

METODOLOGIA E AGILIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ROSANE HEINECK SCHMITT
Auditora Substituta de Conselheiro
Coordenadora da Auditoria

Como é do conhecimento de todos nós, a aferição de contas públicas surgiu como exigência básica para a existência e manutenção do Estado de Direito, como estruturado no século XVIII, segundo a teoria da separação de poderes preconizada por Aristóteles, renovada por John Locke e Rousseau e definida por Montesquieu, para quem o “poder deve controlar o poder”, técnica considerada fundamental para a garantia dos Direitos do Homem.

Nos tempos de hoje, no entanto, já não mais basta um Estado de Direito, apenas, porque o aumento das atribuições estatais, especialmente quanto ao seu dever de prestar obrigações sociais dentre as quais se destacam a saúde, a educação, a moradia, o direito ao trabalho, exige um novo Estado, o Estado Democrático de Direito, aquele para o qual não basta mais o reconhecimento ao homem das liberdades fundamentais básicas oitocentistas, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Não, é preciso que o Estado preste ou dê condições de serem prestados um conjunto de direitos que resgate, em todos, o seu inalienável direito à dignidade, dignidade que o ser humano titula pelo simples fato de ser humano. E porque o Estado ampliou-se, ampliaram-se também os recursos recolhidos do povo para o custeio de tão vasto rol de prestações de serviços públicos. Em consequência, foi também necessário ampliar a tarefa de fiscalização destes recursos, atribuída ao Poder Legislativo de modo que, na estrutura deste, mas na condição de órgão autônomo e independente, criou-se, primeiramente, o Tribunal de Contas da União, na Constituição republicana de 1891 e depois, paulatinamente, os Tribunais de Contas Estaduais e, até, Municipais.

Daí se tem que Tribunais de Contas e Estado Democrático de Direito estão intimamente ligados e por isso, a Constituição de 1988, marco do retorno ao regime democrático no Brasil, foi extremamente coerente ao ampliar o leque de atribuições dos Tribunais de Contas como forma de viabilizar a participação efetiva do cidadão no exercício do poder, permitindo-lhe verificar onde e como estão sendo aplicados os valores e bens públicos que, em verdade, são do povo. Esta a atividade principal dos órgãos de controle, em especial dos Tribunais de Contas, cujo objetivo maior é resguardar a moralidade da Administração Pública, através da transparência dos atos de seus diversos agentes.

Não podem, portanto, falhar os Tribunais de Contas porque, se o controle falha, a corrupção-comum a qualquer país, pois não é privilégio brasileiro, em que pese nos últimos tempos parecer o Brasil o celeiro e refúgio de incontáveis espécimes desta natureza-irá prevalecer.

Em face disso, é na fiscalização preventiva, de caráter pedagógico que reside parcela significativa da eficácia de ação dos Tribunais de Contas no controle das contas públicas e no combate à corrupção.

Para bem desempenharem suas nobres funções, no entanto, é preciso que os Tribunais de Contas sejam ágeis, prontos, eficientes para impedir o mau uso, o desperdício, ou a malversação do dinheiro público.

Não há, efetivamente, nada mais frustrante do que não poder concretizar todo um longo trabalho de fiscalização, que inicia na difícil e operosa coleta de dados nos órgãos auditados, tantas vezes feita com o sacrifício das horas de lazer e de convívio do servidor com a sua família. Temos ciência das inúmeras dificuldades que todos vocês enfrentam para desempenhar seus misteres, especialmente o pessoal do interior, impossibilitado, fisicamente, de contar com o apoio direto do órgão central. E a frustração pela não concretização de tão árduas tarefas advém, muitas vezes do fato de nossos procedimentos não terem sido ágeis o suficiente para permitir que as irregularidades apontadas nas respectivas auditorias sejam imediatamente sustadas.

