

Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle

Reuder Rodrigues Madureira de Almeida

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (Ucam). Especialista em Direito Público: Controle de Contas, Transparência e Responsabilidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Puc Minas). Analista de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG).

Resumo: A cláusula do devido processo legal erige-se como verdadeira garantia das liberdades públicas consagradas na Constituição. Por expressa disposição constitucional e em consonância com os ditames basilares da concepção de estado democrático de direito, o postulado do *due process of law* e seus corolários, especialmente os princípios do contraditório e da ampla defesa, deve conduzir as ações da administração pública de forma inatacável, acarretando a hodierna dinâmica de “processualização” da atuação estatal. Os princípios da defesa plena e do contraditório emergem como essenciais e indispensáveis à validade e à legitimidade dos julgamentos realizados pelo Poder Público, tanto na esfera judicial como na administrativa. Nesse contexto, tais princípios têm incidência direta e inarredável nos processos de controle instaurados pelos tribunais de contas, que devem cientificar os jurisdicionados e todos aqueles que possam ser afetados pelo exercício de seu mister constitucional, concedendo-lhes oportunidade de se manifestarem e apresentarem argumentos que contribuam para um deslinde processual favorável, sob pena de anulação pelo Poder Judiciário, o que compromete a efetividade das decisões de controle externo e promove o fomento do descrédito da sociedade em relação à instituição.

Palavras-chave: Devido processo legal. Contraditório. Ampla defesa. Tribunal de Contas. Processo administrativo de controle.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, no inciso LV do art. 5º, assegura aos litigantes e acusados em geral, em processo judicial ou administrativo, o direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, mote propulsor para o fenômeno de processualização da atuação administrativa brasileira. Ademais, pela primeira vez o ordenamento jurídico pátrio trouxe expressamente consignada

em seu texto a fórmula do *due process of law*, de origem anglo-saxônica, ao preceituar, no inciso LIV do retrocitado artigo, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva tecer considerações acerca da indispensabilidade de serem respeitados os ditames do devido processo legal e suas imbricações no evolver dos processos administrativos instaurados no âmbito das cortes de contas, a fim de conferir maior efetividade e estabilidade às suas decisões bem como resguardar os interesses postos em “xeque” em face do desenvolvimento de suas valiosas competências como entidades de fiscalização superior, órgãos proeminentes na defesa do erário e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

A cláusula do devido processo legal, verdadeira garantia das liberdades públicas consagradas na Constituição, encerra, hodiernamente, duas dimensões ou momentos distintos; “no primeiro deles (1), carreando uma índole essencialmente de natureza processual (*procedural due process*), e, em outro (2), de cunho material ou substantivo (*substantive due process*)”, consoante sintética lição de Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 131).

A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa requer sejam dadas ao interessado ciência da instauração do processo e oportunidade de se manifestar perante a autoridade judicial ou administrativa, produzindo ou requerendo provas. Tais corolários, ínsitos ao postulado do devido processo legal, impõem-se de forma inarredável aos procedimentos administrativos e, por conseguinte, às funções de controle exercidas pelos tribunais de contas que, na dicção do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, possuem um colorido quase jurisdicional. É de se notar, ademais, que a ampla defesa assegurada pela Constituição há de ser pretérita à decisão.

A administração pública deve atuar de forma transparente, por meio de um processo administrativo que não impinja angústia e opressão aos cidadãos-administrados, que não os reduzam a mero instrumento da atuação estatal. Não mais se admitem a instauração e o desenvolvimento de processos, judiciais e administrativos, que minimamente deixem transparecer situação análoga àquela “vívuda”, alegoricamente, por Josef K¹, protagonista da obra *O Processo*, cujo vício indelével os fulminaria por nulidade absoluta.

Assim, as ações do Estado não podem repousar no propalado dogma do interesse público², conceito jurídico indeterminado (amplíssimo e etéreo), impondo-se a adoção de um canal dialógico e participativo, fulcrado em direitos e garantias constitucionais, sendo inadmissível a instauração de processos que desumanizem o cidadão-administrado, ou seja, de processos kafkianos.

Nesse diapasão, o ministro Gilmar Mendes, evocando os clássicos *Comentários à Constituição de 1891*, de autoria de João Barbalho Uchoa Cavalcanti (1902, p. 323), asseverou que:

Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por naturezas sugestivas ou capciosas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 24.268-0. Relator p/ acórdão: ministro Gilmar Mendes. DJ de 17 set. 2004)

¹ A seguinte passagem, clássica e angustiante, ilustra bem a absurda situação “vivenciada” por Josef K, em relação ao questionamento acerca dos motivos de sua detenção, *litteris*: “— Não fomos encarregados de lho dizer. Vá para o seu quarto e espere. O processo judicial acaba de ser instaurado, e saberá tudo na altura oportuna. Ultrapasso a minha missão ao falar-lhe tão amistosamente. Mas espero que ninguém, excepto Franz, me ouça, e, aliás, também ele o trata simpaticamente, à revelia do regulamento. Se continuar a ter tanta sorte como para a designação dos seus guardas, pode ficar sossegado”. (KAFKA, 2009)

² Leonardo de Araújo Ferraz (2012, p. 185) assevera que “o conceito de ‘interesse público’, assim como qualquer outro diga-se de passagem, passa pela crença do operador do que efetivamente seja interesse público, o que exige a percepção de que essa crença não é forjada pela essência do instituto, mas sim pela ‘força’ haurida da gramática profunda de determinada sociedade que inclusive molda o olhar daquele que tem o *munus* de densificar seu sentido no caso concreto”.

Buscar-se-á demonstrar, então, com fulcro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, os influxos da cláusula do devido processo legal e dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle.

2 POSTULADO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1 Breve digressão histórica

O devido processo legal remonta, na esteira de outros direitos fundamentais, à outorga da célebre *Magna Charta Libertatum*³, nos idos de 1215, por meio da qual o rei inglês João I (alcunhado João Sem Terra) “reconheceu uma série de direitos feudais em resposta às demandas dos Barões, além das reparações devidas, em virtude do [seu] governo despótico” (LIMA, 1999, p. 27), visando amainar os movimentos reacionários manejados contra a coroa inglesa.

