

EXERCÍCIO DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS

Autoria:

Sidnei Di Bacco
Advogado

INTRODUÇÃO

De uns tempos para cá, em recursos de revista contra decisões do Tribunal de Contas do Paraná que desaprovaram prestações de contas municipais, tornou-se frequente a alegação de cerceamento de defesa, pelo não exercício do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Não estaria sendo oferecida aos responsáveis pelas prestações de contas – prefeitos e presidentes de câmaras – a oportunidade de contradizer as instruções da Diretoria de Contas Municipais e/ou os pareceres do Ministério Público, os quais geralmente norteiam as decisões do Plenário.

Em geral, tais recursos têm sido improvidos, pois não se logra provar a ocorrência do suposto cerceamento de defesa. Em casos tais, o simples exame dos autos da prestação de contas mostra que, por meio de diligência externa à origem, o recorrente tomou conhecimento das irregularidades motivadoras da desaprovação e teve a possibilidade de manifestar-se sobre elas antes do julgamento das contas.

De todo o modo, a situação traz à baila problema que ainda não mereceu reflexão mais profunda nesta Corte, ou seja, a necessidade de expressamente assegurar-se a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa na instrução e julgamento dos processos de prestação de contas anuais dos municípios.

CONCEITO DE CONTRADITÓRIO E DE AMPLA DEFESA

Dispõe a **Constituição Federal**:

Art. 5º. (...)

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

O contraditório representa o que os processualistas chamam de bilateralidade da audiência ou paridade de armas, pelo qual o juiz, ouvindo uma parte, não pode deixar de ouvir a outra, a fim de que os dois lados da relação processual possam oferecer os elementos que, sopesados, serão considerados pela autoridade competente no julgamento.

Sobre o conceito de **contraditório**, são esclarecedoras as palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha: ¹

Do brocardo romano "audiatur et altera pars", o contraditório significa que a relação processual forma-se, legitimamente, com a convocação do acusado ao processo, a fim de que se estabeleça o elo entre o quanto alegado contra ele e o que ele venha sobre isso ponderar. Somente na dialética processual é que se afirma o Direito, de tal modo que uma assertiva e a sua contradita combinam os elementos donde o julgador extrai, sem vínculo prévio com qualquer das partes, a sua decisão jurídica.

O contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto apresente ele no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão sejam devidamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença.

E sobre **ampla defesa**, leciona: ²

O princípio da ampla defesa acopla várias garantias. O interessado tem o direito de conhecer o quanto se afirma contra os seus interesses e de ser ouvido, diretamente e/ou com patrocínio profissional sobre as afirmações, de tal maneira que as suas razões sejam coerentes com o quanto previsto no Direito. Na primeira parte se tem, então, o direito de ser informado de quanto se passa sobre a sua situação jurídica, o direito de ser comunicado, eficiente e tempestivamente, sobre tudo o que concerne à sua condição no Direito. Para que a defesa possa ser preparada com rigor e eficiência, há de receber o interessado todos os elementos e dados sobre o quanto se ponha contra ele, pelo que haverá de ser intimado e notificado de tudo quanto sobre a sua situação seja objeto de qualquer processo. Assim, não apenas no início, mas no seguimento de todos os atos e fases processuais, o interessado deve ser intimado de tudo que concerne a seus interesses cogitados ou tangenciados no processo. Tem o direito de argumentar e arrazoar (ou contra-arrazoar), oportuna e tempestivamente (a dizer, antes e depois da apresentação de dados sobre a sua situação jurídica cuidada na espécie), sobre o quanto contra ele se alega e de ter levado em consideração as suas razões. (...) Para a comprovação de seus argumentos e razões, tem ele o direito de produzir provas, na forma juridicamente aceita.

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que acarrete sanção por força do poder punitivo estatal. Para o insigne administrativista argentino Agustín A. Gordillo: ³

O princípio de ouvir o interessado antes de decidir algo que o afete não é somente um princípio de justiça, é também princípio de eficácia, porque indubitavelmente assegura melhor conhecimento dos fatos e, portanto, auxilia a Administração na obtenção da solução mais justa.

¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997, p. 207.

² ROCHA, "op. cit.", p. 208/209.

³ Citado por BUSQUETS, Cristina Del Pilar Pinheiro; MARTINS, Maria Beatriz Prata Rodrigues Borges de Magalhães. **Direito de Defesa nos Tribunais de Contas**. [S. l.: s. n.], [199-], p. 22.

Em verdade, o contraditório integra a ampla defesa, instrumentando-a e viabilizando-a, e com ela quase se confundindo na medida em que uma hoje em dia a defesa há de ser sempre contraditória. ⁴

Finalmente, o princípio do contraditório e da ampla defesa está em plena consonância com outro princípio regente da atividade administrativa, o princípio da publicidade ou da máxima transparência, constante no art. 37, "caput", da Constituição Federal, de sorte que a administração há de agir sem nada ocultar, pois, com raras exceções, nada há que não deva vir a público. ⁵

Os atos praticados nos processos administrativos só podem ser exercidos sigilosamente quando imprescindíveis à segurança da sociedade e do estado (art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal). Fora destes casos, o direito de acesso não pode ser restringido.

DILIGÊNCIA EXTERNA À ORIGEM

O **Provimento 3/1991** do Tribunal de Contas do Paraná contempla a possibilidade de, durante a instrução técnica dos processos de prestação de contas anuais dos municípios, efetivar-se, quando necessário, diligência externa à origem visando à complementação de documentos, esclarecimento de situação e completo saneamento da prestação (art. 2º). Tais diligências poderão ser propostas pela Diretoria de Contas Municipais ou pelo relator do processo (arts. 2º e 4º, § único), porém, consagrou-se a prática de também o Ministério Público solicitar a sua realização. ⁶

Na Diretoria de Contas Municipais, a diligência externa à origem (chamado "exame preliminar") é encaminhada à prefeitura ou à câmara pelo correio, com aviso de recebimento. Até pouco tempo atrás, as diligências eram encaminhadas sem AR, o que permitia a alguns prefeitos e presidentes de câmara alegar maldosamente o não recebimento, para ganhar mais prazo no seu cumprimento. Problema mais grave ocorria

⁴ MACEDO, Wilson Teles. Citado por BUSQUETS e MARTINS, "op. cit.", p. 22.

⁵ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e Os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 70.

⁶ Provimento 3/1991-TC:

Art. 2º. Procedida a autuação, o processo será encaminhado pelo Relator à Diretoria de Contas Municipais, para instrução técnica, que poderá, para esse fim, propor diligência externa, à origem, visando a complementação de documentos, esclarecimento de situação e completo saneamento da prestação de contas.

§ único. Acatada a proposta de diligência pelo Relator este a promoverá através da Diretoria Geral com prazo máximo de 30 (trinta) dias à origem, devendo, então, a Diretoria de Contas Municipais pronunciar-se, conclusivamente, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 3º. Encerrada a instrução técnica, o processo de prestação de contas será submetido à Procuradoria do Estado junto ao Tribunal, para parecer, dentro do prazo de 10 (dez) dias do recebimento.

Art. 4º. Recebido o processo, o Relator, entendendo-o devidamente instruído, remetê-lo-á à Diretoria Geral para inclusão em pauta e apreciação do Tribunal Pleno.

§ único. Caso constate falhas ou omissões nas instruções técnicas e pareceres, o Relator determinará as diligências necessárias ao seu saneamento, no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

quando a diligência se referia a exercício financeiro de ex-prefeito ou ex-presidente de câmara, sendo recebida por seu sucessor, desafeto político, que a ocultava para prejudicá-lo. Hoje, obrigatoriamente o ex-mandatário deve ser oficiado da diligência por quem recebê-la.

As diligências solicitadas pelo Ministério Público também são encaminhadas aos municípios através da Diretoria de Contas Municipais.

DILIGÊNCIA EXTERNA À ORIGEM "VERSUS" CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A pergunta que se apresenta é: a diligência externa à origem supre a exigência constitucional do contraditório e da ampla defesa?

