

AGRAVO N. 969325

Órgão/Entidade: Câmara Municipal de Oliveira
Agravante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Processo referente: Inspeção Ordinária n. 747088
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

EMENTA

AGRAVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. INSPEÇÃO ORDINÁRIA. INDEFERIMENTO DE CITAÇÃO. LONGO DECURSO DE TEMPO. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO MATERIAL. PEDIDO DE CITAÇÃO E PROCESSAMENTO. ALEGAÇÃO DE IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO. FATOS DE DATA REMOTA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL VÁLIDA. ÔNUS DE PROVA NEGATIVA DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO PROCESSUAL. ANOMALIA JURÍDICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. RECÍPROCA E SIMÉTRICA PARIDADE ENTRE AS PARTES. DIALETICIDADE PROCESSUAL. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO. PRESCRIÇÃO. TELEOLOGIA SIMILAR. INSTITUTOS JURÍDICOS DISTINTOS. OPORTUNIDADE. CRITÉRIO DESENCADEADOR DA ATIVIDADE DE CONTROLE EXTERNO. INÉRCIA DA AUTORIDADE TOMADORA DE CONTAS. AUTUAÇÃO INOPORTUNA DO FEITO. CONTROLE INTEMPESTIVO. EXISTÊNCIA DE OUTRAS VIAS DE CONTROLE. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO MATERIAL. PRAZO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 6º, II, DA IN TCU N. 71/2002. TEORIA DO HALO CONCEITUAL (*BEGRIFFHOF*). FATO GERADOR DO DANO. TRANSCORRÊNCIA DE MAIS DE UMA DÉCADA. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO. ZONA DE CERTEZA NEGATIVA. ENTIDADES FISCALIZADORAS BRASILEIRAS. JURISDIÇÃO DE CONTAS. JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. SEGURANÇA JURÍDICA. SOPESAMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. EVIDÊNCIAS DE *OVERRULING*. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA DO ESTADO SOCIAL. PROCESSO DEMOCRÁTICO. AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA. HARMONIZAÇÃO. LIMITAÇÃO TEMPORAL À AÇÃO DO ESTADO. DIALETICIDADE ÍNSITA À DEMOCRACIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Foge à proporcionalidade e lesa o princípio do contraditório imputar a quem quer que seja o dever de constituir prova negativa no curso de um processo em que só teve conhecimento de sua existência mais de dez anos depois, porquanto nessas condições torna-se inviável ao Estado-juiz garantir a recíproca e simétrica paridade ao acusado, sob pena de soçobrar toda a sistemática processual do Estado Democrático de Direito.
2. É paradoxal, contraproducente e antijurídico que, num processo de contas, submetido ao princípio da oficialidade, se instaure contraditório formal a fim de verificar que o contraditório material não pode ser estabelecido, porquanto na prática equivaleria a estabelecer uma relação processual para que o responsável demonstre que esta, de fato, não existe.
3. Conquanto os institutos da prescrição e da garantia ao contraditório sejam teleologicamente convergentes, não se confundem: mesmo para os ilícitos constitucionalmente denominados

“imprescritíveis” a atuação administrativa deve encontrar limites temporais máximos, sob pena de sujeitar os responsáveis pela gestão de recursos públicos a provarem, a qualquer tempo, mesmo depois do transcurso decorridas décadas, a adequada aplicação dos valores que tão remotamente geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.

4. A oportunidade da atuação do controle externo, nos termos do art. 226 da Res. 12/2008 constitui critério desencadeador da jurisdição de contas, estando ausente em feitos que, em razão da inércia do próprio Estado, ingressaram na Corte de Contas depois de passados vários anos da ocorrência dos ilícitos a que se visa apurar – sem prejuízo de vias alternativas de controle, como o administrativo e o judicial –, sob pena de sobrelevar o controle posterior em detrimento do controle concomitante e tempestivo, essenciais ao *accountability* democrático.

5. Na ausência de limitação temporal objetiva para configuração de prejuízo ao contraditório material, impõe-se, por ser questão de ordem pública e constitucional, a aplicação subsidiária do art. 6º, II, da IN TCU n. 71/2012.

6. Ainda que não haja normatização desta Corte quanto ao prejuízo ao contraditório, torna-se patente, mediante análise à luz da Teoria do Halo Conceitual (*Begriffshof*) – aplicável à análise de conceitos jurídicos indeterminados –, que o transcurso de período superior a uma década entre a ocorrência dos fatos apurados e a primeira comunicação encaminhada ao responsável está inserto em zona de certeza negativa (*negative Kandidaten*) no tocante à observância do contraditório material.

7. Conforme dispõe a jurisprudência majoritária dos tribunais de contas brasileiros, faz-se necessário sopesar o princípio da segurança jurídica com a indisponibilidade do interesse público, porquanto não pode o Estado deixar o particular, inclusive seus descendentes, sujeito à aplicação de sanção, principalmente quando sua inércia tenha prejudicado sobremaneira o exercício da ampla defesa e efetiva paridade para exercer o contraditório.

8. A efetiva dialeticidade processual não só deriva diretamente do texto constitucional e direito processual, mas, antes disso, é insita ao paradigma do Estado Democrático, no qual as decisões estatais devem se basear em mecanismos procedimentalizados, sendo garantida a isonomia na construção do discurso das partes a fim de que, mediante o sistema jurídico, chegue-se a uma deliberação decorrente do exame técnico-intelectivo dos argumentos apresentados; assim, o óbice ao exercício do contraditório é elemento, por si só, impeditivo de prosseguimento do próprio processo.

9. Apesar de a jurisprudência majoritária das cortes superiores abster-se de tratar do prejuízo ao contraditório em caso de lesão à Fazenda Pública, prevalecendo a máxima da “imprescritibilidade do dano ao erário”, há fortes sinais de *overruling* dados em razão do julgamento do Recurso Especial n. 1.480.350 e da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário n. 636.886, fato para o qual devem-se atentar as cortes de contas.

Segunda Câmara

31ª Sessão Ordinária – 26/10/2017

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de agravo interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em face de despacho desta relatoria que indeferiu requerimento ministerial de citação de responsáveis formulado há mais de dez anos da ocorrência dos fatos. Transcreve-se *in litteris* o despacho impugnado:

Em relação à manifestação de fls. 535/536, registro que, passados dez anos da ocorrência do fato gerador (período inspecionado), restam prejudicados, em razão do longo decurso de tempo, a instauração do contraditório e a constituição de provas para a ampla defesa, como sugerido por este Parquet.

No âmbito desta Casa, há diversos precedentes em que, devido ao longo decurso de tempo sem citação do responsável, entendeu-se pelo prejuízo ao contraditório material: Processos nºs 639958, 708673, 481197, 677271, 797522, dentre outros.

Assim, entendo prejudicada a aferição do possível dano ao erário suscitado pelo órgão técnico e remeto os autos para emissão do parecer conclusivo nos termos regimentais.

Em suma, o *Parquet* de Contas sustenta que “A reparação de danos ao erário é direito indisponível da Administração Pública e se perpetua no tempo (pretensão ressarcitória), não podendo ser obstada pelo decurso do tempo à luz da literalidade da norma insculpida no art. 37, § 5º, do Texto Constitucional.” (fl. 2).

Assim, o Ministério Público de Contas requer que o agravo seja provido a fim de que o feito retorne a sua regular tramitação, com realização a citação dos demais responsáveis envolvidos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar de admissibilidade

Conheço do presente recurso, uma vez que foram atendidos os pressupostos de sua admissibilidade, pois o apelo é próprio, tempestivo e atende ao disposto no art. 325 c/c art. 338 da Resolução n. 12/2008 – RITCMG.