No capítulo 39 da Magna Carta, consoante leciona Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p. 30-31), encontra-se a pedra fundamental do devido processo legal, ao dispor que:

[...] nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.

Sob o reinado de Eduardo III, no ano de 1354, houve a confirmação da Magna Carta, assim como de outras “leis da terra”. Com o advento do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, o enunciado latino *per legem terrae* dá lugar ao uso da expressão *due process of law*⁴, consignando-se que “nenhum homem, de qualquer camada social ou condição, pode ser retirado de sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado a morte, sem que isto resulte de um devido processo legal” (LIMA, 1999).

Nos Estados Unidos a cláusula do *due process of law* evoluiu para o conteúdo hodierno, abrangendo não apenas as garantias formais do processo (*procedural due process*), mas também a observância de seu aspecto material, atinente ao respeito dos direitos dos cidadãos (*substantive due process*), cujas dimensões encontram-se cunhadas nas emendas 5 e 14 da Constituição norte-americana⁵.

No ordenamento jurídico pátrio, até o advento da Constituição da República de 1988, o postulado do devido processo legal era considerado apenas sob a ótica formalística, presente nas cartas constitucionais pretéritas

³ Em que pese não ter caráter universal, por se restringir, primordialmente, a atender aos anseios dos bispos, dos barões, da burguesia e do alto clero da Inglaterra, a Magna Carta pode ser tomada como o antecedente mais remoto da positivação dos direitos humanos, tendo relevada importância na evolução dos direitos fundamentais (COMPARATO, 2001).

⁴ Outras declarações inglesas do século XVII têm importante relevância na proteção dos indivíduos perante o Estado, quais sejam a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, resultado da chamada “Revolução Gloriosa” de 1688, e, finalmente, já no século XVIII, o *Establishment Act*, de 1701, as quais reconheceram direitos aos cidadãos ingleses em face do poder monárquico, positivando-os por intermédio da afirmação do Parlamento frente a Coroa inglesa (SARLET, 2005, p. 50).

⁵ **Emenda V:** Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

Emenda XIV: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. Tradução disponível no endereço: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1>. Acesso em: 14 out. 2013.

apenas de forma implícita. Tal realidade dificultou sobremaneira o reconhecimento e a observância das garantias oriundas do postulado, o qual ficou restrito, por longo período, à mera garantia procedimental aplicável ao contexto processual penal, sob as figuras do contraditório e da ampla defesa (LIMA, 1999).

A Constituição Cidadã de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, consignou, expressamente em seu texto, a fórmula do direito anglo-saxão, preceituando, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O autor Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 131) sintetiza com esmero esse iter de fortalecimento da garantia do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro:

Essa garantia, que foi inicialmente concebida como pressuposto de validade e regularidade da processualística penal, como, por exemplo, o direito a um julgamento rápido e público, por um juiz imparcial e competente territorialmente e do direito à ampla defesa e ao contraditório, mais tarde incorporou-se a outras relações processuais, envolvendo distintos ramos do Direito, a jurisdição civil e, mais recentemente, a seara do Direito Administrativo, em que assumiu importante papel na área do Poder de Polícia e impôs ao Administrador a estrita observância dos princípios, dentre outros, da legalidade, impessoalidade e moralidade (FERRAZ, 2009, p. 131).

É importante repisar que o devir histórico-evolutivo do devido processo legal acarretou o alargamento do plexo de garantias e princípios que lhe são inerentes, com fincas na ideia de limitação do exercício arbitrário do poder e na indispensabilidade de participação efetiva do cidadão nos processos.

Nessa esteira, impõe-se ao Poder Público o dever de assegurar os direitos básicos resultantes do postulado do devido processo legal⁶, tendo-se em mente que, modernamente, o direito a um procedimento adequado não compreende apenas o processo conduzido sob o pálio do contraditório, devendo ser aderente à realidade social e à concretização da igualdade processual.

O escrito tcheco Franz Kafka, em sua obra inacabada *O Processo*, faz o alerta de que mesmo sob a égide de um Estado Constitucional, em tempos de paz, a administração pública pode descurar-se de seu objetivo precípuo de atender aos anseios e mitigar as agruras da sociedade, curvando-se a interesses particulares, muitas vezes escusos e subservientes ao denominado “Poder Econômico”.

2.2 Dimensões do devido processo legal

Importa tecer breves considerações acerca das dimensões do devido processo legal — inicialmente considerado apenas como garantia de observância das formalidades processuais, em conformidade com os ditames projetados na lei — que passou a agregar outros direitos e princípios constitucionais, tais como os da razoabilidade, da proporcionalidade e da oportunidade, inclusive nos procedimentos administrativos, sob pena de invalidação judicial dos atos e das leis (LIMA, 1999).

2.2.1 Dimensão formal ou procedimental

Sob a perspectiva formal ou procedimental, o postulado do devido processo legal implica respeito, em qualquer procedimento, a um conjunto de garantias processuais mínimas, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a duração razoável do processo, entre outras, a fim de mitigar o risco de decisões que impinjam restrição indevida aos bens juridicamente tutelados.

⁶ O autor Demian Guedes assevera que a cláusula do devido processo legal é “polissêmica: tanto compreende direitos de liberdade, quanto de prestação; tanto compreende os diversos ramos da ciência processual (processo penal, civil, administrativo e legislativo), quanto abarca questões de direito material, sendo visível uma evolução do conceito para uma orientação substantiva” (GUEDES, 2007, p. 74).

Conforme pontifica Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p. 240):

Este aspecto do devido processo legal preocupa-se essencialmente com a obediência à forma, sem questionar sobre o conteúdo das etapas procedimentais. Portanto, violar-se-ia tal aspecto da cláusula se se deixasse de cumprir quaisquer destas etapas intermediárias, que em conjunto compõem o procedimento estabelecido.

Desse modo, em síntese, o devido processo legal de caráter formal contenta-se com o mero respeito ao procedimento estabelecido, tal como positivado na lei, possuindo conteúdo análogo ao do princípio da legalidade (HARGER, 2008).

