não é monopólio do Poder Judiciário.

Prosseguindo, o estudo da jurisdição envolve as seguintes matérias: Princípios da Jurisdição e Competência. Os princípios informam a atividade da jurisdição, enquanto o estudo da competência indica a autoridade competente para dirimir determinado conflito, utilizando vários critérios de definição.

A Ação é outro elemento do estudo da TGP. Como dito alhures, se qualifica como a provocação do Estado para exercer e prestar a jurisdição. Seu estudo envolve matérias como as condições da ação, conexão, continência, cumulação, prevenção e etc.

Finalmente, o Processo. O estudo de tal figura é importantíssimo para o caso sob análise, pois nele é que se enfrentará a questão da ampla defesa e do contraditório. Envolve as matérias Princípios Processuais e do Procedimento, Pressupostos Processuais, Procedimento e Relação Jurídica Processual.

Interessa-nos, então, o estudo dos Princípios Processuais. A Constituição da República enumera vários princípios que devem ser observados para que o exercício da jurisdição, através do processo, se dê de forma justa, entregando a prestação jurisdicional de forma limpa, sem vícios.

Aqui é que se revelam os princípios da Constituição-Processo. Tais princípios são:

1. Princípio do Contraditório (art. 5º, LV da CR);
2. Princípio da Ampla Defesa (art. 5º, LV da CR);
3. Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV da CR);

4. Princípio da Publicidade (art. 93, IX da CR);

5. Princípio da Licitude das Provas (art. 5º, XII e LVI da CR).

Necessário comentar os três primeiros princípios acima arrolados, pois dizem respeito sobre o tema em debate.

Pelo Princípio do Contraditório assegura-se às partes e aos litigantes as mesmas oportunidades para defender seus interesses e fomentar a convicção do julgador. Oportuno asseverar que a aplicação deste princípio no processo administrativo difere, em parte, da aplicação no processo civil. Digo isto porque a questão da igualdade de tratamento às partes merece especial atenção, já que no processo administrativo, em regra, não há partes litigantes, mas sim o administrado e a administração somente. A relação é linear e não angular como ocorre no processo civil.

Assim, a concepção de contraditório mais elementar, comum em qualquer tipo de processo ou procedimento, é aquela em que se entende o contraditório como não apenas a possibilidade de alegar, mas sim a de influir eficazmente na decisão. Não se trata, apenas, de possibilitar a apresentação formal de defesa, mas sim permitir a influência no julgamento, com a produção das provas, antes da formação de qualquer convicção ou juízo sobre os fatos. O contraditório regular envolve a audiência dos interessados, sem distinção, seja em relação à prova constituída nos autos, seja em relação à própria matéria em discussão.

Já o Princípio da Ampla Defesa é mais abrangente que o Princípio do Contraditório, tendo autores, inclusive, que colocam este último como espécie do primeiro. Incorpora em seu conceito todo o conjunto de práticas e oportunidades que a parte deve ter para influir no julgamento, como o direito a produção de provas, o direito de vistas do processo, ou seja, todo o tipo de intervenção que a parte entender necessária para provar as suas alegações.

Finalmente, o Princípio do Devido Processo Legal. Tal princípio sempre foi reconhecido pelas ordens constitucionais anteriores, contudo não o era de forma expressa. Com a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser princípio expresso. É, na verdade, a consagração, em sede constitucional, do dever que tem o Poder Público em seguir um regramento anteriormente traçado para determinado processo ou procedimento. O Estado reconhece o direito do jurisdicionado ao processo e também se submete às próprias regras. O processo é uma garantia do jurisdicionado. É a positivação do princípio *Due Process of Law* de origem norte-americana.

Estes cinco princípios devem ser observados em qualquer processo que seja impulsionado pelos órgãos e entes públicos brasileiros, sob pena de grave transgressão à ordem constitucional.

Devemos, agora, estudar estes mesmos princípios à luz do direito administrativo, e logo, do seu processo. Embora o seu conteúdo duro seja o mesmo, há peculiaridades que informam o processo administrativo, com alguns princípios próprios ainda. Assim, os princípios do processo administrativo são:

- Princípio do Contraditório;

- Princípio da Ampla Defesa;
- Princípio do Devido Processo Legal;
- Princípio da Oficialidade;
- Princípio da Informalidade;
- Princípio da Verdade Real;
- Princípio da Publicidade.