II.1 Prejuízo ao contraditório

O instituto do *due process of law* têm suas raízes no direito consuetudinário da Inglaterra medieval. Na *Magna Charta Libertatum*, de 1215, consta o germe do devido processo legal (item 39). Na íntegra:

Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.¹

O devido processo legal foi consolidado ao longo da formação de todo o Direito Ocidental – principalmente nos últimos 800 anos – antecedendo qualquer constituição moderna. Não se trata, pois, de um mero direito constitucional relativo aos processos; mas de algo muito acima: um direito que orienta a formação de novos direitos. Poder-se-ia dizer que o *due process of law* (o *fairen Verfahren* alemão) é um direito metaconstitucional.

Miguel Reale² chega a afirmar que há princípios comuns à formação do Direito latino e do anglo-saxão, os quais adquirem consistência e objetividade mediante o Direito Comparado. Pedro Pontes de Azevedo³ concluiu que a sucessão das constituições ocidentais mantendo um

¹ Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.

² REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

³ AZEVEDO, Pedro Pontes de. Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte

padrão normativo marca uma sorte de direito transnacional ao qual nem mesmo o Constituinte Originário poderia se opor.

Dessa forma, não seria aceitável que o Estado, diante de sua própria inércia, a pretexto de exercer a judicatura, malsinasse o devido processo legal preocupando-se apenas com a formalidade de citar as partes sem atinar para a efetiva capacidade de se defenderem. Por isso, diz-se que esse princípio possui pelo menos duas dimensões para que se concretize: uma formal e uma material – o Direito alemão sintetiza-as na expressão *recht auf ein faires Verfahren* (“direito a um julgamento justo”).

Na formal, basta que se instaure o contraditório mediante um ato ordinatório de citação. Tendo a parte sido cientificada de fato ou presumidamente (por edital), a forma do ato jurídico está completa. Resta, pois, indagar se, de fato, a parte citada está apta a produzir provas em sua defesa (*substantive due process of law* – dimensão material). Não interessa ao Estado se a parte inviabilizou o exercício do próprio contraditório; neste caso processam-se os feitos. O cerne da questão está no fato de a inércia do Poder Público ter prejudicado o exercício do contraditório daquele a quem o Estado imputa responsabilidade. Nesse caso, verifica-se que a dimensão material do devido processo legal foi obstada pelo próprio Poder Público. Não seria isso beneficiar-se da própria torpeza?

Sobre o assunto, nos dizeres do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴:

Entre os meios de defesa sustentáveis, um, que também parece possível, é aquele referente ao longo decurso de tempo que impede a parte de desincumbir-se do ônus da prova que lhe foi imposto. Mesmo reconhecendo que o dever de ressarcir o erário pode ser considerado imprescritível e que compete ao administrador público e ao particular, que gere recursos públicos, o ônus da prova pela regularidade, é possível admitir que o longo decurso de tempo entre a prática do ato e a citação torne impossível o exercício da defesa. Essas hipóteses particularíssimas foram por nós consideradas, no desempenho das funções de ministério público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, independentemente de alegação do interessado, e mesmo em casos de revelia, ou até antes mesmo de proposta a citação.

Saliente-se que o **Procurador-Geral do Ministério Público de Contas** já se manifestou pela inviabilidade de produção de provas relativas a datas muito remotas, conforme se depreende do parecer ministerial exarado nos autos da Prestação de Contas Municipal n. 55.607: “[...] os fatos ocorreram há mais de 15 anos, sendo inviável a produção de provas relativa a tão remota data.”

Esse também tem sido o entendimento, pacífico, do Tribunal de Contas da União, conforme se depreende do Acórdão n. 462/2009-Plenário, *in litteris*:

A instrução e o julgamento das tomadas de contas especiais devem ter em conta, também, a observância da garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa, aspectos sobre o qual passo a discorrer. A instauração de processo de tomada de contas especial após longo decurso de tempo entre a ocorrência do fato gerador e a primeira notificação ao interessado, situação em que se enquadra o caso em exame, é questão que já ensejou amplo debate nesta Corte de Contas, tanto do ponto de vista principiológico quanto do ponto de vista normativo.

originário. **Jus Navegandi**, [online], jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4724/normas-constitucionais-inconstitucionais-oriundas-do-poder-constituente-originario>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas do Brasil, jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 556-557.

[...]

Imputar ao gestor, nessas condições, o ônus de demonstrar os elementos comprobatórios da aplicação dos recursos, sob pena de julgamento pela irregularidade, implicaria desconsiderar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e da garantia da ampla defesa. É nessa linha que vai a jurisprudência desta Corte. Neste sentido, é oportuno transcrever excerto do Voto originador do Acórdão nº 206/2007-Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

Divergindo da proposta da Unidade Técnica, o Ministério Público dá parecer no sentido de considerar as correspondentes contas dos responsáveis ilíquidáveis, ordenando o seu trancamento, com amparo nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.443/1992, mesmo em relação ao responsável revel, justificando seu entendimento no fato de que a acentuada demora da instauração da TCE pode levar a situações em que o próprio exercício do contraditório e da ampla defesa vê-se afetado de modo irremediável, consubstanciando obstáculo à defesa e impossibilitando o juízo de mérito pelo TCU.

[...]

Tal direito, portanto, deixa de ser efetivo e assegurado ao acusado, quando lhe faltam meios e recursos inerentes à sua defesa, haja vista que o transcurso do tempo tende a fazer desaparecer provas da execução do objeto do convênio.

[...]

A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a delonga na instauração da tomada de contas especial, bem assim na cobrança de outros elementos comprobatórios da correta utilização dos recursos públicos, dificulta sobremaneira o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa perante esta Corte. Destaco os seguintes precedentes: Acórdãos 920/2005, 2.750/2005, 285/2006, 459/2006, 1.425/2006, 1.218/2007, 2.286/2007 e 3.045/2007, todos da 1ª Câmara.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 462/2009. Relator: min. Weder de Oliveira. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 maio 2015.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG), também há diversos precedentes em que, devido ao longo decurso de tempo sem citação do responsável, entendeu-se pelo prejuízo ao contraditório material. Exemplificativamente, *vide* decisões recentes desta Casa tomadas nas sessões de 2015 e 2016: 639.958, 708.673, 481.197, 677.271, 797.522, 833.158, 676.998, 732.637, 762.919, 798.486, 857.559, 862.721, 862.832, 862.896 (todos de **minha relatoria**); 858.355, 887.962, 804.643, 838.911, 932.650, 862.675, 862.722, 808.438, 838.706 (todos de relatoria do **Cons. Wanderley Ávila**); 726.631, 838.721, 863.280, 672.805 (todos de relatoria do **Cons. Gilberto Diniz**); 456.653, 862.704 (relatoria da **Cons. Adriene Andrade**); 653.542, 862.475 (relatoria do **Cons. Cláudio Terrão**); 862.666, 8.583, 736.203, 677.938, 851.949 (relatoria do **Cons. Mauri Torres**), 643.008 (relatoria do **Cons. Subst. Licurgo Mourão**).

A fim de reforçar esse posicionamento, traz-se trecho de acórdão proferido pela Segunda Câmara no Processo Administrativo n. 708.673, da relatoria do Conselheiro Mauri Torres (Sessão de 21/03/2013), aprovado por unanimidade. *Ipsis litteris*:

Nesse contexto, embora se possa pensar em determinar a reabertura da fase instrutória por meio da citação dos Secretários Municipais acima nominados, entendo que, apesar de o Tribunal de Contas, no cumprimento de sua missão, ter que zelar pelo patrimônio público e pelas boas práticas de gestão administrativa, sua atuação não pode violar os direitos fundamentais e, no presente caso, reiniciar a instrução do presente feito após 8 anos do fato não seria plausível em nome dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, além de considerar que os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório em seu sentido substancial ficam prejudicados com o decurso do tempo.