2.2.2 Dimensão material ou substancial

O devido processo legal substancial ou material⁷, por sua vez, encontra-se alicerçado na busca pelo “equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem” (LIMA, 1999, p. 273). Ergue-se como forma de controle do conteúdo das decisões, considerando-se que o cumprimento do postulado pressupõe uma decisão devida e adequada, pautada pelos princípios da proporcionalidade⁸, da razoabilidade e da oportunidade.

Sob tal faceta, o devido processo legal impõe a observância da Constituição e de seus valores fundamentais em superação à ideia de que a cláusula tem por escopo, tão somente, a garantia de um processo ordenado e desenvolvido nos termos da lei. Está intimamente relacionado à consolidação do estado democrático de direito⁹, na medida em que passa a ter conteúdo material em superação ao caráter meramente formal, ampliando o rol de garantias dos cidadãos em face do Estado, diante de qualquer autoridade administrativa e obrigando a fundamentação das manifestações exaradas pela Administração Pública.

Dessa forma, o postulado do devido processo legal pode ser tomado como uma garantia-síntese que abarca, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da obtenção de provas por meios lícitos, da duração razoável do processo e da isonomia, todos voltados à efetividade do processo e, em última análise, dos direitos fundamentais.

2.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa

Dentre as garantias ínsitas ao devido processo legal sobressaem os princípios do contraditório e da ampla defesa, que se relacionam com diferentes aspectos do *due process of law*. No plano constitucional pátrio, encontram-se inseridos no art. 5º, LV, ao determinar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa¹⁰, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

⁷ O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 469) pontifica, com a peculiar destreza acadêmica, ser “na escrupulosa adscrição ao *due process of law*, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes de que o Estado se viu investido como conseqüência inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna.”

⁸ Inobstante tal entendimento, traz-se a lume a ressalva feita por Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 27) acerca dos perigos da aplicação indiscriminada do princípio da proporcionalidade em detrimento da demanda contemporânea por racionalidade das decisões, ao asseverar serem “poucos, e aí se enquadram os casmurros estudiosos de matriz habermasiana, os que ousam questionar a aplicação quase que automática do referido princípio como fundamento absoluto das decisões judiciais. Para estes, a utilização do princípio da proporcionalidade como fio condutor da tomada de decisões judiciais afasta-se dos critérios de racionalidade alinhados com um modelo de Estado Democrático de Direito, a continuar perpetuando decisões valorativo-discrecionárias”.

⁹ Nesse sentido, traz-se a lume brilhante magistério da autora Maria Rosynete Oliveira Lima, ao aduzir que o “devido processo legal é uma expressão significativa do Estado de Direito, impondo ao titular do poder o dever de desenvolver-se sem afetar arbitrariamente os direitos fundamentais do indivíduo, que são tutelados pela cláusula — ‘a liberdade e os seus bens’ —, de modo a contribuir eficazmente para o estabelecimento do Estado Democrático brasileiro” (LIMA, 1999, p. 291).

¹⁰ A autora Helena de Toledo Coelho Gonçalves leciona que os termos se equivalem na medida em que “a ampla defesa tem por referencial o direito de alguém defender-se por todos os meios permitidos na lei, em igualdade de condições, e contraditório significa o direito de apresentar razões e contrarrazões, prova e contraprova” (GONÇALVES, 2010, p. 43).

O autor Marcelo Harger (2008, p. 136-137), com relação à distinção entre contraditório e ampla defesa, assevera que:

Apesar de ser possível separá-los mediante uma abstração, pode-se dizer que eles estão intimamente relacionados. Um não existe sem o outro. Não há ampla defesa, se o contraditório inexistir. A inexistência de possibilidade de ampla defesa, por outro lado, acarreta no mínimo um contraditório imperfeito. [...] Essa interdependência entre os princípios faz com que eles acarretem diversos desdobramentos comuns.

A ampla defesa é garantia de que o acusado tenha condições de participar da construção da decisão em contraditório, arrolando, no processo, todos os elementos que auxiliem no esclarecimento da verdade dos fatos. Desse modo, “a ampla defesa caracteriza mais um sentimento, uma valoração individual que leva o titular a procurar os meios de fazê-la valer, o que exige o exercício dos atos jurídicos característicos do contraditório” (GONÇALVES, 2010, p. 54).

Salienta-se que o princípio da ampla defesa dirige-se, também, ao legislador, sendo-lhe vedado editar normas restritivas ao direito de defesa. Ademais, a ausência de norma específica que maximize a fruição do princípio não tem o condão de obstaculizar a sua plena fruição (HARGER, 2008, p. 137).

A constitucionalista Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 208-209) leciona que 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.

Já o princípio do contraditório remete à necessidade de dar conhecimento da existência do processo bem como à possibilidade de reagir aos atos que lhe sejam desfavoráveis, sendo formado, primordialmente, por dois elementos: o direito de informação e o direito de reação (HARGER, 2008). É tido, assim, como uma garantia substancial exercida por meio da colaboração e do diálogo, com vistas a promover a participação ativa no “processo de convencimento” do julgador.

Outra não é a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 207) ao asseverar que:

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.

Impende repisar que os princípios da ampla defesa e do contraditório não mais se restringem aos processos judiciais, sendo aplicáveis, por força de disposição constitucional, aos processos administrativos em geral. Assim, Evandro Martins Guerra (2003, p. 77) assevera que o processo administrativo “deve observar e atender aos princípios que lhe são pertinentes, que conformam e orientam a sua estruturação legal”.

Em resumo, a devida informação e a oportunidade de manifestação dos interessados é condição inafastável de validade de toda e qualquer decisão estatal. Perscrutar-se-á, tendo em mente tal assertiva, a exigência de aplicabilidade do devido processo legal e, em especial, dos princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos de controle manejados no seio das cortes de contas.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO

3.1 Processualização do direito administrativo

A jusadministrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 622-623) traça um rol didático dos sentidos empregados à expressão processo administrativo¹¹:

1. num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração;
2. é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, quando se diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de **sentença judicial transitada em julgado**, mediante **processo administrativo** em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante **procedimento de avaliação periódica de desempenho**, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa;
3. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo;
4. como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.

O autor Demian Guedes (2007) faz alusão à dinâmica hodierna de “processualização” do direito administrativo, decorrência da superação da concepção do Estado liberal ou Estado-Polícia, na qual a administração atuava de forma agressiva em relação aos interesses particulares, sem propiciar prestações ou serviços aos cidadãos.