É, portanto, com este objetivo principal, o da agilização dos procedimentos administrativos, que passo a apontar-lhes alguns aspectos de tramitação de nossos processos que, em não sendo observados, levarão à nulidade de alguns dos atos que neles se contém, o que implica em seu refazimento e, conseqüentemente, no retardamento de seu julgamento e aplicação das respectivas penalidades ou medidas corretivas. Destaco, pois, as seguintes situações:

1) Uma das dificuldades com que constantemente nos defrontamos nos processos que analisamos e nos vêm a julgamento é a referente à não quantificação de danos, o que ocorre, por exemplo, quando se apontam irregularidades na execução de contratos. Em muitos casos, há apenas o aponte da falha, que é levada à consideração do Exmo. Sr. Conselheiro Relator sem haver menção ao valor dos prejuízos dela decorrentes. Isto faz com que, em diversos processos, e quando ainda é possível, tenhamos que devolver o processo à Supervisão ou regional competente para a devida quantificação de valores, a fim de possibilitar a cominação da glosa. Em casos excepcionais, e por razões relevantes, será necessário reabrir a instrução, já encerrada com o Parecer do Ministério Público, e remeter o processo para que se apure o valor que viabiliza a quantificação da glosa. Além disto, e conforme o caso, será necessário intimar novamente o responsável sobre o valor do dano, só então apurado, para que se evite posterior alegação de cerceamento de defesa. Só com este exemplo dá bem para se ter uma idéia do tempo que tudo isto leva para ser realizado, implicando em retardamento do julgamento do processo com as conseqüências que daí advém, ou seja, a administração responsável já encerrou sua gestão e, com isto, ficamos apenas com o caráter punitivo de nossas decisões, ainda assim duvidoso, quando o ideal é preferenciar seu aspecto pedagógico, ou seja, ocorrendo irregularidades em um exercício apontadas pelo Tribunal de Contas, que o administrador responsável ainda tenha condições de corrigir suas ações no exercício subsequente.

2) Outro aspecto fundamental que se deve ter em conta quando se instruem os processos é atentar para o estrito cumprimento, neles, do **devido processo legal**, princípio

constitucional consagrado por nossa Constituição Federal no art. 5º, inciso LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Por *devido processo legal* deve-se entender uma série de mecanismos constitucionais de proteção a litigantes e acusados em geral, em processos judiciais ou administrativos, nos quais se incluem os do Tribunal de Contas, tendo como um dos seus mais importantes corolários a observância, sempre, da ampla defesa, previsto também no mesmo artigo 5º da Carta Federal, em seu inciso 55 (LV), segundo o qual “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””.

É o princípio da ampla defesa que dá ao interessado, em qualquer processo, o direito de ser ouvido antes que se decida algo que o afete e, isto, não só porque esta é uma exigência de justiça mas, também, de eficácia porque, inegavelmente, assim se assegura melhor conhecimento da matéria em exame, o que auxilia a administração, no caso este Tribunal, na obtenção da solução mais justa. É preciso ter presente, também, que será pela afirmação e negação dos fatos, sucessivamente, que a verdade irá surgir dos autos, de modo que a tudo terá de ser assegurado o direito do acusado de contraditar, de contradizer, de contraproduzir e, até mesmo, de contra-agir processualmente. Por isto, e como antes mencionei com relação à questão da quantificação de valores, há casos em que será indispensável abrir novo prazo ao auditado para que sobre eles se manifeste pois, se antes esta quantificação não havia, ele partirá do princípio de que não haveria a glosa, mas apenas a penalidade menor de multa. Disto resulta o evidente atraso em nossos procedimentos de fiscalização.

A ampla defesa deve estar presente, inclusive, em procedimentos de licitação, quando se modificam suas cláusulas, quando se anula a licitação; também aí a ela tem de ser assegurada.

Para observarem o princípio do **devido processo legal**, devera-se-á ter a cautela de, nos relatórios, observar, também, o princípio da **razoabilidade**, assim chamado no direito americano e, para nós, denominado *princípio da proporcionalidade, ou máxima da ponderação*, como nos vêem do direito alemão, que nada mais significa do que o equilíbrio na apreciação dos fatos apurados, de modo que a falta apontada seja relacionada ao dano efetivo que poderia causar e, se potencial, sob que hipóteses poderá realmente se concretizar. Com isto quero dizer que, ao serem detectadas falhas na gestão, deve ser ponderado qual o efetivo grau de dano ao erário por elas realmente impugido e somente a partir daí serem formados juízos de convicção. É preciso ter consciência de que, naquele momento, quem auditada também é julgador, porque estará fornecendo os subsídios a partir dos quais o Sr. Conselheiro emitirá sua decisão. Se este equilíbrio for observado, nós estaremos fazendo justiça, com a estrita observância das regras constitucionais.