A resposta parece ser **negativa**, pois, em razão das suas origens, conteúdos e fins a que se destinam, são categorias diversas a diligência e o contraditório e a ampla defesa.

A **diligência** é facultativa, ficando a sua realização à inteira discricionariedade do responsável pela análise das contas, enquanto o contraditório e a ampla defesa são obrigatórios, inafastáveis. A diligência é instrumento destinado à exclusiva satisfação dos interesses do examinador das contas, preocupado em desenvolver proficientemente a sua atividade, buscando a complementação de documentos faltantes e o esclarecimento de situações que restaram dúbias nos autos, enfim, a completa compreensão do objeto examinado. A diligência, somente de forma eventual, reflexa e mediatamente, serve como canal de participação ao prestador de contas. O **contraditório e a ampla defesa**, por outro lado, perseguem interesses do responsável por contas, ao tempo em que também atinge o escopo da diligência. Por derradeiro, na diligência nem sempre o responsável por contas tem discernimento sobre a importância e as consequências do que vier a informar e declarar, o que não sucede no contraditório e na ampla defesa, onde é mais clara e explícita a relação acusação-defesa, bem como os ônus do silêncio ou das declarações impensadas.

DILIGÊNCIA EXTERNA À ORIGEM FUNCIONANDO COMO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Na Diretoria de Contas Municipais, quando são detectadas irregularidades passíveis de ocasionar a reprovação das contas é praxe a realização de diligência externa à origem, de modo a colher a manifestação do responsável por elas. Paralelamente, o técnico responsável pela análise das contas costuma contatar por telefone a prefeitura ou câmara, normalmente na pessoa do respectivo contador, esclarecendo-o dos vícios e irregularidades porventura constatados nas contas e pedindo-lhe o saneamento, ou simplesmente solicitando o envio de documentos. Normalmente, são adotados concomitantemente os dois procedimentos, o

telefone servindo para noticiar o envio da diligência escrita e antecipar o seu conteúdo.

Entretanto, sói acontecer de a diligência escrita não abranger todas as irregularidades encontradas, ou simplesmente deixar de ser efetivada, sendo integralmente substituída pela comunicação telefônica. No último caso, rigorosamente falando, nem mesmo houve a notificação do responsável pelas contas, pois ela foi feita informalmente, inexistindo nos autos qualquer prova da sua efetivação.

Além disso, embora rotineiramente a Diretoria de Contas Municipais realize diligência externa à origem quando se depara com fatos que possam ensejar a desaprovação das contas, costume também adotado pelo Ministério Público, não há a previsão formal de assim proceder-se, pois o Provimento 3/1991 refere-se apenas às diligências que, como foi visto, são facultativas, ficando a sua efetivação ao inteiro juízo de conveniência e oportunidade do examinador das contas.

A ausência de previsão do contraditório e da ampla defesa no Provimento 3/1991 tem suscitado opiniões desencontradas quanto à necessidade de colher a manifestação do responsável pelas contas antes delas irem à Plenário para julgamento, quando existirem fatos desabonadores à aprovação. A solução para o caso torna-se casuística e fica dependente, ao menos na Diretoria de Contas Municipais, ao juízo subjetivo e intuitivo do técnico que examina as contas, o que certamente não é o melhor caminho a ser trilhado, máxime em face do princípio da isonomia que exige o mesmo trato para a questão independentemente de preferências, simpatias ou opiniões pessoais de cada um, sob pena de tratarem-se os responsáveis por contas de maneira discriminatória, benéfica para uns e detrimetosa para outros.

