

FISCALIZAÇÃO DO TCU E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

*Milton Freire Gondim Filho*⁹²

*José Orlando Ribeiro Rosário*⁹³

*Leonardo Oliveira Freire*⁹⁴

Recebido em: 06/12/2018

Aprovado em: 12/03/2019

RESUMO

A atuação do Tribunal de Contas da União ocorre através da obediência a ditames legais que se denotam carentes de concretização substancial quanto ao exercício da ampla defesa e contraditório. Pesquisou-se a estrutura e a natureza jurídica de seus atos para situá-lo adequadamente no contexto jurídico pátrio. Através de uma análise baseada em situações atuais e relevantes referentes a licitações e fiscalização de obras e serviços de engenharia, procurou-se entender como tais decisões se embasam para analisar as possíveis lesões que uma auditoria pode causar aos direitos e garantias de servidores públicos. Procurou-se demonstrar a situação delicada desses trabalhadores no exercício de funções que exigem o conhecimento de diversas leis, regulamentos e orientações jurisprudenciais que mudam constantemente e são aplicados de forma a não se considerar profundamente os casos concretos, gerando expectativa de que, ao executarem diversos atos, sejam punidos e multados em casos cujas responsabilidades não são bem delineadas. Tal situação caracteriza um direito administrativo do medo, com reflexos na criação de um clima organizacional de diminuição da produtividade. Conclui-se pela pouca efetividade no acionamento do Poder Judiciário por violação ao art. 5º, LV, da Constituição, que trata da necessidade de contraditório e ampla defesa, por predominar que, mesmo utilizando somente provas documentais, os processos perante o TCU não infringem a referida norma constitucional por haver previsão normativa na Lei 8.443/1992, que o permite regulamentar seus procedimentos.

⁹² Mestrando em Direito e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Advogado. Servidor técnico-administrativo da UFRN.

⁹³ Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor e Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da UFRN.

⁹⁴ Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Doutor em Filosofia Prática na área de Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestre em Filosofia pela UFRN. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito na UFRN. Professor de Direito da UNINASSAU/RN.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Garantias constitucionais. Servidores públicos.

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Tribunal de Contas da União - TCU, órgão de supervisão de compleição técnica, deve ocorrer conforme os parâmetros e ditames constitucionais, como em qualquer outra instituição ou poder da República.

Pretende-se com esse estudo conhecer as práticas do TCU como órgão de controle externo, no que se refere à sua atuação fiscalizadora das atividades do Poder Executivo, principalmente as auditorias em relação à área de licitações e fiscalização de contratos de obras de engenharia, como forma de delimitação metodológica e de demonstração mais acurada de uma realidade perceptível a todos, em razão da grande quantidade de licitações de obras realizadas pelo Poder Público. Restringem-se tais análises aos servidores de carreira e não aos agentes políticos.

Para tanto, perscruta-se a natureza jurídica dos atos do TCU, que o permite atuar de forma tão ampla em várias esferas da sociedade brasileira.

As atividades e decisões do Tribunal de Contas da União têm uma grande repercussão nos aspectos financeiros e de exercício funcional dos servidores atingidos por essas fiscalizações, bem como das diversas pessoas físicas e jurídicas que prestam serviços à Administração Pública. Seus processos se desenrolam como a de uma verdadeira corte jurídica, pois há semelhanças entre os procedimentos desenvolvidos pelo TCU e o Poder Judiciário.

As decisões emanadas pela corte de contas fazem parte de um contexto atual que criou ou está a criar um clima organizacional no serviço público de que é mais prudente postergar ou delegar funções e vereditos pelo receio de que certos procedimentos sejam visualizados como antieconômicos ou não adequados. Desse modo, por uma cultura de medo, as atividades públicas tornam-se ainda mais morosas.

Verifica-se se os processos a cargo desse tribunal estão a ocorrer conforme os parâmetros das garantias constitucionais do processo e dos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Também como os diversos aspectos práticos no decurso de um processo de auditoria estão sendo concretizados e

aplicados e se estão muitas vezes se efetivando com uma margem extensa de interpretação em razão do atual contexto do ordenamento jurídico de menor apego aos textos legais.

Possíveis lesões ou ameaças de lesões a direitos podem e devem ser repelidas através da proteção e da garantia do acesso de todos à justiça, através, nesse cenário, de uma prestação jurisdicional adequada do Poder Judiciário, conforme art. 35, XXXV da CF.

Perquire-se se há uma punição do TCU aos servidores públicos em casos de zona cinzenta de interpretação das normas, bem como quais aspectos preponderam nas aplicações de sanções e multas.

Apura-se se o TCU está a respeitar aspectos essenciais de logicidade, coerência, previsibilidade e estabilidade, destacados em recente alteração promovida pela lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, imprescindíveis para a atuação de qualquer órgão que busca legitimidade em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, perscrutam-se como tais proteções são amparadas e prestadas pelo Poder Judiciário, levando-se em consideração quais tópicos das decisões do TCU são passíveis de reformulação ou reanálise pelo Judiciário.

2 NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DO TCU

Importante para o esboço estudo jurídico de um instituto, instituição ou órgão, um olhar atento quanto às suas bases e alcance, bem como em que contexto dentro da ciência do Direito tal instituto se enquadra. Assim, tem-se uma maior percepção e clareza de seu significado.