Comentarei os três primeiros:

- **Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5º, LV da CR):**

Tratarei destes dois princípios, neste momento, conjuntamente, pois guardam entre si estreita relação.

O direito à ampla defesa carrega em seu próprio epíteto a característica de sua abrangência: é amplo. Constitui-se de um princípio essencial e inarredável de todo e qualquer processo, contencioso ou não. Caracteriza-se pela possibilidade de oferecer contestação, ter vistas dos autos, impugnar atos praticados e etc.

Como diz o mestre José dos Santos Carvalho Filho, “*é importante lembrar que o princípio da ampla defesa não deve ser interpretado restritivamente, quando se trata de processos com litígios e com acusados. Além do mais, deve considerar-se que a tutela jurídica do direito à defesa é dever do Estado, qualquer que seja a função que esteja desempenhando*”.

Já o contraditório em si se caracteriza pela participação do interessado no processo *ab initio*, para que participe e se manifeste sobre todos os atos nele praticados. No processo cautelar, nas medidas cautelares solicitadas no curso do processo de conhecimento, ou mesmo no pedido de antecipação de tutela pode ocorrer a concessão do provimento desejado sem ser ouvida a outra parte, ou seja, *inaudita altera parte*. Ensinam os doutos que não se anula o contraditório nestes casos, mas ocorre somente a sua postergação, pois a ciência da outra parte do provimento desejado pelo autor, poderia tornar inexequível provável sentença favorável a este, ou por em risco o próprio direito. Pôr este motivo é que se posterga o contraditório.

Tal não ocorre (em regra) com os processos que tramitam nesta Corte. Como dito alhures, a postergação do contraditório tem momento quando a ciência da parte contrária do provimento desejado possa pôr em risco a utilidade do processo ou o próprio direito. Não há o menor risco de que a oitiva do interessado desde o início venha a tornar eventual decisão final desta Corte inexequível, razão pela qual o contraditório deve ser realizado desde o momento em que haja interesse do jurisdicionado em manter suas posições jurídicas e defender atos por ele praticados. O contraditório traz a dialeticidade aos autos, e sobre ela (a dialeticidade) retornarei a tratar mais adiante.

• Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal no âmbito do processo administrativo não difere do conceituado pela Teoria Geral do Processo. A única nota característica está em que deve o mesmo ser observado em processos que não tenham cunho contencioso. Neste sentido, mais uma vez José dos Santos Carvalho Filho: “Em relação ao processo administrativo, o princípio do devido processo legal tem sentido claro: em todo o processo administrativo devem ser respeitadas as normas legais que o regulam. A regra, alias, vale para todo e qualquer tipo de processo, e no caso do processo administrativo incide sempre, seja qual for o objeto a que se destine. Embora se costume invocá-lo nos processos litigiosos, porque se assemelham aos processos judiciais, a verdade é que a exigência do postulado atinge até mesmo os processos não-litigiosos, no sentido de que nestes também deve o Estado respeitar as normas que sobre ele incidam”.

Importante lição trouxe o voto proferido no Recurso Extraordinário 199.733, publicado no Diário Oficial de 30.04.99, de autoria do Exmo. Ministro Marco Aurélio, onde se enfrentou a questão do contraditório no âmbito das Cortes de Contas em processos que versam sobre aposentadoria, e transcrito em outro voto que tratou novamente da matéria nos autos do Mandado de Segurança nº 24268/MG:

“Destaco ainda o voto de MARCO AURÉLIO no RE 199.733 (DJ 30.04.99): ‘...tive oportunidade de consignar, ao relatar perante a Turma o Recurso Extraordinário no 158.543/RS, em 30 de agosto de 1994, que, em situação com a dos autos, *cumpra atentar para o disposto no inciso LV do rol das garantias constitucionais*. Nele alude-se aos litigantes e aos processos judicial e administrativo, mencionando-se, após, o direito ao contraditório, à ampla defesa com os meios e recursos a ele inerentes. *O vocábulo litigante há de ser compreendido em sentido lato, ou seja, a envolver interesses contrapostos. Destarte, não tem o sentido processual de parte, a pressupor uma demanda, uma lide, um conflito de interesses constante de processo judicial. Este enfoque decorre da circunstância de o princípio estar ligado, também, aos processos administrativos*. A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito privado, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deve ocorrer cumprindo-se, de maneira irrestrita, o que se entende como devido processo legal (*lato sensu*), a que o inciso LV do artigo 5º objetiva preservar. *O contraditório e a ampla defesa, assegurados constitucionalmente, não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla especificidade. (...)*” (grifos meus)