Nessa esteira, o aludido autor destaca que:

[...] a atuação da Administração fiscalizadora e autoritária era concebida primordialmente [por meio] do *ato administrativo*, que representa o papel de protagonista absoluto do próprio Direito Administrativo. [...] Ficava justificada, assim, a visão objetivista do contencioso administrativo, no qual o particular não defendia um direito subjetivo seu, mas apenas “colaborava com a Administração na procura da decisão administrativa mais conforme a lei. O particular não era

¹¹ Luciano Ferraz (2001, p. 4) esclarece que o “processo é a manifestação sensível da função que leva à edição de um ato final (provimento). Isto equivale a dizer que nem sempre os atos estatais se apresentam ao mundo jurídico imediatamente, pelo contrário, muita vez é mister que um caminho, definido juridicamente, seja percorrido até a emanação do ato e este caminho caracteriza o processo, ou para utilizar nomenclatura adequada — o procedimento. [...] portanto, que para que a função do Estado venha ao mundo na forma de ato jurídico, a regra é que se percorra um iter, que se denomina procedimento”.

titular de direitos subjetivos nas relações administrativas, tendo somente um mero interesse material na anulação do ato ilegal” (GUEDES, 2007, p. 41-42).

Hodiernamente, sob os influxos do neoconstitucionalismo e dos ditames do estado democrático de direito, o processo administrativo, inicialmente forjado como instrumento de racionalização e de eficiência da administração pública, ganhou especial relevo, impondo-se como “elemento de articulação do Estado junto à sociedade, garantindo a participação do cidadão no processo decisório, que, antes de ser estatal, deve ser *democrático e de direito*” (GUEDES, 2007, p. 47) e posicionando-se como elemento central do direito administrativo, em detrimento da importância outrora concedida à teoria do ato administrativo.

Outra não é a posição do emérito jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 476) ao pontificar que “uma vez que a ‘vontade’ administrativa do Estado é formada na sequência que se denomina ‘procedimento administrativo’, discipliná-lo é o meio idôneo para mantê-la sob controle”.

Assim, o processo administrativo, no contexto de um estado democrático de direito, deve ser conduzido de maneira que seja justo, a fim possibilitar a efetivação das garantias positivadas na Constituição a favor dos cidadãos, devendo desenvolver-se em consonância aos princípios constitucionais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 476), o manejo do processo administrativo “atende a um duplo objetivo: a) resguarda os administrados; e b) concorre para uma atuação administrativa mais clarividente”.

Pode-se afirmar, assim, que o processo administrativo constitui instrumento indispensável na tutela das garantias e direitos individuais em virtude das atividades exercidas pelo Poder Público ou sem nome, bem como na abertura e publicização das atividades estatais e viabilização concreta da participação democrática do cidadão (GUEDES, 2007).

No plano infraconstitucional, a Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, preceitua expressamente que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa, contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência”¹², consoante exarado no *caput* do art. 2º. O parágrafo único do citado dispositivo estabelece, ademais, que nos processos administrativos sejam observados, entre outros, os critérios de “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (inciso VIII) e de “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio” (inciso X).

3.2 Processo administrativo nas cortes de contas

Os processos administrativos desenvolvidos no âmbito dos tribunais de contas devem, necessariamente, “respeitar as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e, mesmo informadas pelos princípios da oficialidade, do formalismo moderado e da verdade material, assegurar sempre às partes o contraditório e a ampla defesa” (GUERRA, 2003, p. 76).

O processo de controle, desenvolvido pelas entidades de fiscalização superior, incide, direta ou indiretamente, sobre interesses e direitos subjetivos dos órgãos ou entidades públicas, gestores e administradores públicos, bem como dos particulares que figurem na relação jurídica administrativa, e, em última análise, da sociedade.

¹²No mesmo diapasão, a Lei Estadual n. 14.184/02, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Minas Gerais, preceitua, em seu art. 2º, que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, finalidade, motivação, razoabilidade, eficiência, ampla defesa, do contraditório e da transparência”.

Faz-se indispensável, por conseguinte, que as cortes de contas, no exercício de seu mister constitucional, observem os ditames do *due process of law*, em todas as suas dimensões e consectários, ofertando aos interessados a efetiva oportunidade de intervir previamente na decisão, devendo-se ter em conta, sobretudo, que nos processos de controle não há a rígida separação entre Estado-Acusador e Estado-Juiz, na medida em que o Tribunal de Contas concentra as atividades de investigação, acusação, julgamento e revisão dos seus julgados.

Em relação à prévia atuação no processo, o jurista Marçal Justen Filho (2010, p. 333) sintetiza que o princípio da ampla defesa ficaria frustrado caso a audiência “do particular fosse posterior à prática do ato estatal. Não existe ampla defesa quando apenas se assegura a garantia do recurso, sem oportunidade para manifestação prévia. Ou seja, a participação do interessado tem de ser efetiva e real”.

Impende à Corte de Contas, então, envidar esforços para que seus processos de controle se desenvolvam em fiel observância às garantias legais e constitucionais, a fim de conferir o maior grau de validade e legitimidade possível às suas decisões, resguardando-as, ao máximo, da desconstituição/anulação pelo Poder Judiciário.

Por derradeiro, cabe informar que as leis orgânicas e os regimentos internos dos tribunais de contas disciplinam a tramitação e as especificidades aplicáveis aos processos administrativos de contas, cujas lacunas são colmatadas, geralmente, pela aplicação subsidiária das disposições das leis de processo administrativo e do Código de Processo Civil.

4 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE CONTROLE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1993, em decisão prolatada nos autos do Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n. 514-6/AM, da lavra do ministro relator Octávio Gallotti, asseverou que:

Considerar que o Tribunal de Contas, quer no exercício da atividade administrativa de rever os atos de seu Presidente, quer no desempenho da competência constitucional para julgamento da legalidade de concessão de aposentadoria (ou ainda na aferição da regularidade de outras despesas), esteja jungido a um processo contraditório ou contencioso, é submeter o controle externo, a cargo daquela Corte, a um enfraquecimento absolutamente incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição desde os albores da República. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 514-6/AM. Relator: min. Octávio Gallotti. DJ de 3 dez. 1993)

Impende destacar, todavia, que tal posicionamento encontra-se há muito superado, tendo o STF, por ocasião de julgamento do Mandado de Segurança n. 24.268/MG, reafirmado a aplicação das garantias constitucionais fundamentais insculpidas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição de 1988 aos processos administrativos promovidos no âmbito dos tribunais de contas.