Nesse ponto também é esclarecedor o voto proferido pelo Cons. Gilberto Diniz, em outra oportunidade, no sentido de que o longo lapso de tempo prejudicaria a produção de provas em favor daquele a quem se imputa responsabilidade. *In litteris*:

Como é cediço, defesas são construídas a partir de documentos e de lembranças; e se o lapso temporal tornou incerta a existência destas e daqueles, acabou por ser mitigada a possibilidade mesma de defender-se. Simplesmente, não poderia ser qualificada como ampla uma defesa que viesse a ser franqueada – e, é claro, produzida – mais de uma década depois do ato acoimado de irregular. Nesse contexto, penso que não é razoável impor aos sucessores do *de cujus* o ônus de responder pelos atos irregulares praticados pelo dirigente da entidade beneficiada. Tudo isso posto, resta demonstrado **efetivo prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa**, em razão, sobretudo, do longo lapso decorrido entre a ocorrência dos fatos e a oportunidade de ingresso nos autos dos sucessores do responsável, **o que torna as contas ilíquidáveis**, por motivos alheios à vontade dos herdeiros do Sr. José Ferreira Dias”

(TCEMG, Segunda Câmara, TCE n. 654.111, Rel. Cons. Gilberto Diniz, j. 18/12/12, com indicação de precedentes do TCU) (grifo nosso).

II.2 Direito processual constitucional e o paradigma do Estado Democrático de Direito

II.2.1 Processo como peça-chave do Estado Democrático de Direito

Como alternativa ao Estado Liberal de Direito, preocupado com as liberdades negativas e com a autonomia privada, e ao Estado Social de Direito, garantista e contumaz interventor na esfera econômica, ambos com traços autocráticos para assegurar seus ideais, nasce a noção-paradigma de Estado Democrático de Direito, que na ideia habermasiana, se serve do objeto da ciência jurídica como *medium* para efetivar as construções discursivas, os consensos das ações comunicativas, no mundo legal-sistêmico.

Assim, Jürgen Habermas traz gramática e dicionário próprios aos seus textos científicos, tratando de temas como “visão procedimentalista de democracia”, “procedimento democrático”, “procedimentos comunicativos”, “política deliberativa”, “modelo procedimental”, “Direito como *medium* do Estado”, “institucionalização do procedimento”.

Atualmente não há outra forma de procedimentalização, que não o processo, capaz de tornar o Direito a “correia de transmissão” entre a norma fática – exigência estatal, institucionalizada e universal – e a validade, conferida pela soberania do povo e pela capacidade de exercício da autonomia do sujeito.

É apenas mediante o processo, nos termos definidos pelo sistema, que se dá a oportunidade ao mundo da vida para que se manifeste a fim de concretizar a melhor aplicação das normas ao caso concreto, por meio da construção de argumentos, consolidação dos discursos e a efetiva constituição do consenso.

A Constituição de um Estado Democrático, como o Brasil, não pode cingir-se a tratar das ações vedadas ao Estado em face do sujeito, muito menos ao extremo de as decisões estatais se imiscuírem na autonomia privada, implicando uma ditadura da autonomia pública.

Num país democrático, as autoridades estatais – julgadores inclusive – devem abandonar a perspectiva das decisões tomadas “conforme a consciência”, e as medidas adotadas demandam validade nas ações comunicativas e no consenso. As decisões *secundum conscientiam* fundam-se numa sapiência autoritária de um ente que dita a forma de visualização do mundo sistêmico conforme as leis gerais que pensa ser a verdade norteadora de todo o Direito.

Segundo Habermas, em sua obra, *Theorie des kommunikativen Handelns* (Teoria das Ações Comunicativas), na tradução de Thomas McCarthy,

[...] não é a relação de um sujeito solitário com algo no mundo objetivo que pode ser representado e manipulado, mas a relação intersubjetiva – envolvendo sujeitos que falam e atuam – que as partes assumem quando buscam o entendimento entre si, sobre algo. Ao fazer isto, os atores comunicativos movem-se por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e referem-se a algo simultaneamente em um mundo objetivo, em seu mundo social comum e em seu próprio mundo subjetivo (1984, p. 392).

O regime de governo democrático não é figurativo. Uma mudança constitucional-paradigmática dessa estirpe traz implicações sobre todo o sistema jurídico nacional, especialmente no que tange à ordem processual. O processo, antes regulamentado quase que única e exclusivamente pelo texto infraconstitucional, foi alçado à matéria constitucional, submetendo as normas processuais ao crivo constitucional, e o texto normativo processual passou a ser, de fato, *secundum constitutionem*.

Com a edição, pelo Constituinte Originário, do art. 5º, LIV e LV, numa Constituição democrática, tornou o processo – *data venia* àqueles que entendem de forma diversa – essencialmente dialógico, demandando a formação de contraditório formal e material, sem surpresas e com real possibilidade de as partes se manifestarem e exercerem a ampla defesa.

Quer dizer, não há construção nem efetivação do Direito senão por meio do procedimento próprio, com estrita observância ao devido processo constitucional, que, *per se*, açambarca o devido processo legislativo e o devido processo legal.

II.2.2 Dialogicidade processual

Nessa linha, dúvida não há de que, no Brasil, a existência de um **diálogo efetivo** entre as partes que integram o processo – judicial ou administrativo – não só é imprescindível para satisfazer o direito ao devido processo constitucional, mas também é consectário do próprio paradigma de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Dierle Nunes⁵ assevera que:

Desde o direito comum, passando pelo início do século XIX, o princípio do contraditório era considerado um símbolo dos direitos naturais, sendo que a literatura europeia costumava afirmar que ele encontrava seu fundamento em um “princípio de razão natural”, sendo imanente ao processo.

Entrementes, paulatinamente o princípio foi perdendo sua importância éticoideológica, o que de certo modo coincide com a transição de um processo liberal dominado pelas partes (*Sache der Parteien*) para um processo onde o protagonista é o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual.

Chegou-se a crer, nos anos 30 do século passado, que a falta do contraditório (a falta da cooperação das partes) não impedia a obtenção de uma decisão justa.

Determinada corrente doutrinária ligada à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista chegou ao extremo de defender a supressão do contraditório no processo civil e a absorção do “processo de partes” no procedimento oficioso de jurisdição voluntária.

Após o segundo pós-guerra, com a mais ampla constitucionalização de garantias processuais, o estudo destas e o interesse pela colaboração das partes proporcionaram novos horizontes de análise para o princípio do contraditório.

⁵ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, Síntese, v. 29, maio/2004, p. 74 – 75.

Como se pode verificar, decorre diretamente do princípio democrático o princípio do contraditório, o qual se consolidou historicamente, após lutas e conquistas nas ciências jurídicas, garantindo a participação das partes no processo, não meramente *pro forma*, mas com capacidade de influência na decisão do sistema, sendo-lhe vedado surpreender os integrantes da relação. Novamente, Dierle Nunes confirma esse entendimento:

[...] os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, e este é o cerne da garantia do contraditório.⁶

Na visão de Élio Fazzalari, tamanha a relevância do contraditório, o processo sequer existiria acaso não se lhe subsistisse o caráter dialético.⁷ Isto é, sem contraditório, o processo seria mero procedimento, carecendo de validade para sequer existir no universo jurídico. Portanto, o processo reveste-se intrinsecamente de uma estrutura dialética, a qual deve necessariamente assegurar às partes a condição de recíproca e simétrica paridade.

Corroborar esse entendimento a posição do Prof. Rosemiro Leal⁸, que, em sua obra *Teoria Geral do Processo*, assevera:

[...] o princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. [...]

Conclui-se que o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes.

Não entendo possível que qualquer parte em um processo – judicial, administrativo ou de contas – seja, num Estado Democrático de Direito, responsabilizada por algo cujo conhecimento somente veio a ter mais de **treze anos depois**. *Data venia* a entendimentos outros, não há, na condição retromencionada, *status* de recíproca e simétrica paridade de manifestação das partes, porquanto sobreleva o Tribunal de Contas à condição de investigador-autor-juiz sem limites para o exercício de sua acusação e jurisdição, ao passo que o responsável ficaria eternamente sujeito a ter de constituir prova negativa em qualquer tempo de sua vida.