Neste ponto, os princípios do contraditório e do devido processo legal se tocam, interpretando-se, construtivamente, a Constituição, dando à expressão “litigante”, um conceito amplo, não se resumindo ao conceito de “parte”, mas sim todo aquele que possa vir a ser atingido pela decisão, efetivando-se a norma constitucional.

Passarei, então, a estudar o processo administrativo nesta Corte, no que nos interessa. A Lei Complementar nº 63/90, no Título II, Seção II, trata das decisões em processos de prestação ou tomada de contas:

“SEÇÃO II

DAS DECISÕES EM PROCESSOS DE PRESTAÇÃO OU TOMADA DE CONTAS

Art. 15 - O responsável será considerado em juízo, para todos os efeitos de direito, com a entrada do processo no Tribunal de Contas, estabelecendo-se o contraditório quando tomar ciência da decisão prolatada.

Art. 16 - A decisão em processo de prestação ou tomada de contas pode ser:

I - preliminar, a decisão pela qual o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, determinar diligências, ou ordenar a citação ou a notificação dos responsáveis, necessárias ao saneamento do processo;

II - provisória, a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, nos termos dos arts. 24 e 25, desta lei;

III - definitiva, a decisão pela qual o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalva ou irregulares.

Art. 17 - Verificada irregularidade nas contas, o Tribunal:

I - definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo ato inquinado;

II - se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida;

III - se não houver débito, notificará o responsável, para, no prazo fixado no Regimento Interno, apresentar razões;

IV - adotará outras medidas cabíveis.

Parágrafo 1º - O responsável cuja defesa for rejeitada pelo Tribunal será certificado para, em novo e improrrogável prazo estabelecido no Regimento Interno, recolher a importância devida.

Parágrafo 2º - Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.

Parágrafo 3º - O responsável que não atender à citação ou à notificação

será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo.”

Pela Deliberação 204/96, o chamamento do interessado se fará da seguinte forma, *verbis*:

“ Art. 6º - O chamamento ao processo, do responsável ou interessado, far-se-á por citação, notificação ou comunicação, conforme o caso.

§ 1º - comunicação é o ato pelo qual o Tribunal determina ao responsável, com força coercitiva, o cumprimento de diligência, ou apresentação de razões de justificativa, para saneamento do processo, bem como lhe comunica as decisões plenárias.

§ 2º - Notificação é o ato, precedido ou não de comunicação, em que o Tribunal, verificando a existência de irregularidades ou ilegalidades, sem que haja débito apurado, determina ao responsável que apresente razões de defesa.

§ 3º - Citação é o chamamento do responsável, ou do interessado, para apresentar razões de defesa ou recolher o débito apurado, quando determinada em Decisão Preliminar, nos termos do inciso II do art. 17 da Lei complementar nº 63, de 01/08/90, ou para interpor recurso, quando determinada em Decisão Definitiva, nos termos do art. 23 do mesmo Diploma Legal.”

Entendo quando outros Conselheiros asseveram que o contraditório estaria respeitado quando do cumprimento das normas acima transcritas, e que a citação, a notificação e a comunicação apenas servem para diferenciar o tipo de irregularidade encontrada. Se houver débito apurado, citação; sem débito, notificação; para esclarecimentos, comunicação.

O que pretendo demonstrar, e convencer, é que há necessidade de uma acolmatação do procedimento adotado por esta Casa para estabelecer o contraditório de forma ampla. As normas deste Tribunal falam em “responsável” e “débito”. Entendo que nenhuma das duas figuras podem ser utilizadas antes do “interessado¹” (aí sim o vocábulo adequado) vir aos autos, pois este poderá esclarecer que não é o responsável pelo ato, ou que o sendo, não há débito, pois o mesmo foi praticado em conformidade com a legalidade. Qualificar alguém como responsável por determinado ato ilegal, ou estabelecer um débito em seu nome sem antes ouvi-lo, não me soa como uma atitude acertada.

