

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

DENISE BITTENCOURT FREIDRICH

GIOVANI DA SILVA CORRALO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Denise Bittencourt Freidrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal
– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-142-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Sem ter a pretensão de dizer algo desconhecido, o Direito Administrativo é uma área da ciência jurídica de grande conservadorismo. Tal assertiva justifica a relevância de construirmos um espaço de discussão e debate dos institutos jurídicos administrativos, haja vista a necessidade de passarem por uma releitura à luz de novos postulados e de novos paradigmas teóricos.

Sem sombra de dúvida, o grupo temático do CONPEDI denominado Direito Administrativo e Gestão Pública II oportunizou este espaço de discussão e de debate que giram em torno de temas jurídicos diretamente ligados ao interesse público e a valores sociais indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

Em tal momento podemos refletir acerca da responsabilidade do Estado, bem como da responsabilidade dos advogados na condição de parecerista em procedimentos licitatórios. O tema da improbidade não poderia ter ficado de lado, como não ficou, especialmente no momento atual da história brasileira que, diariamente, notícias sobre corrupção são veiculadas nos espaços midiáticos. Por falar em corrupção, esta também teve um espaço privilegiado ao se discutir sobre possíveis efeitos da Lei Anticorrupção. Diretamente relacionado a ela, o dever de transparência e de informação do Estado, como forma de assegurar uma administração pública em conformidade com os princípios republicanos.

O ativismo judicial, que muitas vezes acaba fazendo as vezes da administração pública, ao assegurar determinado direito ao cidadão, e assim implementa, ou não (muitas discussões há sobre o tema) uma política pública, e tal situação assume impactos maiores se for no âmbito do espaço municipal, no qual a gestão dos recursos apresenta-se com maiores dificuldades que na esfera federal ou estadual, haja vista as atribuições que os municípios receberam do constituinte de 1988, sem, contudo, ter-lhes outorgado os devidos e necessários repasses financeiros. A escassez de recursos públicos também é deflagrada no pagamento dos precatórios, e aqui, mais uma vez, se revela uma postura do Poder Judiciário questionável, quando chamado a decidir da possibilidade de prorrogação dos prazos.

Notória e festejada transformação, passa a administração pública, ao não estar apenas vinculada a estrita legalidade de seus atos e decisões, mas deve sim guiar-se por valores

morais e éticos. Da mesma forma a procedimentalização da atividade administrativa, repleta de valores tais como o contraditório e a ampla defesa, a informalidade, entre tantos outros.

Esses e muitos outros temas estiveram na pauta dos debates que desenvolveram-se ao longo da apresentação dos trabalhos no XXIV Congresso do CONPEDI que ocorreu em Belo Horizonte e versou sobre o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade .
Desejamos uma excelente leitura a todos!

Denise Bittencourt Friedrich

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O PARÁGRAFO 5º DO ART. 307 DA RES.
TCE-ES 261/2013**

**THE ADVERSARIAL PRINCIPLE AND THE 5º PARAGRAPH OF THE ARTICLE
307 OF THE TCE-ES RES. 261/2013**

**Rafael Ambrósio Gava
Janaina Gomes Garcia De Moraes**

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a incidência do princípio do contraditório nos processos que tramitam sob o rito sumário perante o TCE-ES, discutindo especificamente a possibilidade de se prolatar decisão de mérito sem que haja citação. Ao longo do estudo, são explicitadas as características dos Tribunais de Contas, segundo a doutrina e a jurisprudência, bem como a prerrogativa de sua atuação cautelar, reconhecida a partir da teoria dos poderes implícitos. Aborda-se, também, a sistemática do procedimento sumário no TCE-ES, pelo qual se desenrolam os processos em que há medida cautelar, à luz da sua legislação específica. Por fim, é analisado o procedimento sumário, especificamente no que tange ao art. 307, §5º, da Res. TCE-ES 261/2013, sob a ótica do contraditório, entendido, com esteio no ensinamento da doutrina e conforme positivado no novo Código de Processo Civil, como a ciência do processo e o direito a influenciar o debate. Demonstrou-se, com base em pesquisa bibliográfica e mediante uma problematização dedutivo-argumentativa, que o TCE-ES não pode prescindir da observância do contraditório, sob pena de se violar um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Contraditório, Citação, Procedimento sumário, Medida cautelar, Extinção do processo, Resolução de mérito

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the implications of the adversarial principle in the administrative process that are judged by the TCE-ES under summary rite. More specifically, we examine if it is possible to judge the process merit without the accused's subpoena. Throughout the study, the characteristics of the Courts of Accounts are explained, according to the doctrine and jurisprudence, as well their prerogative of precautionary action, recognized by the theory of implied powers. In addition, the systematic of the summary procedure, by which develop the processes in which there are precautionary action, is studied, from the specific legislation. At last, the summary procedure is analyzed, specifically with respect to the art. 307, §5º, Res. TCE-ES 261/2013, from the perspective of the adversarial principle, understood, based on the doctrine teaching and according to the New Code of Civil Procedure, as the right of

knowledge and of influence the debate. We demonstrated, based on literature and through a deductive argumentative reasoning, that the TEC -ES cannot do disregard the adversarial principle, otherwise there would be violation of this fundamental right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Adversarial principle, Summary procedure, Precautionary measure, Process termination, Resolution of merit

1. INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas são órgãos independentes com sede constitucional, cuja competência abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública direta e indireta, bem como de qualquer pessoa que gerencie valores públicos, no que tange à legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, CF). Assim, embora auxiliem o Legislativo no exercício do controle externo, não se subordinam a nenhum dos Poderes, possuindo competências próprias e desvinculadas das dos demais órgãos e entidades da Administração Pública.

Enquanto órgão independente, o Tribunal de Contas possui as competências que a Constituição e a lei lhe atribuírem, não estando tolhido de exercê-las quando houver previsão para tanto, ainda que sua atuação possa coincidir com a de outras esferas.

Enumerando as competências mínimas das Cortes de Contas, a Constituição Federal – seguida pela Estadual (ES) – mencionou expressamente a possibilidade de apreciarem a ocorrência de dano ao erário, conferindo a eles, como corolário, a competência para determinar a recomposição dos cofres públicos, através da imputação de débito, isto é, da condenação ao ressarcimento. Ocorre que essa atuação meramente reparadora, *a posteriori*, não se revela suficiente para que os Tribunais de Contas atinjam o seu fim: proteger o erário. Em razão disso, é deferida aos TC, também, a prerrogativa de atuar preventivamente, evitando a ocorrência da lesão.