Ademais, como se visa demonstrar no subitem II.3 deste voto, não se confundem a lesão ao contraditório material com a prescrição: embora esta última seja espécie daquele gênero, são institutos completamente distintos.

II.2.3 Decisão no Estado Democrático: resultado fundamentado da análise dos discursos das partes, com base em exame técnico-intelectivo do procedimento

⁶ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Boletim técnico da Escola Superior da Advocacia da OAB/MG**, Belo Horizonte, v. I, p. 40.

⁷ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1992.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O Direito brasileiro, numa interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, atribui significativa vinculação aos precedentes e enunciados de súmula, principalmente após a edição do Código de Processo Civil/2015, cujo art. 489, § 1º, VI estabelece:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento** (grifo nosso).

Atualmente o entendimento pacificado nesta Casa, conforme demonstrado alhures, pode ser ilustrado na ementa do acórdão proferido na Sessão da Segunda Câmara de 14/07/2016, no julgamento da Tomada de Contas Especial n. 858.355, o conselheiro relator, Wanderley Ávila, cujo voto foi **aprovado por unanimidade**, propôs a seguinte ementa ao acórdão:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIOS OU INSTRUMENTOS CONGÊNERES. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DESTA CORTE DE CONTAS. INDÍCIOS DE DANO AO ERÁRIO. FATO GERADOR. DATA REMOTA. CITAÇÃO MAIS DE DEZ ANOS DEPOIS. PREJUÍZO MATERIAL AO CONTRADITÓRIO. CONTAS ILIQUIDÁVEIS. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1 – Reconhecida de ofício a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas quanto às irregularidades passíveis de aplicação de multa, nos termos do art. 110-E c/c o art. 110-C, II da Lei Complementar nº 102/2008.

2 – Consideram-se iliquidáveis as contas, ordenando-se o seu trancamento, quando o exercício da ampla defesa e a apuração dos fatos restam comprometidos em razão de significativo decurso de tempo entre a sua ocorrência e a efetivação de citação válida daqueles que foram apontados como responsáveis.

3 – Recomendação ao atual Secretário de Estado de Governo pela observância da Instrução Normativa n. 03/2013 desta Corte quando da instauração de procedimentos de tomada de contas especial, e arquivamento dos autos após o trânsito em julgado da decisão. (grifo nosso).

Saliente-se que os precedentes pelo trancamento de contas em caso de prejuízo ao contraditório não são poucos: em 2015 e até meados de 2016, a as Câmaras desta Corte assim decidiram em **dezenas de processos**.

Data venia a eventuais entendimentos divergentes, não entendo razoável nem possível que decidamos casos virtualmente idênticos de forma diferente, dando soluções não isonômicas numa mesma sessão, sem nenhuma particularidade dos casos que justifiquem o *distinguishing*. O Estado-juiz, de há muito, não mais decide conforme a consciência e a estrita visão de mundo do julgador. Como salientado alhures, não mais se pode conceber autoridades míticas, dotadas de poderes sobrenaturais, capazes de depreender a verdade apenas da análise dos autos, afastando aquilo que creem ser apenas a realidade aparente. **Frise-se, no Estado Democrático de Direito, não há como ignorar que a ausência de recíproca e simétrica paridade entre as partes integrantes da relação do contraditório constitui causa de nulidade absoluta da decisão que vier a ser proferida pelo Estado.**

Por isso, conclamo a todos deste Egrégio Tribunal que reflitamos sobre o Direito das partes no processo de contas. O exercício do controle externo está intimamente relacionado com os

instrumentos democráticos de *accountability*, levando à sociedade informações verídicas sobre a destinação dos recursos da *res publica*. No entanto, por imperativo constitucional, *plus ultra*, pelo próprio paradigma do Estado Democrático de Direito que o Constituinte Originário adotou, a jurisdição de contas deve estar sempre amparada pelo Direito, sob pena de subversão do processo democrático pelo autocrático.

Em sua lição, Luiz Guilherme Marinoni⁹, na obra *Novas linhas de processo civil*, assim assevera:

Como adverte Tocker, o objetivo central da garantia do contraditório não é a defesa entendida em sentido negativo, isto é, como oposição ou resistência ao agir alheio, mas sim a “influência”, entendida como *Mitwirkungsbefugnis* ou *Einwirkungsmöglichkeit* [*recte* *Einwirkungsmöglichkeit*], da demanda. De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações.

Ressalte-se: se não há efetiva paridade de manifestação e argumentação das partes, há lesão ao contraditório material, e, portanto, o julgador não pode formar uma decisão democrática, muito menos amparada pelo Direito, porquanto este fora ignorado.

II.3 Prescrição e prejuízo ao contraditório

Os limites impostos à observância do devido processo legal material em nenhuma hipótese se confundem integralmente com a prescrição da pretensão punitiva, ou mesmo a substitui. Trata-se de dois institutos completamente distintos – embora se possa considerar o primeiro como gênero do qual o segundo é espécie –, que apresentam teoria e construções jurídicas próprias, que se assemelham apenas em sua finalidade intrínseca, essencial para o Estado Democrático de Direito: efetivar o princípio da isonomia, ao evitar que o exercício da defesa plena reste prejudicado pelo decurso do tempo.

A prescrição inviabiliza a apreciação judicial ou administrativa do mérito dos autos submetidos à autoridade julgadora. Consiste de tempo fixado em lei, estabelecendo o tempo máximo para que a parte interessada tome as medidas necessárias para fazer valer seu direito. Nesta situação, a prescrição é matéria legal objetiva, que incide sobre todo e qualquer direito, ressalvados os definidos no texto constitucional, independentemente da existência, ou não, da instauração do contraditório.

O prejuízo ao contraditório trata de um fato jurídico, qual seja, a lesão a um instituto processual necessário. Ora, acaso se verifique dano em um processo do Presidente Olegário Maciel, cujo governo do Estado Mineiro perdurou de 1930 a 1933, estaria esta Corte legitimada a citar as gerações de sucessores, perscrutando os valores de herança que lhes foram repassados até identificar o quinhão que receberam e condená-los ao ressarcimento? *Data venia* ao entendimento do Ministério Público de Contas, não vislumbro nenhuma possibilidade de perseguir eventual lesão à Fazenda Pública nesse período. A prescrição ter-lhes-ia sido estendida? Óbvio que não, mas independentemente disso, haveria impossibilidade de processá-los por estar prejudicado o contraditório material.

Remanesce uma questão: qual seria o tempo razoável para que se afirme haver prejuízo à constituição de defesa, obstando à instauração do contraditório material? Trata-se,

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 258-259.

indubitavelmente de uma questão complexa, que, por via de regra, deve ser analisada caso a caso.

Há processos que estão numa *zona gris* quanto ao prejuízo ao devido processo legal, devendo ser analisados detidamente um a um, inclusive após a realização de diligências. Entretanto não se justifica manter na Corte o processamento de feitos que já se encontram numa zona de certeza de impossibilidade de instauração do contraditório material em razão do longo decurso de tempo transcorrido desde a data do fato das irregularidades ou gerador do dano.

Saliente-se, ainda, que, além das disparidades conceituais elencadas, observa-se que a verificação do prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, **nos mesmos moldes da jurisprudência pacificada no TCU e até então também neste Tribunal de Contas**, leva à extinção do processo **sem resolução de mérito**, nos termos do art. 176, II ou III – conforme o caso concreto –, do Regimento Interno do Tribunal de Contas. Quando se decide pela prescrição da mera transcorrência de prazo previsto em norma legal independentemente de quaisquer peculiaridades do caso concreto, ocorre que, como bem enfatizado pela doutrina processual e pelo art. 182-K do diploma citado, “O processo será extinto **com resolução de mérito** quando for reconhecida a prescrição ou a decadência”.