Inicia-se esse estudo, portanto, com a busca da caracterização dos atos emanados pelo Tribunal de Contas da União, quer-se dizer, da sua natureza jurídica, visto o alcance cada vez mais amplo de suas decisões, tanto no aspecto de quantidade de pessoas abrangidas, como nas consequências práticas de seus julgamentos que podem interferir gravemente na situação trabalhista e financeira dos atingidos, principalmente servidores públicos com carreira específica.

Antes, entretanto, um contexto histórico se faz necessário para melhor compreender como o TCU chegou a este ponto de importância na sociedade brasileira, sem outras pretensões que não a de entender de forma preliminar sua estrutura e funcionamento. Maranhão (2003, p. 15) expõe que sua gênese está na Carta Magna inglesa, enquanto Citadini (1995, p. 11-14), bem como Souza (2015, p. 25) relatam sua origem no século XIV, mesmo

que de forma incipiente, em Portugal, com a Casa dos Contos. Mas, seu principal momento de mudança, que o fez ter as feições básicas que ainda perduram em vários países, ocorre com o desenvolvimento dos Estados modernos e, principalmente, com a criação, na França, do Estatuto do Tribunal de Contas em 1807 (IOCKEN, 2014, p. 44-46).

Essa delinear de tribunal colegiado com características e prerrogativas compatíveis com a da magistratura estatal judiciária se consolidou na Europa continental e, conseqüentemente, nas diversas colônias e ex-colônias das Américas, como é o caso do Brasil.

Adentrando-se no surgimento e desenvolvimento dessa instituição em âmbito nacional, tem-se seu embrião com a criação em 1761, pelo Marquês de Pombal, do Erário Real, Tesouro Geral e dos Conselhos da Fazenda. Sua caracterização com os traços que se observa hoje ocorre pouco após a proclamação da República, entre 1890 e 1891, por iniciativa de Ruy Barbosa (MARANHÃO, 2003, p. 20).

Diferente de outras formas de controle adotadas, no Brasil o tribunal apresenta feição de uma quase corte jurídica superior, pelas seguintes características: seus membros são nomeados de Ministros, possuem prerrogativas dos magistrados do Poder Judiciário, em que a comparação mais perceptível é com os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, conforme art. 73, § 3º, da Lei 8.443/1992.

Os escopos iniciais do Tribunal de contas no início da República se voltam à verificação de legalidade dos atos do Poder Público, principalmente pelo Estado brasileiro ser à época bem menos atuante na seara econômica.

Com o modelo constitucional de 1988 – que traz contornos ao órgão máximo de controle como constitucionalmente autônomo, com funções típicas e garantias paralelas aos três poderes e às funções essenciais à justiça – e a criação da Lei 8.443/1992, há um novo norte operacional do TCU, assentado na influência de outro tipo de escola de fiscalização, desenvolvida principalmente nos países de matriz anglo-saxã, a chamada auditoria ou controladoria geral. Nesse modelo, as questões referentes à economicidade e adequação entre meios e fins preponderam (MACHADO, 2013, n.p.).

Essas novas orientações foram necessárias para que houvesse uma adaptação com a realidade do estabelecimento de um Estado mais atuante nas esferas econômica e social. Assim, o TCU passou a adquirir outros contornos de averiguação do agir estatal, somando à verificação de legalidade a avaliação de legitimidade e economicidade, visando uma avaliação mais acurada da utilização de recursos públicos.

A indagação do mérito do agir estatal, atuação esta inserida em um contexto que engloba também o Poder Judiciário nas políticas públicas do Poder Executivo, é alicerçada em escolas jurídicas (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 25-65) e em paradigmas (CARVALHO NETTO, 2004, p. 25-44) que permitem uma análise hermenêutica mais ampla e com menos apego às legislações, que contém regras mais claras e precisas. A par das discussões de sua correta ou adequada aplicação⁹⁵, que não é foco desse trabalho, o fato é que tal situação predomina no contexto jurídico do Brasil e os atingidos por essa situação mudam seus comportamentos e decisões pela primazia de tal conjuntura que torna a previsibilidade das atuações funcionais mais difíceis.

Após tais apontamentos necessários a uma correta visualização da Corte de contas superior no espectro constitucional, voltam-se as atenções a um melhor detalhamento quanto a sua natureza jurídica, que – assim como outros órgãos ou institutos como a Arbitragem, que atuam de modo a resolver conflitos fora da esfera do Poder Judiciário – é objeto de antiga discussão. Mas, de forma alguma tal tema é despiciendo, visto que quanto maior a aproximação de uma decisão de vestes jurisdicionais, maior sua importância e força.

As discussões doutrinárias se baseiam principalmente na definição de jurisdição apreendida pelos diversos autores. Sua essência vem do latim *jurisdictio*, significando ação de administrar a Justiça, quer-se dizer, decidir uma questão proposta por um demandante.

Utilizando-se de uma análise restritiva e em que só o Poder Judiciário seria dotado do monopólio da Jurisdição (MARINONI, 2009, p. 150-152), tal nomenclatura seria inadequada e, dessa maneira, as decisões da corte controladora não teriam um perfil jurisdicional e sim administrativo, por não ser um órgão que pertença formalmente ao Poder Judiciário (SPECK, 2000, p. 180).