Tendo em vista tais competências, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES) estabeleceu sua competência para determinar medidas cautelares, que se desenvolvem sob o procedimento sumário, a fim de evitar graves danos ao erário ou a direito alheio, o que foi regulamentado por seu regimento interno.

Em toda sua atuação, o Tribunal de Contas, por determinação constitucional, deve observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, preservando não só o interesse público, mas também os direitos e garantias individuais.

Partindo dessas premissas, o presente estudo visa a analisar um ponto específico do procedimento sumário do TCE-ES, à luz do princípio do contraditório e de demais institutos do processo civil, inclusive sob a perspectiva do Código de Processo Civil de 2015.

Pretende-se demonstrar que, para a situação pontual em exame, a legislação específica não traduz a melhor solução para os jurisdicionados nem para o interesse público, por sacrificar direitos fundamentais e por representar risco à legalidade.

Para tanto, será apresentada a maneira com que se desenvolve o procedimento sumário no TCE-ES, de forma descritiva e com base em sua legislação específica. Em seguida, será abordada a questão da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e de princípios processuais, dando enfoque ao contraditório, na perspectiva atual, por meio de revisão de literatura. O contraditório é, aqui, entendido como princípio processual, como o classifica a doutrina, e garantia individual e coletiva, conforme o classificou a Constituição Federal, sendo utilizadas ambas as denominações indistintamente para referi-lo.

Por fim, será demonstrado, sob o método dedutivo, como a disposição contida no §5º do art. 307 da Res. TC 261/2013, aplicada à literalidade, acaba por violar direitos e garantias fundamentais.

2. A ATUAÇÃO DO TCE-ES E A POSSIBILIDADE DE EXPEDIR MEDIDAS CAUTELARES

Os Tribunais de Contas ganharam especial atenção do constituinte originário que, conquanto não os tenha designado como Poder, deu-lhes a configuração de “um conjunto orgânico perfeitamente autônomo” (BANDEIRA DE MELLO *apud* JACOBY, 2012, p. 168), “não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico” (ADI 4.190).

Assim, os Tribunais de Contas possuem competências que emanam da própria Constituição Federal, o que lhes confere importância no cenário político-institucional brasileiro, conforme ensina a doutrina (JACOBY, 2012, p. 168):

Em expressivo exame da natureza do Tribunal de Contas, obtempera Odete Medauar que a Constituição Federal, em artigo algum utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o Controle externo do Congresso nacional será exercido com o *auxílio do Tribunal de Contas*; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e

orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização.

E arremata:

Se a função é de atuar em auxílio ao legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura *instituição estatal independente*.

Tal ilação se confirma com o art. 70, CF, que defere às Cortes de Contas a atribuição de verificar a conformidade com a lei da utilização do dinheiro público, por quem quer que seja, e também o atendimento ao interesse público e à relação custo-benefício das despesas. Trata-se do exame da legalidade, legitimidade e economicidade, respectivamente.

A esse respeito, tem-se que o art. 1º, §1º, da Lei Complementar Estadual do Espírito Santo (LC) 621/12, minudencia a previsão constitucional, ao dispor que será verificada também “a eficiência, a eficácia, a efetividade, a razoabilidade e a proporcionalidade dos atos de gestão, das despesas deles decorrentes, bem como da aplicação de subvenção e da renúncia de receitas”.

Para bem proceder às competências que foram estabelecidas nesses dispositivos e discriminadas no art. 71 da Constituição Federal, reproduzido no art. 71 da Carta Estadual e regulamentado pelo art. 1º da Lei Complementar nº 621/2012, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo dispõe de três formas básicas de atuação, quais sejam, os processos de contas, de fiscalização e de consulta¹.

Os processos de contas, de acordo com art. 50, I, da Lei Complementar Estadual (LC) 621/2012, são compostos pelos processos de Prestação de Contas e de Tomada de Contas Especial, nos quais, à exceção dos atos de governo do Chefe do Executivo, o Tribunal julga as contas daqueles que estão sujeitos à sua jurisdição, aplicando-lhes as sanções correspondentes e/ou determinando o ressarcimento de eventuais danos ao erário.

Já nos processos de fiscalização, compostos, dentre outros, da denúncia e da representação, o Tribunal analisa a regularidade dos atos de gestão de seus jurisdicionados, podendo imputar-lhes penalidades quando identificar desconformidades com a lei em sentido

¹ Art. 50. No exercício do controle externo, os processos no Tribunal de Contas possuem a seguinte natureza:

I – processos de contas:

- a) Prestação de contas do Governador;
- b) Prestação de contas dos Prefeitos;
- c) Prestação de contas;
- d) Tomada de contas especial;

II – processos de fiscalização:

- a) Atos de pessoal sujeitos a registro;
- b) Denúncia;
- c) Representação;
- d) Demais processos relacionados à competência do Tribunal de Contas, previstos em lei ou no regimento Interno;

III – processos de consulta.

amplo, a legitimidade ou a economicidade. No entanto, nesses feitos, o Tribunal de Contas não pode condenar o responsável ao ressarcimento, de modo que, caso seja verificada a existência, num desses processos, de dano ao erário, deve haver sua conversão em Tomada de Contas Especial, segundo o art. 57, IV da LC 621/2012².

Se, durante o curso de suas atividades de fiscalização, o Tribunal de Contas deparar com situação que possa ensejar grave lesão ao erário ou a direito alheio, bem como se houver risco de ineficácia de uma decisão futura de mérito, o TCE-ES poderá determinar medidas cautelares. Isso porque, para que possa melhor atingir seus escopos, preservando o erário, não basta a atuação repressiva, de modo que, a fim de evitar eventuais danos, aos Tribunais de Contas são reconhecidas competências cautelares.