Conquanto não tenha reflexo direto e imediato nos feitos desta Corte, cumpre ressaltar que dez anos tem sido um prazo objetivo para que outros tribunais de contas – principalmente o Tribunal de Contas da União (TCU) – entendam pela inviabilidade de produção de provas pelo responsável. No caso do TCU, foi até fixado normativo próprio, qual seja a Instrução Normativa n. 71/2012, *in litteris*:

Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

[...]

II – houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

Dessa forma, entende-se que razão não há para dissonar desse entendimento do Tribunal de Contas da União, **fixado desde 1996** (Decisão n. 54/1996-2ª Câmara, de relatoria do Min. Fernando Gonçalves), ao qual, mediante diversos julgados – conforme salientado alhures –, a própria jurisprudência desta Corte mineira já se alinha.

II.5 – Jurisprudência de outras entidades fiscalizadoras

Quase toda a jurisdição de contas brasileira é unânime quanto à inviabilidade de constituição de contraditório material após longo transcurso de tempo, conforme se pode depreender de alguns julgados recentes colacionados na tabela a seguir.

DECISÃO (fonte)	EXCERTO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO Tribunal Pleno. Acórdão TC- 835/2015-Plenário.	Diante de referidas premissas, cabe forçadamente fazer análise do caso concreto face ao princípio da duração razoável do processo em contrapartida as garantias constitucionais, que a meu ver faz com que o julgamento dos presentes autos se mostre prejudicado, diante da falta de elementos que permitam aferição exata dos fatos, valores e responsáveis, sobretudo, pelo transcurso de vinte e cinco anos dos atos analisados (1990 – 2015) . Nestas circunstâncias não vislumbro motivos para se reiniciar uma instrução processual, tendo em vista que o transcurso do tempo se mostra em manifesta contrariedade aos

DECISÃO (fonte)	EXCERTO
Processo TC-7351/1996. Relator: cons. Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Julgado em: 23/06/2015.	princípios da duração razoável do processo e da eficiência, conforme tese que defendi no processo TC 3210/1998, no qual abordei de forma mais robusta a matéria, deixando registrado que a retomada de uma instrução processual para apuração de fatos e cálculo dos valores envolvidos depois de passados muitos anos, demonstra flagrante descompasso com os princípios da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica. A matéria também tem precedentes no TCU, conforme Acórdão 3515/2007 - Primeira Câmara, deliberação na qual foi negado provimento ao Recurso de Reconsideração interposto, quanto ao pedido de instauração de Tomada de Contas, considerando iliquidáveis as referidas contas, com a consequente determinação de seu trancamento, tendo em vista o decurso de prazo excessivamente longo, que prejudicaria ou impediria o pleno exercício do direito de defesa do agente público a quem se acometia a responsabilidade de ato ou fato [...] Resultado: TRANCAMENTO DAS CONTAS POR ILIQUIDÁVEIS. (grifo nosso)
TRIBUNAL DE CONTAS DO MARANHÃO Tribunal Pleno. Decisão PL-TCE n. 80/2016. Relator: cons. Álvaro César de França Ferreira. Julgado em: 18/05/2016.	Vistos, relatados e discutidos estes autos, referentes ao Convênio nº 056/2000, celebrado entre a Prefeitura de Araguaína, de responsabilidade do Senhor Bernardo Lima Furtado e a Gerência de Desenvolvimento Humano, de responsabilidade do Senhor Danilo de Jesus Vieira Furtado, exercício financeiro de 2000, os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, no uso das atribuições que lhes conferem o art. 71, inciso II, c/c o art. 75 da Constituição Federal, o art. 172, inciso II, da Constituição do Estado do Maranhão, o art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.258, de 06 de junho de 2005 (Lei Orgânica do TCE/MA) e o art. 1º, inciso II, do Regimento Interno, em sessão plenária ordinária, por unanimidade, nos termos do relatório e voto do Relator concordando com o Parecer nº 534/2015 GPROC 1 do Ministério Público de Contas, decidem: I. pelo arquivamento do processo em análise, por entenderem que o longo decurso de tempo tornou-se materialmente prejudicado o julgamento das contas do referido convênio consideradas iliquidáveis, nos termos do art. 24 da Lei Orgânica (grifo nosso).
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA Segunda Câmara. Processo TC 03725/04. Relator: cons. André Carlo Torres Pontes. Julgado em: 17/11/2015.	CONVÊNIO. Prefeitura Municipal de João Pessoa e as Empresas Sociedade Anônima de Eletrificação da Paraíba (SAELPA), Telecomunicações da Paraíba (TELPA) e Companhia de Água e Esgoto da Paraíba (CAGEPA). Atualização da base cartográfica do Município de João Pessoa. Longo prazo desde a execução. Impossibilidade de adentrar no mérito da questão em virtude do lapso temporal. Iliquidez das contas. As contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento do mérito (LOTCE/PB, art. 20). Consideram-se iliquidáveis as contas, ordenando-se o seu trancamento e o consequente arquivamento dos autos, quando o exercício da ampla defesa fica comprometido, em razão do longo decurso de prazo

DECISÃO (fonte)	EXCERTO
	entre a prática do ato e a citação do responsável. (grifo nosso).
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA Plenário. Processo TCE 07/00351051. Relator: César Filomeno Fontes. Julgado em: 05/11/2011.	Compulsando-se o que dos autos consta, verifica-se que transcorreu lapso temporal aproximado de nove anos entre a emissão da Nota de Empenho n. 40.532 (de 22/10/2001) e a citação dos responsáveis. [...] Com relação ao assunto, entende o Tribunal de Contas da União que, nas situações em que se verificarem impossibilidade, ou dificuldade, no exercício do contraditório e da ampla defesa, por razões alheias à vontade do responsável, devem as contas ser consideradas ilíquidáveis. [...] Assim sendo, diante da impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa, considero ilíquidáveis as presentes contas, razão pela qual proponho ao egrégio Plenário o seu trancamento, com o consequente arquivamento dos autos, nos termos do artigo 23 da Lei Complementar n.º 202/2000.
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA Segunda Câmara. Processo n. 1820/1995/TCE- RO. Relator: Valdivino Crispim de Souza. Julgado em: 17/02/2016.	CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER FISCALIZATÓRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL. EXISTÊNCIA DE FALHA PROCESSUAL INSANÁVEL. DECURSO PREJUDICIAL DE TEMPO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. 1. Constatada a existência de falha processual insanável em virtude do decurso de tempo prejudicial ao trâmite processual, exsurge a impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa dos acusados. 2. O Tribunal de Contas, ao reconhecer a falha processual e ao comprovar o decurso de tempo em que os autos ficaram arquivados de forma indevida pode, no exercício do Poder de Autotutela promover o arquivamento dos autos. (grifo nosso).
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MATO GROSSO Processo n. 26.117-3/2015. Relator: cons. José Carlos Novelli. Julgado em:	Desse modo, a delonga em instaurar a TCE (mais de dez anos dos fatos) tem o condão de inviabilizar o pleno exercício do direito à ampla defesa, considerada a dificuldade de se reconstituir os fatos e de se obter os documentos necessários à comprovação da boa e regular aplicação dos recursos. Conquanto o comprometimento do direito de defesa já seja suficiente para embasar o julgamento das contas ilíquidáveis, nota-se, como já explanado anteriormente, fragilidades na apuração do débito, razão pela qual não se afigura razoável exigir documentos ou justificativas sobre fatos ocorridos há mais de 10 anos. [...]