Por não deter o poder, por exemplo, de impor sanções e de suas decisões estarem sempre sob o aval do Poder Judiciário, não poderia se caracterizar como jurisdicional (SOUZA, 2015, p. 42). Outro ponto essencial que diferencia a atividade jurisdicional da efetivada pelo Tribunal de Contas é a inércia, que não vigora na Corte de contas (MACHADO, 2013, n.p.).

De outra forma, utilizando-se uma definição de Jurisdição em que há uma decisão revestida com características de heterocomposição, albergada pela própria Constituição e que, no caso em tela, as análises de natureza técnica não seriam passíveis de reanálise, as decisões

⁹⁵ Para melhor compreensão de tais debates, conferir: MARTINS, 2012, p. 07-08; 27-28; 39-46. MACHADO, 2013, capítulo 5.1.1, relata a corrente substancialista com maior abertura para os juízes serem agentes de transformação social, capitaneada por Dworkin e Capelletti, e a corrente procedimentalista de Habermas que restringe essa atuação.

do TCU seriam dotadas de características jurisdicionais⁹⁶, mesmo que não de forma total e completa, visto que, ao menos as feições de execução e cumprimento de suas sentenças, inclusive da satisfatividade de suas multas, continuariam a ser monopolizadas pelo Poder Judiciário.

Dessa maneira, não teria todas as características clássicas que definem a atividade jurisdicional, quais sejam: *notio* (poder de conhecer a questão), *vocatio* (poder de chamamento, comparecimento em juízo), *coertio* (coerção judiciária, conhecer a matéria e julgar), *judicium* (exercício da jurisdição para elucidação da demanda) e *executio* (poder de fazer cumprir a decisão). (ALVIM, 2007, p. 60 ss.).

Vozes mais ponderadas esclarecem que o TCU exerce uma jurisdição própria, exclusiva, mesmo não sendo integrante do Poder Judiciário. Seria (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1123) um órgão *sui generis*, que coopera funcionalmente em certos casos com o Poder legislativo e também com o Executivo e Judiciário, em obediência à Constituição (MARANHÃO, 2003, p. 35-36). Haveria, portanto, um tipo de jurisdição especial e exclusiva de contas. (IOCKEN, 2014, p. 44-46)

A maior parte de suas atribuições é realizada isoladamente, com total autonomia e poder normativo na sua seara de fiscalização técnica, contábil, financeira etc. Maranhão (2003, p. 39) ainda cita as diversas opiniões de autores como Cretella Júnior e Alfredo Buzaid que o classificam como corporação administrativa autônoma.

Poder-se-ia dizer, dessarte, que as decisões emanadas pelo TCU apresentam uma situação peculiar de sempre poder ser questionada perante o Poder Judiciário (aspectos desse questionamento serão vistos nos próximos capítulos) e, mesmo assim ser dotada de força coercitiva de forma indireta⁹⁷, pois é um órgão controlador que deve ter em seus vereditos uma pujança maior que as decisões no âmbito de órgãos administrativos, em virtude de que esses estão, inclusive, sob sua alçada de fiscalização.

O cerne de sua existência é a de ser um órgão técnico, isento e com plena autonomia. De acordo com o texto constitucional do artigo 71, O TCU não é um órgão de auxílio do Poder Legislativo, mas que assiste ao Legislativo em uma de suas várias funções, sendo, em verdade um órgão auxiliar da própria República. (MARANHÃO, 2003, p. 26-29).

⁹⁶ Os art. 1º e 4º da lei do TCU apresentam que suas decisões têm os mesmos moldes de uma decisão do Poder Judiciário: relatório com as conclusões da instrução do relatório da unidade técnica; fundamentação das questões de fato e de direito; dispositivo. Ainda expõe que tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

⁹⁷ Tem-se, como exemplo, o art. 61 da Lei que rege o TCU: O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.

Observa-se, por fim, que apesar das discussões doutrinárias, sua atividade é legalmente realizada. Sua existência e áreas de atuação são delegações diretas da Constituição e suas decisões são títulos executivos quando resultam em imputação de débito ou multa, conforme art. 71 da Constituição.

3 IMPACTO DAS DECISÕES DO TCU NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Visto a caracterização dos atos e decisões emanados pelo Tribunal de Contas da União, repercute-se, neste capítulo, como tais deliberações impactam e influenciam as atitudes dos servidores públicos, levando-se em consideração lesões ou ameaças de lesão aos seus direitos e garantias constitucionais.

Importa o estudo dos casos em que a Corte de controle age no tocante aos servidores públicos, em especial na área de licitações e fiscalização de obras e serviços de engenharia⁹⁸, calcado principalmente no art. 41 da Lei que dispõe sobre o TCU e de outros artigos do seu Regimento Interno.

A importância do TCU no ordenamento jurídico pátrio é nítida, em razão de que, inserido no contexto de maior flexibilidade interpretativa que prepondera no cenário atual do Brasil, suas decisões também são baseadas, assim como as do Poder Judiciário, não em uma relação tão direta e adequada à lei, mas leva em consideração também a força normativa de princípios considerados como verdadeira norma jurídica. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 25-65).