Na oportunidade, o ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, asseverou que o amplo direito de defesa envolve não apenas o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, bem como que os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos.

Transcrevem-se elucidativos trechos da fundamentação aduzida pelo ministro Gilmar Mendes no aludido voto-vista:

[...] a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos.

Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar — como bem anota Pontes de Miranda — é uma *pretensão à tutela jurídica* (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234).

[...]

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar [...].

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) Direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) Direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) Direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas [...].

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) [...].

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BverfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n. 97).

Dessa perspectiva não se afastou a Lei n. 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (inciso VIII) e de “garantia dos direitos à comunicação” (inciso X).

[...]

Não me parece de acolher-se, na espécie, a distinção enunciada por Velloso sobre a aplicação do direito de defesa e do contraditório apenas aos procedimentos que envolvam questão de fato. Tenho para mim que o texto constitucional não autoriza semelhante redução teleológica (CF, art. 5º, LV).

Portanto, esse fundamento — o da não observância do contraditório e da ampla defesa — afigura-se-me suficiente para concessão da segurança. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 24.268-0/MG. Relator p/ acórdão: min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17 set. 2004)

Nesse diapasão, a Suprema Corte Federal aprovou, na Sessão Plenária de 30/05/2007, a edição da Súmula Vinculante n. 3, cujo verbete dispõe que:

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.

Observa-se que esse enunciado sumular estabelece exceção expressa à aplicação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa nos processos que tramitam nos tribunais de contas em razão da competência exarada no art. 71, III, da Constituição da República de 1988, ou seja, naqueles em que se aprecia a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Cumprir registrar que o STF, em mandados de segurança, tem relativizado tal entendimento, de maneira que amplie o espectro de aplicação das sobreditas garantias constitucionais, concedendo parcialmente os *writs* para anular acórdãos das cortes de contas, tão somente, para assegurar aos impetrantes a oportunidade de exercerem o contraditório e a ampla defesa, desde que observado o transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, contados a partir do ingresso dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão no âmbito do Tribunal de Contas até a sua apreciação, para fins de registro. Nesse sentido citem-se, entre outros, os Mandados de Segurança n. 25.116/DF e 25.403/DF, relatados pelo ministro Ayres Britto, assim como os Mandados de Segurança n. 24.781/DF e 26.053-ED/DF, relatados pelos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, respectivamente.

O Tribunal de Contas da União, na esteira da Súmula Vinculante n. 3 do STF, editou o verbete da Súmula n. 256¹³, nos seguintes termos:

Não se exige a observância do contraditório e da ampla defesa na apreciação da legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão e de ato de alteração posterior concessivo de melhoria que altere os fundamentos legais do ato inicial já registrado pelo TCU.

Entretanto, em recente deliberação, o TCU também reconheceu a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa nos processos de controle, nos casos em que o ato de concessão sujeito a registro houver ingressado naquela Corte há mais de cinco anos, consoante se extrai do excerto a seguir:

Preliminarmente, verifico que os atos julgados ilegais deram entrada nesta Corte antes de 18.8.2004, não sendo possível precisar em que data, já que não consta dos atos juntados aos autos. A data que consta do Sisac, 18.8.2004, é uma data padrão para todos os atos que ingressaram anteriormente no Tribunal, sendo certo que o sistema, até então, não registrava tão relevante informação.

Contudo, o Acórdão 4557/2010-1ª Câmara foi prolatado somente em 27.7.2010, sem que os interessados tenham sido chamados aos autos para se defenderem sobre possível ilegalidade. Houve, sim, diligência junto à Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Acre para obtenção de documentação. Em nenhum momento os interessados, ou seus representantes legais, foram chamados aos autos para se manifestarem sobre possível ilegalidade na concessão dos benefícios.

Ainda que se trate de atos complexos, que dispensam o contraditório prévio, a jurisprudência do STF vem se consolidando no sentido de assegurar a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos atos de concessão cujo julgamento se delonga no tempo [...], razão pela qual foi proferido o Acórdão 587/2011-TCU-Plenário (rel. Min. Valmir Campelo). Neste último julgado, o Tribunal firmou entendimento sobre a necessidade de se promover a oitiva dos interessados quando o ato de concessão já houver ingressado há mais de

¹³ Consoante informação extraída do Sistema de Jurisprudência Sistematizada do TCU, o Enunciado de Súmula n. 256 encontra-se em processo de alteração. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:39:1000607960413202::NO>>. Acesso em: 17 out. 2013.

cinco anos nesta Corte. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. C-0302-01/13-1. Registro de Atos — Representação. Sessão: 29 jan. 2013. Relator: Ministro Benjamin Zymler)

Noutra oportunidade, o TCU ressaltou que o princípio da ampla defesa não pode ser visto de forma ilimitada, devendo ser aplicado na forma da lei e em conjunto com outros princípios de ordem constitucional, *in verbis*:

[...] o acolhimento dos documentos apresentados a destempo como memoriais configura sim o exercício da ampla defesa, pois os elementos neles colacionados serão considerados pelo Ministro relator e pelos demais membros do colegiado. Sem embargo, também em homenagem ao princípio da ampla defesa, é facultado aos interessados realizar sustentação oral ao tempo do julgamento.

10. Além disso, importa destacar que o princípio da ampla defesa, ao contrário do que alega o recorrente, não pode ser visto de forma ilimitada, uma vez que sua observância deve se dar na forma da lei e conjuntamente a ele devem ser aplicados outros princípios de ordem constitucional, tais como o princípio da celeridade processual, o princípio da razoabilidade, o princípio da eficácia e o princípio da duração razoável do processo. Essa é a regra no âmbito do judiciário e também deve ser a realidade neste Tribunal de Contas da União.