DECISÃO (fonte)	EXCERTO
20/05/2016.	Pelo exposto, com fundamento no art. 16 e 24 da Lei Complementar 269/07 c/c art. 190 e § 2º da Resolução Normativa 14/07, acolho o Parecer n. 1.614/2016 do Ministério Público de Contas de lavra do Procurador William de Almeida Brito Júnior e VOTO no sentido de DECLARAR a presente Tomada de Contas Especial ILIQUIDÁVEL, ordenando o TRANCAMENTO dos autos e seu ARQUIVAMENTO.
TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO PARÁ Processo n. 200506415-00. Relator: Ivan Barbosa da Cunha. Julgado em: 16/10/2008.	Consideram-se as contas ilíquidáveis, ordenando-se o seu trancamento e consequente arquivamento do processo, quando verificada a impossibilidade de obtenção de elementos que permitam comprovar a aplicação dos recursos no objeto do convênio, em razão do longo tempo transcorrido. (Tribunal de Contas da União, AC-3515-40/07-1, Acórdão TCU 3515/2007, Primeira Câmara, Relator: Ministro Aroldo Cedraz) Ratificando o entendimento acerca da matéria em epígrafe, destaca, por analogia, a interpretação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em um dos votos da relatoria do Conselheiro Relator Sebastião Helvécio no que se refere a inércia da administração pública ao proferir suas decisões “1. Vejamos: Tais processos já tramitam na casa há mais de uma década, ainda sem decisão definitiva. O transcurso de tantos anos é evidência concreta da contraproduktividade por eles trazida, cujo volume tornou a aprovação de uma decisão definitiva praticamente inexequível. Isso sem contar o já mencionado, no sentido de que nem mesmo uma decisão definitiva seria constitucionalmente efetiva, pois a análise formal não consubstancia o verdadeiro cumprimento da análise fiscalizatória destes instrumentos. Além do que, na hipótese, com o passar dos anos, objeto destes instrumentos já teve exauridos os seus efeitos, configurado o quadro em que apenas e tão somente uma análise in loco do seu desdobramento concreto seria capaz de eficientemente fiscalizar a aplicação dos recursos envolvidos” (grifo nosso).

II.6 – Perda da oportunidade

Consoante o art. 226, parágrafo único, da Res. 12/2008, o planejamento das atividades de controle externo desta Corte se pautará, entre outros, por critérios de materialidade, risco, relevância e oportunidade. *In litteris*:

Art. 226. As atividades de controle externo deverão ser planejadas e integradas, observando-se, entre outros, os princípios da eficiência, eficácia e efetividade do controle.

Parágrafo único. O planejamento das atividades de controle externo deverá observar, dentre outros, os critérios de materialidade, risco, relevância e oportunidade, regulamentados em ato normativo próprio.

Prima facie, já se pode afirmar que, no caso *sub examine*, houve citação válida do Sr. Fernando Figueiredo, presidente da Câmara Municipal de Oliveira no exercício de 2005, ordenador de despesas à época. Em momento algum, desde a inspeção ordinária ocorrida naquele exercício, houve citação dos beneficiários das despesas potencialmente irregulares ordenadas (gastos com combustíveis, diárias de viagens, verbas indenizatórias habituais, sem dotação orçamentária e de valor fixo) pelo Sr. Fernando Figueiredo.

Pretende o Ministério Público de Contas que este Tribunal proceda à citação dos referidos beneficiários quase **13 (treze) anos para depois** da ocorrência dos fatos.

Nos termos da doutrina de Licurgo Mourão e Gélzio Viana Filho, é preciso que, a fim de perseguir a eficiência tão apregoada na reforma gerencial do Estado, a Administração flexibilize regras rígidas em prol da seletividade das ações em conformidade com o interesse público. *In litteris*:

Podemos concluir que a busca da eficiência dos serviços da administração pública, de acordo com as teorias que embasam a reforma gerencial do Estado, dependerá da flexibilização das regras, da seletividade das ações em conformidade com o interesse público, da racionalização, otimização das atividades de auditoria a serem empreendidas, da responsabilização e avaliação dos trabalhos técnicos envolvidos e do gerenciamento dos riscos corporativos, como um meio de garantir que os objetivos sejam atingidos.¹⁰

No caso do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, um dos critérios de seletividade de suas ações elencados no parágrafo único do art. 226 é a oportunidade.

Entende-se por oportunidade o momento adequado para apreciação da matéria submetida à análise da Corte de Contas. A prestação da jurisdição de contas deve ser tempestiva e apta a gerar os efeitos sócio-políticos desejados pelos princípios republicano e democrático.

Conquanto trate do aspecto do poder punitivo do Tribunal de Contas, diversos foram os processos deliberados por unanimidade nesta Corte, em especial a Primeira Câmara, nos quais se salientou a perda da oportunidade do Tribunal em relação a processos com longo transcurso de tempo desde a ocorrência dos fatos até a data da deliberação. Cite-se, exemplificativamente, a Inspeção Ordinária n. 740.533 (relator: **Cons. Sebastião Helvecio**. Sessão de 13/08/2013), cuja parte do voto-relator transcreve-se a seguir:

Importante observar que as medidas de controle de natureza estritamente punitiva, emanadas tardiamente, trazem em si o risco de se tornarem inócuas por uma diversidade de fatores suscetíveis de ocorrência devido ao longo decurso de tempo – inclusive, até mesmo, o óbito do gestor responsável – frustrando o objetivo pelo qual foram os autos constituídos, qual seja, a fiscalização atuante deste Tribunal de Contas.

Essa valoração deve incidir sobre o exame dos aspectos fáticos que envolvem os apontamentos técnicos, para que se conclua, seguramente, acerca da existência ou não de razoabilidade no prosseguimento da tramitação processual. Respeitando-se as peculiaridades do caso concreto, vislumbra-se que a aplicação de multa razoável e proporcional às falhas apuradas seria em valor inferior aos custos da tramitação dos autos sendo, portanto, irrazoável dar-lhes prosseguimento.

Nesse sentido, fica patente carecer esta Corte da oportunidade de exercício da atividade de controle externo em face dos beneficiários das despesas tidas como irregulares na Inspeção Ordinária n. 747.088.

II.5 Decisão do STJ no REsp n. 1.480.350 e Repercussão Geral no RE n. 636.886: tendência de *overruling* da jurisprudência das cortes superiores

¹⁰ OLIVEIRA, Licurgo Joseph Mourão de; VIANA FILHO, Gélzio Gonçalves. Matriz de risco, seletividade e materialidade: paradigmas qualitativos para a efetividade das Entidades de Fiscalização Superiores. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 74, n. 1, p. 41-78, jan./mar. 2010.

Embora – como já tratado no item anterior da fundamentação – o prejuízo ao contrário e a prescrição sejam institutos distintos, cumpre informar que a jurisprudência das cortes superiores aponta para um *overruling* do entendimento sobre a “imprescritibilidade de dano ao erário”. Nos termos da recente decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n. 1.480.350, aplicar-se-ia a prescrição quinquenal às tomadas de contas especiais. Segundo o novo entendimento da Corte, o ônus da prova nas tomadas de contas especiais incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, tornando a parte responsável mediante presunção de dano ao erário, cabendo-lhe desconstituir a acusação que lhe é feita. Atentaria, pois, contra o princípio da segurança jurídica a possibilidade de processar alguém para que constitua prova em seu favor depois de transcorrer vários anos do ato impugnado. Cite-se, *in litteris*, trecho da ementa da referida decisão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL. ARTS. 31 E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA.

[...]

5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o **ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento**.

6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. **Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.**

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, **deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal**, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32. (grifo nosso).¹¹

Também em decisão recente, de 02/06/2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 636.886, o qual discute a prescritibilidade da

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 1.480.350. Relator: min. Benedito Gonçalves. DJe, 11 abr. 2016.

pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. Cite-se *in litteris* ementa do acórdão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. 2. Repercussão geral reconhecida. (grifo nosso)¹².

II.6 Pedido paradoxal

Em seu recurso, o Ministério Público de Contas, colacionando as decisões do Supremo Tribunal Federal, apontou que a decisão agravada “prejudicou e afastou a obrigação de recomposição dos cofres públicos em razão do longo período transcorrido desde a ocorrência dos fatos” (fl. 4).