Não pode prevalecer, ainda, a opinião defendida por alguns de que não haveria necessidade de audiência ou defesa prévia do responsável por contas antes da manifestação do Plenário. Alegam que o processo de prestação de contas apresentar-se-ia, à semelhança do inquérito policial ou da sindicância, como mero procedimento inquisitorial apto à investigação de fatos e sua autoria, sem qualquer conteúdo de acusação e, portanto, sem cabimento de nenhum contraditório. O exame da prestação de contas objetivaria simplesmente focalizar a verdade real dos atos de gestão realizados pelos agentes administrativos, buscando identificar elementos de convicção plausíveis a instrumentar e respaldar a emissão de um posterior juízo de valor pelo Plenário. Ainda, que seria o recurso de revista o instrumento adequado ao responsável por contas exercer o seu direito de defesa. Finalmente, no caso das contas do executivo, onde o Tribunal é mera instância opinativa, que seria a câmara municipal a franquear o contraditório e a ampla defesa, por ser ela a responsável pelo julgamento definitivo das contas.

Equivoca-se a tese exposta em diversos pontos. Primeiramente, não há semelhança entre o processo de exame de prestação de contas e o inquérito policial ou a sindicância. Estes últimos são, em regra, procedimentos que buscam investigar atos ilícitos praticados pelo investigado, pressupondo, portanto, a existência de indícios de irregularidades. Além disso, normalmente não obtém a colaboração voluntária do investigado para o desenvolvimento dos trabalhos, o que é natural, pois a ninguém pode ser exigido que atue contra os seus próprios interesses. O processo de exame de prestação de contas, “a contrario sensu”, não pretende esquadriñar ilícitos, mas sim, contrastar os atos praticados pelo administrador público com os mandamentos legais, perquirindo a sua regularidade, a priori sem suspeitar do administrador, e para isso é necessária a sua colaboração, e também será natural a sua adesão, pois ele tem interesse em provar a lisura da sua atuação.

Por outro lado, não têm a mesma natureza jurídica o recurso de revista e o direito à ampla defesa. O direito de recorrer diz respeito à prerrogativa do prestador de contas de inconformar-se com uma decisão que não lhe favoreça e postular novo julgamento sobre os mesmos fatos, agora com julgadores diferentes dos primeiros.⁷ A ampla defesa refere-se ao direito de a pessoa contradizer o que se afirma em relação a ela, antes do julgamento, e também depois dele, na fase recursal, utilizando-se de todos os meios e instrumentos disponíveis. Portanto, a prevalecer o entendimento retro mencionado, só há direito de defesa em fase recursal, no recurso de revista, e não na fase anterior ao julgamento pelo Plenário, o que não se coaduna com os ditames constitucionais.

No caso das contas do executivo, verifica-se que o parecer prévio não tem natureza meramente opinativa. Apresenta-se como um “tertium genus”, pois embora não vincule estritamente a decisão da câmara municipal, exige o quorum de dois terços para não prevalecer (art. 31, § 2º, CF). Nesse diapasão, pode-se afirmar que o parecer prévio tem natureza indiciária ou indicativa, pois uma decisão desfavorável no Tribunal de Contas acena para a iminente desaprovação das contas na câmara.

Até porque, as decisões administrativas, ainda que sem o atributo da definitividade, só são válidas se realizadas após processo administrativo regular.⁸

Finalmente, consoante a dicção do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, parece não restar qualquer dúvida de que a garantia do contraditório e da ampla defesa abarca também a tramitação e julgamento das prestações de contas anuais apresentadas pelos municípios,

⁷ No Tribunal de Contas do Paraná ocorre um fato curioso. Como não foram instituídas as Câmaras, nos termos do art. 8º e ss. da Lei Estadual 5.615/1967, os mesmos julgadores compõem tanto a instância primária, que julga as prestações de contas anuais apresentadas pelos municípios, como a instância recursal, que examina os recursos eventualmente ajuizados contra as decisões daquela.

⁸ BUSQUETS e MARTINS, “op. cit.”, p. 19.

eis que os processos de prestação de contas são espécies do gênero processo administrativo.

ALTERAÇÃO DO PROVIMENTO 3/91 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ

Urge que o Provimento 3/1991 seja reformulado para expressamente prever mecanismos processuais que contemplem o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa antes do julgamento das contas pelo Plenário, positivando-o e explicitando-o, pois, não obstante a sua aplicação independa de regulamentação⁹, definir-se com precisão o momento em que tal se realizará representa incomensurável vantagem, evitando-se a atual utilização indevida da diligência externa à origem como meio de facultar ao responsável por contas o exercício do seu direito constitucional.