3) Chamo a atenção, igualmente, para o fato de que um grande instrumento para a agilização de nossos procedimentos será a utilização, ao lado dos habituais métodos de fiscalização, do método pedagógico que antes já referi. Isto significa que em nossas regionais, e isto também vale para a capital, não deve ser descuidada a função pedagógica do Tribunal: ensinem, orientem, mostrem os caminhos que os interessados

deverão percorrer para encontrarem respostas às suas dúvidas. Quanto mais o administrador for instruído a respeito de nossos procedimentos, sobre as normas legais que eles devem cumprir, mais ágil e eficiente será o Tribunal de Contas. Aliás, fantástico será o dia em que todas as contas estiverem em dia! Há um grande desconhecimento e um grande terror com relação ao Tribunal de Contas. Quando um órgão público ou Prefeitura vai sofrer uma auditoria nossa, não há servidor, responsável pela administração de pessoal e pelas contas, que não fique à beira de um ataque de nervos. O Tribunal portanto não deve representar uma *“hidra de sete cabeças!”*.

4) Questão crucial que se vincula à oportunização da ampla defesa é aquela que diz com a figura de terceiros, assim ditos os interessados na decisão do Tribunal de Contas, como ocorre nos casos de aposentadoria, pensões, admissões de pessoal. Nosso Tribunal de Contas posiciona-se no sentido de que, nestes processos, participa tão somente o responsável administrativo pelos atos praticados e que geraram despesas, ficando o cidadão, aquele que poderá ver sua relação jurídica de servidor anulada ou desconstituída, como nos casos de aposentadoria, de admissões, somente como *terceiro interessado*, a quem se admite que adentre ao processo *“no estado em que se encontra”*, à semelhança do disposto no Código de Processo Civil quando legisla, no art. 50, com relação à *assistência*, que é a situação em que *“Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo ou assisti-la”*, caso em que *“recebe o processo no estado em que se encontra”*. Assim, nosso Regimento Interno, no art. 152 e §§ 2º e 3º, considera terceiro prejudicado, dentre outros, o beneficiário do ato submetido a exame de legalidade para fins de registro, tendo ele, como prazo para recorrer, o mesmo da parte interessada. Isto significa que, muitas vezes, os prazos para manifestações e recursos daqueles terceiros já estarão vencidos, nada mais podendo fazer o servidor, ainda no processo administrativo, para tentar defender-se ou modificar a decisão que o atinge, diretamente.

Esta é uma situação, no entanto, que poderá levar à alegação de inoperância da coisa julgada administrativa com relação ao servidor porque a *“coisa julgada só opera efeitos entre as partes as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”*, como dispõe o art. 472, CPC.

Evidentemente, não há dúvida de que a relação do Tribunal de Contas se estabelece com o administrador. Mas também é indubitável que o dito *terceiro*, o servidor cuja situação funcional se discute e vai sofrer todo o efeito reflexo da decisão do Tribunal, fica alijado do procedimento em que se apuraram questões que lhe dizem respeito diretamente. Aliás, é por tal motivo que as decisões do Tribunal, nestas matérias, têm determinado que o administrador cientifique o interessado da decisão, dando-lhe ciência do prazo de trinta dias para recorrer. Ocorre, no entanto, que em várias situações o administrador é omissivo e não científica o servidor quanto àquela decisão e, isto, poderá nos deixar em situação delicada.

Sobre esta questão, qual seja, a da importância de ciência do servidor interessado no ato de sua admissão, especialmente, porque se considerada irregular deixará ele seu cargo ou função, destaco que já existem decisões proferidas em Mandados

de Segurança e referentes a exames de tais atos de admissão do servidor no serviço público, exonerados para dar cumprimento à negativa de registro determinada por este Tribunal, em que o Judiciário entendeu que devam eles ser reintegrados porque, no exame feito pelo Tribunal de Contas, não lhes foi oportunizada a ampla defesa. Tenho aqui comigo decisão recente, de uma Vara do interior, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado, em que este entendeu que *“Não pode a Administração Pública exonerar funcionário estável (que havia sido concursado), ainda que embasada em decisão do Tribunal de Contas, sem instauração do devido processo legal.* Isto significa que o Judiciário quer que a administração, na origem, abra sindicância, ou procedimento administrativo, oportunizando a defesa de seu ato de admissão, para só depois efetivar a exoneração, o que vale dizer que a decisão do Tribunal de Contas poderá vir a não tem valor algum, porque passível de reexame pela administração local. Com a devida vênia, entendo que o Judiciário, nesse caso, deveria ter anulado o decidido pelo Tribunal de Contas e mandando que esse reexaminasse a questão, agora sim de acordo com o **devido processo legal** e oportunizando a **ampla defesa**.