Data venia ao entendimento do *Parquet*, é no mínimo paradoxal – principalmente no âmbito dos processos de contas, submetidos ao princípio da oficialidade – instaurar contraditório formal a fim de verificar que o contraditório material não pode ser estabelecido, *id est*, significaria estabelecer a relação processual para que o responsável demonstre que esta, na verdade, não existe.

Ora, foge à proporcionalidade, em todas as suas perspectivas, e lesa, a olhos vistos, o próprio conceito jurídico de contraditório, imputar a quem quer que seja o dever de constituir prova negativa em um processo em que só teve conhecimento de sua existência mais de dez anos depois. A ideia é tão absurda que beira a uma anomalia jurídica, subvertendo até mesmo toda a construção teórica por que perpassou o Direito.

Frise-se, pretende o Ministério Público de Contas, **instituição essencial à justiça** nos termos do Capítulo IV do Título IV da Constituição, que, em casos como os discutidos na TCE n. 969.550, o responsável seja formalmente citado para que, mesmo depois de uma década sem ter conhecimento do processo, a parte alegue e comprove que sua citação fora inválida. Ou seja, cita-se o responsável, competindo-lhe constituir prova negativa da existência da relação processual que o próprio Tribunal já sabia prejudicada. Não se pode esperar que o Estado, já com vários privilégios na seara processual, ainda se beneficie, mediante omissão antijurídica, de sua própria inércia.

De fato, como já mencionado alhures, há processos que estão numa *zona gris* quanto ao prazo para configuração do prejuízo ao devido processo legal, devendo ser analisados detidamente um a um, inclusive após a realização de diligências. Entretanto não se justifica manter na Corte o processamento de feitos que já se encontram numa zona de certeza (de impossibilidade de instauração do contraditório material em razão do longo decurso de tempo transcorrido desde a data do fato das irregularidades ou gerador do dano).

Por fim, com o devido respeito à independência funcional do douto procurador de contas, ora agravante, cumpre frisar que a maioria dos procuradores do Ministério Público de Contas têm-se manifestado reiteradamente pelo prejuízo ao contraditório em casos semelhantes ao da

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 636.886/AL. Relator: min. Teori Zavascki. **DJe**, 15 jun. 2016.

Inspeção Ordinária n. 747.088, conforme se pode depreender dos pareceres conclusivos listados na tabela a seguir.

PROCESSO	PROCURADOR(A) DO MPC	MANIFESTAÇÃO CONCLUSIVA
862.691	Elke Andrade Soares de Moura	Posto isso, considerando que os fatos que ensejaram a Tomada de Contas Especial datam de 1996, como reforçado no despacho exarado por V. Exa. à fl. 731, tendo o presente processo sido autuado nesta Casa somente em 30 de novembro de 2011, portanto depois de quase 15 (quinze) anos, OPINA este Ministério Público de Contas pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva dessa Corte de Contas. Em razão do considerável lapso temporal transcorrido desde a ocorrência dos fatos objeto da ação de fiscalização do Tribunal, o que compromete o exercício do direito fundamental à ampla defesa e afronta os princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica; considerando ainda que sequer houve a citação do interessado, conforme aludido no despacho de fl. 731; OPINA este Ministério Público de Contas pelo arquivamento dos presentes autos, nos termos do art. 176, III, da Resolução nº 12/2008 desse Tribunal, eis que ausentes os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo. (grifo nosso).
798.488	Cristina Andrade Melo	6. Contudo, considerando-se o lapso temporal desde a assinatura do convênio, torna-se impossível qualquer juízo definitivo sobre a aplicação dos recursos, seja pela sua regularidade ou não. 7. Ademais, o decurso de mais de 20 anos da ocorrência dos fatos inviabiliza – se não impossibilita – o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório. 8. Considerando a violação ao contraditório material, tendo em vista o longo decurso temporal até a citação do responsável, impõe-se o arquivamento da presente tomada de contas, por ausência de pressupostos para sua constituição e desenvolvimento válido e regular (art. 71, § 3º, Lei Complementar Estadual n. 102/2008; art. 76, III, Regimento Interno TCE-MG), considerando também a indicação de que o objeto foi realizado. 9. Neste sentido já decidiu reiteradas vezes esta Corte de Contas – processos n. 320.996, 654.111, 757.515 – usando como paradigma o Acórdão n. 0256/2007, prolatado pela Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, <i>in verbis</i>: [...].

PROCESSO	PROCURADOR(A) DO MPC	MANIFESTAÇÃO CONCLUSIVA
		10. Assim, nos casos em que se verifica o transcurso de longo período de tempo entre a ocorrência dos fatos e sua apuração, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento deve ser mitigada em respeito às garantias fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. 11. Corroborando este entendimento, elucidativo acórdão proferido pela Segunda Câmara do TCU, nos autos do Recurso de Reconsideração n. 005.299/2005-8, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, o qual assevera: [...]. 12. Essa foi a solução adotada no julgamento da Prestação de Contas do Município de Fronteira relativa ao exercício 1983 (autos n. 3.818), em que se decidiu pelo arquivamento sem emissão de parecer prévio, vencido o Conselheiro Eduardo Carone Costa, que votou pelo trancamento das contas, considerando-as ilíquidáveis (TCE-MG, 2ª Câmara, j. 17/09/2009). 13. Em idêntico sentido, o prejuízo às garantias do contraditório e ampla defesa determinaram o arquivamento da Tomada de Contas n. 863.250 e o trancamento da Tomada de Contas n. 654.111. 14. Assim, diante da impossibilidade de apuração de eventual dano ao erário, OPINA o Ministério Público de Contas pelo arquivamento do feito, por ausência de pressupostos para sua constituição e desenvolvimento válido e regular (art. 71, § 3º, Lei Complementar Estadual n. 102/2008; art. 76, III, Regimento Interno TCE-MG). (grifo nosso).
676.773	Daniel de Carvalho Guimarães	14. Enfim, o longo decurso de tempo entre a ocorrência dos fatos, que, no presente caso, são anteriores a dezembro de 1999, e o julgamento dos autos impossibilita ao responsável o exercício regular do seu direito de defesa e ao Tribunal de Contas a verificação material de eventual responsabilidade do gestor, sobretudo de um possível dano ao erário ocorrido aos cofres municipais. 15. Pelas peculiaridades do caso concreto, a época de sua ocorrência e o tempo de tramitação dos autos, não é razoável tampouco efetivo o prosseguimento do feito no Tribunal, impondo-se, assim, a sua extinção e conseqüente arquivamento. 16. Por todo o exposto, considerando que os fatos aqui narrados aconteceram há mais de 15 anos (anteriores a

PROCESSO	PROCURADOR(A) DO MPC	MANIFESTAÇÃO CONCLUSIVA
		dezembro de 1999), o tempo de tramitação do processo no Tribunal, autuado em 29/02/2003 (fl. 132), e amparado nos princípios da razoável duração do processo, da eficiência, da ampla defesa e da segurança jurídica, OPINO pela extinção dos presentes autos por ausência dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do inciso III do art. 176 do Regimento Interno. (grifo nosso).
496.187	Sara Meinberg	21. Assim, em razão do longo tempo transcorrido, da ineficácia, hoje, do exercício do contraditório, que, se efetivamente ocorresse implicaria prejuízo à plenitude da defesa e consequente apuração real dos fatos, não consideramos razoável exigir-se do responsável legal da entidade o envio de documentos ou justificativas sobre fatos ocorridos há mais de duas décadas. 22. Dessa forma, entendemos que o acompanhamento e o controle restam prejudicados, não sendo possível aferir a ocorrência de eventual dano ao erário, diante da ausência, até a presente data, da citação dos responsáveis para defesa nos autos. 23. Portanto, as contas devem ser consideradas ilíquidáveis, procedendo-se ao trancamento das mesmas, com o consequente arquivamento, em prejuízo à continuação das ações de controle, nos termos do que dispõe art. 176, II, da Resolução nº 12, de 2008. (grifo nosso).