Ocorre que a atuação preventiva não consta expressa da Constituição Federal, de maneira que dito reconhecimento exsurgiu de interpretação teleológica, com suporte na Teoria dos Poderes Implícitos, sendo, ao final, plasmado pelo Supremo Tribunal Federal no MS 24.510/DF, cujo trecho do voto do Min. Celso de Mello, por ser ilustrativo do entendimento consagrado, reproduz-se abaixo:

[...] a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR (MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)

Essa posição foi ratificada em outras oportunidades, como no MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.05.2007; no MS 23.983, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30.08.2004; MS 26.263 MC/DF, Min. Ellen Gracie, DJ 02.02.2007; MS 25481 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011.

² Art. 57. Na fase de instrução, havendo indícios de irregularidade, cabe ao Tribunal de Contas ou ao Relator: IV – converter, se for o caso, o processo em tomada de contas especial, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário.

Nessas ocasiões, o STF concertou que, na iminência de lesividade ao erário ou a direito alheio ou havendo risco de ineficácia da decisão de mérito, podem ser adotadas medidas que suspendam o ato, bem como determinações ao gestor para que o faça, até que o Tribunal decida o mérito da suposta irregularidade (ARCOVERDE, 2013). Tais medidas visam ao resguardo dos recursos públicos, que, de outra maneira, seriam afetados, quiçá irremediavelmente.

Assim, a Corte Suprema reconheceu que os Tribunais de Contas possuem o poder geral de cautela, decorrente das competências atribuídas pela Constituição Federal, permitindo até mesmo a adoção dessas medidas *inaudita altera parte*.

De modo diverso, José dos Santos Carvalho Filho defende que, primeiro, os Tribunais de Contas devem fixar prazo para o ente fiscalizado corrigir a situação, com base no art. 71, IX, CF; somente se desatendido, é que poderá expedir medida cautelar (TAKEDA, 2010). Nesse sentido, afirma que “o poder de cautela também há de se depender do descumprimento oportuno da recomendação prévia dirigida ao órgão administrativo” (2006, p. 829).

Sem embargo do entendimento do renomado autor, uma vez reconhecido o poder geral de cautela pelo STF, no estado do Espírito Santo, a atuação cautelar foi regulamentada por meio da LC 621/2012 e da Resolução TC 261/2013, que estabelecem os requisitos para a concessão da medida cautelar e a forma com que os processos serão desenvolvidos.

Como se verifica da Resolução TC 261/2012, no Título V, que trata “Do Processo em Geral”, no Capítulo II, denominado “Das Etapas e do Desenvolvimento do Processo”, existem duas espécies de rito processual nesta Corte, o sumário e o ordinário.

O rito ordinário, de acordo com art. 295, da Res. TC 261/2013, é determinado por exclusão, ou seja, ocorre quando não se enquadrar nas hipóteses previstas para processamento segundo rito sumário ou especial. *In verbis*:

Art. 295. Os processos no Tribunal observarão o rito ordinário, ressalvados aqueles para os quais exista previsão, neste Regimento, de rito sumário ou especial.

O rito sumário, por sua vez, de acordo com o art. 100, da LC 621/2012, prevalece quando o controle externo for relativo a ato licitatório, contratação direta, contrato administrativo e congêneres:

Art. 100. O exercício do controle externo decorrente da fiscalização de ato licitatório, contrato administrativo e demais instrumentos congêneres, inclusive no caso de contratação direta, será realizado sob o rito sumário, nos termos do Regimento Interno.

Tal disposição deve ser somada à previsão do art. 306, da Res. TC 261/2013, que estabelece esse rito nos processos em que houver fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão, conforme art. 306, da Res. TC 261/2013:

Art. 306. Os processos em que houver fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão observarão o rito sumário previsto neste Regimento.

Além disso, a Res. TC 261/2013 prevê, ainda, que quando for necessário adotar uma medida cautelar, o processo passará a tramitar pelo rito sumário:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

- I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Todavia, qualquer que seja o rito adotado, os processos administrativos de competência do TCE-ES devem obedecer aos princípios processuais que norteiam a atividade estatal, conforme dispuseram a LC 621/2012 e a Res. TC 261/2013, cujos artigos correspondentes são abaixo reproduzidos:

LC 621/2012

Art. 52. Nos processos serão observados, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da impessoalidade, da oficialidade, da verdade material, do formalismo moderado, da celeridade, da publicidade, da transparência e da segurança jurídica.

RES. TC 261/2013

Art. 240. No âmbito do Tribunal, além dos princípios gerais que regem o processo civil e o administrativo, deverão ser observados, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da impessoalidade, da oficialidade, da verdade material, do formalismo moderado, da celeridade, da publicidade, da transparência e da segurança jurídica.

Demais disso, o art. 70, da LC 621/2012, dispõe que se aplicam aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil, o que faz incidir os princípios que regem o processo civil.

Desse modo, em que pesem as peculiaridades da atividade de controle externo, sobretudo na atuação cautelar, não se pode prescindir dos princípios elementares que balizam o processo, mormente quando são também garantias fundamentais.

Assim, postas essas premissas, é possível prosseguir no estudo do tema, minudenciando a atuação cautelar do TCE-ES e examinando-a à luz do contraditório e da ampla defesa.

3. O PROCEDIMENTO SUMÁRIO NO TCE-ES

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, o procedimento sumário, pelo qual se desenvolvem os processos em que há medida cautelar, está previsto nos artigos 306 a 312, da Res. TC 261/2013, em seção própria.

Tais dispositivos devem ser somados a outros, que preveem a expedição de medidas cautelares e o processamento no rito sumário. Nesse particular, vale destacar os artigos 108, 124 e 125 da LC 621/2012³, bem como os artigos 376 e 377, da Res. TC 261/2013⁴, que

³ Art. 108. O Tribunal poderá suspender, de ofício ou a pedido, inclusive em caráter cautelar, o procedimento licitatório, caso sejam constatadas irregularidades ou ilegalidades, observando-se, no que couber, o disposto nos artigos 100 e 101 e no Título V desta Lei Complementar.

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno.

Art. 125. São medidas cautelares, dentre outras previstas nesta Lei Complementar:

I - vetado;

II - a sustação da execução de ato ou de procedimento administrativo, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada;

III - a determinação a autoridade competente para que suspenda o contrato administrativo, bem como os pagamentos dele decorrentes, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada;

IV - vetado;

V - vetado;

VI - vetado.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos I, IV e V deste artigo, a medida somente poderá ser adotada por deliberação do Plenário, aprovada pela maioria absoluta de seus membros.