A leitura correta da Deliberação nº 204/96 está no sentido de se utilizar a figura da Comunicação como meio de obtenção de informação junto ao jurisdicionado para a formação

¹ A Deliberação 204/96, quando trata da Citação faz referência, também, ao interessado. Contudo, entendo que o termo ali empregado está na qualidade de terceiro-interessado, ou seja, aquele que, mesmo não sendo alcançado pela decisão tem interesse jurídico em defender o ato, como acontece no caso de um superior hierárquico defender ato de seu subordinado em prol da boa imagem do órgão público.

da convicção do órgão julgador, no caso, o Plenário desta Casa. Antes disto, não há como se falar em responsável ou débito. Neste ponto volto a tratar da dialeticidade. O contraditório, antes de mais nada, importa em efetivar, em realizar a dialeticidade do processo. Tudo que é realizado e discutido nos autos deve ser acompanhado pelo interessado. Taxar-lhe responsável ou apurar débito antes de ouvi-lo é relegar a segundo plano o aspecto dialético que deve ter todo e qualquer processo.

A concretude da norma constitucional insculpida no inciso LV do art. 5º da CR é de curial importância para que se possa transmutar a justiça de uma natureza meramente formal, para uma natureza material, efetiva, concreta.

O que de fato acontece quando se cita ou se notifica o jurisdicionado para apresentar defesa sobre a sua responsabilidade e sobre o débito antes de ouvi-lo sobre estas mesmas questões é subverter a ordem do processo, partindo de uma definição prévia de responsabilidade e débito para, caso se consiga convencer o julgador, chegar-se a conclusão de que o mesmo não é responsável pelo ato ou que o mesmo não gerou débito. Fere, a olhos vistos, a presunção de inocência, e a própria presunção de legitimidade que possui os atos administrativos.

Concordo que a figura da citação seja utilizada quando houver débito apurado imputado a determinado agente. Concordo que a notificação seja utilizada para o responsável pelo ato que não gerou débito, contudo, não vejo como possível, ou melhor, constitucional, atribuir o predicado “responsável” ou “débito” a quem ainda não se ouviu ou a determinado gasto ainda não esclarecido, respectivamente. Tais predicados somente podem ser atribuídos após a participação em contraditório dos interessados. A dialeticidade deve existir em todo o processo. Isto é o contraditório. Com a palavra a mestre em direito processual civil, Dra. Edna Luíza Nobre Galvão, que citando autores famosos se posiciona sobre a matéria:

“Contrariedade e contraditoriedade constituem espécies do gênero oposição, que é afirmação e negação do mesmo predicado em relação ao mesmo sujeito conforme diferenciação feita por J. Canuto Mendes de Almeida.

A contrariedade se exprime em ato, pois o autor e o réu formulam pedidos, que se constituem na contraposição, o elemento fundamental da contrariedade. Os elementos do pedido são a proposição e a conclusão. Assim, forma-se a proposição: da premissa do pretense direito objetivo formal – a lei – e da premissa do pretense direito objetivo material – o fato; e dessas premissas decorre a conclusão.

Assegura que depois de pedir, a parte demonstra: a) criticando a lei; b) criticando o fato; c) definindo legalmente o fato. A demonstração constitui um “segundo ato” da contrariedade: é a instrução.

Pedido e demonstração do ato, contraposto a pedidos e demonstração do réu, eis o mínimo processual de contrariedade.

Para Mendes de Almeida há ainda o “terceiro ato” da contrariedade que são as impugnações dos atos dos juízos.

O contraditório representa, então, o complemento e o corretivo da ação da parte, uma vez que cada uma delas agirá de modo parcimonioso, visando seu próprio interesse. Assim, a ação combinada dos dois serve à justa composição da lide.

*Fundamentado em Carnelutti, afirma que quem refletir acerca desse importante e delicado instituto perceberá os defeitos, o custo e o rendimento da ação da parte. A parte é o órgão mais pronto, mais imediato, para a transmissão do fato ao juiz: esse o rendimento. Mas é também o órgão mais poderoso: esse o custo. **O perigo não se elide senão por meio do contraditório, que depura a ação de cada uma das partes de demasias e superfluidades, permitindo ao juiz separar os elementos úteis dos elementos inúteis ou danosos acaso encontráveis no acervo de fatos apresentados pelo autor ou pelo réu.***

O contraditório, para Mendes de Almeida, pode ser identificado quando a cada litigante é dada ciência dos atos praticados pelo contendor. Por fim resume o contraditório como sendo ‘a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.’ Esse conceito é nacionalmente citado por inúmeros outros tratadistas que estudam o assunto.