Outro tema que teremos de enfrentar, muito breve, é o da retirada dos processos do Tribunal por pedido de carga de advogados. A este respeito já há Mandado de Segurança impetrado pela OAB contra o TCE. Nosso regimento prevê, no art. 129, vista dos autos no Tribunal. Esta é questão crucial, porque os processos que tramitam na Corte de Contas têm natureza peculiaríssima, face aos graves danos à imagem e honra das pessoas envolvidas, bem como daqueles decorrentes do mau uso político de nossas auditorias quando ainda sequer foram julgadas e, muito menos, tenham transitado em julgado.

Mas este é um caso que trago para a ponderação de vocês, para que saibam como é importante que em todas as fases de nossos processos tenhamos de observar o cumprimento do princípio constitucional da ampla defesa para que todo nosso esforço na tarefa de fiscalização acabe se revelando inútil.

5) Com o objetivo de dar cumprimento ao princípio constitucional da ampla defesa e através dele agilizar os procedimentos efetuados pelo Tribunal de Contas, está-se pensando em promover modificações em nosso Regimento Interno a fim de torná-lo mais adequado e mais ágil, o que se conseguirá também se forem adotadas todas as precauções necessárias para o efetivo asseguramento da defesa ampla dos auditados por este Tribunal. Neste sentido a Auditoria tem estudado propostas de alterações regimentais e, dentre elas, destaco a proposição de alteração do § 3º, do art. 70, do Regimento Interno, que hoje prevê a cientificação pessoal de pessoa interessada em processo sob apreciação do Tribunal para a sua inclusão em pauta somente se esta pessoa requerer, expressamente, tal intimação. O que se está cogitando propôr, no entanto, e para a garantia da ampla defesa é que, a exemplo do que ocorre nos processos judiciais, desde que a parte interessada esteja devidamente identificada no processo submetido à apreciação do Tribunal, será obrigatoriamente intimada da data de julgamento, independente de sua solicitação neste sentido.

Essa medida, simples, evitará que muitas vezes tenha de se decretar a nulidade de um julgamento e, portanto, em ocorrer a demora na tramitação do processo, como eu

mesma já o tive de fazer, porque a parte interessada havia requerido, já no primeiro momento em que ingressara no processo, sua intimação para o julgamento. Esse pedido, no entanto, perdeu-se no emaranhado de fls. , distribuídos em diversos processos, que são comuns aos feitos que tramitam nesta Casa. Assim, são eles levados a julgamento sem que se proceda a essa intimação; depois, ou a parte reclama que isto não foi feito, ou nós mesmos vamos nos aperceber daquela falha. Aí nada mais resta do que anular o julgamento porque não foi obedecido o **devido processo legal**, na medida em que não se oportunizou a ampla defesa, como é o caso do direito do interessado em participar da sessão de julgamento e, até, efetuar sustentação oral, por seu advogado, pedido que pode ocorrer até o início daquele julgamento.

Outra alteração regimental que a Auditora propôs, objetivando a agilização na tramitação de nossos processos, é a de deixar claro que nos agravos regimentais e nos embargos declaratórios não se admite sustentação oral, acabando com dúvidas que possam existir a este respeito e, assim, evitando despesas e perda de tempo em intimações indevidas. A proposta foi recebida, sendo inserida em nosso atual Regimento Interno, no parágrafo único do art. 59.

Também buscando a maior rapidez na tramitação de nossos processos, pensa-se sugerir a alteração do arts. 155, 156 e 157 do Regimento Interno para, quanto ao primeiro, permita-se ao Relator que, de plano, não conheça de embargos de declaração que não preencham os requisitos de admissão, como não indicação de ponto a ser aclarado ou corrigido, ou quando manifestamente protelatório. Para os outros dois casos, estuda-se sugerir que os recursos de Embargos e de Reconsideração só tenham efeito suspensivo de suas decisões quando o valor da glosa ou da multa for superior a patamar a ser fixado, ou em casos de dano iminente para o recorrente. Com estas medidas processuais, simples, poder-se-á agilizar, em muito, o andamento de nossos processos, evitando indevido retardamento no cumprimento das decisões , muitas vezes postergadas por recursos absolutamente impertinentes interpostos pelas partes que, no entanto, estão apenas exercendo um direito que nosso regimento lhes assegura.