§ 2º O Tribunal de Contas poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Procuradoria Geral do Estado, à Procuradoria do Município 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.

§ 3º Se o Relator ou o Presidente do Tribunal de Contas entender que, antes de ser adotada a medida cautelar, deva o responsável ser ouvido, determinará a sua notificação, por despacho monocrático, para prestar informações no prazo de até cinco dias.

§ 4º A decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias.

§ 5º Após manifestação do responsável, os autos serão remetidos à unidade técnica para instrução, na forma regulada no Regimento Interno.

§ 6º A parte interessada será sempre notificada da decisão

⁴ Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e

permitem a suspensão de procedimento licitatório em sede cautelar e estabelecem que as medidas cautelares serão adotadas quando houver fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito.

O procedimento sumário, em resumo, caracteriza-se pela prioridade na tramitação (art. 307, *caput*, Res. TC 261/2013⁵) e pela exiguidade dos prazos, se comparados aos do rito ordinário.

O Conselheiro Relator, uma vez recebido o processo, poderá ouvir o responsável pelo ato inquinado antes da concessão da medida cautelar, caso em que este será notificado para prestar informações. Tal audiência prévia não é obrigatória, podendo a oitiva ocorrer após a determinação da medida, a depender do juízo do Relator.

Antes ou após as informações, o Relator poderá determinar a instrução acerca dos fundamentos e pressupostos da cautelar pela unidade técnica competente (art. 47, III, “e”, Res. TC 261/2013⁶).

Se a oitiva ocorrer antes da adoção da cautelar, e, nessa oportunidade da audiência prévia, o responsável corrigir os supostos vícios, o processo será extinto sem resolução de mérito por perda superveniente do objeto, conforme §6º do art. 307 c/c 310, da Res. TC 261/2013⁷.

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão.

Art. 377. O Tribunal, dentre outras medidas cautelares previstas em sua Lei Orgânica, poderá determinar à autoridade competente:

I - a suspensão de ato ou procedimento administrativo, em quaisquer de suas fases;

II - a suspensão de execução de contrato administrativo, bem como os pagamentos dele decorrentes;

III - a abstenção da prática de ato administrativo, de modo a evitar a ocorrência de lesão ao erário ou ao interesse público;

IV - a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade.

Parágrafo único. O Tribunal, se não atendido, adotará as providências previstas no § 1º do art. 208 deste Regimento.

⁵ Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

⁶ Art. 47. A Secretaria Geral de Controle Externo – SEGEX à qual compete planejar, organizar, coordenar, orientar, gerenciar, dirigir, supervisionar e executar, por intermédio das unidades técnicas subordinadas, todas as atividades e projetos relativos à área técnico-executiva de controle externo e avaliar seus resultados, emitir notas técnicas dirigidas às unidades técnicas com a finalidade uniformizar técnicas e padrões de fiscalização e de análise de contas, propor diretrizes relativas ao controle e a fiscalização a cargo do 41 Tribunal, assessorar o Presidente, os Conselheiros e os Auditores em matéria de sua competência, dispondo da seguinte estrutura:

III – Unidades diretamente vinculadas:

e) Núcleo de Cautelares - NCA, ao qual compete a instrução dos processos submetidos a rito sumário nos termos dos arts. 306 a 312 deste Regimento, à exceção da hipótese prevista no § 2º do art. 311;

⁷ Art. 307. *Omissis*.

§ 6º Haverá perda superveniente do objeto impugnado quando, determinada a prestação de informações e antes da concessão da medida cautelar, o responsável sanar as supostas irregularidades apontadas pelo representante, extinguindo-se o feito sem resolução de mérito.

Art. 310. A instrução da unidade técnica será conclusiva, pela extinção do processo, na hipótese de:

Não sendo essa a hipótese, e entendendo estarem presentes os requisitos para o deferimento da medida, o Tribunal notificará o responsável para cumprir a decisão⁸.

A partir desse ponto, podem ocorrer situações diversas.

Descumprindo a decisão, o responsável responderá solidariamente pelo dano que venha a ocorrer, sem prejuízo das sanções que lhe poderão ser infligidas pelo não cumprimento da ordem (art. 379, Res. TC 261/2013⁹ c/c arts. 135 a 141, LC 621/2012). A par disso, será elaborada a instrução técnica inicial, que ensejará sua citação, podendo, ao final, sendo reconhecida, em definitivo a irregularidade, ser aplicadas sanções pela irregularidade mesma, além da condenação ao ressarcimento do eventual prejuízo ao erário provocado.

De outro modo, cumprindo a decisão sem contestá-la, o responsável pode corrigir a irregularidade, desde já. Nessa hipótese, “o Tribunal proferirá, desde logo, decisão de mérito, observado o disposto no artigo 310 deste Regimento” (art. 307, §5º, Res. TC 261/2013). Isto é, sem que haja a elaboração de uma instrução técnica inicial, com base na qual o responsável será citado para se apresentar justificativas, o Tribunal proferirá decisão meritória.

A terceira e última hipótese, ocorre quando o responsável acata a decisão cautelar, mas não sem insistir na regularidade do seu ato, pugnando pela reconsideração da medida, seja em sua petição apresentada por força do art. 307, §3º, Res. TC 261/2013¹⁰, em recurso de agravo, ou mesmo cumprindo a determinação, mas quedando-se omissos em apresentar novos argumentos ou tomar outras providências não determinadas, mas relativas à correção da ilegalidade. Nessas circunstâncias, entendendo a unidade técnica que persiste o indício de irregularidade, será elaborada a instrução técnica inicial (art. 309, Res. TC 261/2013¹¹), e, então, procedida a citação, será juntada a defesa apresentada, e confeccionados a instrução técnica conclusiva e o parecer do *Parquet* de Contas, para que possa, ao fim, haver o julgamento (arts. 310, 311 e 312, Res. TC 261/2013¹²).

II - perda superveniente do objeto impugnado, nos termos do § 6º do art. 307.

⁸Art. 307. *Omissis*.

§ 4º Em caso de deferimento de medida cautelar, o responsável será notificado para, no prazo assinalado, cumprir a decisão, publicar extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicar as providências adotadas ao Tribunal

⁹ Art. 379. A autoridade competente que, no prazo fixado, deixar de atender às determinações para o exato cumprimento da lei exaradas pelo Tribunal responderá solidariamente pelo dano que venha ocorrer em razão do não cumprimento da decisão, sem prejuízo da aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal.

¹⁰ Art. 307. *Omissis*.

§ 3º A decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias.

¹¹ Art. 309. Após manifestação do responsável, ou decorrido em aberto o prazo fixado, os autos serão remetidos à unidade técnica para análise e elaboração de instrução técnica, no prazo de até quinze dias.

¹² Art. 310. *Omissis*.

§ 1º Não ocorrendo quaisquer dos casos previstos nos incisos I ou II, será elaborada instrução técnica inicial, de forma excepcional, na hipótese de haver outras irregularidades flagrantes não suscitadas na representação.

Assim, delinea-se o esquema geral da tramitação do procedimento sumário tal qual previsto no Regimento Interno do TCE-ES (Res. TC 261/2013), aplicando-se as regras e os princípios do processo civil, no caso de omissão do regramento específico e compatibilidade entre os sistemas (arts. 70 e 129, LC 621/2012).¹³

4. A QUESTÃO DO ARTIGO 307, §5º, DA RES. TCE-ES 261/2013, E DO CONTRADITÓRIO

Como visto no tópico anterior, caso seja expedida a medida cautelar e o responsável por cumprir a decisão não a impugne, sanando a suposta irregularidade, o Tribunal proferirá, desde logo, decisão de mérito (art. 307, §5º, Res. TC 261/2013). Assim, diante de tal circunstância, haverá a procedência ou a improcedência da imputação, ou, na linguagem específica, a manutenção ou o afastamento da irregularidade.

Ocorre que, segundo as normas do procedimento sumário, a essa altura, o responsável não foi citado, senão notificado da decisão. De acordo §4º do art. 307, da Res. TC 261/2013, “em caso de deferimento de medida cautelar, o responsável será notificado para, no prazo assinalado, cumprir a decisão”.

O espectro abrangido pela notificação, no âmbito do TCE-ES, é balizado por exclusão: aquilo a que não for necessário proceder à citação ou à comunicação de diligência, será realizado por notificação. Nesse sentido, a LC 621/2012:

§ 2º O prazo de citação será de até dez dias para apresentação de razões de justificativa pelo responsável.

§ 3º Não se aplica o disposto no caput nos casos de medidas cautelares.

Art. 311. A unidade técnica competente devolverá o processo ao Relator com a proposta de encaminhamento e sugestão de providências cabíveis no caso concreto.

§ 1º O requerimento ou proposição de medida cautelar, se ainda não apreciado, deverá ser submetido ao colegiado pelo Relator até a decisão de citação dos responsáveis, caso existentes indicativos de irregularidades.

§ 2º Decorrido o prazo para oitiva ou apresentação de razões de justificativa, após a citação, o Relator determinará a elaboração de instrução técnica conclusiva, no prazo de quinze dias.

Art. 312. Encerrada a instrução, os autos serão remetidos ao Ministério Público junto ao Tribunal, para emissão de parecer escrito no prazo de quinze dias e, em seguida, conclusos ao Relator, que elaborará relatório e enviará o processo à secretaria do colegiado para inclusão em pauta, no mesmo prazo.

¹³ Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 129. As medidas cautelares previstas neste Título serão regulamentadas no Regimento Interno, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Art. 63. O chamamento ao processo, bem como a comunicação dos atos e termos processuais, far-se-á mediante:

I - citação, pela qual o Tribunal dará ciência ao responsável de processo contra ele instaurado, chamando-o para se defender e/ou recolher a importância devida;

II - comunicação de diligência, pela qual o Tribunal dirigir-se-á ao interessado ou responsável visando suprir a necessidade de algum dado, esclarecimento ou providência preliminar;

III - notificação, nos demais casos.

Como se infere do dispositivo acima transcrito, a citação, que é um dos pressupostos processuais de existência (ABELHA RODRIGUES, 2010), dá ciência a alguém que existe um processo contra ela, do qual poderá se defender, materializando, assim, o início do contraditório. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 127):

O sistema inclui, portanto, uma atividade, posta em ação pelo juiz e seus auxiliares, consistente na *comunicação* processual e destinada a oferecer às partes ciência de todos os atos que ocorrem no processo. O primeiro e mais importante deles é a citação, indicada como a alma do processo e que é o ato com que o demandado fica ciente da demanda proposta, em todos os seus termos (CPC, art. 213), tornando-se parte desde então.

A notificação, por seu turno, não possui essa característica, qual seja, de informar à pessoa que ela é parte em um processo e que, por isso, poderá sofrer consequências gravosas. Tal função que é reservada àquela espécie de chamamento ao processo.

Desse modo, sem a citação, não foi cumprido sequer o primeiro aspecto do contraditório, consubstanciado em dar ciência de processo instaurado contra a parte. Não bastasse isso, na hipótese do art. 307, §5º, Res. TC 261/2013, a dimensão material do contraditório também não se perfez.

A doutrina moderna reconhece que o contraditório não se satisfaz com a informação e a possibilidade de manifestação, ele exige o direito de influenciar a decisão e o dever de debate, como meio de limitar o poder do julgador (ZANETTI, 2014). Nesse sentido, Daniel Mitidiero (2009, p. 134-136):

A necessidade de participação das partes no processo assinalada pelo direito fundamental ao contraditório, entendido como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional, outorga sustentação teórica a essa ideia.

[...]

Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático. Mais: denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participaram do processo.

Extrai-se, portanto, da lição da doutrina que sem o contraditório não pode haver uma decisão válida, visto que os argumentos das partes devem ser considerados pelo julgador na formação do seu convencimento, de forma clara e expressa. É de se ressaltar que, conquanto os vícios, em geral, sejam sanáveis, como o demonstra Poli (1996), a ausência de citação, com prejuízo ao contraditório, não o é.

Trata-se de consagrar não só o princípio em exame, mas também de possibilitar o exercício de controle popular sobre as decisões estatais, conforme ensina Taruffo (1988, p. 42):

Dall'altro lato, la possibilità del controllo esterno e diffuso sull'esercizio del potere giurisdizionale si configura come una manifestazione essenziale del principio di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia. Si tratta evidentemente della partecipazione in forma di controllo sull'esercizio del potere delegato al giudice, ma si intuisce facilmente che si tratta di uno strumento importantissimo.