*No dizer de Angélica Arruda Alvim, o contraditório significa que toda pessoa física ou jurídica que tiver de manifestar-se no processo tem o direito de invocá-lo a seu favor. **Deve ser dado conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade de responderem, de produzirem provas próprias e adequadas à demonstração do direito que alegam ter.***

Apoiando-se na Constituição de 1967, José Frederico Marques afirma que os princípios fundamentais dão forma e caracterizam os sistemas de processo. Entre os princípios mencionados, cita o devido processo legal como consequência do direito de defesa. (...)

A única forma de garantir e evitar restrições indevidas, deve ser estruturar o processo sob a forma do contraditório, sendo que a bilateralidade da ação e da pretensão gera a bilateralidade do processo, e nisto reside o fundamento lógico do contraditório.

*Com razão o mestre, pois o contraditório é um princípio constitucional decorrente do direito de defesa. **O processo, como conjunto de atos, deve ser estruturado contraditoriamente, como imposição do devido processo legal que é inerente a todo sistema democrático onde os direitos do homem encontrem garantias eficazes e sólidas.***” (grifos meus)

Trazendo o dito acima para o campo do processo administrativo, temos que visualizar que não há uma relação processual angular formada por Autor-Juiz-Réu como acontece no processo civil (chegando alguns a afirmar que tal relação seria triangular, pois haveria relação direta entre Autor e Réu). A relação jurídica de direito processual no âmbito administrativo é linear, que em nosso sistema se estabelece na forma Tribunal-Jurisdicionado. Não há, explicitamente ao menos, partes contrapostas. Com isto deve se tomar um cuidado extremo, pois o Tribunal de Contas, na verdade, titulariza duas posições processuais importantes: parte (em sentido contraposto ao jurisdicionado) e órgão julgador. E assim sendo, temos que visualizar que toda atividade instrutória, produção de provas, apontamento de responsabilidade é feita pelo Tribunal na figura de parte contraposta ao jurisdicionado. Quando este Plenário o cita, o notifica ou o comunica, está agindo na qualidade de órgão julgador, e neste momento deve velar pelo contraditório. Se toda a instrução, até aquele momento se deu sem a participação do interessado, deve observar o Tribunal-Julgador pelo contraditório, chamando o interessado para integrar os autos e produzir suas provas e alegações, antes de qualificá-lo como responsável ou atribuir débito ao mesmo. Isto porque o Tribunal-Parte não pode se confundir com o Tribunal-Julgador.

A concentração destas duas figuras em um só órgão atrai um dever maior de zelar pelo contraditório, sendo a posição que dispensa a participação do interessado antes da citação ou notificação claramente mitigadora do princípio constitucional em comento, diminuindo a sua aplicação e seu âmbito de incidência. Entre duas posições jurídicas, uma dando maior espectro ao princípio do contraditório e outra o mitigando, deve prevalecer a posição que confere maior concretude e efetivação da norma constitucional.

Servindo-me do estudo da erudita Dra. Edna Luiza, o Tribunal quando realiza inspeções ou faz questionamentos sobre a correição dos atos praticados pelo jurisdicionado está, na verdade, formulando uma pretensão ressarcitória do erário (quando imputa débito) ou punitiva do jurisdicionado (quando confere responsabilidade a este), devendo zelar para que, antes de qualquer juízo de mérito (defini-lo como responsável ou estabelecer a existência de um débito em seu nome), permitir a formação da contrariedade, que consiste na oitiva de suas alegações e na concessão de possibilidade de produção de provas (pedido e demonstração). Daí a afirmação da autora: pedido e demonstração do ato pelo autor, contraposto a pedido e demonstração pelo réu, eis o mínimo processual de contrariedade. Sem contrariedade não há contraditório. Citar o interessado ou notificá-lo sem antes ouvi-lo é desrespeitar o contraditório, pois imputa-lhe uma responsabilidade antes que o mesmo participe do processo.

Outro importante aspecto deve ser levado em conta para reforçar o que sustento. **Trata-se do princípio corolário ao do contraditório, qual seja, o da equivalência ou paridade das armas.**

Com origem na doutrina italiana, tal princípio tem importante relevo no tema probatório. Reza que os contraditandos devem estar na mesma posição jurídica no processo, não podendo uma parte praticar qualquer ato sem que se dê a outra a mesma oportunidade. Mais importante ainda se verifica a aplicação do princípio da paridade das armas quando ao julgador é permitida a tomada de uma posição pró-ativa, solicitando provas e diligências.

Mais uma vez, a Dra. Edna Luiza:

“A paridade de armas é muito difundida pelo direito italiano, onde o contraditório aparece como um ‘instrumento necessário à atuação, seja do direito de defesa, por força do art. 24 da Constituição, seja do princípio da ‘paridade de armas’, assegurado pela convenção européia.”

Para Tarzia, o princípio do contraditório foi individuado como elemento que confere ao processo a dialeticidade, distinguindo-o, do procedimento; está difundido até além do limite da função jurisdicional, de forma a ser uma espécie constante da atividade dos órgãos públicos; é o marco característico dos órgãos constitucionais democráticos, além de ser um princípio que ‘as normas têm em vista transformar em pedra basilar do procedimento, entendido, aqui, como processo de produção do ato administrativo’. Seu mérito mais significativo é ‘o de garantir igualdade das partes no processo’.

Em outras palavras, talvez mais limpidas, as conseqüências que devem unir-se ao princípio da ‘paridade das armas’, para Tarzia, tanto na ordem da legislação processual quanto na real conduta dos processos civis, são radicalmente diferentes se o juiz é posto em um papel de mero árbitro do resultado do litígio, substancialmente passivo no desenvolvimento do processo, ou se deve assumir, segundo a orientação que sempre mais se difunde nas legislações processuais das várias famílias jurídicas, um papel “ativo”, e até mesmo “promocional” ou “assistencial”.

O exercício pelo juiz de poderes de dirigir o processo, desvinculadamente da iniciativa da parte, traz problemas, como o de legitimidade, pois a paridade das partes pode ser violada por intervenções judiciais que porventura acabam alterando o equilíbrio garantido legalmente e que acabam por trazer vantagem a apenas uma das partes. Assim, pelo princípio da paridade de armas, este poder deve ser exercido nos confrontos de ambas as partes.

A necessidade de uma tutela das partes contra o perigo das surpresas, previsto tanto no direito brasileiro quanto no direito italiano, não só é derivado do comportamento da outra parte, mas também da atitude do juiz, fica perceptível principalmente no plano probatório, sobretudo onde ao juiz são atribuídos amplos poderes oficiosos tanto na determinação dos temas de prova como, e especialmente, na pesquisa e admissão das provas.

Finalizando essa linha de raciocínio, todo o procedimento probatório deve

desenvolver-se no pleno contraditório das partes, no diálogo constante entre as partes e o juiz; nenhuma iniciativa de instrução, das partes ou do juiz, pode prosseguir sem que a parte, onerada pela iniciativa, tenha sido capacitada para defender-se e formular as suas contradeduções; nenhum elemento de fato pode ser levado à decisão – único momento, este, no qual o juiz está sozinho de frente ao material de causa – sem ter sido previamente conhecido e discutido.”

Ou seja, levando-se em conta que o Tribunal de Contas exerce duas figuras importantes na relação processual (contraditor e julgador), deve assegurar a igualdade de tratamento com o jurisdicionado quando atue como contraditor, possibilitando que o mesmo participe de todos os atos praticados pela Casa de Contas. Afirmar que a citação ou a notificação proporciona o contraditório é, na verdade, postergá-lo, possibilitando que o Tribunal-parte exerça uma gama enorme de atos sem o acompanhamento do interessado, ferindo o princípio da paridade das armas e mitigando sobremaneira o contraditório.

Finalmente, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa zelam pela existência de um mínimo civilizatório. Fazem parte da Constituição-garantia, restringindo a atividade estatal em prol do administrado, devendo a sua aplicação ser feita da maneira mais abrangente possível.

O Estado, como organização política, tem como finalidade a promoção do bem comum. Tem que buscar a integração entre várias organizações sociais, coordenar os interesses particulares e diminuir as diferenças sociais na busca deste objetivo.