Vive-se uma situação jurídica em que normas legais são praticamente relegadas e é necessária a observância de jurisprudências vagas e que mudam constantemente, fazendo com que haja insegurança quanto às decisões a serem tomadas. Outra consequência, esta de inegável dimensão constitucional, é a de uma silenciosa redistribuição de Poder dentro do aparelho de estado. Sem nenhuma alteração da Constituição, nem de qualquer lei, decisões que a norma maior atribuiu ao Poder Executivo – órgão jurídica e politicamente responsável – passam, de fato, a serem tomadas ou orientadas por órgãos de controle que, na prática, não são juridicamente responsabilizados por seus excessos.

⁹⁸ O TCU tem uma intensa operacionalização na área de licitações e contratos de obras de engenharia. Como exemplo: súmulas 248, 257, 258, 259, 260, 263, 272 e 275, além dos informativos de licitações e contratos, manuais de obras etc.

Nesse contexto, os servidores devem se preocupar com auditorias internas baseadas em resoluções internas dos órgãos, determinações das procuradorias jurídicas - *in casu* a AGU, Controladoria Geral da União, além, logicamente, do próprio TCU.

Como exemplo, expõe-se o Informativo de Licitações e Contratos nº. 272/2016, quanto ao seguinte caso exposto no item 01, baseado no Acórdão 27/2016-Plenário: “É irregular a contratação emergencial por dispensa de licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93) quando a interdição do acesso à edificação com problema estrutural for suficiente para a eliminação do risco e, conseqüentemente, da situação emergencial”.

Essa é uma das situações em que não se sabe o exato teor que embasou essa orientação, pois o sítio do TCU apresenta as decisões, mas não todo o conteúdo do processo. Assim, em casos semelhantes, a tendência é o servidor – nesse exemplo um membro da Comissão de Licitação – negar o prosseguimento de uma dispensa de licitação, mesmo bem instruída, pois teme que não haja uma avaliação criteriosa do TCU quanto às particularidades do caso concreto que o levaram a não seguir estritamente a orientação, e sim uma simples remissão a um acórdão já divulgado através desse informativo. Estará entre uma punição por não seguir uma orientação do TCU e o bem desmorerar por sua inércia.

Ainda quanto ao exemplo supracitado, o imóvel em comento se trata de um estádio, mas há várias situações semelhantes em ginásios de instituições federais de ensino que funcionam não só como local de práticas esportivas, mas também acadêmicas e culturais, além de ser em alguns casos o único local para utilização de banheiros etc. Esse exemplo é exposto para trazer a lume um modelo em que uma remissão a um informativo pode não se coadunar à realidade.

No cotidiano das atividades burocráticas estatais, tem-se a impressão de que as leis emanadas diretamente pelos representantes do povo perdem força normativa e, na prática, a observância e preocupação ocorre das interpretações e orientações dos órgãos supracitados. Como já dito, TCU está a atuar de forma mais ampla e sem tanto apego aos comandos legais, inserido nesse contexto de abertura interpretativa e de ativismo judicial. (IOCKEN, 2014, p. 73-79; STRECK, 2014, n.p.).

Diante desse quadro, houve a proposição de um projeto de lei para que ocorressem alterações legislativas com o desiderato de diminuir essa tendência.

Dessarte, entendeu-se necessária a inclusão de artigos na Lei de Introdução às Normas de Direito para realçar essas características precípua de um Estado Democrático de Direito

no que alude à necessidade de maior esmero na atividade hermenêutica, inclusive para os órgãos de controle⁹⁹.

Para um correto atuar, de muita importância se torna, portanto, o conhecimento das súmulas, acórdãos, regimento interno, informativos e manuais que, na prática, devem ser observados pelos agentes estatais. Há um grande apanhado de jurisprudências e informativos de periodicidade quinzenal com as principais decisões – de forma resumida – que carregam o perigo, assim como no uso de ementas de decisões judiciais, de não serem adequadas a casos que, *prima facie*, seriam semelhantes.

O poder exercido pelo TCU é enorme, tanto pelas fundamentações já expostas como pela sua percepção na sociedade de ser um órgão de credibilidade para dar azo técnico às decisões sobre contas que, inclusive, chegaram ao ponto de resultar no afastamento de uma Presidente da República.

As fiscalizações que dão ensejo a possíveis lesões a direitos e garantias fundamentais dos servidores públicos são as realizadas através de auditorias, que avaliam não só questões estritamente legais, mas também correlacionando o agir dos agentes estatais aos critérios de legitimidade e economicidade, entre outros, consoante art. 250 da Lei que rege o TCU. As auditorias, em regra, ocorrem através do controle concomitante e também do posterior. Outros casos caracterizados como de controle prévio, por exemplo as análises de editais, ocasionam suspensão e requisições de modificações, não gerando, conseqüentemente, as multas que são o cerne dessa exposição.

Os processos regidos pelo TCU seguem padrões de formatação e atendimento a diversos princípios como o do devido processo legal, prazos para manifestação dos servidores e direito a recursos. Observa-se em muitas ocasiões, no entanto, que tais implementações sucedem sob uma ótica puramente formal.

Ocorre que o processo deve estar em conformidade com o Direito como um todo e não apenas em consonância com a lei. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, devendo ser aplicado não só em sua nuance legal e formal, mas também no aspecto substancial (DIDIER, 2017, p. 78 ss.), que deve tutelar direitos também na seara administrativa (NERY JUNIOR, 2009, p. 81-82).