11. Isso porque, caso prosperasse a equivocada tese do embargante, os processos que tramitam nesta Corte de Contas nunca chegariam a seu termo, pois frente à possibilidade de impedirem *ad aeternum* o julgamento de suas contas, gestores mal intencionados poderiam, quando os autos estivessem conclusos para julgamento, apresentar novos elementos e obrigar a remessa do processo para nova manifestação da Secretaria do Tribunal. Finalizada essa nova análise e restituídos os processos ao Ministro Relator, poderiam mais uma vez apresentar novos elementos. Seria um ciclo sem fim que, além de não se conformar com os demais princípios aplicáveis, impediria o cumprimento das atividades constitucionais deste TCU. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. C-2592-36/10-P. Tomada e Prestação de Contas — Iniciativa Própria. Sessão: 29/09/2010. Relator: min. José Jorge)

Já no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, há entendimento consolidado no sentido de que a “imposição de multa-coerção sem prévia oitiva do jurisdicionado, em virtude de descumprimento de prazo ou de obrigação pública decorrentes de lei ou ato normativo do Tribunal, não viola o contraditório e a ampla defesa”, conforme posicionamento exarado no Enunciado de Súmula n. 108¹⁴.

Nesse viés, traz-se a lume excerto de voto prolatado pelo conselheiro Cláudio Couto Terrão, atinente à possibilidade de aplicação do contraditório diferido pelas cortes de contas:

[...] faz-se necessário distinguir, inicialmente, as duas espécies de multas passíveis de serem aplicadas pelos Tribunais de Contas: multas-coerção e multas-sanção.

As primeiras, conforme ensina Luciano Ferraz, ‘são aplicadas no intuito de forçar o cumprimento do ordenado, aproximando-se, na essência, das infrações impostas pelo Poder Público pelo descumprimento das medidas de polícia administrativa’. As segundas ‘possuem nítido caráter reparador do dano, com viés estritamente sancionatório’.

A diferença entre essas duas espécies de multa não se restringe apenas ao campo teórico. Isso porque, além de cada uma possuir campo de aplicação próprio, sabe-se que a distinção entre elas repercute diretamente no momento de realização do contraditório, como ensina Luciano Ferraz:

Com efeito, o processo que perante eles — Tribunais de Controle Externo — nos afigura, para todos os efeitos, típico processo administrativo, tornando inevitável o respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição.

Contudo, pode-se estabelecer, no que tange à garantia do contraditório, distinção entre multas-coerção e multas-sanção. As primeiras, por tutelarem o cumprimento de obrigações públicas, assemelhando-se às medidas de polícia, permitem o diferimento do contraditório, vale dizer,

¹⁴ Enunciado Sumular publicado no MG de 26/11/2008, p. 72.

autorizam a sua instalação depois de consumada a coação. Já as segundas reclamam prévio contraditório para que a sanção a ser imposta seja legítima.

No caso em análise, a multa foi aplicada pelo não envio das resoluções fixadoras dos subsídios dos vereadores para as legislaturas 1997-2000, 2001-2004 e 2005-2008. Assim, como o intuito da multa é forçar o gestor ao cumprimento da obrigação, tem-se que ela se enquadra na espécie “multa-coerção”.

Dessa forma, diante da natureza e das características próprias da multa aplicada, entendo que, nessa hipótese, o exercício do contraditório é diferido no tempo, não havendo que se falar em instauração do contraditório prévio. (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo n. 800.197. Recurso Ordinário. Relator: cons. Cláudio Couto Terrão. Sessão do dia 24/04/2013)

Por outro lado, a Corte de Contas de Minas Gerais, em fiel observância aos ditames constitucionais, assegura aos responsáveis o pleno exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle submetidos à sua apreciação, conforme o disposto na Lei Complementar Estadual n. 102/2008 e no Regimento Interno do TCEMG (RITCEMG), aprovado nos termos da Res. n. 12/2008.

O art. 111 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, dispõe que “em todas as etapas do processo será assegurada a ampla defesa”. O § 1º do art. 172 do RITCEMG, por sua vez, assevera serem “absolutas, dentre outras hipóteses, as nulidades correspondentes à ausência de citação para o exercício do contraditório e da ampla defesa [...]”.

Alteia-se, por oportuno, que o sobredito Regimento Interno possui um título afeto à matéria, denominado “Do Direito de Defesa”, onde estão arroladas as formas processuais destinadas a assegurar, aos responsáveis e aos interessados nos processos de competência do Tribunal, a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 183, *verbis*:

Art. 183. Aos responsáveis e aos interessados nos processos de competência do Tribunal serão assegurados a ampla defesa e o contraditório da seguinte forma:

- I — vista e cópia dos autos;
- II — apresentação de documentos, justificativas e alegações escritas;
- III — sustentação oral, perante o Tribunal Pleno e as Câmaras;
- IV — obtenção de certidões e informações;
- V — conhecimento das decisões do Tribunal;
- VI — interposição de recursos.

Parágrafo único. A ampla defesa e o contraditório poderão ser exercidos pela parte ou por procurador legalmente constituído nos autos.

O conselheiro Cláudio Couto Terrão expendeu considerações atinentes à necessária observância dos corolários do devido processo legal, em sua vertente substantiva, nos processos de controle, nestes termos:

Dentre as principais características do que hoje se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”, temos a que reconhece a força normativa da Constituição (obrigatoriedade de aplicação e força vinculante da norma constitucional) e a que reconhece sua onipresença em todas as áreas jurídicas (direito civil, penal, administrativo etc.).

Uma das consequências deste amadurecimento da ciência constitucional é a busca não só do respeito formal aos direitos e garantias individuais, mas de sua **efetividade** material.

E este, a meu ver, é o ponto fulcral a ser aqui discutido: efetividade.

Atualmente não basta abster-se de violar formalmente o contraditório e a ampla defesa para que se fale em observância a tais direitos constitucionais.

Além de não restringir tais direitos, impõe-se dar-lhes efetividade, garantir que os mesmos sejam hábeis a influenciar o resultado do processo, de modo que a decisão dele resultante seja, além de legal, legítima.

[...]

Nessa linha de raciocínio, o princípio constitucional do contraditório tem hoje reconhecidas — pela doutrina processual mais vanguardista — duas dimensões: uma formal e uma substancial.