No caso em estudo, com a notificação da decisão cautelar, o responsável pode, por exemplo, anular o edital que se reputava maculado, e, em resposta, limitar-se a comunicar tê-lo feito. Nesse caso, não se pode presumir, por violação ao contraditório e ao devido processo legal, que houve uma espécie de reconhecimento jurídico do pedido. Isso porque essa hipótese de extinção do processo é classificada como “com resolução de mérito” por uma escolha do legislador e ela pressupõe que o direito debatido no processo seja disponível – o que não ocorre nas atuações do Tribunal de Contas. Também não se pode ignorar que o responsável pela suposta irregularidade, ao reconhecê-la, tenha incorrido em equívoco, que será somente percebido após a completa instrução processual.

A propósito da resolução do processo com e sem resolução de mérito, vale conferir a lição de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2015, p. 345):

A rigor, só se poderia falar em resolução de mérito quando o juiz examina o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o. Portanto, quando profere sentença de procedência ou improcedência. Mas há outras espécies de sentença consideradas pelo legislador de mérito, conquanto o juiz não examine propriamente o pedido. São, às vezes, chamadas 'falsas sentenças de mérito'. Foram consideradas entre as de mérito pelo legislador apenas para que se revistam da autoridade da coisa julgada material, adquirindo a condição de definitivas.

Sem uma instrução técnica anterior, que, tendo analisado os elementos fáticos à luz da legalidade, legitimidade e economicidade, conclua pela existência de um indício de irregularidade, tem-se que não houve a imputação formal de uma ilegalidade. Assim, a parte é notificada para cumprir uma decisão que, ontologicamente, limita-se aos pressupostos da cautelar, à avaliação de um possível dano, não examinando o mérito da irregularidade, e que, por sua própria natureza, é precária, podendo ser revista a qualquer tempo (art. 380, Res. TC

261/2013¹⁴). Disso, ou seja, do cumprimento dessa decisão, não se pode inferir que, em análise sobre o mérito, a área técnica teria reconhecido no fato uma irregularidade e que, após a apresentação de defesa, a irregularidade seria mantida.

Defender a necessidade de completa instrução processual para que se possa proferir decisão de mérito, sobretudo de procedência, não se trata de preciosismo ou apego às formas, mas de, por meio delas, assegurar o cumprimento do valor-fonte do processo; até porque as formas, como leciona Calamandrei (1996, p. 322):

[...], al imponer un certo orden y un certo modo de expresión a las deducciones de las partes y a prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas presentadas em formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y la igualdad de las partes; las mismas no sirven pues, como podrían pensar los profanos, para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino, por el contrario, para hacerlo más simple y más rápido, em cuanto fuerzan a las partes a reducir sus actividades al mínimo esencial y a servirse de modos de expresión técnicamente apropiados para hacerse entender com claridade por el juez: las mismas, en conclusión, en lugar de um obstáculo para la justicia, son, en realidad, una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales.

Desse modo, a leitura do art. 307, §5º, Res. TC 261/2013 – que permite que, sem citação e sem análise técnica, seja proferida uma decisão de mérito no processo –, à luz do contraditório, conduz à conclusão de que tal decisão somente poderá ser de improcedência (ou afastamento da irregularidade, na dicção usual). Essa conclusão se coaduna com o ordenamento jurídico – em especial com o Código de Processo Civil, que apenas admite o julgamento de mérito sem que tenha ocorrido a citação, nas hipóteses de improcedência (art. 285-A, CPC/73, e art. 322, CPC/15) –, bem como com o ensinamento da doutrina, ilustrado pelo trecho da obra de Junior Alexandre Moreira Pinto (2007, p. 90-91), abaixo reproduzido:

Todavía, da mesma forma, sob o risco de se infringir o contraditório, o juiz não poderá levar em consideração, para determinar a procedência ou a improcedência da demanda, motivos não constantes em sua *causa petendi*, ou ainda que não tenham sido ventiladas pelo réu como *causa excipienda*, já que tal medida causaria surpresa aos litigantes.

[...]

Restringe-se assim, em princípio, a possibilidade de acolhimento de tese não introduzida pelas partes apenas para fundamentar a improcedência da ação. A adoção, pelo julgador, de causa não elencada antes da estabilização da demanda pode ser autorizada para a improcedência do feito, pois nessa hipótese o debate entre as partes legítima tal prática. Contudo, para a procedência, o acolhimento de *causa petendi* não descrita na petição inicial afronta outra exigência processual. A regra da congruência, o que apenas em excepcionais situações pode ser admitida.

¹⁴ Art. 380. Em qualquer fase processual o Tribunal de Contas, de ofício, poderá rever a decisão proferida cautelarmente, caso não subsistam os seus requisitos autorizadores.

Esse entendimento se funda no art. 5º, LV, CF, que reza que aos litigantes, em processo administrativo, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Desse modo, os Tribunais de Contas estão obrigados a observar tais princípios em sua atuação, tendo-os previsto expressamente em sua legislação específica, conforme já mencionado.

Dessarte, uma decisão que mantenha a irregularidade, que nunca foi formalmente apontada, por meio de uma instrução técnica, sem dar oportunidade à parte de produzir defesa, fere as garantias individuais do contraditório e da ampla defesa. De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, “garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto” (2002, p. 15).

A esse propósito, com esteio no que já afirmava a doutrina, o Código de Processo Civil publicado em 2015 é claro ao estabelecer que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º), bem como que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar ainda que e trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10).

Tais dispositivos são aplicáveis aos processos administrativos de competência do TCE-ES por força do art. 5º, LV, CF, e dos arts. 70 e 129, LC 621/2012, já aludidos; e eles refletem a maneira com que sempre deveria ter sido entendido e aplicado o contraditório: um diálogo entre as partes com o intuito de se chegar à melhor e mais justa solução.