6) Outro aspecto que gostaria de chamar-lhes a atenção é o que diz com a necessidade de que tragam aos autos, quando o instruírem, todas as provas indispensáveis para a demonstração das irregularidades apontadas. A ausência da documentação comprobatória das falhas apontadas também tem levado os julgadores dos processos a desconsiderá-las, porque não há decisão que se sustente, juridicamente, sem prova robusta. Aqui é bom lembrar que a ausência desta documentação vai interferir também nos processos criminais movidos pelo Ministério Público, contra o responsável pelos gastos públicos, que em sua maioria fundamentam-se em auditorias realizadas por nosso Tribunal e que vêm os respectivos processos serem arquivados por inexistência ou deficiência de provas uma vez que, como todos sabem, a regra é *in dubio pro reu*. Juntar aos autos todos os documentos comprobatórios é também dar cumprimento ao **devido processo legal, à ampla defesa**, pois destes documentos o interessado é intimado e sobre eles deve manifestar-se para que se tenha uma decisão inatacável.

7) Por último, gostaria de lhes fazer uma indagação: as orientações dadas nas Consultas chegam ao conhecimento das equipes de controle dos respectivos municípios?

Isto seria extremamente interessante não só para que vocês tenham ciência da orientação adotada pelo Pleno do Tribunal, ou pelas Câmaras, o que agiliza os devidos procedimentos, mas também para que vocês possam acompanhar se o município ou órgão consulente acabou adotando, ou não, a orientação traçada pelo Tribunal, o que também facilita a aplicação do aponte.

Ficam, portanto, para a reflexão de vocês, estes destaques e sugestões de novos métodos de atuação, instrução e processamento das matérias de responsabilidade deste Tribunal de Contas e que, entendo, podem contribuir para uma maior agilização dos procedimentos de fiscalização que nos incumbem, que podem e devem ser feitos, sempre, de acordo com as normas que regem o Estado Democrático de Direito. Como vêem, não tenho respostas prontas ou definitivas para lhes apresentar, até porque nada é definitivo, até porque a resposta certa vai depender de um trabalho conjunto, esse para o qual todos nós neste Tribunal estamos engajados.

Quero aqui colocar-me à disposição de todos para prestar-lhes os esclarecimentos que entendam necessários, não só com relação ao tema hoje aqui abordado, mas em todos os questionamentos sobre suas atividades- e tantos são eles!!- que entendam possa auxiliá-los na busca das melhores soluções. Esta disponibilidade é também de todos os Auditores Substitutos de Conselheiro, que terão grande prazer em prestar-lhes o devido apoio, seja em problemas tópicos de que tratamos diuturnamente, seja para o pensar conjunto de medidas que tornem ainda mais ágeis e eficientes os procedimentos de fiscalização do dinheiro público, que nos foram atribuídos pela Constituição Federal.

Ao encerrar, concito-os a ouvirem, refletirem e, quiçá, seguirem, as palavras do fantástico Johann Wolfgang Goethe, o grande poeta e cientista alemão, quando diz que:

“Em relação a todos os atos de iniciativa e de criação, existe uma verdade fundamental, cujo desconhecimento mata inúmeras idéias e planos esplêndidos: a de que, no momento em que nós nos comprometemos definitivamente, a Providência move-se também. Toda a espécie de coisas ocorrem para ajudar-nos, que, de outro modo, não teriam ocorrido. Toda uma corrente de acontecimentos brota da decisão, fazendo surgir, a nosso favor, toda sorte de incidentes, encontros e assistência material com que nenhum homem sonharia que pudessem vir ao seu encontro. **O que quer que você possa fazer, ou sonha que o possa, faça-o! Coragem contém grandiosidade, poder e magia. Comece-o agora!**”

Muito Obrigada.

ROSANE HEINECK SCHMITT
Auditora Substituta de Conselheiro
Coordenadora da Auditoria