⁹⁹ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Art. 20: Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018); A própria ementa da Lei expõe que as disposições tratam sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Há, então, um atendimento do devido processo legal apenas sob esse ângulo estrito, mas não quanto ao aspecto substancial de concretização efetiva dessa norma. As diversas oportunidades de manifestação das partes investigadas transcorrem em um contexto diferente de um processo judicial e até mesmo no referente à defesa no âmbito de sindicâncias e processos administrativos disciplinares (PAD), nos quais os servidores e as testemunhas são ouvidos presencialmente.

Conforme exposto no segundo capítulo, inusitado que assim seja, pois as decisões dos órgãos de controle possuem uma vestimenta jurisdicional mais acentuada que as de um órgão administrativo comum, sendo, por conseguinte, inconcebível que haja uma condição de defesa mais simplória para o servidor na jurisdição técnica de controle quando comparada com as da esfera administrativa comum.

Dessarte, em determinados contextos, infelizmente, a ampla defesa e o contraditório não se desenvolvem em sua plenitude como é de se exigir em um Estado Democrático de Direito.

Isso decorre, pois nos processos submetidos ao TCU as oportunidades presenciais de defesa não acontecem porque a avaliação de todo o contexto investigado é baseado em documentos apresentados¹⁰⁰.

Em algumas contendas se torna imprescindível a presença de todas as partes e do auditor do TCU para esclarecimentos mais detalhados. Assim como em processos judiciais, há casos que comportam julgamento sem realização de uma audiência pela simplicidade do processo e por serem referentes à matéria que se pode julgar com base documental, priorizando a celeridade, reduzindo a complexidade e limitando a duração dos procedimentos (LUHMANN, 1980, p. 39-40). Outros, todavia, exigem uma instrução processual mais aproximada das partes, com o intuito de que haja um melhor entendimento e percepção da lide para prolação da decisão.

A legitimação de um procedimento não ocorre somente através de cumprimento de cunho formal à legislação, mas observando-se essencialmente que as partes em jogo possam e devam ser ouvidas de forma efetiva, clara e baseadas em condições preestabelecidas para ambas¹⁰¹. Nesse caso, como o TCU é um colegiado que não é inerte, há um tipo de embate peculiar e desigual entre os investigados e os próprios responsáveis pelo julgamento, levando-

¹⁰⁰ TCU. Regimento interno. Art. 162: As provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros.

¹⁰¹ Essa é a situação ideal, apesar do próprio Luhmann admitir uma participação simbólica e mesmo ilusória das partes. Conferir LUHMANN, 1980, p. 181;

se a uma situação de extrema fragilidade quando o órgão julgador não oportuniza totalmente às partes trazerem suas argumentações e esclarecimentos da forma mais ampla possível.

Nesse diapasão, nota-se que a legitimidade dos processos perante o TCU contém essa falha, esse déficit de legitimidade, levando-se em conta essencialmente as características e responsabilidades singulares de uma fiscalização técnica de engenharia que deveria ter, em tese, a participação de um perito também engenheiro da própria corte de controle. Tal observação não é infundada, em virtude da grande quantidade de obras no país e da atuação maciça do TCU nessa área, fazendo-se essencial que haja a presença desse profissional especializado.

Necessários os critérios de racionalidade lógica e discursiva (SAMPAIO JR, 2003, p. 289 ss.), realizando uma motivação adequada das decisões com o desiderato de diminuir essa baixa legitimidade e efetivar justiça (IOCKEN, 2014, p. 82). Essa preocupação pela conquista de legitimidade deve sempre ser o norte da atuação de instituições tão importantes à democracia.

Insta salientar que o TCU possui unidades integradas em cada Estado-membro, que são responsáveis por uma averiguação mais próxima e exata dos atos e contratos fiscalizados. Tais setores são os que detêm, na prática, o poder de emissão de relatórios técnicos – a apresentação destes encerra a instrução processual e a possibilidade de apresentar novos documentos, conforme artigo 160 do Regimento Interno do TCU – que são utilizados como base principal de motivação das decisões dos Ministros.

Esses servidores do Tribunal de Contas da União devem ter um enorme esmero na condução e elaboração dos seus pareceres, mesmo que suas atividades se desenvolvam sob um plano de desconfiança (MACHADO, 2013, n.p.), de modo a perceberem quando certa auditoria deverá ter um maior contato com a realidade vivida que, muitas vezes, não são perceptíveis sem um tipo de audiência com todos os envolvidos, que poderiam melhor esclarecer dúvidas e detalhes investigados, inclusive quanto ao alcance das responsabilidades de cada parte.

No processo 033.685/2013-4-TCU, por exemplo, não se denota de forma explícita nas decisões divulgadas e conforme entrevista com algumas partes, qual a formação do auditor, que poderá não entender, fora das questões legais envolvidas, os aspectos e requisitos técnicos que fundamentam certa posição de servidor que exerce funções de engenheiro civil, de modo que as dissipações de tensões e frustrações, ou ao menos sua diminuição (LUHMANN, 1980, p. 189 ss.) não ocorre e, conseqüentemente, levam esses mesmos servidores e outros que

presenciam tais investigações a criarem um clima de extremo legalismo nas funções realizadas.

Assim, como no caso em espécie, ocorre muitas vezes que partes nunca punidas ou recomendadas sobre certo posicionamento, sejam condenadas com a determinação de multa, inclusive embasada em julgados anteriores enviados para o conhecimento do seu órgão e que, mesmo interessando ao seu trabalho, nunca foram repassadas ao conhecimento desses servidores¹⁰². Concebe-se, nesse caso, que um servidor foi punido pela inércia do seu empregador, não se considerando as responsabilidades adequadas, sendo essa situação mais um motivo para um comportamento reticente dos colaboradores públicos.

Nesse mesmo caso, um servidor foi multado por uma atuação de má-fé da empresa que deveria dispor de quatro vigias e não provou essa relação trabalhista quando da inspeção por parte de um auditor do TCU.

Dois apontamentos podem ser observados em tal situação. Primeiro, há uma impossibilidade de o fiscal técnico verificar todos os dias o trabalho de todos os funcionários das empresas de obras de grande porte e ainda mais a noite, pelo horário de trabalho do empregado público ser, em regra, restrito ao período diurno.

Em segundo, confunde-se fiscalização técnica e administrativa, em que essa haveria de ser encargo de um gestor administrativo responsável pela observância do registro e do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias dos funcionários da obra; e aquela ser encargo do fiscal engenheiro civil da obra incumbido de averiguar a correta execução técnica do serviço. Nesse diapasão, não havendo o respeito às responsabilidades do fiscal técnico, necessário seria este verificar, como já dito, a quantidade de todos os trabalhadores (vigia, pedreiro, servente, pintor etc.) constante em composição de custos da planilha orçamentária para ratificar tais números todos os dias, independentemente da hora, sob pena de penalização.

Seguindo-se essa tendência, haveria a possibilidade, inclusive, da empresa contratada alegar interferência em questões relacionadas à produtividade e eficiência, e, logicamente, no fundamento constitucional e da ordem econômica e financeira da livre iniciativa das atividades empresariais privadas, fato que pode gerar demandas judiciais e ainda mais insegurança jurídica.

¹⁰² Essas circunstâncias foram contempladas na Lei 13.655/2018, que inseriu artigos na LINDB. Art. 22. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Pelo fato de todo esse processo ter iniciado antes da publicação da Instrução Normativa 05/2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal, que busca delimitar as responsabilidades do setor técnico de fiscalização com a criação da figura do fiscal administrativo, a responsabilidade jurídica do servidor envolvido estava ainda menos especificada. Acrescente-se a isso que, a exemplo desse caso que envolveu uma obra de mais de 20 milhões de reais, a maioria dos servidores têm sobrecarga de trabalho, sendo muito difícil o cumprimento a contento de todas as nuances legais.

Ocorre que as fiscalizações existentes não avaliam a situação e o histórico particular de cada funcionário, ocasionando efeitos deletérios que serão tratados nos parágrafos seguintes.

Outra grande reclamação e insatisfação é a de que todo o processo 033.685/2013-4-TCU transcorreu sem que as partes conseguissem que o TCU entendesse minimamente vários pontos controversos da demanda que só seriam possíveis em um tipo de audiência presencial nos moldes de uma audiência de instrução de um processo judicial.

Com o exposto até o momento, não se procura justificar quaisquer atitudes do corpo funcional que não se adequem às suas obrigações estatutárias ou a outros códigos normativos que exigem o saber adequado de suas atribuições. Imperioso o conhecimento, para qualquer agente público, de normas estaduais e municipais específicas, dos respectivos conselhos de classe e das determinações internas do órgão ou autarquia e respectivas procuradorias jurídicas.

Apona-se, não obstante, que, pela grande quantidade dessas regras e princípios, rapidez de mudanças de orientações jurisprudenciais e pela utilização excessiva do poder normativo do TCU (MACHADO, 2013, n.p.), aumentam-se as possibilidades de casos de zona cinzenta de interpretação tanto por parte dos servidores quanto dos órgãos controladores, não sendo ponderado que tais casos ensejem punições.

Um aspecto muito importante é que as multas do TCU têm, para a maior parte dos servidores do Poder Executivo (que não recebem as altas remunerações de outras categorias de outros poderes), um valor altíssimo¹⁰³. Hoje, o menor valor de multa possível nessas lides custa aproximadamente R\$ 3.000,00.

¹⁰³ Regimento interno do TCU. Art. 268: O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação: II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e

Aumenta-se ainda mais a necessidade de atendimento integral dos princípios da ampla defesa e contraditório pela não obrigatoriedade da presença de advogado para representar as partes. Sucede que nos casos que as partes buscam a representação por esse profissional, os valores a serem pagos normalmente são caros por não haver honorários sucumbenciais nos processos em face do TCU.

As condições apresentadas não apresentam doutrina claramente estabelecida. Alguns artigos recentes tratam dessa situação, concebendo-a como um direito administrativo do medo (GUIMARÃES, 2016; MASCARENHAS, 2016), fazendo com que os servidores atuem de modo reticente e com extrema propensão a negar um fluxo célere de processos.

Outra irradiação das decisões exaradas pelo TCU é a de desencadear efeitos em outras esferas de punição como as de improbidade administrativa, penal e administrativa. Após o envio de peças do TCU para essas outras alçadas, a situação de um servidor se torna muito difícil, pois as suas decisões são revestidas de definitividade no âmbito técnico e possuem grande força para embasar as decisões nessas outras instâncias punitivas (CITADINI, 1995, p. 61). Exatamente por isso, deve o TCU em seu proceder resguardar a contento os direitos fundamentais de ampla defesa e contraditório.

Todas essas lesões e ameaças de lesão podem e devem ser levadas ao Poder Judiciário. Necessário imiscuir-se nesse assunto, para verificar as possibilidades de reversão de possíveis lesões.

4 ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

De início, insta esclarecer que as partes envolvidas em um processo perante o TCU podem solicitar, a qualquer momento, a intervenção do Poder Judiciário, sem necessidade de exaurimento no órgão controlador, em obediência ao art. XXXV da Carta Magna, que determina que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ocorre que o Poder Judiciário deve se ater a aspectos de legalidade e respeito a princípios da Carta Magna, não cabendo reanálise do mérito da questão a ser decidida pelo TCU. Não é possível, em tese (MACHADO, 2013, n.p.), diminuição de multas ou reavaliação

probatória¹⁰⁴, devendo o Judiciário declarar nula ou não condizente com as balizas constitucionais certo proceder do TCU. Assim, em linhas gerais, as decisões são afrontadas nos casos de não obediência do direito de defesa pelo órgão de fiscalização das contas ou contiverem ilegalidade manifesta.¹⁰⁵

Machado (2013, n.p.) manifesta que caberia interpelar o Judiciário quando houvesse ofensa ao princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção, com o intuito de impedir excessos na correlação entre a conduta ilícita e a punição. Ressalte-se que tais inserções nos aspectos de conveniência e oportunidade sobrevêm em casos raros de grave ofensa ao princípio citado, sob pena de invasão indevida no mérito técnico da decisão.

Esse acesso ao Poder Judiciário é pretendido como uma forma de acesso à justiça, conforme doutrina de Mauro Cappelletti (1988). A busca por justiça é pretendida justamente no órgão que central e tradicionalmente decide as contendas e não em outro instituto ou modo de resolver conflitos de forma alternativa ou adequada, a depender da escola doutrinária. Isso porque é nesse Poder que há, no caso em comento, o último refúgio contra latentes injustiças.

Retirando-se os casos de Mandados de Segurança contra atos da corte em comento – que é do STF, conforme art. 102 da CF-88 –, tem-se que, em essência, os casos referentes a questionamentos às multas expedidas pelo TCU são da competência da Justiça Federal através da propositura de Ação Ordinária (MACHADO, 2013, n.p.) por se tratar de casos envolvendo servidores públicos federais ou recursos da União. Após o esgotamento da esfera recursal ordinária nos respectivos tribunais, pode haver recurso especial ao STJ ou Extraordinário ao STF nos casos permitidos pela Constituição.

Correntemente, busca-se amparo em Mandado de Segurança ou Recurso Extraordinário tentando demonstrar que o acórdão do TCU feriu o já mencionado artigo constitucional concernente à ampla defesa¹⁰⁶.

¹⁰⁴ EMENTA: Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Não ocorrência de violação do princípio do devido processo legal. Segurança denegada... 2. A análise do quantum a ser cobrado e do que deveria ser considerado, ou não, pelo TCU para a realização dos cálculos – e.g. a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato - é inviável no presente writ, na medida em que, dada a natureza da ação mandamental, é condição necessária para seu manejo que o direito pleiteado seja líquido e certo. Necessidade de dilação probatória. Precedentes. 3. Ausência de violação do princípio do devido processo legal. Os pedidos formulados pelos interessados foram analisados e o cálculo do quantum do sobrepreço foi formulado em consonância com os critérios tecnicamente utilizados pela Corte de Contas e com as normas de seu regimento interno. 4. Segurança denegada. (STF – **Mandado de Segurança**: MS 29599 / DF, Relator: **Min. Dias Toffoli**. Data de Julgamento: 01-03-2016, Primeira Turma).

¹⁰⁵ Há várias jurisprudências nesse sentido. Por exemplo: (TRF-5 – Apelação Cível: AC 429673 CE 2007.81.00.001818-3, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Substituto). Data de Julgamento: 27/07/2007, Quarta Turma).

¹⁰⁶ “Se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de

Com a situação jurídica atual, não há boas possibilidades de se conseguir uma prestação jurisdicional condizente com o pretendido pelos servidores, quando estes apresentam justificativas simplesmente argumentativas e retóricas de não atendimento por parte do TCU de preceitos fundamentais que buscam, em última instância, modificar o mérito de uma decisão técnica. Assim, impreterível que a violação ao direito de defesa seja demonstrada de forma concreta.

O Poder Judiciário atua, como visto, para conter abusos como os já referidos anteriormente em relação a não aplicação de ampla defesa e contraditório. Ocorre que o TCU age respeitando as normas legalmente estabelecidas quanto a esses preceitos elencados, e possíveis violações dificilmente são revertidas por prevalecer o entendimento de que haveria, em última análise, interferência em questões de cunho técnico que são restritas ao TCU.

Dessarte, verifica-se nos casos expostos no capítulo anterior o cumprimento do acesso ao Poder Judiciário, mas não na realidade maior de amplo acesso à justiça, que é tido como um dos valores (DINAMARCO, 2007, p. 21-22) processuais mais elevados do nosso ordenamento jurídico e que contém, como um de seus aspectos essenciais, que os litigantes participem e influenciem efetivamente o processo de que participem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há diversas discussões acerca do papel do Tribunal de Contas no Brasil, as quais se apresentam em um contexto de grande amplitude de poder normativo e hermenêutico que provém não só da caracterização de princípios como verdadeiras normas que irradiam principalmente a partir da Constituição de 1988, mas também de um momento jurídico menos apenso a critérios rígidos e claros de justificativas e fundamentações, tanto nos procedimentos utilizados durante o processo quanto nas decisões emanadas.

Há, efetivamente, maior amplitude para a atuação de órgãos como o TCU, em razão de que sua estrutura, organização, natureza jurídica de seus atos, procedimentos e decisões em muito se assemelham às de cortes jurídicas, bem como sua atuação mais profusa também se tornou necessária em virtude da crescente quantidade de serviços e obras realizadas como recursos federais.

Com essas características, tem-se que muitas das decisões a serem tomadas pelos servidores públicos se tornaram mais complexas, por terem que voltar suas atenções não só às já grande quantidade de leis federais, estaduais e municipais, mas também a regulamentos, manuais de procedimentos, informativos do TCU e outras fontes, cujas determinações são modificadas e atualizadas de forma cada vez mais rápida.

Consequentemente, os casos de dúvida e área cinzenta crescem vertiginosamente e suas decisões passam a ser permeadas pelo já citado e explicado direito administrativo do medo, termo que bem caracteriza essa situação vivida por servidores de certas áreas do serviço público.

Assim, há receio de repreensão de diversas auditorias, principalmente do Tribunal de Contas da União que, apesar de todo um aparato disponível, peca por não diferenciar casos que necessitem de um maior contato entre os partícipes, deixando de gerar, dessa forma, oportunidades para as partes disporem do direito à ampla defesa e ao contraditório na sua condição substancial e efetiva que possa proporcionar concreta oportunidade de manifestação que não somente a documental. A tal fato, é acrescido o receio de que tais auditorias da corte de contas venham a servir como base para outras punições no âmbito administrativo e penal.

Essa situação gera uma realidade de morosidade, falta de iniciativa, improdutividade e cuidado extremo para decidir, pois um servidor pode vir a ser multado mesmo em casos não totalmente pacificados, o que gera insegurança jurídica e diminuição da eficiência e eficácia em todo o aparato estatal, quando, em essência, dever-se-ia primar pela previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico e do agir das pessoas.

Com a prevalência da jurisprudência do Poder Judiciário de não acatamento da maioria dos questionamentos sobre a não observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa por parte do TCU, a não ser em casos restritos, cabe questionar, através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o artigo 162 do Regimento Interno do TCU, que dificulta a concretização do amplo acesso à justiça, entendido no sentido de amplo direito à defesa no aspecto substancial e de tutela jurisdicional adequada e justa a quem tiver razão.

Portanto, o óbice criado pelo expediente normativo do Tribunal de Contas, no que concerne à limitação ao acesso à justiça, permite dizer que é preciso repensar os argumentos que impedem a utilização de modos mais abrangentes de defesa, dado que a justiça e a efetividade do direito devem prevalecer sobre qualquer tipo de prescrição que regulamente procedimentos de ordem técnica.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988.

_____. **Lei 8.443/1992, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 de julho de 1992.

_____. **Lei 4.657/1942, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 04 de setembro de 1942.

_____. Tribunal de Contas da União. **Regimento interno do TCU**.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

DIDIER Junior, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Revista Direito do Estado: 2016, nº. 71. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha->

guimarães/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em 25/07/2018.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Políticas Públicas: O controle do tribunal de contas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **O Medo e o Ato Administrativo**. Revista Direito do Estado: 2016, nº. 289. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em 02/08/2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, volume 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, Murillo Victor Umbelino. **A influência do Tribunal de Contas na separação dos poderes**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa.

MARANHÃO, Jarbas Cardoso de Albuquerque. **A propósito do Tribunal de Contas**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2003.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY Junior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SAMPAIO JR., Tercio. **A legitimidade pragmática dos sistemas normativos**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

SOUZA, Artur Cesar de. **Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura: uma perspectiva democrática fiscalizatória (*checks and balances*)**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. E-book.

AUDIT OF THE TCU AND THE CONSTITUTIONAL WARRANTIES OF THE PROCESS

ABSTRACT

The performance of the Federal Court of Accounts occurs through the obedience to legal dictates that denote lack of substantial accomplishment as to the exercise of ample defense and contradictory. The structure and juridical nature of its acts was researched to place it adequately in the legal context of the country. Through an analysis based on current and relevant situations related to bidding and inspection of works and engineering services, sought to understand how such decisions are based to analyze the possible damages that an audit may cause to the rights and guarantees of public servants. It was tried to demonstrate the delicate situation of these workers in the exercise of functions that require the knowledge of several laws, regulations and jurisprudential guidelines that constantly change and are applied in a way that does not consider the concrete cases in depth, generating the expectation that, when executing several punished and fined in cases whose responsibilities are not well delineated. This situation characterizes an administrative right of fear, with reflexes in the creation of an organizational climate of diminished productivity. It concludes by the little effectiveness in the activation of the Judiciary Power by violation to the art. 5º, LV, of the Constitution, which deals with the necessity of a contradictory and ample defense, since it prevails that, even using only documentary evidence, the proceedings before the TCU do not violate said constitutional norm, since there is a normative provision in law 8.443/1992, which allows you to regulate your procedures.

Keywords: Federal Court of Accounts. Constitutional warranties. Public servants.