A esse respeito, transcrevo o entendimento de Fredie Didier Jr., *verbis*:

‘Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.

Quais são os elementos que compõem a garantia do contraditório? Esta garantia desdobra-se em duas facetas.

A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar.’

Essa dimensão do contraditório é que, de fato, foi reconhecida pelo Relator no processo em voga, consubstanciada no direito do Recorrente de “participar” da sequência dos atos procedimentais aqui praticados.

Veja que o ilustre Conselheiro exemplifica, em verdade, a “participação” do Recorrente nos autos, afirmando que ‘[...] em nenhum momento foi feita qualquer restrição ao exercício da ampla defesa, constitucionalmente, assegurado ao Recorrente: a citação foi regularmente efetuada; foi admitida nos autos a defesa mediante procurador; foi diligenciada a Administração Municipal para enviar a documentação faltante ao exame do processo.’ (fl. 40)

Porém, tenho que tais medidas não foram suficientes para atender à dimensão substancial do contraditório (há muito denominada de “ampla defesa”), como complementa Didier, *litteris*:

‘Mas não é só isso.

Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, **mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.**

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado — e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. **É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.**’ (grifo nosso)

Não tenho dúvida, portanto, que, além de citar o Recorrente e expedir o ofício por ele pretendido para fins de obtenção da documentação necessária à sua defesa, era necessário o efetivo acesso a tais documentos, mediante, *v.g.*, a aplicação de multa por este Tribunal acaso o sucessor do Recorrente, na chefia do Município, deixasse de colaborar com a instrução processual — como de fato se deu na espécie em julgamento. Ou seja, se o Tribunal de Contas optou por obter a documentação solicitada pelo Recorrente, deveria ir até as últimas consequências para se desincumbir deste mister.

Note-se, entretanto, que, a despeito da solicitação dos documentos estar acompanhada de ameaça de aplicação de multa acaso descumprida (fl. 535 e 539), o então Chefe do Executivo

a ignorou, sendo que providência alguma foi tomada por este Tribunal ante este injustificado descumprimento.

[...]

E nem se diga que a aplicação de tal multa dependeria de iniciativa do Recorrente, pois, segundo o art. 315, *caput* e inciso I, do Regimento Interno, é o Tribunal quem aplica a sanção de multa, ‘ao constatar irregularidade ou descumprimento de obrigação por ele determinada em processo de sua competência.’

Ora, sabemos todos das dificuldades enfrentadas por ex-prefeitos na tentativa de se obter documentos durante as gestões que os sucederam, notadamente quando assumidas pela oposição.

Não é obrigação do Tribunal obter junto à municipalidade todos os documentos que o interessado necessita para a elaboração de sua defesa, devendo ele próprio, querendo, valer-se das vias judiciais próprias para tanto.

Porém, quando o Tribunal chama tal responsabilidade para si (como no caso em julgamento), deve desincumbir-se de tal mister, assegurando o direito do Recorrente de influenciar no processo, tornando legítima a decisão proferida.

Concluindo meu voto tenho, portanto, que a não obtenção da documentação necessária à elaboração da defesa do Recorrente impede que este Tribunal simplesmente profira decisão em seu desfavor, pela violação ao contraditório, sobretudo em sua dimensão substancial (ampla defesa), porquanto esta Corte assistiu inerte à recalcitrância do sucessor do Recorrente (seu desafeto político) em atender determinação do próprio Tribunal, que chamou para si o ônus de obtenção dos referidos documentos. (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo n. 786.945. Recurso Ordinário. Relator: cons. Sebastião Helvecio. Voto vencedor do cons. Cláudio Couto Terrão. Publicado no *DOC* de 23/05/2012)

Outrossim, o TCEMG assegura o contraditório e a ampla defesa na apreciação das contas anuais prestadas pelos chefes do Poder Executivo, para fins de emissão de parecer prévio, consoante preceitua o parágrafo único do art. 232 e o *caput* do art. 238, ambos da Res. n. 12/2008:

Art. 232. O parecer prévio será conclusivo quanto à observância das normas constitucionais e legais e quanto à situação financeira, orçamentária, contábil e patrimonial do Estado em 31 de dezembro.

Parágrafo único. O relatório técnico, que acompanhará o parecer prévio, conterá análise detalhada das contas apresentadas pelo Governador, bem como elementos e informações sobre o cumprimento das metas estabelecidas nos instrumentos de planejamento governamental e seus reflexos no desenvolvimento econômico e social do Estado.

Art. 238. Após a emissão do parecer prévio, o Prefeito responsável pelas contas será intimado da deliberação.

Parágrafo único. Transcorrido o prazo para a interposição de pedido de reexame, o Presidente do Colegiado que houver emitido o parecer:

I — encaminhará à Câmara Municipal e ao Prefeito o parecer prévio emitido, acompanhado do relatório da unidade técnica competente;

II — determinará a publicação da ementa do parecer prévio no *Diário Oficial de Contas* e do seu inteiro teor no Portal do Tribunal na internet.

O parecer prévio, na dicção de Andrada e Barros (2010, p. 63), possui natureza decisória em sentido amplo, de caráter “quase vinculante”, em superação à antiga visão que o considerava apenas sob o aspecto meramente opinativo. Nesse viés, o jurista Luciano Ferraz (2001, p. 13) alerta que a emissão do parecer prévio pelo Tribunal de Contas em desfavor do prestador acarreta, ainda que mediatamente, “o risco de uma

sanção jurídica, tornando-se imprescindível reconhecer-lhe não só a possibilidade de apresentar defesa, como também de recorrer da decisão que opina pela irregularidade das contas”.

O conselheiro Eduardo Carone Costa, em apreciação ao Pedido de Reexame n. 770.809, reiterou a indispensabilidade de o iter de confecção do parecer prévio respeitar os primados do contraditório e da ampla defesa:

[...] o Tribunal emitiu parecer prévio opinando pela rejeição das contas do exercício de 2002, antes da análise final da inspeção, em razão da abertura de créditos especiais sem cobertura legal e do descumprimento dos índices relativos à saúde e à educação, sem, contudo, oportunizar ao ex-gestor o direito de manifestar-se sobre o novo apontamento.

Além disso, convém assentar que, na época da interposição do presente recurso, o interessado solicitou ao relator do Processo Administrativo nova abertura de vista daqueles autos, o que lhe foi negado, sob o argumento de que já lhe havia sido conferido a regular oportunidade de defesa, sem a sua devida manifestação.

Conclui-se, portanto, que a emissão de parecer prévio das contas do Chefe do Poder Executivo de [omissis], exercício de 2002, na parte alusiva ao exame dos índices aplicados na saúde e na educação, foi proferida pelo Tribunal em afronta às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as quais devem ser resguardadas àqueles que respondem a processos, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa.

[...]

[...] o princípio do contraditório tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos garantem ao interessado o direito à informação, de manifestação com a produção de provas e de ver as suas razões consideradas.

ISTO POSTO, em sede de preliminar, **VOTO** pela anulação do parecer prévio exarado na Sessão do dia 12/08/2008, e demais atos processuais posteriores a sua edição, de modo a permitir o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa constitucionalmente assegurado para que o recorrente possa se pronunciar quanto ao descumprimento dos artigos 77, § 1º e 212 da Constituição Federal. (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo n. 770.809. Pedido de Reexame. Relator: cons. Eduardo Carone Costa. Sessão do dia 07/03/2013)

Por derradeiro, em relação à celeuma afeta aos atos sujeitos a registros, insta observar que o TCEMG, por meio do sistema Fiscap, criou mecanismos voltados a assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa, mediante a previsão de diligências para apuração de inconsistências nas informações enviadas e, quando da denegação do registro em caso de ilegalidade do ato, pela determinação do responsável para adoção de medidas regularizadoras, sob pena de responder, administrativamente, pelos pagamentos irregulares, sem prejuízo da sustação do ato, da aplicação das sanções legais cabíveis e da apuração de responsabilidade civil ou criminal, conforme se extrai dos arts. 256-259 do RITCEMG.

5 CONCLUSÃO

No paradigma do estado democrático de direito e do constitucionalismo pós-moderno (ou neoconstitucionalismo) o processo afigura-se como instrumento fundamental para promover a efetivação das garantias positivadas na Constituição em prol dos cidadãos, devendo desenvolver-se em consonância aos princípios constitucionais.

Ademais, devido à sobrelevada importância do postulado do devido processo legal e seus consectários, inclusive aos processos administrativos, consoante preceitua a Constituição da República vigente, em seu art. 5º, LIV e LV, dessume-se que o exercício dos poderes afetos à administração pública está irremediavelmente condicionado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nesse contexto, o devido processo legal consubstancia-se como postulado fundamental, na medida em que visa garantir a existência de um processo ordenado (procedimental), desenvolvido nos termos da lei. Por outro lado, em sua cariz substantiva, busca-se extirpar as intromissões arbitrárias e indevidas do Estado em detrimento aos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.

Observa-se, então, que os princípios da ampla defesa e do contraditório emergem como essenciais e indispensáveis para conferirem validade e legitimidade aos julgamentos, em superação a situação outrora vivenciada pelos cidadãos que não podiam reagir, de forma efetiva, aos arroubos de autoritarismo, sobretudo por não terem acesso à essência e aos mecanismos das instâncias estatais, no desenrolar de um verdadeiro “Processo Kafkaniano”.

Pode-se afirmar, hodiernamente, que tais princípios têm incidência direta e inarredável nos processos de controle instaurados pelos tribunais de contas, que devem cientificar os jurisdicionados e todos aqueles que possam ser afetados em decorrência de sua atuação constitucional, concedendo-lhes oportunidade de se manifestarem e apresentarem argumentos que contribuam para um deslinde processual favorável.

Assim, as entidades de fiscalização superior, sob os auspícios do devido processo legal em suas duas vertentes e por imposição constitucional, têm obrigação de assegurar todos os meios necessários para que a atuação dos interessados seja efetiva, propiciando-lhes acesso aos autos, apresentação de razões e contrarrazões e produção ou requerimento de provas, entre outras medidas processuais.

Em suma, o cerceamento de defesa, em seus mais variados aspectos, produz estigma indelével às decisões proferidas, por flagrante inconstitucionalidade e por ofender frontalmente os baldrames da concepção do estado democrático de direito. Portanto, as deliberações exaradas pelas cortes de contas em dissonância aos primados do devido processo legal, notadamente aquelas prolatadas em procedimentos que envolvam a aplicação de penalidade e responsabilização por danos ao erário, sujeitam-se à anulação pelo Poder Judiciário, o que fragiliza, sobremaneira, a efetividade das decisões dos tribunais de contas.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de; BARROS, Laura Correa de. O parecer prévio como instrumento de transparência, controle social e fortalecimento da cidadania. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 77, n. 4, p. 51-73, out./dez. 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A ampla defesa e a retirada de autos nos tribunais. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 26, n. 11, 2010.
- _____. Princípios do contraditório e da ampla defesa: especificidades na ação do controle externo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 46, n. 1, p. 57-69, jan./mar. 2003.
- FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica — princípio da proporcionalidade — uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

- FERRAZ, Luciano. *Due process of law* e parecer prévio das cortes de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 9, dez. 2001.
- GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. *Contraditório e ampla defesa*. Curitiba: Juruá, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996.
- GUEDES, Demian. *Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- KAFKA, Franz. *O processo*. Alfragide: Leya, 2009.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 405-422.

Abstract: The due process of law comes up as an actual guarantee of public liberty rights assigned in the Constitution. Due to constitutional commands and in accordance with basic principles of the rule of law, the due process of law and the rights inherent thereto — mainly those related to the rights of adversary system and full defense — must lead public administration's acts unimpeachably. To do so would imply a modern dynamics of “processualization” of State acting. The principles of full defense and adversary system has become essential to validity and legitimacy of public judgments, both in judicial and in administrative spheres. These principles must be directly applied in processes established by audit courts, which have to inform those who are under power of them as well as the affected by the exercise of its constitutional attribution, giving them the opportunity to express themselves and present reasons that could contribute to a favorable outcome of the process, under penalty of annulment by the Judiciary Branch. This sort of action may jeopardize the effectiveness of decisions upon external control and raise the society discredit in relation to the Institution.

Keywords: Due process of law. Adversary system. Full defense. Audit court. Audit process.