Tendo isso em vista, imagine-se a situação em que uma empresa comunique ao Tribunal de Contas sua impressão de que uma cláusula de edital de licitação restrinja a competição, em violação ao art. 3º, da Lei 8.666/93. Diante da aparência de estar correta a afirmação da empresa e do risco que isso causaria, o Tribunal decide, com base tão só na representação da licitante, que é o caso de suspender o certame, notificando, assim, o prefeito para que o faça. Este, temeroso, anula, de pronto, a licitação, comunicando sua providência ao Tribunal. Nesse caso, de acordo com o art. 307, §5º, LC 621/2012, seria, desde logo, proferida decisão de mérito. Imagine-se que o Tribunal entenda ter havido, aí, um reconhecimento da procedência da alegação e mantenha a irregularidade. Surpreso, o prefeito recorre, juntando às suas razões o parecer técnico daqueles que elaboraram o edital e que justificavam plenamente a exigência a princípio tida como restritiva.

Diante de tal quadro, verifica-se, então, que não ter sido dada a oportunidade de influenciar a decisão foi determinante para o resultado equivocado do processo, o que teria sido evitado com o contraditório, já que, conforme ensina Robert W. Millar (s/d, p. 72), “[...] los

esfuerzos basados en el interés personal de dos partes litigantes constituyen, a la larga, un medio infinitamente mejor para la averiguación de la verdad [...]”.

Além disso, o exemplo confirma a advertência de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1993), no sentido de que:

[...] o monólogo limita necessariamente a perspectiva do falante, enquanto o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado: “é o diálogo que corrige continuamente a lógica e não a lógica que controla o diálogo”.

[...]

Mesmo a matéria que o Juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por sinal, é bem possível recolha o órgão judicial, dessa audiência, elementos que o convençam da desnecessidade, inadequação ou improcedência da decisão que iria tomar. Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o Juiz ou o Tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório.

E, ainda que, no exemplo acima, o prefeito notificado modificasse a cláusula tida por restritiva, adequando-a ao que, em princípio, pareceria correto, na situação, não significa que haveria uma procedência da alegação da empresa licitante. Isso porque, é possível que, diante dos argumentos que teriam sido apresentados, fosse verificada que aquela exigência, naquele caso, não era restritiva ou de nenhuma outra maneira ilegal, antieconômica ou ilegítima, de modo a não haver irregularidade.

Demais disso, ligado que está ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), o contraditório expressa uma faceta da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), uma vez que, nas palavras de Gilmar Mendes Ferreira (2014, p. 429), considera a parte “capaz de valorar e participar da busca conjunta da verdade (processual)”.

Respeitado esse princípio, o resultado do processo será mais legítimo (DINAMARCO, 2000; BEDAQUE, 2002) e melhor aceito, bem como o órgão contará com maior respeito junto à sociedade, visto que não colocará sua credibilidade à prova. Como ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1993), a questão do contraditório “não está ligada apenas ao interesse das partes, mas encontra íntima conexão com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça”.

E se é certo que, no âmbito das relações privadas, “o processo não é um negócio, ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma instituição estatal” (DINAMARCO, 2000, p. 132), com mais razão assim devem ser considerados os processos administrativos, nos quais, em que pese a existência de poder de império, não se pode prescindir do contraditório; “do contrário,

há monólogo no lugar de diálogo, com claro prejuízo à feição democrática do processo” (MITIDIERO, 2009, p. 137).

Portanto, diante do raciocínio até aqui desenvolvido, fica claro que, conforme entende José Rogério Cruz e Tucci (2015), “não se decide a relação litigiosa, objeto central do processo, sem que os interessados se manifestem, ou melhor, sem a prévia oportunidade de defesa e participação daqueles que serão afetados pelo provimento judicial”.

Estabelecido isso, tem-se que a interpretação conforme a Constituição a ser dada é no sentido de que a decisão de mérito referida no art. 307, §5º, Res. TC 261/2013, não sendo de improcedência, depende de prévia instrução processual, com a devida análise pela área técnica do Tribunal e com a oitiva da parte, bem como com o parecer do Ministério Público Especial de Contas.

Nesse sentido também deve ser entendido o art. 378, da Res. TC 261/2013, que estabelece o seguinte:

Art. 378. A revogação ou anulação do ato impugnado pela Administração Pública, após a concessão de medida cautelar pelo Tribunal, não prejudica a apreciação de mérito e, se for o caso, a aplicação de sanções ao responsável, quando houver necessidade de se expedir determinação ao exato cumprimento da lei ou quando caracterizada tentativa de fraude à atividade judicante do Tribunal.

Tal dispositivo visa a impedir que, diante de uma possível mácula, o responsável extinga o ato e posteriormente o renove tal qual era antes do deferimento da medida cautelar. Com efeito, tal postura é indicativa de má-fé, haja vista que, se o responsável entendia pela regularidade do ato, tê-lo-ia defendido, às claras, demonstrando as razões por que deveria ser mantido. Essa conduta sugere que sua esperança era de que houvesse improcedência ou extinção do processo sem resolução de mérito e que, nessas circunstâncias, cessaria a fiscalização, podendo repetir a falha impunemente.

Todavia, essa possibilidade não pode servir à desconsideração das garantias fundamentais. Para que haja decisão de mérito pela procedência, com a consequente aplicação de sanções e/ou expedição de determinações, necessário o prévio contraditório e a regular instrução processual, observando o devido processo legal.

Desse modo, tais dispositivos devem ser interpretados à luz do sistema principiológico vigente no ordenamento jurídico atual, que procura realizar o Estado Democrático de Direito, dentre outros meios, através da possibilidade de manifestação das partes nos processos em que figuram.

A propósito, vale ressaltar que o contraditório não é um valor imanente ao sistema jurídico, senão reflete uma opção política do Estado num determinado momento histórico. Por isso, como ensina Nicola Picardi (2008, p. 673), “*diversi sono i significati che il contraddittorio è venuto assumendo e diverse sono le sue ripercussioni sul modo di ricostruire il processo*”. Essa lição é complementada por José Roberto dos Santos Bedaque (2002, p. 17-18), ao dispor que:

[...] os institutos processuais são construídos sob a profunda determinante de valores éticos, exatamente aqueles que norteiam a própria Constituição. Cada país tem seu modelo processual-constitucional, idealizado em conformidade com as opções ideológicas dominantes.