II.7 Superação da ideia de “Supremacia do Interesse Público” como princípio legitimador da exceção à segurança jurídica em caso de dano ao erário

Embora ainda seja corrente o emprego da expressão “supremacia do interesse público” sobre o particular, esta relatoria entende não ter a Constituição de 1988 recepcionado esta máxima como princípio norteador da atividade estatal.

Do latim, *supremus* é superlativo latino que indica “o mais alto”, adjetivo atribuído ao interesse público que não condiz com o próprio princípio democrático. O processo de democratização das decisões por qual tem passado toda a administração pública brasileira, consolidando um modelo mais participativo e menos burocratizado bem como a processualização da atividade administrativa – e a consequente mudança paradigmática de administração pública subordinativa para administração pública dialógica –, ínsita à Constituição da República de 1988 e à historicidade evolutiva do Direito brasileiro, implica a compatibilização entre a autonomia pública e a autonomia privada, termos do vocabulário habermasiano.

Caso realmente a supremacia do interesse público realmente existisse, tratar-se-ia de um imperativo inexorável; exceções não seriam compatíveis com o próprio termo “supremacia”.

Porém, ainda que sofresse as derrogações impostas pelo Direito, o *status* de supremacia eventualmente dada à autonomia pública (sobre a privada) corresponderia a ideia de Estado Social de Direito, paradigma de há muito já superado.

“Suprema” é a ordem jurídica, à qual deve se submeter tanto o interesse público quanto o privado, servindo o Direito de meio para a construção de normas mediante o consenso de argumentos. Não há dúvidas, entretanto, de que a própria existência do Estado, dotado do monopólio da violência e da força cogente de suas normas, implica certo desequilíbrio na relação Estado-particular, o que Carlos Ari Sundfeld chama de “prioridade do interesse público em relação ao particular.” *In litteris*:

Insistimos em que, para a ordem jurídica, o interesse público tem apenas prioridade em relação ao privado; não é, porém, supremo frente a este. Supremacia é a qualidade do que está acima de tudo. **O interesse público não está acima da ordem jurídica; ao contrário, é esta que o define e protege como tal. Ademais, o interesse público não arrasa nem desconhece o privado, tanto que o Estado necessitando de um imóvel particular para realizar o interesse público, não o confisca simplesmente, mas o desapropria, pagando indenização (o que significa haver proteção jurídica do interesse de proprietário, mesmo quando conflitante com o do Estado).** Decorre da maior importância dos interesses públicos a autoridade de que desfruta o Estado em suas relações jurídicas com os particulares. A autoridade pública conferida ao Estado pelas normas jurídicas é a consequência, no mundo do direito, da qualificação, feita pelo constituinte ou pelo legislador, de certos interesses como mais relevantes que outros. Em outros termos: o interesse público surge como tal, para o mundo jurídico, quando as normas atribuem ao ente que dele cura poderes de autoridade. (grifo nosso).¹³

A própria doutrina administrativista brasileira clássica tem dificuldades de estabelecer um conceito preciso de “interesse público”, muito menos o do que seria a supremacia do interesse público sobre o particular. Tal problema de linguagem já se inicia com a própria confusão entre “interesse da Administração Pública” e “interesse público”: seria o interesse público o interesse da maioria ou o interesse da coletividade? Acaso fosse o interesse da maioria, estar-se-ia adotando uma ética pragmática-utilitarista, levando à ditadura dos grandes grupos sobre os menores ou o próprio interesse individual. Na hipótese de ser o interesse da coletividade, ou este beiraria a ideologia político aristotélica baseada na presunção de *virtú* das pessoas ou estaria relacionada, de certa forma, com a visão maquiavélica a que levou as teorias de ética de grupo.

Em quaisquer dessas alternativas, permaneceria sem solução tanto o estabelecimento de um conceito de “interesse público” que se compatibilizasse com o a ciência jurídica contemporânea quanto a legitimação daquilo que se lhe designa como o *status* de “supremacia”. Não se pode simplesmente aceitar irrefletidamente a ideia de “supremacia do interesse público” porque o texto formal-legal assim o estabelece ou porque a doutrina simplesmente assim o diz. Nas palavras de Florivaldo Araújo, citando Vilhena, a “supremacia do interesse público” seria um ranço de teorias jurídicas ultrapassadas. *In litteris*:

O cerne do problema consiste em que, ao afirmar a supremacia do interesse público, a doutrina negligencia dado fundamental. É que a ocasião e a medida da supremacia são expressas na ordem jurídica e esta a todos igualmente subordina (Estado e particulares). Portanto, a supremacia, em última instância, é da ordem jurídica, à qual o próprio Estado, enquanto sujeito de direito, também se submete. Daí, a correta conclusão de Vilhena, para

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 154.

quem afirmações de posturas incondicionadas de supremacia do Estado em suas relações com os indivíduos são meras posições ideológicas, resquícios de doutrinas jurídicas passadas, que não se coadunam com uma atualidade estatal fortemente estruturada no direito.

A concretização do Direito não se resume a um conjunto de atos e fatos jurídicos que dispostos diante de uma autoridade julgadora leva a uma determinada consequência por mera subsunção do fato à norma. Se assim o fosse, as relações processuais seriam meramente formais, ou melhor, literalmente *pro forma*, portanto dispensáveis. Que sentido haveria em cumprir formalidades se por detrás delas não houvesse razão que as justificassem? Nesses casos, o espírito da norma teria abandonado a letra. Ora, que espírito habita a previsão normativo-processual do contraditório, se não há mais paridade entre as partes para constituição de provas e construção argumentativa?

Ademais, como tratado alhures, a própria noção de Estado de Direito já traz ínsita a noção de controle da atividade estatal, o qual se dá mediante procedimentalização das ações do Poder Público. Assim, como salienta Rodolfo Viana Pereira¹⁴, o *rule of law* está diretamente associado com uma ideia procedimental e ao princípio do *due process of law*, não escapando “ao menos em sua origem, de um imperativo material: seu conteúdo foi construído, em grande medida, em torno da finalidade negativa, qual seja, a de conter o poder”. Mais adiante, o mesmo autor cita Antonio-Carlos Pereira Menaut, afirmando “que não haveria sentido falar de uma compreensão meramente formal do *rule of law*, já que “[...] se realmente há submissão do poder ao Direito, já há *rule of law* em sentido material, pois sua matéria é essa submissão”.

Feitas todas essas considerações, ficam afastados os argumentos apresentados pelo Ministério Público de Contas, não lhe assistindo razão nas alegações recursais. Portanto, voto pelo não provimento do agravo.

III – CONCLUSÃO

Com base em toda a fundamentação retroapresentada, voto pelo não provimento ao agravo e manutenção do despacho por mim exarado a fls. 537 da Inspeção Ordinária n. 747.088.

Intime-se o Ministério Público de Contas desta decisão.

Por fim, cumpra-se o art. 341, regimental, e arquivem-se os autos nos termos do art. 176, III, também do regimento interno. 19- 18;30-

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** conhecer do recurso, na preliminar de admissibilidade; **II)** negar provimento ao agravo, no mérito, e manter o despacho exarado a fls. 537 da Inspeção Ordinária n. 747088; **III)** determinar a intimação do Ministério Público

¹⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. Breve diálogo com as tradições originárias do constitucionalismo moderno: rule of law, rechtsstaat e état de droit. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro (Coords.). **A tensão entre o público e o privado**: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

de Contas desta decisão; **IV)** determinar o cumprimento do art. 341 regimental; **V)** determinar o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, III, também do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 26 de outubro de 2017.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA
Relator

(assinado eletronicamente)

jc/np

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coord. de Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência**