

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**FACULDADE DE DIREITO - COORDENADORIA GERAL DE
ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO DA PUC-SP**

Rebeca First

**CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, DEVIDO PROCESSO E O
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

São Paulo, 2016.

Rebeca First

**CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, DEVIDO PROCESSO E O
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Trabalho de Monografia Jurídica
apresentado ao Curso de Pós Graduação
da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em
Direito Administrativo.

Orientador:
Professor Mestre Thomas Augusto
Ferreira de Almeida

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo, 2016.

Rebeca First

**CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, DEVIDO PROCESSO E O TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Trabalho de Monografia Jurídica
apresentado ao Curso de Pós Graduação
da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em
Direito Administrativo.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Thomas Augusto Ferreira de Almeida – Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o tema atinente às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa - estas duas últimas, principalmente – no âmbito dos processos junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conferindo-se maior destaque à forma¹ expressamente prevista em sua Lei Orgânica para intimação das partes envolvidas. Esta análise está dividida em dois capítulos, sendo o Capítulo I destinado ao estudo dos Tribunais de Contas em geral, e o Capítulo II voltado às questões específicas relacionadas às garantias constitucionais em voga, com especial enfoque na Lei Orgânica do TCESP. Importante ressaltar que a tese foi desenvolvida com base nos diplomas normativos que regem a matéria, bem como no entendimento doutrinário e jurisprudencial preponderante.

Palavras-chave: Tribunais de Contas. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Contratos administrativos. Contraditório. Ampla defesa. Devido processo legal. Intimação pessoal.

¹ Como regra geral.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the constitutional guarantees of due process of law, full defense and the adversary system. These two last institutes are to be analysed mainly – but not exclusively – within the context of the decisions issued by the Court of Auditors of the State of São Paulo (“TCESP”), highlighting the formalities foreseen in the TCEP’s Organic Law for the valid subpoena of the parties involved in the proceedings. The analysis hereinabove described is divided into two chapters; Chapter I is intended for the study of the Courts of Auditors in general, and Chapter II focuses on specific issues related to the constitutional guarantees above mentioned, with special emphasis, as previously pointed out, on TCEP’s Organic Law. It is important to stress out that this paper’s thesis has been based in laws and rules related that regulate the subject herein explained, as well as in the prevailing doctrinal and jurisprudential understandings on the matter.

Keywords: Courts of Auditors. *TCESP*. Administrative contracts. Adversary system. Full defense. Due process of law. Personal subpoena

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 TRIBUNAL DE CONTAS	11
1.1 Do controle externo	11
1.2 Evolução histórico constitucional dos Tribunais de Contas no Brasil: breve contextualização	15
1.3 Tribunal de Contas e a CRFB/88: informações necessárias	19
1.4 Natureza e eficácia das decisões dos Tribunais de Contas	22
1.5 Controle de licitações e contratos administrativos pelos Tribunais de Contas	28
2 GARANTIAS FUNDAMENTAIS, COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO	32
2.1 Ponto de partida	32
2.2 Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa e o TCESP	37
2.3 Da efetiva ciência: intimação pessoal	41
2.4 Possíveis soluções	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

No Brasil, a atividade financeira pública está sujeita a um sistema de controle duplo, tendo em vista o (i) **controle interno**, inerente a todos os Poderes, e o (ii) **controle externo**, exercido pelo Poder Legislativo com a colaboração técnica do Tribunal de Contas.

Na esfera federal, o controle externo é de titularidade do Congresso Nacional, o qual conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União (“TCU”)². Por sua vez, no âmbito estadual, referido controle é exercido pela Assembleia Legislativa, com a contribuição do Tribunal de Contas do Estado (“TCE”) ou, no caso específico do Distrito Federal, pela Câmara Legislativa, em conjunto com o Tribunal de Contas do Distrito Federal (“TCDF”).

No âmbito dos Municípios, o controle externo é exercido pela Câmara Municipal, a qual conta com o auxílio do TCE competente ou, excepcionalmente, do Tribunal de Contas do Município (“TCM”). Isso porque, a Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”), em seu artigo 31, par. 4º, proibiu a criação de novos TCMs, permitindo apenas a manutenção daqueles anteriores a ela³: São Paulo e Rio de Janeiro.

No atual contexto político-jurídico, os Tribunais de Contas se consolidaram como um dos principais órgãos destinados à manutenção da democracia e dos direitos fundamentais em si. Afinal, eles exercem uma função de controle externo a qual se traduz, basicamente, na análise da regularidade no emprego dos recursos públicos.

Importante destacar que a sua atuação está em plena consonância com os anseios da sociedade brasileira, sobretudo em um contexto político marcado por inúmeras ilegalidades cometidas por muitos agentes públicos.

Como os Tribunais de Contas são órgãos independentes, que não estão vinculados a nenhum dos Poderes, o exercício de sua atividade costuma ser baseado em critérios meramente técnicos.

² Artigo 49, incisos. IX e X c/c artigo 71, ambos da CRFB.

³ “Art. 31, § 4º - É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais”.

Outro ponto que merece destaque com relação aos Tribunais de Contas, enquanto órgão de controle externo, é o de que qualquer cidadão, partido político, sindicato ou associação pode ter acesso a eles para denunciar irregularidades ou ilegalidades (artigo 74. Parágrafo 2º da CRFB):

Art. 74 (...)

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Essa prerrogativa constitucional se reflete, por exemplo, no parágrafo 1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, o qual prevê que qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação da lei de licitações:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo. (....)

Em suma, referida previsão possibilita que, cada vez mais, os Tribunais de Contas estejam próximos da sociedade e possam exercer a fiscalização nas áreas contábil, financeira, operacional, orçamentária e patrimonial.

Importante frisar que este sistema de controle não exclui aquele exercido pelo Poder Judiciário, no caso de violação a direito, e somente no tocante à legalidade dos atos praticados. Afinal, nos termos do artigo 5º, XXXV da CRFB:

Art. 5º (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A partir do exposto, convidamos o leitor a pensar na seguinte situação: determinado Município⁴ do Estado de São Paulo promove um certame licitatório para celebrar um contrato de concessão, destinado a contratação de empresa concessionária para o serviço de transporte público coletivo urbano.

A princípio, o certame observa todas as exigências legais (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 8.666/93) e, após a conclusão de todas as fases da concorrência, ocorre a homologação e a adjudicação do objeto à empresa que apresentou a proposta tida como a mais vantajosa à Administração Pública Municipal.

Ocorre que, por força do quanto exposto anteriormente, é necessário que seja remetida uma cópia deste processo administrativo ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (“TCESP”), para apreciação técnica da regularidade da contratação.

Pois bem, no curso do processo em trâmite junto ao TCESP, é constatada uma suposta irregularidade nesta contratação.

Com isso, o TCESP intima pessoalmente a Administração Pública Municipal (Poder Concedente) – e apenas ela – para que forneça os esclarecimentos necessários, apresente a documentação exigida ou regularize o ato impugnado, conforme determina o art. 2º, inc. XIII da Lei Complementar nº 709/93 (“**Lei Orgânica do TCESP**”):

Art. 2º - Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete: (...)

XIII - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade;

Todavia, em momento algum, a empresa concessionária (particular) é citada ou intimada pessoalmente, para que apresente a sua defesa. Em outras palavras, a instauração formal do contraditório ocorreu somente em face da Administração Pública Municipal.

Isso porque o artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP estabelece que, como regra, a intimação dos seus atos e de suas decisões presume-se perfeita com a publicação no Diário Oficial.

⁴ que não o Município de São Paulo.

Uma vez encerrado o processo administrativo, o TCESP conclui que, de fato, houve uma irregularidade na contratação. Ato seguinte, noticia as suas conclusões à Câmara Municipal daquele Município, a fim de que esta adote todas as providências que julgar necessárias.

Afinal, conforme será melhor explicado, as decisões dos Tribunais de Contas não são auto-executórias.

Sem adentrar no mérito da decisão do TCESP, fato é que diante da irregularidade apontada, a Câmara Municipal pode adotar uma série de providências, inclusive envolvendo o Ministério Público do Estado de São Paulo (“MPSP”).

Por exemplo, do ponto de vista investigatório, o Legislativo municipal pode instaurar uma comissão parlamentar, ou até mesmo remeter cópia do Acórdão do TCESP ao MPSP, a fim de que este órgão instaure um inquérito Civil e investigue os atos praticados no certame licitatório.

Porém, considerando a natureza bilateral do instrumento apurado, existe uma chance real de que a empresa concessionária também se envolva nos procedimentos persecutórios e, inclusive, figure no polo passivo de uma futura ação civil pública ou uma ação de improbidade administrativa, por exemplo.

Independentemente da medida a ser adotada pela Câmara Municipal, fato é que ela terá como base o Acórdão exarado pelo TCESP, o qual, conforme informado anteriormente, é resultado de um processo administrativo que viola as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa do particular.

Em suma: ele poderá vir a ser penalizado em decorrência de um processo nulo.

Sendo assim, com base na problemática sintetizada acima, o presente trabalho pretende esmiuçar o tema do contraditório e da ampla defesa no âmbito do TCESP, especialmente nos processos que analisam as licitações e contratos administrativos.

Para tanto, é necessário compreender os Tribunais de Contas (e não apenas o TCESP) e a sua competência para controlar as licitações e os contratos administrativos.

Exatamente por isso, o primeiro capítulo será destinado ao estudo dos Tribunais de Contas e seus principais aspectos, como histórico, função, competências, atribuições, vetores de controle e natureza/eficácia de suas decisões.

No segundo capítulo, será abordado o tema principal de maneira pormenorizada, inclusive quanto ao posicionamento do Poder Judiciário acerca desta questão.

Feitas essas breves considerações iniciais, as quais reputamos imprescindíveis para a esmerada compreensão do tema ora proposto, passemos ao seu efetivo estudo.

CAPÍTULO 1 – TRIBUNAL DE CONTAS

1.1 - DO CONTROLE EXTERNO

A CRFB, em seu artigo 70, parágrafo único, estabelece que qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União – ou, por força do Princípio da Simetria, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal – responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, tem a obrigação de prestar contas.

Vejamos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.**

A determinação supra revela o cuidado que o constituinte teve de abarcar, sob a mira da atividade de controle, todas as pessoas que, de alguma forma, manuseiem recursos públicos, independentemente de sua natureza e condição.

Afinal, a partir do momento que isso ocorre, essas pessoas se sujeitam ao regime jurídico direito público (regime jurídico administrativo) e às suas normas e princípios específicos.

A exemplo, menciona-se a **(i)** supremacia do interesse público sobre o interesse privado; **(ii)** indisponibilidade do interesse público; **(iii)** legalidade; **(iv)** impessoalidade; **(v)** moralidade; **(vi)** publicidade; **(vii)** eficiência; **(viii)** razoabilidade; **(ix)** proporcionalidade; e **(x)** probidade administrativa.

Consequentemente, é imperioso que as atividades por elas desempenhadas se submetam a uma fiscalização rigorosa, fundada em parâmetros próprios, de modo a resguardar o interesse público envolvido e evitar, na medida do possível, a malversação dos recursos públicos e práticas contrárias ao ordenamento jurídico pátrio.

Consoante estabelecido no já mencionado artigo 70 da CRFB, o controle sobre tais atividades será contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, e pautado pela legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Por meio da legalidade, verifica-se se o gasto está sendo realizado em conformidade com a legislação financeira. Já a legitimidade envolve a relação do gasto com o atendimento ao interesse público, ao passo que a economicidade está relacionada com a ideia de eficiência, dentro do menor valor possível.

Na aplicação de subvenções, há uma averiguação quanto à efetiva aplicação dos valores repassados aos entes sem fins lucrativos, na atividade na qual se comprometeram a gastar.

Finalmente, a renúncia de receitas está relacionada com as isenções, redução das bases de cálculo, alíquotas, e outras medidas correlatas (objeto de estudo do direito financeiro), e se elas realmente atingiram a finalidade para a qual foram instituídas.