No Brasil, não há dúvidas de que a CF/88 concedeu especial importância ao contraditório, elevando-o à condição de cláusula pétrea e dispondo expressamente que deve ser aplicado no âmbito administrativo (ALVARO DE OLIVEIRA, 2014). Desse modo, não se pode prescindir dele (conquanto possa ser mitigado, como ocorre quando há o contraditório diferido) quando se prolatar decisões de mérito.

Assim, a fim de melhor resguardar o erário e as garantias individuais, tem-se que a solução à hipótese que melhor se coaduna ao ordenamento jurídico é a extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de interesse de agir, quando se estiver ante o saneamento da irregularidade ou a extinção do ato e não for o caso de prosseguir na instrução processual. É possível que, mesmo diante do saneamento da irregularidade ou da extinção do ato, seja o caso de se instruir o processo, uma vez que subjazem outras irregularidades ou aquela se revele tão importante que a melhor maneira de se preservar o interesse público é por meio da completa instrução processual. Não sendo o caso de prosseguir com a instrução processual, pode-se decidir pela improcedência. Isso porque essa solução permite que o ato, caso repetido, possa ser novamente examinado e não viola nenhum direito fundamental.

Assim, como a análise de mérito pressupõe a oportunidade de defesa aos responsabilizados, através da devida citação válida, ato essencial para a existência jurídica do processo e imprescindível para a relação jurídico-processual, tem-se que, caso não se possa extrair nenhum resultado útil na continuidade do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004), a solução mais adequada juridicamente é a extinção do processo sem resolução de mérito.

Destarte, como os processos administrativos não possuem um fim em si mesmos, mas objetivam propiciar um benefício à sociedade, uma vez impedido o dano ao erário ou a direito alheio e não havendo mais o risco de ineficácia da decisão, não se justifica o cumprimento

inflexível da legislação específica (que conduz ao mérito), sobretudo se considerada a abertura que o sistema dá a outras regras do ordenamento jurídico.

5. CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se que os Tribunais de Contas, investidos de competências próprias e privativas pela Constituição Federal, que lhes confere *status* de órgão independente, têm a prerrogativa de atuar cautelarmente, na proteção do erário.

Haja vista o reconhecimento do poder geral de cautela por parte do Supremo Tribunal Federal, no Espírito Santo, foi regulamentado o processamento das medidas cautelares na legislação específica do órgão, qual seja a LC 621/2012 e a Res. TC 261/2013, sendo previsto o procedimento sumário para tais situações.

No desenrolar desses processos, o TCE-ES não pode prescindir da observância do contraditório, ainda que diferido, sob pena de se violar um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal. Direito esse entendido como à ciência do processo e à influência na decisão, tornando-o uma manifestação da democracia participativa (ZANETI JUNIOR, 2014) e um diálogo, que corrige as distorções do monólogo, a fim de se chegar à mais justa decisão.

Assim, em homenagem ao contraditório, verifica-se que, para se aplicar literalmente o §5º do art. 307 da Res. TC 261/2013, é necessária a confecção de Instrução Técnica Inicial, com a citação dos responsáveis, seguida da análise técnica conclusiva e do subsequente parecer do Ministério Público Especial de Contas e do julgamento. De outro modo, isto é, sem que se percorra todo esse caminho, somente é possível a conclusão pela improcedência ou a extinção do processo sem resolução de mérito.

Portanto, o presente trabalho procurou demonstrar que, uma vez que as Cortes de Contas estão submetidas ao dever de observar o contraditório (art. 5º, LV, CF), devem cuidar de assegurar seu cumprimento, a fim de preservar as garantias fundamentais e aumentar sua credibilidade, enquanto instituição respeitadora da Constituição Federal, perante a sociedade.

6. REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. Revista dos Tribunais: 5 ed. São Paulo, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O juiz e o princípio do contraditório”. In *RePro*, n. 71. São Paulo: RT, 1993.

_____. “Princípios do contraditório e da ampla defesa”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 432-437.

ARCOVERDE, Danielle da Silva. O poder geral de cautela nos tribunais de contas sob a óptica do controle externo eficiente e eficaz, com enfoque especial no Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12891&revista_caderno=9>. Acesso em ago 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, P. 13-52. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil – questões polêmicas*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Vade Mecum, Ed. Saraiva, São Paulo, 2º semestre, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.190, do Plenário, Brasília, DF, 11 de junho de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 24.510/DF, da Plenário, Brasília, DF, 19 de março de 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. Saraiva. São Paulo, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, segun el nuevo código. Libreria “El Foro”. Buenos Aires, 1996, v. I.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Lumen juris: 15 ed. Rio de Janeiro, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Malheiros: 20. ed. São Paulo, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”. In *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. I.

ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012. *Diário Oficial do Estado do Espírito Santo*, Poder Executivo, 9 mar. 2012, p. 1.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal De Contas Do Estado. Resolução 261, de 4 de junho de 2013. *Diário Oficial do Estado do Espírito Santo*, Municipalidades, 7 jun. 2013, p. 1.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. Saraiva: 5 ed. São Paulo, 2015.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil*. Fórum: 3 ed. Belo Horizonte, 2012.

MENDES, Gilmar F. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 427-432.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, s/d, p. 59-77.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 134/140.

MONTESANO, Luigi. “La garanzia costituzionale del contraddittorio e iudizi civili di “terza via”, In: *Rivista di diritto processuale* n. 4/2000. Padova: CEDAM, p. 931.

PICARDI, Nicola. “Il principio del contraddittorio”. In *Rivista di diritto processuale* n. 3. Padova: CEDAM, 1998.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório* São Paulo: RT, 2007, p. 76-93.

POLI, Roberto. “Sulla sanabilità dei vizi degli atti processual”. In *Rivista di diritto processuale*, n. 2. Padova: CEDAM, 1995, p. 472-505.

TAKEDA, Tatiana de Oliveira. “Adoção de Medidas Cautelares pelos Tribunais de Contas”. In: *Conjuntura Econômica Goiana*, n. 16. Goiânia: Secretaria do Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás, 2010, p. 89-99.

TARUFFO, Michele. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”. In: DINAMARCO, GRINOVER e WATANABLE (Coord.). *Participação e Processo*. Saraiva. São Paulo, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC*. Disponível em : <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>>. Acesso em jul.015.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. Atlas: 2 ed. São Paulo, 2014.