Com este fito, já podemos asseverar que as decisões do Estado e o seu Poder estão limitados pelos fins éticos de convivência, conforme ministério do Prof. Miguel Reale sobre o exercício da soberania:

“Soberania é o poder que tem uma nação de organizar-se juridicamente e de fazer valer, dentro de seu território, a universidade de suas decisões, nos limites dos fins éticos de convivência.” (grifo nosso)

Dalmo de Abreu Dallari, comentando o acima exposto, conclui que “a soberania jamais é a simples expressão de um poder de fato, embora não seja integralmente submetida ao direito, encontrando seus limites na exigência de jamais contrariar os fins éticos de convivência, compreendidos dentro da noção de bem comum. Dentro desses limites o poder soberano tem a faculdade de utilizar a coação para impor suas decisões.”

O exercício do Poder de Império é o exercício da Soberania. Atualmente o conceito desta desloca-se do campo político para o jurídico, não podendo mais o Soberano praticar todo e qualquer ato, sob pena de ocorrer em uso arbitrário da força. Utilizando a frase de Maquiavel “o poder limita o poder”. Observada esta lição importante da Teoria Geral do Estado, o exercício

do poder pelo Estado está limitado, devendo o mesmo observar os princípios constitucionais que regem a sua atuação, como o contraditório. Esse é o fim ético de convivência que se busca, propiciando ao jurisdicionado uma participação efetiva no processo, em todas as suas fases.

Concluindo, entre duas posições, uma que enaltece o contraditório e possibilita um processo cristalino e outra, que ao meu ver, apequena a garantia constitucional em comento, prefiro me alinhar com a primeira, até porque a adoção desta não ocasionará nenhum prejuízo a Corte de Contas, ao contrário, somente irá engrandecê-la. Deve ser utilizada a figura da Comunicação como meio de abrir o diálogo com o jurisdicionado, propiciar o contraditório, a paridade das armas, para, ao final, formar a convicção do julgador, fazendo uma interpretação conforme a Constituição da legislação aqui comentada.

Pelo exposto, parcialmente de acordo com o douto Corpo Instrutivo,

V O T O

1- Por comunicação ao Sr. Jorge Luiz de Almeida, atual Presidente do IBASM, com base no § 1º do art. 6º da Deliberação TCE nº 204/96 e na forma do art. 26 e incisos do Regimento Interno, aprovado pela Deliberação TCE nº 167/92, para que no prazo de 30 (trinta) dias, apresente suas razões de defesa, dos fatos apontados nos subitens “ 1.1.a” a “ 1.1.e”, fls. 29, devendo ser-lhe encaminhada cópia de inteiro teor do Relatório, fls. 02/32;

2- Por comunicação ao Sr. Jorge Luiz de Almeida, atual Presidente do IBASM, nos termos do § 1º, do art. 6º da Deliberação TCE nº 204/96 e na forma do art. 26, inciso I do Regimento Interno, aprovado pela Deliberação TCE nº 167/92, dando-lhe ciência das irregularidades apontadas no Relatório, determinando que, no prazo de 30 (trinta) dias, tome as providências elencadas nos subitens “ 1.2.a” a “ 1.2.”, comprovando junto a este Tribunal, alertando-o quanto ao disposto no art. 63, inciso IV da Lei Complementar nº 63/90;

3 - Pela comunicação ao Sr. Godofredo Saturnino da Silva Pinto, Prefeito Municipal de Niterói, nos termos do § 1º, do art. 6º da Deliberação TCE nº 204/96 e na forma do art. 26, inciso I do Regimento Interno, aprovado pela Deliberação TCE nº 167/92, dando-lhe ciência das irregularidades apontadas no Relatório, determinado que, no prazo de 30 (trinta) dias, tome as providências elencadas nos subitens “ 2.a” e “ 2.b”, comprovando junto a este Tribunal, alertando-o quanto ao disposto no art. 63, inciso IV da Lei Complementar nº 63/90;

4 - Por recomendação para que o exame dos Processos 271.215-4/00 e 200.425-4/02 subsidie a análise a ser efetivada no presente, quando de seu retorno à 3ª IGP.

Sala das Sessões, 21 de fevereiro de 2006.

ALUISIO GAMA DE SOUZA

Relator