Ademais, este controle deve ser exercido tanto sobre a Administração Pública direta, como indireta, e pode ser **(i)** interno, por meio dos órgãos de controle interno de cada Poder/entidade; ou **(ii)** externo, a cargo dos órgãos integrantes do Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

O controle interno, que é inerente a todos os Poderes constituídos, corresponde a um controle de natureza administrativa, o qual, nas palavras de José Afonso da Silva⁵, é exercido “sobre funcionários encarregados de executar os programas orçamentários e da aplicação de

⁵ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33a ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 751.

dinheiro público, por seus superiores hierárquicos [...] dentro das estruturas administrativas de qualquer dos Poderes”.

Nos termos do artigo 74, *caput* da CRFB:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. (...)

Ou seja, o sistema de controle interno de cada um dos poderes constituídos tem por escopo **(i)** a avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos; **(ii)** a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; **(iii)** o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e **(iv) o apoio do controle externo no exercício de sua missão institucional.**

Ainda com relação ao controle interno, é sempre bom recordar as súmulas 473 e 346, ambas do Supremo Tribunal Federal (“STF”), as quais contam com o seguinte teor:

Súmula 473 STF –A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Súmula 346 STF –A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

O controle externo atinente à gestão de recursos públicos é de titularidade exclusiva do Congresso Nacional (no âmbito federal), das Assembleias Legislativas (no âmbito dos

Estados), da Câmara Legislativa (no Distrito Federal) e das Câmaras Municipais, sendo conduzido com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas, que são órgãos técnicos⁶.

É dizer, trata-se de um controle de natureza política, mas que deve passar pela prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente.

Com relação aos Tribunais de Contas, é fundamental fazer o seguinte esclarecimento: por força do art. 75 da CRFB, as disposições dos artigos 70 a 74 da CRFB também se aplicam, **no que couber**, à organização, competências, atribuições, composição e fiscalização dos TCEs, do TCDF e dos TCMs:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção **aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.**

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Ademais, é medida de rigor lembrar que tanto o controle interno (exercido por todos os poderes) como o controle externo (exercido pelo parlamento do respectivo ente federativo, com o auxílio do Tribunal de Contas) não excluem o controle efetuado pelo Poder Judiciário.

Este controle – que é tido por muitos como uma categoria apartada daquelas mencionadas acima – se limita ao exame da legalidade dos atos. Afinal, em respeito aos princípios da separação e independência dos Poderes, o Poder Judiciário não pode imiscuir-se na apreciação do mérito das decisões dos outros Poderes.

A partir do exposto, verifica-se que as três modalidades de controle têm em comum o fato de serem “uma atividade integradora e de recomposição da ordem jurídica⁷”, sobre as quais incidem limitações, a fim de que não sejam exercidas de maneira arbitrária, abusiva e desvinculada da finalidade para a qual foram instituídas pelo ordenamento jurídico.

⁶ Exatamente por isso, esta modalidade de controle também é chamada de “controle técnico”.

⁷ SAAD, Amauri Feres. **O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos**. p. 10. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/saadferes/artigo-tribunais-de-contas-afs-final-agosto-2013>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

De todo modo, a modalidade que realmente interessa para efeitos da presente análise é a do controle técnico-administrativo exercido pelos Tribunais de Contas, cuja evolução histórico-constitucional merece tópico próprio.

1.2. - EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

O Tribunal de Contas foi criado no Brasil, de fato⁸, com o advento do Decreto-Lei nº 966-A, de 07 de novembro de 1890, para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesas da República, conforme estabelecia o seu artigo 1º:

Art. 1º E' instituido um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despesa da Republica.

O seu artigo 2º deixava claro que todos os atos normativos que pudessem criar despesas, ou que interessassem às finanças da República deveriam se submeter primeiramente ao Tribunal de Contas, com a finalidade de averiguar se eles estariam em conformidade com a legislação vigente, e que não excederiam os créditos votados pelo Poder Legislativo:

Art. 2º Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos differentes Ministerios, susceptiveis de crear despesa, ou interessar as finanças da Republica, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu «visto», quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os credits votados pelo Poder Legislativo.

Porém, foi apenas com a Constituição de 1891 (primeira Constituição Republicana) que este órgão foi alçado ao patamar constitucional, nos termos do seu artigo 89:

Art. 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

⁸ Segundo a doutrina que estuda a evolução histórica do Tribunal de Contas no Brasil, há vários registros anteriores ao ano de 1890 acerca da necessidade e das tentativas de criação de um órgão de fiscalização da atividade administrativa no Brasil. Contudo, neste trabalho, abordaremos apenas a evolução histórica do Tribunal de Contas nas Constituições brasileiras, a partir de 1891.

Já em 1934, a Constituição não só manteve o Tribunal de Contas como órgão constitucional (artigo 99), como também ampliou e detalhou as suas competências, conforme os artigos 99 a 102:

Art 99 - É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.

Art 100 - Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, e terão as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema.

Parágrafo único - O Tribunal de Contas terá, quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, as mesmas atribuições dos Tribunais Judiciários.

Art 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo.

§ 1º - Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.

§ 2º - Em todos os casos, a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, tem caráter proibitivo; quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para a Câmara dos Deputados.

§ 3º - A fiscalização financeira dos serviços autônomos será feita pela forma prevista nas leis que os estabelecerem.

Art 102 - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados. Se estas não lhe forem enviadas em tempo útil, comunicará o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado.

Ademais, conforme é possível depreender do artigo 100, *caput*, e de seu parágrafo único, os membros que integravam o Tribunal de Contas passaram a ser designados como Ministros, com as mesmas garantias dos Ministros da Suprema Corte, além de que suas atribuições foram equiparadas àquelas dos Tribunais Judiciários.

A respeito da Constituição de 1934 (e também da Constituição de 1937), Alfredo Buzaid⁹ escreveu que:

⁹ BUZAID, Alfredo. **O tribunal de contas no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. LXII, fasc. II, 1967, pp. 40-41.

[...] nas constituições de 1934 (art. 99) e de 1937 (art. 114), o Tribunal de Contas tem competência para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. Esta atribuição lhe conferia, de certo modo, função judiciária.

Importa destacar que na Constituição de 1937 (Polaca), houve um retrocesso no que concerne à atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas, tendo em vista que a sua competência foi limitada à genérica previsão de:

Art. 114 - Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único - A organização do Tribunal de Contas será regulada em lei.

Ademais, como bem acentuado por Renato Costa¹⁰, a Constituição Polaca silenciava sobre a obrigação do Poder Executivo de prestar contas anuais ao Poder Legislativo e sobre a competência do Tribunal de Contas de emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República.

A Constituição de 1946 inseriu o Tribunal de Contas dentro do Capítulo destinado ao Poder Legislativo à época (Capítulo II, Seção VI), e reestabeleceu as garantias e atribuições anteriormente conferidas, por ocasião da Constituição de 1934.

Em seu artigo 76, a Constituição de 1946 (i) estabeleceu a sede do Tribunal de Contas na Capital da República, sendo sua função extensível a todo o território nacional, e (ii) outorgou os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos Juízes do Tribunal Federal de Recursos, aos Ministros do Tribunal de Contas.

Interessante o artigo 22 da Constituição de 1946, o qual se referiu ao Tribunal de Contas expressamente como órgão auxiliar do Congresso Nacional na fiscalização da administração financeira, especialmente a execução do orçamento:

Art 22 - A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, **com o auxílio do Tribunal de**

¹⁰ COSTA, Renato. **A evolução histórica e jurídica do Tribunal de Contas no Brasil**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 86, jul./ago. 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=156454>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

Contas, e nos Estados e Municípios pela forma que for estabelecida nas Constituições estaduais.

Parágrafo único - Na elaboração orçamentária se observará o disposto nos arts. 73 a 75.

As competências do Tribunal de Contas foram enumeradas no artigo 77, que assim dispunha:

Art 77 - Compete ao Tribunal de Contas:

I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento;

II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas;

III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

§ 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional.

§ 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste.

§ 3º - Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se, após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para o Congresso Nacional.

§ 4º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado.

Na Constituição de 1967¹¹, as previsões acerca do Tribunal de Contas foram mantidas em sua maioria, inclusive quanto a sua inserção no capítulo destinado ao Poder Legislativo, na seção específica da “fiscalização financeira e orçamentária”.

Ainda, durante a vigência desta Constituição, passou a vigorar o Decreto-Lei nº 200/67, o qual foi um marco na reforma administrativa e, também, um verdadeiro estímulo ao controle externo. A título de exemplo, menciona-se as determinações constantes nos artigos 68¹², 75, *caput*¹³ e 82, *caput*¹⁴ do Decreto-Lei nº 200/67.

¹¹ Ratificada pela Emenda Constitucional nº 1/69.

¹² Artigo 68 do Decreto-Lei nº 200/67: “Art. 68. O Presidente da República prestará anualmente ao Congresso Nacional as contas relativas ao exercício anterior, sobre as quais dará parecer prévio o Tribunal de Contas.”

1.3 - TRIBUNAL DE CONTAS E A CRFB/88: INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS

Na Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União é tratado no Título IV (organização dos Poderes), Capítulo I (Poder Legislativo) e Seção IX (Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária).

A ele foi atribuída a função de auxiliar o Congresso Nacional na atividade de controle externo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial das entidades da Administração Direta e Indireta da União.

Ademais, conforme exposto anteriormente, no caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, referido controle será exercido pelo órgão legislativo competente, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas (artigo 75 da CRFB c/c e princípio da simetria).

Neste passo, é importante esclarecer que os Tribunais de Contas são órgãos públicos especializados e independentes, que não integram os Poderes Legislativo e Judiciário, como alguns poderiam entender.

Eles não são órgãos do Poder Legislativo pois, como a própria CRFB dispõe expressamente em seu artigo 44:

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Ademais, em que pese a palavra “Tribunal” seja utilizada para se referir ao Órgão de Contas, este tampouco compõe os quadros do Poder Judiciário, tal como estabelece o artigo 92 da CRFB:

¹³ Artigo 75 do Decreto-Lei nº 200/67: “Art. 75. Os órgãos da Administração Federal prestarão ao Tribunal de Contas, ou suas delegações, os informes relativos à administração dos créditos orçamentários e facilitarão a realização das inspeções de controle externo dos órgãos de administração financeira, contabilidade e auditorias.”

¹⁴ Artigo 82 do Decreto-Lei nº 200/67: “Art. 82. As tomadas de contas serão objeto de pronunciamento expresse do Ministro de Estado, dos dirigentes de órgãos da Presidência da República ou de autoridade a quem estes delegarem competência, antes de seu encaminhamento ao Tribunal de Contas para os fins constitucionais e legais.”

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Alguma dúvida ainda poderia remanescer com relação ao termo “*auxílio*”, e de seu real alcance. Sobre este assunto, o Ministro Carlos Ayres Britto¹⁵ brilhantemente explica que “[...] além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional”.

E continua:

[...] quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo ‘com auxílio do Tribunal de Contas da União’ (art. 71), tenho como certo que está a falar de ‘auxílio’ do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. (...) Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

Em síntese, não há entre o Tribunal de Contas e os órgãos que compõem o Poder Legislativo brasileiro relação pautada em hierarquia ou subordinação, o que revela uma autonomia destes órgãos no exercício de suas competências e na sua auto-organização.

Outro ponto de partida para a escorreita compreensão da atividade exercida pelos Tribunais de Contas consiste na diferença técnica que existe entre os conceitos de “*função*”, “*competência*” e “*atribuição*”, os quais não podem ser tratados como sinônimos.

Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, a *função* dos Tribunais de Contas é apenas uma (controle externo), ao passo que as *competências* são múltiplas, sendo “os poderes

¹⁵ BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas**. Interesse Público – IP , Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Acesso em: 24 de jul. 2016.

instrumentais àquela função¹⁶”. Por sua vez, as *atribuições* podem ser compreendidas como “prerrogativas e, como tais, implicam o desfrute de condições especialmente propiciadoras do melhor desempenho possível das competências que a ele, TCU, foram constitucionalmente adjudicadas¹⁷”.

As competências do TCU (e dos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, por força do artigo 75 da CRFB e do já mencionado princípio da simetria) foram enumeradas nos incisos do artigo 71 da CRFB¹⁸, e podem ser sintetizadas nas seguintes atividades: consulta, informação, julgamento, ouvidoria, corretiva e sancionadora.

Em recente julgado, publicado no informativo 787¹⁹, o STF sintetizou a matéria tratada acima da seguinte forma:

O TCU ostenta a condição de **órgão independente** na estrutura do Estado brasileiro, cujas **funções estão elencadas nos incisos do art. 71 da CF/88**. Seus membros possuem as mesmas prerrogativas que as asseguradas aos magistrados (art. 73, § 3º da CF/88), tendo suas decisões a natureza jurídica de atos administrativos passíveis

¹⁶ _____. **O regime constitucional dos tribunais de contas**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Acesso em: 24 de jul. 2016.

¹⁷ _____. **O regime constitucional dos tribunais de contas**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Acesso em: 24 de jul. 2016.

¹⁸ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. (...)”

¹⁹ STF. 1ª Turma. MS nº 33340/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26/5/2015, publicado em 03/08/2015.

de controle jurisdicional. **Trata-se de um tribunal de índole técnica e política, criado para fiscalizar o correto emprego dos recursos públicos. Os Tribunais de Contas realizam controle de legitimidade, economicidade e de eficiência, verificando se os atos praticados pelos entes controlados estão de acordo com a moralidade, eficiência, proporcionalidade.**

No julgado supratranscrito, o STF se referiu às competências dos Tribunais de Contas pelo termo “função”.

Com relação a este ponto específico, e com o devido respeito ao STF, manteremos a classificação sugerida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que o artigo 71 da CRFB elenca as “competências”, e não a “função” dos Tribunais de Contas em geral – a qual, como falamos, é singular.

Ainda em referência às suas competências, vale salientar que, muito embora elas estejam distribuídas em onze incisos, a que aqui nos interessa – e que será tratada com maiores detalhes – é aquela atinente ao controle das licitações e contratos administrativos.

Todavia, o estudo desta competência exige uma prévia definição quanto à natureza e eficácia das decisões exaradas pelos Tribunais de Contas, vez que com isso é possível traçar o seu verdadeiro impacto nas relações jurídicas firmadas, sobretudo na esfera de direitos dos particulares. Senão, vejamos.

1.4 - NATUREZA E EFICÁCIA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O ponto controvertido na doutrina acerca dos Tribunais de Contas se dá, sobretudo, quanto à natureza e eficácia de suas decisões. Isso porque, para que seja possível defini-las, é necessário responder se a função exercida pelos Tribunais de Contas tem natureza jurisdicional ou administrativa.

Desde já ressaltamos que essa pergunta há muito induz respeitáveis doutrinadores a interessantes debates. Todavia, entendemos que o presente estudo não comporta uma análise aprofundada acerca desta discussão.

Por isso é que aqui nos limitaremos a expor os principais argumentos que permitem sustentar a posição da qual nos filiamos, traduzida na ideia de que os Tribunais de Contas exercem função administrativa, e de que as suas decisões – revestidas da mesma natureza – não produzem coisa julgada.

O ponto de partida dessa questão reside na análise conjunta do tratamento conferido pela CRFB em relação ao lugar que os Tribunais de Contas ocupam na estrutura do Estado brasileiro, bem como em relação à titularidade da função jurisdicional do Estado.

Conforme exposto anteriormente, os Tribunais de Contas são órgãos públicos especializados e independentes, que não compõem o aparelho do Poder Judiciário (cf. artigo 92 da CRFB). Ademais, no que toca à função jurisdicional do Estado (jurisdição pública), é sabido que o Poder Judiciário a exerce com exclusividade²⁰, tal como é possível extrair do texto do artigo 5º, inciso XXXV da CRFB:

Art. 5º (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Logo, **(i)** por ser órgão estranho ao Poder Judiciário, e **(ii)** considerando que a função jurisdicional é inerente a este Poder, não há outra conclusão a ser feita senão a de que os Tribunais de Contas não exercem referida função.

A corroborar com o exposto, menciona-se o fato de que a função outorgada aos Tribunais de Contas, sintetizada no controle externo das finanças públicas e que assume contornos técnicos-específicos, não é compatível com a função jurisdicional.

Todavia, a discussão não se resume às considerações acima, pois em algumas passagens específicas, a própria CRFB “aproxima” os Tribunais de Contas do Poder

²⁰ O conceito clássico de jurisdição pode ser resumido como a atividade do Estado de aplicar o direito ao caso concreto, em decorrência de um litígio. Importante frisar que este conceito pressupõe a centralização da atividade jurisdicional no Poder Judiciário, tendo em vista que o Brasil adotou o sistema de jurisdição una. Contudo, com o advento do novo Código de Processo Civil (“NCPC”), o conceito de jurisdição ganha um novo sentido, pois passa a ser admitida a jurisdição privada (arbitragem) enquanto espécie do gênero “jurisdição”, conforme art. 3º, *caput*, e seu parágrafo 1º, ambos do NCPC.

Judiciário. Sendo assim, para evitar quaisquer interpretações contraditórias acerca da natureza e da eficácia das suas decisões, faz-se necessário detalhar tais pontos.

O primeiro “problema” decorre do artigo 73, *caput*, da CRFB, segundo o qual o Tribunal de Contas da União exerce – naquilo que couber, evidentemente – quanto a composição dos seus membros e sua organização, as atribuições atinentes ao poder de auto-organização do Poder Judiciário previstas no artigo 96 da CRFB:

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Além disso, neste mesmo dispositivo, há menção expressa de que o TCU tem “jurisdição em todo o território nacional”.

O artigo 73, em seu parágrafo terceiro, também traz outra “semelhança” entre o TCU e o Poder Judiciário: as garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do TCU são as mesmas dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”):

Art. 73 (...) § 3º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

Portanto, tem-se, pelo artigo 73 da CRFB, que **(i)** o TCU conta com as mesmas atribuições do Poder Judiciário, no que toca a sua organização; **(ii)** o TCU tem jurisdição em todo o território nacional; e **(iii)** os seus Ministros contam com as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do STJ.

Ou seja, se de um lado, o exercício da jurisdição é próprio do Poder Judiciário e incompatível com a função constitucional atribuída ao TCU, de outro a própria CRFB equipara o Órgão de Contas ao Poder Judiciário em importantes aspectos, os quais induzem a pensar que o TCU, conquanto tenha uma função que lhe é particular e inconciliável com a atividade jurisdicional, poderia exercê-la.

A respeito deste aparente conflito (por assim dizer), são pertinentes algumas reflexões, a começar pelo fato de que a CRFB foi escrita em linguagem não técnica, que por certo não levou em consideração todas as diferenças tratadas acima.

Esta questão é muito bem explicada por Amauri Feres Saad²¹, para quem:

Além disto, a Constituição é escrita em linguagem comum, não técnica, razão por que não se podem levar adiante conclusões literais, disparatadas de todo o sistema jurídico no qual o enunciado se insere (o que implicaria, exemplificativamente, a própria impossibilidade de controle das decisões dos tribunais de contas, acabando com a unidade de jurisdição consagrada no art. 5º, XXXV, da Constituição). Portanto, como ressalta com humor JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, a “jurisdição” dos tribunais de contas é a mesma que se tem quando se lê, nas estradas de rodagem, “aqui começa a jurisdição da DERSA” (CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, no 94, abr./jun. 1987, p. 183-198, p. 191). — Ou seja: em sentido técnico-jurídico, nenhuma.

Outrossim, a despeito de terem sido outorgadas ao TCU determinadas atribuições que são próprias do Poder Judiciário e dos magistrados, fato é que as suas decisões **(i)** não formam coisa julgada, e **(ii)** não são auto-executórias. Explica-se.

²¹ SAAD, Amauri Feres. **O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos**. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/saadferes/artigo-tribunais-de-contas-afs-final-agosto-2013>, p. 2. Acesso em: 28 jul. 2016.

As decisões dos Tribunais de Contas ficam sujeitas à apreciação e revisão pelo Poder Judiciário, “na exata medida em que o são os atos administrativos em geral”, segundo Amauri Feres Saad²². Portanto, no que toca à sua legalidade (plano meramente formal), sem adentrar no mérito da decisão.

Ademais, as decisões dos Tribunais de Contas encontram limites no próprio texto constitucional, quanto à produção de seus efeitos.

Por exemplo, ao disciplinar a competência para aplicar multa proporcional ao dano causado ao erário, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, a CRFB dispõe expressamente que essas decisões terão eficácia de título executivo:

Art. 71 (...)

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Em igual sentido, a competência para a sustação da execução de contrato é atribuída diretamente ao Poder Legislativo, sendo que somente na hipótese de inobservância do prazo assinalado para adoção das providências cabíveis (por parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo) é que o Tribunal de Contas poderá decidir a respeito.

Inclusive, este também é o entendimento do STF a respeito do tema, a exemplo do RE 848826/DF²³ e do RE 729744/MG²⁴, ambos publicados recentemente no informativo nº 834, e relacionados à competência dos Tribunais de Contas para apreciação das contas dos Prefeitos.

Em apertada síntese, a Suprema Corte entendeu que: **(i)** a apreciação das contas do Prefeito – contas de governo e contas de gestão – deve ser exercida pelas Câmaras

²² SAAD, Amauri Feres. O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/saadferes/artigo-tribunais-de-contas-afs-final-agosto-2013>, p. 31. Acesso em: 28 jul. 2016.

²³ STF. Tribunal Pleno. RE nº 848826/DF, Rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/8/2015, publicado em 03/09/2015.

²⁴ STF. Plenário. RE nº 729744/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2016, publicado em 18/08/2016.

Municipais, com auxílio do Tribunal de Contas competente, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores; e (ii) o parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, de modo que compete exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo local, sendo inadmissível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.

Além disso, é importante frisar que a função de controle exercida pelos Tribunais de Contas encontra restrições formais e materiais. No que toca à restrição material, as Cortes de Contas apenas podem avaliar as atividades administrativas com impacto orçamentário direto.

Por sua vez, a restrição formal está expressamente prevista no artigo 70, *caput*, da CRFB, ao estabelecer que somente podem ser utilizados os critérios da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenção e renúncia de receitas.

Ainda a respeito das limitações incidentes sobre as decisões dos Tribunais de Contas, Ives Gandra da Silva Martins²⁵ já se pronunciou no sentido de que:

[...] nada obstante serem os Ministros do Tribunal de Contas nivelados aos Ministros dos Tribunais Superiores quanto aos vencimentos, assim como no que concerne às prerrogativas que lhes pertinem muitas vezes, conforme a conjuntura, com direitos, garantias e remuneração superiores aos dos congressistas, o certo é que, na ação, continuam submetidos aos parlamentares, não valendo sua decisão mais do que uma ‘opinião’ de ‘técnicos’.

Por último, mas não menos importante, como bem lembrado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, nos processos em curso perante os Tribunais de Contas, inexistente a figura dos ‘litigantes’ a que se refere o inciso LV do artigo 5º da CRFB, além de que inexistente a necessidade de se propor uma ação, para obter certa prestação jurisdicional.

Pelo exposto, resta evidenciado que prepondera a natureza técnica- administrativa das decisões dos Tribunais de Contas, permanecendo afastado o seu caráter jurisdicional. Neste sentido, resta claro que as decisões dos Tribunais de Contas não fazem coisa julgada, e não têm aplicação direta e imediata.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tribunal de Contas é órgão auxiliar do controle externo do Poder Legislativo e não, institucionalmente, órgão equiparado ao regime dos tribunais – reflexões sobre sua disciplina jurídica – opinião legal.** Revista do TCU, n 111, jan./abr. 2008, p. 57.

1.5 – CONTROLE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas são órgãos competentes para examinar as licitações e contratos administrativos firmados. Trata-se de uma competência prevista na CRFB e reproduzida na Lei nº 8.666/93, nos termos do *caput* seu artigo 113.

Inclusive, não se pode olvidar que também devem ser analisadas pelos Tribunais de Contas as contratações diretas, fundadas na dispensa (artigo 24 da Lei nº 8.666/93) ou inexigibilidade (artigo 25 da Lei nº 8.666/93).

Esta importante competência apresenta algumas particularidades que aqui serão abordadas na medida do necessário para concluir esta primeira parte do estudo, destinada exclusivamente aos principais aspectos dos Tribunais de Contas; portanto, sem qualquer pretensão exaustiva.

Inicialmente merece destaque o fato de que os Tribunais de Contas, quando no exercício desta competência, não têm autonomia para declarar a nulidade dos contratos administrativos, nem sequer para determinar a sua imediata sustação.

Eles estão constitucionalmente autorizados a conceder prazo diretamente ao órgão ou entidade responsável pelo ato impugnado, para que este adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (artigo 71, inciso IX da CRFB):

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
(...)

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

E, somente se não atendida esta determinação, os Tribunais de Contas podem sustar a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (artigo 71, X da CRFB):

Art. 71. (...)

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

É dizer, ainda que a entidade responsável não adote as providências exigidas pelo Tribunal de Contas, a Corte de Contas não pode sustar a execução do ato impugnado isoladamente, sem comunicar a decisão ao Poder Legislativo.

Entretanto, caso o ato impugnado seja um contrato, a situação ganha contornos específicos. Isso porque, a CRFB é expressa no sentido de que **o ato de sustação deverá ser adotado diretamente pelo Congresso Nacional**, ao qual também compete solicitar as medidas cabíveis ao Poder Executivo:

Art. 71(...)

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

E mais: o TCU somente decidirá a respeito se, dentro do prazo de noventa dias, o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não realizarem as providências necessárias:

Art. 71 (...)

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

A corroborar com o exposto, trazemos as lições do Ministro Luís Roberto Barroso²⁶, então Procurador do Estado do Rio de Janeiro:

O Tribunal de Contas tem competência para sustar atos administrativos, em certas circunstâncias, se, assinado prazo para sanar ilegalidade, não for atendido. Todavia, se o ato em questão envolver situações jurídicas de terceiros, é imperativa a observância do devido processo legal, facultando-se aos interessados deduzirem suas razões, sob pena de inconstitucionalidade. Em nenhuma hipótese tem o Tribunal competência para invalidar atos administrativos negociais, contratuais ou não, nem tampouco tem competência para sustar contrato celebrado pela Administração. Esta competência é do Poder Legislativo, titular do controle externo, ou do Judiciário, se provocado adequadamente.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Tribunais de contas: algumas incompetências**. RDA n. 203, jan./mar. 1996, p. 140.

Nota-se que, além de explicar esta “incompetência” dos Tribunais de Contas, o Ministro Barroso também chama atenção para a necessária observância do devido processo legal, permitindo-se aos interessados que apresentem suas justificativas, sob pena de inconstitucionalidade.

Isto posto, salta aos olhos que a própria CRFB não delegou aos Tribunais de Contas a competência para sustar, de maneira imediata e direta, um contrato eivado de ilegalidade.

No caso específico do TCESP, esta regra está assentada no artigo 2º, inciso XVI de sua Lei Orgânica. De acordo com tais dispositivos, ao TCESP compete julgar contratos e encaminhar à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal aqueles em que se tenha verificado ilegalidade, para sustação.

Neste ponto, é importante esclarecer que o ato de “sustar” a que se referem os dispositivos supra não alcança o contrato em sua integralidade, mas apenas sua execução financeira, sob a perspectiva dos já mencionados critérios da legalidade, legitimidade e economicidade.

Para melhor elucidar esta questão, transcrevemos as lições de Amauri Feres Saad a respeito da matéria. Segundo este autor²⁷:

O juízo de ilicitude dos tribunais de contas sobre atos ou contratos administrativos, quando importar, nos termos do art. 71 da Constituição Federal, a sustação de tais atos ou contratos, só poderá significar juridicamente a sustação dos efeitos orçamentários de tais atos, e nunca o atingimento de todos os seus efeitos. A despesa eventualmente realizada após este juízo será tida por irregular, com a consequência de comprometer o próprio julgamento das contas dos responsáveis pela despesa. Mas o ato — até ser desconstituído pela própria Administração ou pelo poder judiciário, se o for — permanecerá válido e produzindo seus efeitos obrigacionais típicos.

Portanto, ainda que seja constatada uma ilicitude na contratação, os Tribunais de Contas – e o próprio Poder Legislativo – não podem determinar a sustação integral do contrato.

²⁷ SAAD, Amauri Feres. **O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos**. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/saadferes/artigo-tribunais-de-contas-afs-final-agosto-2013>>. Acesso em: 28 jul. 2016, p. 32.

Nestas hipóteses, caso entendam necessário, podem (e devem) encaminhar os autos do processo para as instituições competentes para adoção das providências cabíveis. Mas apenas isto.

Sem adentrar na discussão acerca das consequências que poderiam advir de uma eventual suspensão integral dos contratos administrativos pelos Tribunais de Contas ou até mesmo pelo Congresso Nacional, também fica evidenciado que o eventual sobrestamento dos seus efeitos orçamentários não impede que a autoridade responsável decida prosseguir com o instrumento contratual. Porém, neste caso, ela assume todos os riscos provenientes da desaprovação de suas contas.

A última consideração a ser suscitada se refere ao momento em que este controle é feito. Segundo a doutrina, existem três modelos de controle externo no direito comparado: **(i)** o francês, cujo controle é exercido após a despesa – *a posteriori*; **(ii)** o italiano, que adota o modelo de fiscalização preventiva dos atos administrativos; e **(iii)** o belga, que corresponde a um modelo intermediário, que se volta mais a um controle preventivo.

O modelo brasileiro corresponde, basicamente, ao modelo de controle e fiscalização *a posteriori*, ou seja, após a concretização do ato.

Importante frisar que isso não impede que os Tribunais de Contas exerçam o controle concomitante de determinados atos, tal como ocorre com os editais de licitação já publicados (artigo 113, par. 2º da Lei nº 8.666/93²⁸).

²⁸ “Art. 113 (...) § 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.”

CAPÍTULO 2 - GARANTIAS FUNDAMENTAIS, COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.1 – PONTO DE PARTIDA

As garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal estão expressamente previstas na CRFB (artigo 5º, incisos LIV e LV) e, conforme será explicado, elas também se aplicam aos processos junto aos Tribunais de Contas.

Contudo, por se tratar de um tema muito extenso e sujeito a diversas análises, desde já é importante frisar que o estudo acerca de tais garantias está basicamente voltado a um artigo específico da Lei Orgânica do TCESP, qual seja, o artigo 90.

Isso porque este artigo prevê uma regra específica para intimação dos atos e decisões do TCESP a qual, quando analisada sob as perspectiva do contraditório e da ampla defesa, revela uma patente inconstitucionalidade que, em não raras vezes, enseja a anulação destes processos administrativos pelo próprio Poder Judiciário.

Afinal, consoante estabelecido no artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP, a intimação dos atos e decisões da Corte de Contas Paulista presume-se perfeita com a publicação no Diário Oficial²⁹:

Art. 90. A intimação dos atos e decisões do Tribunal de Contas presume-se perfeita com a publicação no Diário Oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Ou seja, segundo a Lei Complementar do TCESP, a mera publicação no Diário Oficial é, como regra, suficiente para a intimação dos seus atos e de suas decisões. Porém, indaga-se: essa publicação é capaz de assegurar, em quaisquer circunstâncias, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa aos envolvidos?

²⁹ O artigo 91 da Lei Orgânica do TCESP prevê forma específica de intimação nos processos de tomada de contas. Contudo, como este procedimento não é objeto deste estudo, não adentraremos no tema. Em outras palavras, nos limitaremos à regra geral constante no artigo 90 do mesmo diploma legal.

Para melhor esclarecer o questionamento acima, voltemos à situação narrada nas considerações iniciais deste Trabalho: um contrato celebrado entre determinado Município do Estado de São Paulo e uma Empresa Concessionária, para prestação de serviço de transporte público coletivo urbano, é remetido ao TCESP para apreciação.

Ocorre que, por ocasião de sua análise, o TCESP encontra irregularidades no procedimento licitatório que precedeu ao Contrato. Com isso, em atenção ao que estabelece o Art. 2º, inc. XIII de sua Lei Orgânica³⁰, a Corte de Contas expede um ofício à Administração Pública Municipal para que apresente a documentação exigida, ou regularize o ato impugnado.

Vale lembrar que, com relação à Empresa Concessionária, o TCESP se limita a, no máximo, intimá-la por meio de publicação no Diário Oficial (nos termos do artigo 90 acima), o que acaba obstando a sua efetiva participação no processo.

Após prestados todos os esclarecimentos por parte da Administração Pública Municipal, o TCESP mantém o seu entendimento e julga irregular a contratação. Ato seguinte, expede um ofício informando a Câmara Municipal daquela municipalidade; afinal, como já explicado, as decisões dos Tribunais de Contas não são dotadas do atributo da auto-executoriedade.

Entretanto, diante das conclusões do TCESP acerca da contratação, a Câmara Municipal poderá adotar uma série de providências, as quais, por certo, acarretarão em graves prejuízos à Empresa Concessionária.

Por exemplo, caso a questão seja levada ao MPSP e este órgão entenda que a irregularidade configura ato de improbidade administrativa, não é remota a possibilidade de que seja ajuizada uma ação também em face da Empresa Concessionária.

Pelo exposto, resta cristalino que, como a decisão do TCESP é apta a repercutir na esfera jurídica e econômica dos envolvidos, a todos deve ser franqueada a oportunidade de

³⁰ “Art. 2º - Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete: (...) XIII - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade;”

participar do processo. Tanto é assim que a própria Lei Orgânica do TCESP, em seu artigo 53, elenca aqueles que estão legitimados para interpor recurso nos processos junto ao TCESP, quais sejam, **(i)** o interessado no processo; **(ii)** Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; **(iii)** o Ministério Público; e **(iv)** o terceiro prejudicado.

Inclusive, conforme será devidamente demonstrado, caso o TCESP não proceda de tal forma, o processo administrativo ficará inquinado de uma nulidade insanável, ainda que a Corte de Contas esteja no exercício de suas atribuições institucionais.

Trata-se de entendimento ancorado em jurisprudência majoritária do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“**TJSP**”)³¹⁻³²⁻³³⁻³⁴⁻³⁵⁻³⁶.

³¹ “Anulatória. Ato administrativo. **Procedimento sem a observância do contraditório e ampla defesa. Autor que sofreu os efeitos punitivos de decisão do Tribunal de Contas do Estado em que deveria ter sido intimado para se manifestar.** Sentença de procedência mantida Recurso não provido.”

(TJSP. 3ª Câmara de Direito Público. AC nº 0036629-28.2011.8.26.0053, Rel. Marrey Unt, julgado em 07/04/2015, disponibilizado em 17/04/2015).

³² “Apelação. Ação anulatória. Processo administrativo perante o Tribunal de Contas do Estado para apurar supostas irregularidades em contrato firmado pela Prefeitura de Jacareí para a execução de unidades habitacionais. Ação julgada improcedente. Recurso voluntário do autor Provimento de rigor. **Configurada a nulidade em razão de afronta à Magna Carta e aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ausência de intimação da empresa contratante. Incidem no procedimento administrativo as garantias constitucionais do devido processo legal, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.** Precedentes desta Corte e do E. STF De rigor a anulação do processo administrativo R. sentença reformada Recurso provido. [...]

Embora não disponha do poder de anular ou sustar contratos administrativos, o Tribunal de Contas tem competência para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato ou mesmo da licitação que o originou, motivo pelo qual incidem, aí, as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.

A atuação popular no controle externo da administração estadual pelo Tribunal de Contas tornou-se ainda mais efetiva em face da Lei Complementar n. 709, de 14 de janeiro de 1993, que, repisando a garantia constitucional, assegura 'ampla defesa ao responsável ou interessado, em todos os processos submetidos ao Tribunal de Contas' (art. 51), permitindo, destarte, a interposição de recurso, dentre outros, pelo 'interessado no processo' e pelo 'terceiro prejudicado' (art. 53).

É indiscutível o interesse de terceiros, particulares envolvidos no contrato administrativo, em face das consequências advindas do decisum e a repercussão do julgamento na esfera de suas relações jurídicas.

Na órbita processual o interesse jurídico configura-se quando o terceiro seja parte de relação jurídica que tenha laço de conexão com o objeto da causa em cujo processo intervém. É exatamente a defesa mediata de seu direito que lhe confere o interesse jurídico de intervir no feito. Atuando em defesa do interesse alheio logrará a própria defesa, já que sua situação jurídica é suscetível de ser influenciada pela decisão.

Em outras palavras, em qualquer feito, judicial ou administrativo, o amplo direito de defesa deve ser obedecido, ainda em relação aos terceiros, quando possam ser atingidos, direta ou indiretamente, pelos efeitos das deliberações que, ali, forem adotadas. [...]

É intuitivo que tanto a Prefeitura Municipal quanto as demais contratantes têm interesse na manutenção dos atos. De rigor, pois, viesse a contratada a ser cientificada, ao menos, da instauração do processo administrativo, de forma a poder exercitar ampla defesa.

O E. TJSP deixa certo que a ausência de notificação/intimação dos interessados acerca da instauração de processo em curso no TCESP (processo administrativo), para que se manifestem a respeito dos fatos que lhes são imputados, importa na violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, não resta dúvida que à contratada era lícito contrapor-se aos argumentos que se levantaram, no curso do procedimento, à licitude do contrato e seus aditivos. Afinal, a anulação dos atos obviamente atinge o seu interesse. E, se o Tribunal de Contas assegurou à Prefeitura o contraditório e a ampla defesa, não havia razão para não o fazer também à contratada, natural partícipe da licitação e do contrato decorrente”.

(TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. AC nº 0025965-45.2005.8.26.0053, Rel. Sidney Romano dos Reis, julgado em 12/11/2012, disponibilizado em 18/12/2012)

³³ “Apelação. Ação Anulatória de Ato Administrativo. Empresa Concessionária de Saneamento de Mauá (ECOSAMA) - **Anulação de decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo Inobservância de princípios constitucionais (contraditório, ampla defesa e devido processo legal) - Ilegalidade configurada Anulação decretada** - Sentença reformada Recursos providos”.

(TJSP. 1ª Câmara de Direito Público. AC nº 0358406-29.2009.8.26.0000, Rel. Castilho Barbosa, julgado em 29/11/2011, disponibilizado em 05/12/2011)

³⁴ “MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO E CONTRATO JULGADOS IRREGULARES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - **AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - PRESENTE O INTERESSE DE AGIR PRELIMINAR REJEITADA - ORDEM CONCEDIDA**”.

(TJSP. Órgão Especial. MS nº 9036841-94.2007.8.26.0000, Rel. Renato Nalini, julgado em 13/02/2008, publicado em 27/03/2008)

³⁵ “Mandado de segurança — **Anulação de licitação e dos atos consequentes pelo Tribunal de Contas do Estado, sem que a empresa vencedora e contratante tivessem ciência do procedimento administrativo de controle instaurado naquela Corte** — Violação de direito líquido e certo das impetrantes, caracterizado na medida em que **parte interessada, alcançada diretamente pela decisão que lhe foi prejudicial não teve oportunidade de exercitar o contraditório e a ampla defesa, assegurados pela CF também no processo administrativo** — PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE Nº 3 — INAPLICABILIDADE, NO CASO, DO ART. 90 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 709/93 - SEGURANÇA CONCEDIDA”.

(TJSP. Órgão Especial. MS nº 9042153-51.2007.8.26.0000, Rel. Walter de Almeida Guilherme, julgado em 23/01/2008, disponibilizado em 03/04/2008)

³⁶ “Mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas declarando irregular licitação vencida pelas impetrantes, bem como sua contratação - **Procedimento que não ouviu as impetrantes - Legítimo interesse de serem ouvidas, pois o ato atacado vulnerou seu direito contratual - Direito à ampla defesa e contraditório que deve ser exercido mesmo em procedimentos administrativos de controle - APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 3, DO STF - Concessão da ordem para anular a decisão do Tribunal de Contas, garantindo às impetrantes direito de defesa - Segurança concedida.**”

(TJSP. Órgão Especial. MS nº 9036936-27.2007.8.26.0000, Rel. Ribeiro dos Santos, julgado em 07/05/2008, disponibilizado em 11/06/2008)

Afinal, as decisões do TCEP, em sua maioria, inegavelmente afetam o patrimônio jurídico e econômico dos envolvidos, a exemplo do que ocorre com a declaração de nulidade de contrato analisado e a possível sustação de seu cumprimento.

Este entendimento, que está consolidado na jurisprudência pátria, também conta com manifestação do STJ³⁷.

Disto resulta que, independentemente da irregularidade constatada e de sua gravidade, em hipótese alguma essas garantias podem ser mitigadas. Até porque, ainda que existam fortes indícios de ilegalidades praticadas no instrumento analisado, não se pode afastar a chance, ainda que distante, de surgirem novos esclarecimentos que afetem o juízo decisório.

A propósito, neste ponto é oportuna a menção ao julgado do STF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence³⁸, no qual restou cristalino que, embora o TCU (no caso) não

³⁷ “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA A PREFEITO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. APRESENTAÇÃO DO RELATÓRIO RESUMIDO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA - RREO APÓS O ENCERRAMENTO DO PRAZO DESIGNADO PELO ART. 6º DA RESOLUÇÃO NORMATIVA RN-TCM N. 008/00. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, ARTS. 52, 53 E 63. **AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS DESDOBRAMENTOS: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ILEGALIDADE DO ATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.**”

(STJ. Primeira Turma. RMS nº 24.043/GO, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04/09/2007, publicado em 04/10/2007)

³⁸ “EMENTA: I. Tribunal de contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º).

O Tribunal de Contas da União embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados , a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.

Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade.

Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase jurisdicional.

A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”.

tenha poder para anular ou sustar os contratos administrativos, este órgão tem competência para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato.

Portanto, é inegável que várias consequências pode decorrer da decisão do Tribunal de Contas – em relação ao instrumento analisado – de modo que é imprescindível que seja assegurado aos interessados a ciência da instauração do processo, para que possam ser adotadas todas as intervenções cabíveis antes de exarada qualquer decisão.

A partir do exposto fica esclarecido que o cerne deste trabalho reside no estudo da incidência das garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal no âmbito dos processos conduzidos pelo TCESP, sobretudo naqueles que envolvam relações jurídico-contratuais.

Para melhor compreender a importância da matéria, reportamo-nos ao entendimento esposado pelo Ministro Luís Roberto Barroso³⁹ de que os contratos administrativos são acordos de vontade os quais, em regra, geram direitos e obrigações para as partes contratantes. Isto posto, a sua desconstituição exige que seja observado o devido processo legal.

No entanto, antes de adentrar nas particularidades atinentes ao tema, serão retomadas algumas noções básicas a respeito das garantias em voga.

2.2 - DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E O TCESP

O devido processo legal é uma importante garantia destinada à proteção dos direitos de liberdade e de propriedade contra eventuais abusos (artigo 5º, inciso LIV da CRFB):

A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.”

(STF. Tribunal Pleno, MS nº 23.550/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 04/04/2001, publicado em 31/10/2001).

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Tribunais de contas: algumas incompetências**. RDA n. 203, jan./mar. 1996, p. 138

Art. 5º (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Oportuno destacar que esta garantia pode ser compreendida sob os aspectos **(i)** material e **(ii)** formal. Segundo Alexandre de Moraes⁴⁰:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Resumidamente: o seu aspecto formal se relaciona com as regras de procedimento previamente estabelecidas em lei e o dever do Estado de observá-las; por seu turno, o aspecto material (ou substantivo) envolve a ideia de um processo justo e adequado.

O devido processo legal tem como corolários o contraditório e a ampla defesa. O primeiro é composto pelo binômio **(i)** ciência bilateral dos atos processuais e **(ii)** possibilidade de se manifestar⁴¹ sobre os atos e argumentos produzidos no processo, em momento anterior a uma decisão.

Por sua vez, a ampla defesa envolve o conjunto de mecanismos capazes de fornecer aos litigantes todos os meios e condições para se opor, de fato, às alegações que lhe são imputadas no processo.

Neste ponto, oportuna a menção ao entendimento do Ministro Gilmar Mendes a respeito do conteúdo do princípio da ampla defesa, quando do julgamento do RE nº 434.059/DF. Segundo o Ministro, a ampla defesa abarca os direitos de **(i)** informação, **(ii)** manifestação e **(iii)** ter os argumentos considerados.

Nas suas exatas palavras⁴²:

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 107.

⁴¹ Rebater argumentos, questionar a existência de fatos etc.

⁴² STF. Tribunal Pleno. RE nº 434.059/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 07/05/2008, publicado em 12/09/2008.

Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: (I) – direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele contantes; (II) – direito de manifestação (Recht auf Ausserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (...); (III) – direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmbereitschaft) para contemplar as razões apresentadas.

Ainda, de acordo com a melhor doutrina de José dos Santos Carvalho Filho⁴³, a ampla defesa:

[...] reflete uma noção-gênero da qual o contraditório é noção-espécie. Por ampla defesa deve entender-se o conjunto de meios através dos quais o indivíduo pode comprovar situação diversa daquela que contraria seu interesse específico. Entre esses meios, está o direito ao contraditório, à ampla produção de provas, o direito à reinquirição de testemunhas (...) o direito de ser representado por advogado, o direito de impugnar atos e condutas estatais que violem o devido processo legal (due process of law) e, enfim, todo meio que sirva para conduzir a situação que satisfaça interesse não atendido total ou parcialmente.

Importante frisar que estes princípios são inerentes aos processos cuja decisão estatal possa repercutir na esfera jurídica dos envolvidos, ou até mesmo na sua esfera econômica.

Inclusive, qualquer entendimento contrário - no sentido de impedir que os envolvidos participem no processo que culminará em decisão - seria nitidamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois consagraria cenário no qual interesses individuais pudessem ser afetados por condutas estatais sem que os envolvidos pudessem efetivamente se manifestar.

Por outro lado, naqueles procedimentos destinados à simples apuração/investigação de fatos, não há a obrigatoriedade de se observar os postulados do contraditório e da ampla defesa. Assim, por exemplo, caso um inquérito civil seja conduzido sem a intimação do investigado para que se manifeste, este procedimento administrativo não estará eivado de nulidade.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999** – 5a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

Outra importante observação é a de que as garantias aqui tratadas não se limitam aos processos judiciais, vez que também devem ser respeitadas nos processos de natureza administrativa (artigo 5º, inciso LV da CRFB).

Pelo exposto, não subsistem quaisquer dúvidas quanto à plena incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa também nos processos junto aos Tribunais de Contas.

Tanto é verdade que o STF já consolidou entendimento de caráter vinculante a respeito da matéria. Trata-se da Súmula Vinculante nº 03, cujo inteiro teor é o seguinte:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Neste passo lembramos que, malgrado o STF se refira apenas ao TCU, o conteúdo da Súmula Vinculante nº 03 também se aplica aos Tribunais de Contas dos outros entes federados, considerando o quanto previsto na CRFB e o próprio Princípio da Simetria.

Em reforço ao mandamento constitucional e também ao conteúdo da Súmula Vinculante nº 03, no Estado de São Paulo - e portanto, nos limites da competência do TCESP – as garantias do contraditório e da ampla defesa também receberam tratamento específico na Constituição Estadual, na Lei Orgânica do TCESP e no seu Regimento Interno.

Na Constituição do Estado de São Paulo, o seu artigo 4º determina que:

Art. 4º. nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros **requisitos de validade**, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados.

Vale dizer, à luz da Constituição paulista, estas garantias formam os requisitos de validade dos procedimentos administrativos, o que nos permite afirmar que, quando desrespeitadas, importam na invalidade do processo administrativo.

No mesmo sentido, a Lei Orgânica do TCESP estabelece, em seu artigo 51, *caput* que:

Art. 51. em todos os processos submetidos ao Tribunal de Contas será assegurada ampla defesa ao responsável ou interessado.

Ou seja, a condição de responsável ou interessado não importa quando se fala nessas garantias.

Por fim, o Regimento interno do TCESP, ao tratar do procedimento específico atinente aos contratos, registra a garantia do direito de defesa dos interessados em seu artigo 197:

Art. 197. O Tribunal, garantido o direito de defesa dos interessados, adotará, na instrução dos contratos, convênios e atos jurídicos análogos, as normas procedimentais que compõem este Capítulo, sem prejuízo de outras, objeto de instruções normativas, de forma a assegurar, sempre que possível, as condições de aplicabilidade do §1º do art. 33 da Constituição estadual⁴⁴.