O momento mais adequado para a realização do contraditório e da ampla defesa parece ser aquele imediatamente após a elaboração do Parecer Prévio pela Auditoria, pois este ato encerra a fase instrutória do processo de prestação de contas e dá início à fase deliberativa, competência exclusiva do Plenário. Outrossim, o Parecer Prévio funciona como ato integrativo, no sentido de que sintetiza, num só documento, todas as irregularidades passíveis de ocasionar a desaprovação das contas apontadas pela Diretoria de Contas Municipais, pelo Ministério Público e pelo próprio Auditor.

Seria do Conselheiro Relator do processo, portanto, a iniciativa de provocar a manifestação do responsável pelas contas. Até porque, não é incomum o Conselheiro Relator discordar do Parecer Prévio, agravando-o, ao acrescentar-lhe vícios dantes não arrolados como motivadores para a desaprovação das contas ou, ao contrário, minorando-o, no sentido de relevar alguma irregularidade apontada. Seria improdutiva e não atenderia ao princípio da economia processual a defesa do responsável por contas apresentada unicamente à vista do contido no parecer prévio, pois, em havendo discordância do Relator, ela seria insuficiente e demandaria a realização de nova citação do interessado ou seria excessiva por conter partes desnecessárias.

Sobre o conteúdo da defesa apresentada, existindo fatos novos a serem examinados o Conselheiro Relator poderia, a seu exclusivo critério, solicitar reapreciação do corpo instrutivo da Casa (Diretoria de Contas Municipais, Ministério Público e Auditoria).

⁹ Adotando-se a classificação proposta por José Afonso da Silva, em sua clássica obra Aplicabilidade das Normas Constitucionais, pode-se afirmar que o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, constante no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dispensando ulterior complementação.

CONCLUSÕES

A alteração do Provimento 3/1991 de modo a expressamente garantir o contraditório e a ampla defesa na instrução e julgamento dos processos de prestação de contas anuais dos municípios é medida ousada, não se desconhece, haja vista que implicará o rompimento de hábitos antigos e arraigados, que vêm desde o antigo Provimento 2/1970.

Todavia, a implementação das mudanças sugeridas poderá ser inserida num contexto de maior magnitude, aproveitando a recente edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, que está a exigir mudanças na atual sistemática de fiscalização de contas adotada pelo Tribunal de Contas do Paraná.

Até agora, em regra, a atividade fiscalizatória do Tribunal limitava-se a incidir sobre fatos passados, perdendo-se a preciosa oportunidade de neles interferir, restando a mera função de julgá-los em comparação a um padrão ideal, nem sempre adequado à realidade vivida nos municípios. A inexistência de contemporaneidade entre fato e fiscalização acabava por produzir uma atividade fiscalizatória de caráter eminentemente punitivo, censurador, em prejuízo da sua função mais importante, aquela pedagógica e prevencionista, pois se antecipar à ocorrência de irregularidades é claramente bem mais produtivo e sensato do que simplesmente esperar que elas ocorram para então agir.

A Lei de Responsabilidade Fiscal muda este quadro. À medida que confirma os tribunais de contas como órgãos centrais da fiscalização externa dos municípios, realça suas funções prevencionistas. Agora, por exemplo, o Tribunal tem a atribuição de vigiar a ocorrência de fatos que possam afetar o equilíbrio das contas públicas dos municípios, alertando-os antecipadamente sobre eles (art. 59, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Essa atmosfera de mudanças, a exigir a adequação urgente do Tribunal de Contas do Paraná, deve contemplar também a busca da efetividade do princípio do contraditório e da ampla defesa, sob pena de se perder a oportunidade de adoção de métodos de fiscalização mais modernos e eficientes e tornar letra morta a Lei de Responsabilidade Fiscal e, mais gravemente, a Constituição Federal.