Não obstante, como já colocado, para que os envolvidos possam exercer plenamente essas garantias, é condição *sine qua non* que tenham efetiva ciência da existência do processo, de modo que possam (i) se manifestar sobre a questão discutida e (ii) produzir provas em defesa de seus direitos.

Com relação a este ponto, relembramos que, segundo a legislação estadual, a intimação pelo Diário Oficial é, via de regra, suficiente para que os envolvidos saibam da existência do processo em trâmite junto ao TCESP.

Todavia, considerando todos os desdobramentos que podem decorrer das Decisões exaradas pela Corte de Contas, defendemos que a maneira que melhor atende aos anseios constitucionais e legais é a intimação pessoal. Vejamos o porquê.

2.3 - DA EFETIVA CIÊNCIA: INTIMAÇÃO PESSOAL

Conforme amplamente exposto, como regra as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal devem ser respeitadas também no âmbito do TCESP, de modo que a sua inobservância importa em nulidade insanável do processo.

⁴⁴ “Art. 33 - O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: (...) § 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Assembléia Legislativa que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.”

Ademais, como se sabe, o seu exercício requer a efetiva ciência dos interessados acerca da instauração do processo.

Com relação a este ponto específico, a Lei Orgânica do TCESP parte da premissa de que a publicação na imprensa Oficial é suficiente para que todos os envolvidos saibam da existência do processo (art. 90) e, com isso, estejam aptos a adotar todas as providências que julgarem necessárias.

Entretanto, em que pese haja previsão legal expressa sobre a forma de intimação nos processos em trâmite junto ao TCESP, entendemos que o conteúdo deste dispositivo é francamente incompatível com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, por conseguinte, inconciliável com a própria CRFB e com a Constituição do Estado de São Paulo.

Isso se deve ao fato de que, na forma como consta na lei, essa simples publicação dos atos na Imprensa Oficial se destina mais ao atendimento do dever de publicidade (condição de eficácia dos atos) do que propriamente cientificar os interessados da existência de processo de seu interesse.

Afinal, rememora-se que o contraditório se traduz na ciência bilateral dos atos processuais e na possibilidade de se manifestar no processo, antes de proferida qualquer decisão.

Já a ampla defesa envolve o conjunto de mecanismos capazes de fornecer aos litigantes todos os meios e condições para se opor, de fato, às alegações que lhe são imputadas no processo, de tal modo que ela compreende os direitos de informação, manifestação e ter os argumentos considerados.

Enfim, o devido processo legal se relaciona tanto com as regras de procedimento previamente estabelecidas em lei e o dever do Estado de observá-las, como como a ideia de um processo justo e adequado.

Pois bem, inexistindo o ato de ciência pessoal, aniquila-se a efetiva possibilidade de que os interessados estejam informados sobre o processo em si, possam se manifestar em

relação às alegações que lhe são imputadas e tenham o direito de ter considerados tais argumentos antes de proferida qualquer decisão.

Afinal, não se pode negar que a mera publicação genérica na imprensa oficial muitas vezes passa despercebida pelos interessados, principalmente quando sequer sabem da instauração de processo no TCEP.

Logo, a melhor forma de assegurar o efetivo conhecimento da existência do processo e a oportunidade de manifestação dos interessados é a sua intimação pessoal. Inclusive, por oportuno salientar que a jurisprudência sobre o tema é vasta.

No E. TJSP, sob o mesmo pretexto de prestigiar essas garantias expressamente previstas no artigo 5º, inciso LV da CRFB, por diversas vezes⁴⁵⁻⁴⁶⁻⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹⁻⁵⁰ o artigo 90 da Lei

⁴⁵ “NULIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO instaurado pelo Tribunal de Contas. **Garantias do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, que devem assegurar aos interessados, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis (Súmula Vinculante 03, STF). Inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei Complementar nº 709/1993 declarado pelo Órgão Especial, no julgamento no Mandado de Segurança nº 9043129-58.2007.8.26.0000.** Sentença reformada. RECURSO PROVIDO para julgar procedente a ação e **declarar nulo o procedimento administrativo** TC-040272/026/09, com a restituição de eventuais valores recolhidos a título de multa. [...]”

Verifica-se, como afirmado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que a cientificação quanto à decisões do processo administrativo observou o disposto no artigo 90 da Lei Complementar nº 709/1993, sendo todos os atos regularmente publicados no Diário Oficial.

Assim, significa dizer que a recorrente não foi pessoalmente notificada da existência do procedimento administrativo de que decorreu a imposição da penalidade atacada.

Porém, o art. 90 da Lei Complementar nº 709/93 foi declarado inconstitucional incidentalmente pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça no julgamento no Mandado de Segurança nº 9043129-58.2007.8.26.0000, com voto de lavra do Relator Desembargador Mathias Coltro, julgado aos 03/02/2010.

Dessa forma, a ausência de notificação pessoal da autora foi constatada no procedimento administrativo e, por essa razão, torna-se inválida a atividade administrativa, nos termos do artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Dispõe a Súmula Vinculante nº 03 do STF: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

Cumpra esclarecer, que as normas constitucionais previstas para o Tribunal de Contas da União aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (art. 75, CF).

Portanto, todos os atos processuais administrativos devem ser declarados nulos, ante a obrigação daquela Corte de fiscalização no sentido de proceder à intimação pessoal da recorrente para manifestar-se e produzir as provas e/ou esclarecimentos necessários com estrita observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa dispostos no art. 5º LV da Constituição Federal, acompanhando o processo administrativo até final julgamento.”

(TJSP. 12ª Câmara de Direito Público. AC nº 1045222-87.2015.8.26.0053, Rel (a). Isabel Cogan, julgado em 26/08/2016, disponibilizado em 29/09/2016)

⁴⁶ “ORDINÁRIA- ANULAÇÃO DE DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO NOS AUTOS DO PROCESSO TC-080/002/06 CONTRATO ADMINISTRATIVO ENVOLVENDO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS- SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL QUE NÃO FOI

NOTIFICADO PESSOALMENTE DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PERANTE O TCE - NOTIFICAÇÃO FUNDADA NO ART. 90 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 709/93 QUE CONFLITA COM O TEOR DA SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 03- VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NULIDADE ABSOLUTA DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS ADMINISTRATIVOS POSTERIORES À AFERIÇÃO PRELIMINAR DAS IRREGULARIDADES DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO, RECONHECIDA DE OFÍCIO, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO- RECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.”

(TJSP. 13ª Câmara de Direito Público. AC nº 0004700-40.2012.8.26.0053, Rel. Ferraz de Arruda, julgado em 03/09/2014, disponibilizado em 10/09/2014)

⁴⁷ “Ementa: Mandado de Segurança – Impetração contra ato do Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Contas do Estado que negou provimento a recurso tirado em face de decisões proferidas em processos administrativos que julgaram irregulares os contratos celebrados entre a empresa ora impetrante e órgão da administração de município do interior – **elementos que demonstram não ter sido assegurado o contraditório, garantia constitucional que se estende a todos os tipos de processos, inclusive administrativos – simples publicação na imprensa oficial sobre a abertura dos processos – necessidade de que o conhecimento seja real, possibilitando eventual reação** – entendimento dos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – Precedente. Ademais, deste Colendo Órgão Especial em que **negada eficácia à Lei Complementar Estadual 907/93 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado), no que toca à previsão de intimação apenas pela imprensa oficial, dando-se prevalência ao quanto estabelecido no artigo 5º, LV, da Constituição da República – Processos Administrativos que devem ser anulados – Segurança concedida.** [...]

Como bem salientado pela douta Procuradoria de Justiça, **a cláusula do devido processo legal, envolve, fundamentalmente, o respeito ao contraditório, que, por sua vez, diz com a necessidade de cientificação dos atos, possibilitando-se a reação.** Daí o caráter essencialmente dialético do processo, não só o **jurisdicional, como também o administrativo.** Assim, o provimento a ser proferido somente se torna legítimo quando garantido o contraditório. [...]

Em se tratando de processo perante o Tribunal de Contas, o Excelso Pretório, ao dar interpretação à norma do artigo 5º, LV, da Constituição da República, pontuou que no conceito de acusação se insere qualquer representação tendente a ativar o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, ainda que tenha se originado de agentes do próprio órgão, bem como assentou a necessidade de observância do contraditório, em havendo conflito de interesses em jogo.

No caso, do que se observa de toda a documentação acostada, o Consórcio Marquise Embraliço **não teve oportunidade para se defender nos procedimentos que culminaram com o reconhecimento de irregularidade nas licitações de que participou.**

Nem se argumente que a simples publicação, na imprensa oficial, da abertura de processo administrativo tenha o fito de assegurar a ciência ao interessado, até e porque não pode exigir da impetrante que dedique parte do seu tempo à leitura do Diário Oficial, mormente quando se reputa que seu vínculo, já extinto, fora firmado com Município do interior. Havia à disposição da referida Corte de Contas meios até mais econômicos para dar ciência à impetrante, como o simples envio de correspondência.

[...]

Destarte e como se mostrava imprescindível garantir o contraditório nos aludidos processos administrativos, levando aos interessados o efetivo conhecimento da existência de tais procedimentos e possibilitando-lhes o exercício do direito de defesa em toda a sua amplitude, de forma a legitimar a decisão a ser dada, tem-se que a segurança é de ser concedida, devendo ser anulados os processos.

Essas as razões pelas quais se entende ser caso de conceder a segurança, conforme o requerido, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro do processo e a legislação regulamentadora da espécie. [...]

(TJSP. Órgão Especial. MS nº 9043129-58.2007.8.26.0000, Rel. A.C. Mathias Coltro, julg. em: 03/02/2010, disponibilizado em 08/02/2010)

⁴⁸ “Apelação Cível Processual Civil Ação de Desconstituição de Ato do Tribunal de Contas do Estado Sentença de improcedência Recurso da autora Provimento de rigor. ANULATÓRIA Pretensão de decretação de nulidade de processo tramitado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, cumulada com anulação de multa decorrente do resultado do julgamento proferido naquele âmbito Contratos administrativos considerados irregulares pela referida Corte **Violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório Cabimento Ausência de notificação pessoal Não é válida apenas a intimação pelo Diário Oficial da parte interessada**

Orgânica do TCESP foi afastado e os atos processuais foram declarados nulos pela ausência de intimação pessoal. Nesta seara, inclusive, o E. TJSP já se manifestou expressamente no sentido de que a mera publicação no diário oficial não é suficiente para assegurar as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Segundo o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça Paulista, a intimação fundada no artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP (publicação no Diário Oficial) conflita diretamente com a Súmula Vinculante nº 03 e, inevitavelmente, com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

no julgamento Inobservância do disposto no artigo 5º, LV, da CF Precedentes Súmula vinculante nº 3 do STF. R. Sentença reformada Recurso provido. [...]

Ocorre que, contudo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo limitou-se a notificar o Município para apresentar justificativas, ficando os responsáveis notificados a acompanhar o feito por meio de publicação no Diário Oficial do Estado, com violação, assim, do disposto pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos judiciais e administrativos.

Tal entendimento foi definitivamente consagrado pela edição da Súmula Vinculante nº 3: "Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão".

Frise-se que, por força do disposto no art. 75 da Constituição Federal, as normas referentes ao Tribunal de Contas da União aplicam-se também aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais.

Assim, exigível era a notificação autora da instauração do processo administrativo no Tribunal de Contas do Estado, para que pudessem exercer o contraditório e a ampla defesa. [...]"

(TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. AC nº 0031199-61.2012.8.26.0053, Rel. Sidney Romano dos Reis, julgado em 17/06/2013, disponibilizado em 19/07/2013)

⁴⁹ "AÇÃO ANULATÓRIA. Decisão proferida pelo TCE/SP, que julgou irregular a licitação e o contrato administrativo formalizados pelo Prefeito Municipal Alegada violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório Cabimento AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO ALCAIDE, na forma do art. 91 da Lei Complementar nº 709/93 **NÃO É VÁLIDA A INTIMAÇÃO GENÉRICA PELO DIÁRIO OFICIAL A FIM DE ATINGIR PARTE INTERESSADA NO JULGAMENTO INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, LV, DA CF PRECEDENTES SÚMULA VINCULANTE Nº 3 DO STF** Ação julgada improcedente na 1ª Instância Sentença reformada Recurso provido."

(TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. AC nº 0039467-12.2009.8.26.0053, Rel. Leme de Campos, julgado em 23/05/2011, disponibilizado em 27/05/2011)

⁵⁰ "Mandado de Segurança. Tribunal de Contas - Contas de fundação julgadas irregulares - **Falta de notificação pessoal do presidente da fundação - Violação do "due process of law", não sendo válida mera intimação pela imprensa - Desrespeito ao direito de ampla defesa - Segurança concedida - Sentença mantida. Recurso de ofício, que fica conhecido, e recurso voluntário, improvidos"**

(TJSP. 2ª Câmara de Direito Público. AC nº 9121150-24.2002.8.26.0000, Rel. (a) Christine Santini, julgado em 18/12/2007, registrado em 14/01/2008)

Na verdade, para uma considerável parte da jurisprudência, a intimação pelo Diário Oficial é genérica e, portanto, não assegura, de fato, o pleno conhecimento do processo junto ao TCESP.

Afinal, na medida em que não há notificação pessoal dos envolvidos acerca da existência do processo administrativo do qual decorre a imposição de penalidade (ex: multa) ou uma decisão desfavorável que importará em futuras consequências negativas, os envolvidos não terão como efetivamente adotar as providências que julgarem necessárias, a fim de exercer o seu direito de defesa.

O TJSP entende – de maneira correta e adequada - que é necessário que haja conhecimento real do processo, possibilitando eventual reação (caráter dialético do processo, nas palavras dos r. julgadores), o que a mera publicação na imprensa oficial não possibilita.

Inclusive, em algumas oportunidades o Tribunal Paulista já se pronunciou expressamente no sentido de que não é possível exigir que os interessados dediquem parte do seu tempo diário à leitura do Diário Oficial.

Nota-se que a jurisprudência é uníssona quanto a impossibilidade de o TCESP intimar os interessados apenas pelo Diário Oficial. Isso porque, como amplamente explicado, a mera publicação não é capaz de assegurar que os envolvidos tenham real conhecimento das alegações que recaem contra si e/ou contra a relação jurídico-contratual da qual são partes.

Neste ponto específico é importante frisar que o E. TJSP não possui entendimento isolado a respeito deste tema. Pelo contrário: neste mesmo sentido, o STF⁵¹ já se posicionou

⁵¹ “EMENTAS: 1. LEGITIMIDADE. Passiva. Mandado de segurança. Autoridade tida por coatora. Pensão previdenciária. Cancelamento. Ato determinado em acórdão do Tribunal de Contas da União. Legitimação passiva exclusiva deste. Execução por parte do Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda. Irrelevância. Autoridade tida por coatora, para efeito de mandado de segurança, é a pessoa que, in statu assertionis, ordena a prática do ato, não o subordinado que, em obediência, se limita a executar-lhe a ordem. 2. MANDADO DE SEGURANÇA. Pensão previdenciária. Cancelamento. Ato determinado em acórdão do Tribunal de Contas da União. Conhecimento pelo interessado que não participou do processo. Data da ciência real, não da publicação oficial. Ação ajuizada dentro do prazo. Decadência não consumada. Preliminar repelida. Precedentes. No processo administrativo do Tribunal de Contas da União, em que a pessoa prejudicada pela decisão não foi convidada a defender-se, conta-se o prazo para ajuizamento de mandado de segurança a partir da ciência real do ato decisório, não de sua publicação no órgão oficial. 3. SERVIDOR PÚBLICO. Vencimentos. Pensão previdenciária. Pagamentos reiterados à companheira. Situação jurídica aparente e consolidada. Cancelamento pelo Tribunal de Contas da União, sem audiência prévia da pensionista interessada. Procedimento administrativo nulo. Decisão ineficaz. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Violação de direito líquido e certo. Mandado de segurança concedido. Ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da CF. Precedentes. É

sobre a necessidade de que seja assegurada a ciência efetiva dos interessados sobre os processo em curso nos Tribunais de Contas, bem como das decisões, em respeito aos postulados consolidados no artigo 5º, incisos LIV e LV da CRFB.

Todavia, não se pode olvidar que, na esfera pessoal dos envolvidos, graves consequências podem advir de uma decisão negativa do TCESP. Isto posto, é inadmissível qualquer forma, ainda que “velada”, de obstar o seu direito de intervir no processo.

Por isso é que, ao analisar a quantidade de julgados trazidos a lume, percebemos que a jurisprudência do TJSP (e do próprio STF e STJ) está sedimentada quanto a necessidade de intimação pessoal dos envolvidos. Além disso, os magistrados não hesitam em declarar nulos os processos que não observam este requisito de validade.

Repisa-se, neste ponto, que nas demandas desta natureza, o Poder Judiciário somente analisa os aspectos do processo relacionados com a legalidade, haja vista não estar autorizado a adentrar no mérito das decisões do TCESP.

Por último, para concluir e afastar quaisquer dúvidas que eventualmente permaneçam com relação a matéria, propomos uma releitura da situação narrada no início deste trabalho com o seguinte viés: imaginemos que a Empresa Concessionária fosse intimada pessoalmente da instauração do processo no TCESP, tal como o foi o Município contratante.

Nesta nova situação, evidente que, ao tomar conhecimento do processo em curso no TCESP, a Empresa Concessionária adotaria todas as providências cabíveis no sentido de prestar os esclarecimentos necessários e, com isso, tentar assegurar a manutenção do contrato de concessão firmado.

Neste sentido, quiçá a Decisão do TCESP poderia contar com outro conteúdo, mais favorável aos envolvidos.

nula a decisão do Tribunal de Contas da União que, sem audiência prévia da pensionista interessada, a quem não assegurou o exercício pleno dos poderes do contraditório e da ampla defesa, lhe cancelou pensão previdenciária que há muitos anos vinha sendo paga”.

(STF. Tribunal Pleno. MS nº 24927/RO, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 28/09/2005, publicado em 25/08/2006)

De qualquer forma, independentemente do teor da decisão do TCESP, nesta nova situação, as garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo legal teriam sido amplamente respeitadas.

Consequentemente, não assistiria razão ao particular de pleitear a anulação do processo do TCESP junto ao Poder Judiciário, de modo que nem o Judiciário e nem a Fazenda Pública ficassem onerados com uma matéria cujo entendimento já está bem delineado e favorável àqueles que não tenham sido intimados pessoalmente.

2.4 - POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP, resta claro que a sua manutenção, além de colidir com a CRFB e com a Constituição do Estado de São Paulo, é nitidamente contrária ao próprio interesse público.

Em primeiro lugar porque a jurisprudência (STF, STJ e TJSP) já está sedimentada quanto à necessidade do efetivo conhecimento acerca da instauração do processo junto ao Tribunal de Contas, para que os interessados possam se insurgir contra eventuais alegações que lhe sejam imputadas.

Além disso, conforme o entendimento majoritário, a intimação das partes apenas por meio de publicação no Diário Oficial não possibilita, realmente, que o direito ao contraditório e à ampla defesa seja exercido em tais casos.

Exatamente por isso, os tribunais, sobretudo o TJSP, se consolidaram quanto à necessária intimação pessoal das partes envolvidas.

Neste sentido, resta evidenciado que insistir na intimação por meio de publicação no Diário Oficial continuará ensejando a declaração de nulidade destes processos administrativos pelo Poder Judiciário.

Por conseguinte, o TCESP terá de retomar o processo desde o início, providência nitidamente contrária aos princípios da eficiência e da economia processual. Ademais, move-

se a máquina estatal para atuar em processos cujo resultado contrário à Fazenda Pública Estadual⁵² já é praticamente certo.

Ou seja, os prejuízos causados pela manutenção do artigo 90 da Lei Orgânica do TCE/SP incidem tanto para o Tribunal de Contas, como para a Fazenda Pública.

Diante deste contexto claramente desfavorável, existem algumas alternativas que poderiam ser adotadas para neutralizar este impasse.

Porém, antes de analisá-las, é importante esclarecer que este tópico não pretende esgotar o tema, tampouco tratar de todas as particularidades de maneira exaustiva, mas apenas traçar algumas diretrizes que reputamos pertinentes e úteis à resolução do problema.

Pois bem, a primeira alternativa sugerida seria a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI genérica”), perante o STF⁵³ ou perante o TJSP (“ADI Estadual”).

Como se sabe, o artigo 102, inciso I, “a” da CRFB estabelece que compete originariamente ao STF, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal **ou estadual**.

Ora, o artigo 90 da Lei Orgânica do TCE/SP (lei estadual) é francamente incompatível com o artigo 5º, incisos LIV e LV da CRFB, de modo que está-se diante de uma hipótese de cabimento da ADI genérica.

A corroborar com o exposto, menciona-se o fato de que o Governador do Estado e a mesa da Assembleia Legislativa integram o rol de legitimados para a propositura de ADI genérica, previsto no artigo 103 da CRFB.

⁵² Considerando que o TCE/SP não tem personalidade jurídica, a sua defesa em juízo é promovida pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

⁵³ Fizemos uma busca e, até o momento, não encontramos nenhuma ADI proposta contra este artigo, razão pela qual sugerimos esta medida.

Outrossim, quando julgada a ADI genérica, as suas decisões costumam ter os seguintes efeitos⁵⁴: **(i)** *erga omnes*; **(ii)** *ex tunc*⁵⁵; e **(iii)** vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, estadual, municipal e distrital.

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 90 seria um mecanismo importante para afastar de vez a sua aplicação pelo TCESP e, com isso, evitar a perpetuação deste procedimento que há muito se mostrou insuficiente para garantir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Neste ponto, é importante frisar que, por se tratar de uma lei estadual (lei orgânica do TCESP) que igualmente apresenta uma incompatibilidade com a Constituição do Estado de São Paulo (cf. artigo 4º mencionado anteriormente), também é possível que um dos legitimados pela Constituição Estadual⁵⁶ proponha uma ADI estadual junto ao TJSP.

Neste caso, o resultado pretendido poderá ser alcançado no âmbito do Estado de São Paulo.

Todavia, muito embora essa ação constitucional se apresente como um instrumento cabível e favorável à solução dos problemas gerados pela intimação do artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP, é inegável que ela consumirá um tempo considerável – quiçá anos - entre a sua propositura até o seu julgamento pelo Tribunal.

Ademais, o reconhecimento da inconstitucionalidade, por si só, não resolve o problema em sua totalidade. Isso porque, uma vez declarada a inconstitucionalidade do artigo

⁵⁴ Como se sabe, o artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99 prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, mediante a decisão de 2/3 dos Ministros (8).

⁵⁵ Exceto se, por decisão de 2/3 (8) Ministros, e por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o STF entender que é necessário modular os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/99.

⁵⁶ Artigo 90 da Constituição do Estado de São Paulo: “Art. 90 - São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse: I - o Governador do Estado e a Mesa da Assembléia Legislativa; II - o Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal; III - o Procurador-Geral de Justiça; IV - o Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil; V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso; VI - os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara”.

90 da Lei Orgânica do TCESP, será reconhecida a nulidade deste dispositivo, como se ele nunca tivesse existido no ordenamento jurídico.

Contudo, haverá um “buraco” quanto ao modo de intimação das partes envolvidas, caso nenhuma norma seja editada regulamentando este ato processual.

Isto posto, outra solução que pode ser adotada, a qual teoricamente se apresenta mais célere à resolução do problema gerado pelo referido dispositivo – e mais completa - é a modificação deste artigo (por meio de outra lei), de modo a incluir a intimação pessoal como requisito de validade obrigatório dos processos junto ao TCESP. Vejamos.

Nos termos do artigo 23, parágrafo único, item 7 da Constituição do Estado de São Paulo, a Lei Orgânica do TCESP deve ser uma lei complementar. Isso significa que, para a sua aprovação ou modificação, é necessário observar um procedimento mais rigoroso, o qual, no âmbito do Estado de São Paulo, se encontra esculpido no artigo 23, *caput*, da Constituição Paulista:

Artigo 23 - As leis complementares serão aprovadas pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.

Ou seja, para que a Lei Orgânica do TCESP possa sofrer qualquer modificação, é necessário que haja aprovação pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (“ALESP”), por força do princípio do paralelismo das formas.

Ademais, cumpre ressaltar que, por força do artigo 24 da Constituição do Estado de São Paulo, a iniciativa das leis complementares cabe a qualquer membro ou comissão da ALESP, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador Geral de Justiça e aos cidadãos, observadas as matérias delimitadas na própria Constituição:

Art. 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

Assim, para que a Lei Orgânica do TCESP possa sofrer qualquer alteração, é necessário que sejam observadas tais regras previstas na Constituição do Estado de São Paulo.

De qualquer forma, ainda que a Lei Orgânica do TCESP seja uma lei complementar e, portanto, exija um procedimento especial e mais rigoroso para sua modificação, esta alternativa pode ser mais rápida e menos onerosa, se comparada com o controle de constitucionalidade do artigo 90.

Afinal, demonstrada a importância da matéria e a real necessidade da alteração do artigo 90, nada impede que seja proposta uma nova lei complementar modificando o texto legal, e que ela seja votada e aprovada em um curto lapso temporal.

Uma vez aprovada referida lei complementar alterando o conteúdo do artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP, será possível corrigir a patente inconstitucionalidade que se verifica na redação atual do dispositivo e, com isso, consolidar a intimação pessoal dos envolvidos como regra geral, e não como exceção.

Com isso, o TCESP passará a seguir a nova determinação do artigo 90 o qual, por sua vez, estará em plena conformidade com as diretrizes da CRFB e da Constituição do Estado de São Paulo. A partir deste momento, cessarão os processos judiciais questionando a ausência do efetivo conhecimento do processo em curso junto ao TCESP.

CONCLUSÃO

Conforme amplamente explanado, ao analisarem as contratações públicas (uma dentre suas várias competências), os Tribunais de Contas não têm autonomia para declarar a nulidade dos instrumentos contratuais e nem para determinar a sua imediata sustação.

Portanto, ainda que seja constatada uma ilegalidade, os Tribunais de Contas não podem determinar a sustação integral do contrato. Sendo assim, caso entendam necessário, podem (e devem) encaminhar as suas conclusões aos órgãos competentes, para adoção das providências cabíveis.

No caso específico do TCESP, esta regra está assentada no artigo 2º, inciso XVI de sua Lei Orgânica. Nos termos deste dispositivo, ao TCESP compete julgar contratos e encaminhar à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal aqueles em que se tenha verificado ilegalidade, para sustação.

De qualquer forma, em uma circunstância como esta chamamos atenção para as consequências que podem ser geradas às Partes envolvidas na relação jurídica analisada⁵⁷. Afinal, a partir das conclusões do TCESP, diferentes medidas podem ser adotadas com o escopo de solucionar o problema, e punir os responsáveis.

Isto posto, antes de exarada qualquer decisão pelo Tribunal de Contas, é inegável que a todos os interessados deve ser franqueada a oportunidade de participar no processo, sobretudo à luz das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Disto resulta que, independentemente da irregularidade constatada e de sua gravidade, em hipótese alguma essas garantias podem ser mitigadas. Até porque, ainda que existam fortes indícios de ilegalidades praticadas no instrumento analisado, não se pode afastar a chance, ainda que remota, de surgirem novos esclarecimentos que afetem o juízo decisório.

⁵⁷ conforme considerações iniciais e Capítulo II.

Inclusive, qualquer medida que impeça o exercício destes direitos fundamentais gera uma nulidade insanável no processo, a qual é passível de anulação pelo Poder Judiciário.

Para tanto, rememora-se que, para que os envolvidos possam exercer plenamente essas garantias, é condição *sine qua non* que tenham efetiva ciência da existência do processo, de modo que possam **(i)** se manifestar sobre a questão discutida e **(ii)** produzir provas em defesa de seus direitos.

Com relação a este ponto específico, a Lei Orgânica do TCESP parte da premissa de que a publicação na imprensa Oficial é suficiente para que todos os envolvidos saibam da existência do processo (art. 90) e, com isso, estejam aptos a adotar todas as providências que julgarem necessárias.

Entretanto, em que pese haja previsão legal expressa sobre a forma de intimação nos processos em trâmite junto ao TCESP, entendemos que o conteúdo deste dispositivo é francamente incompatível com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, por conseguinte, inconciliável com a própria CRFB e com a Constituição do Estado de São Paulo.

Isso porque, inexistindo o ato de ciência pessoal, aniquila-se a efetiva possibilidade de que os interessados estejam informados sobre o processo em si, possam se manifestar em relação às alegações que lhe são imputadas e tenham o direito de ter considerados tais argumentos antes de proferida qualquer decisão.

Afinal, não se pode negar que a mera publicação genérica na imprensa oficial muitas vezes passa despercebida pelos interessados, principalmente quando sequer sabem da instauração de processo no TCESP.

Aliás, na forma como consta na lei, essa simples publicação dos atos na Imprensa Oficial mais se destina ao atendimento do dever de publicidade (condição de eficácia dos atos), do que propriamente cientificar os interessados da existência de processo de seu interesse.

Logo, a melhor forma de assegurar o efetivo conhecimento da existência do processo e a oportunidade de manifestação dos interessados é a sua intimação pessoal.

Cumprе ressaltar que o TJSP tem entendimento consolidado no sentido de que a ausência de notificação/intimação pessoal dos interessados importa na violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Tanto é assim que, por diversas vezes, o artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP já foi afastado pelo TJSP, e os atos processuais foram declarados nulos pela ausência de intimação pessoal.

Ademais, o Judiciário Paulista também entende, assim como nós, que a mera publicação no diário oficial não é suficiente para assegurar as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Em suma: a jurisprudência do TJSP está sedimentada quanto a necessidade de intimação pessoal dos envolvidos, de modo que os magistrados não hesitam em declarar nulos os processos que não observam este requisito de validade.

Pois bem, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP, resta claro que a sua manutenção, além de colidir com a CRFB e com a Constituição do Estado de São Paulo, é nitidamente contrária ao próprio interesse público.

Em primeiro lugar porque a jurisprudência do TJSP já está consolidada quanto à necessária intimação pessoal dos envolvidos; portanto, insistir na intimação por meio de publicação no Diário Oficial continuará ensejando a declaração de nulidade destes processos administrativos.

Consequentemente, o TCESP terá de retomar o processo desde o início, providência nitidamente contrária aos princípios da eficiência e da economia processual.

Soma-se ao exposto o fato de que a máquina estatal é movida para atuar em processos cujo resultado contrário à Fazenda Pública Estadual já é praticamente certo.

Em face deste contexto claramente desfavorável à Fazenda Pública, sugeriu-se como solução a este impasse, (i) o exercício do controle de constitucionalidade de referido dispositivo, por meio da propositura de uma ADI genérica, perante o STF, ou de uma ADI estadual; ou (ii) a alteração do conteúdo do artigo 90 da Lei Orgânica do TCESP, por meio da edição de uma nova lei complementar tratando especificamente da intimação pessoal dos envolvidos.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante no 5 do STF**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 66-85, nov. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28^a ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Tribunais de contas: algumas incompetências**. RDA n. 203, jan./mar. 1996, p. 131-140.

BUZAID, Alfredo. **O Tribunal de Contas no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. LXII, fasc. II, 1967, p. 37-62.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Acesso em: 24 de jul. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. – 25. Ed – São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999** – 5^a ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **O Tribunal de Contas – órgão constitucional – funções próprias e funções delegadas.** Revista de Direito Administrativo, no 109, jul./set. 1972, p. 1-10.

CITADINI, Antonio Roque. **O controle do Tribunal de Contas.** Disponível em: <<http://www.citadini.com.br/palestras/p980909.htm>>. Acesso em: 02 de ago. 2016.

COPOLA, Gina. **A necessária ampla defesa em processos que tramitam nos egrégios Tribunais de Contas.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73051>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

COSTA, Renato. **A evolução histórica e jurídica do Tribunal de Contas no Brasil.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 86, jul./ago. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=156454>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Natureza das decisões do tribunal de contas.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, no 94, abr./jun. 1987, p. 183-198.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. **Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas.** RDA, Rio de Janeiro, n. 239, p. 63-76, jul./set. 1991.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Controle das Licitações pelo Tribunal de Contas.** RDA, Rio de Janeiro, p. 95-110, jan./mar. 2005.

_____. **Da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas.** Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 83-108, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=30021>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro.** - 4^a ed. - Editora Juspodivm: Salvador, Bahia, 2015.

LIMA, Fausto Luz. **O devido processo legal (due process of law). Aspectos relevantes.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8634>. Acesso em out 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tribunal de Contas é órgão auxiliar do controle externo do Poder Legislativo e não, institucionalmente, órgão equiparado ao regime dos tribunais – reflexões sobre sua disciplina jurídica – opinião legal**. Revista do TCU, n 111, jan./abr. 2008, p. 53-62.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Jurisdição dos Tribunais de Contas e aplicação de penalidades**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 85, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56630>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

MUKAI, Toshio. **Necessidade de defesa prévia das empresas contratadas perante os Tribunais de Contas**. In: SEMINÁRIO DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL, 2007, Belém. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=39662>>. Acesso em: 21 ago. 2016

SAAD, Amauri Feres. **O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos**. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/saadferes/artigo-tribunais-de-contas-afs-final-agosto-2013>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 121, pp. 265-271, jan./mar. 1994.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ampla defesa e defesa técnica nos Tribunais de Contas**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, p. 64-76, out. 2012.

WILLEMAN, Marianna Montebello. **O controle de licitações e contratos administrativos pelos tribunais de contas.** Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, n. 64, p. 228 – 246, 2009.

ZYMLER, Benjamin. **O controle externo: o Tribunal de Contas da União.** Palestra proferida no Curso de Treinamento dos Novos Assistentes Jurídicos da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/889849>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

LEGISLAÇÃO

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

SÃO PAULO, Constituição do Estado de. São Paulo, SP. Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cesp_completa.htm>

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do. 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do. 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do. 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>

Lei Complementar nº 709, de 14 de janeiro de 1993. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1993/lei.complementar-709-14.01.1993.html>>

Decreto-Lei nº 966-A, de 07 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>>

Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>

JURISPRUDÊNCIA

STF. Tribunal Pleno. RE nº 848826/DF, Rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/8/2015, publicado em 03/09/2015.

STF. Plenário. RE nº 729744/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2016, publicado em 18/08/2016.

STF. 1ª Turma. MS nº 33340/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26/5/2015, publicado em 03/08/2015.

STF. Tribunal Pleno, MS nº 23.550/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 04/04/2001, publicado em 31/10/2001.

STF. Tribunal Pleno. RE nº 434.059/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 07/05/2008, publicado em 12/09/2008.

STF. Tribunal Pleno. MS nº 24927/RO, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 28/09/2005, publicado em 25/08/2006.

STJ. Primeira Turma. RMS nº 24.043/GO, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04/09/2007, publicado em 04/10/2007.

TJSP. 3ª Câmara de Direito Público. AC nº 0036629-28.2011.8.26.0053, Rel. Marrey Uint, julgado em 07/04/2015, disponibilizado em 17/04/2015.

TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. AC nº 0025965-45.2005.8.26.0053, Rel. Sidney Romano dos Reis, julgado em 12/11/2012, disponibilizado em 18/12/2012.

TJSP. 1ª Câmara de Direito Público. AC nº 0358406-29.2009.8.26.0000, Rel. Castilho Barbosa, julgado em 29/11/2011, disponibilizado em 05/12/2011.

TJSP. Órgão Especial. MS nº 9036841-94.2007.8.26.0000, Rel. Renato Nalini, julgado em 13/02/2008, publicado em 27/03/2008.

TJSP. Órgão Especial. MS nº 9036936-27.2007.8.26.0000, Rel. Ribeiro dos Santos, julgado em 07/05/2008, disponibilizado em 11/06/2008.

TJSP. 12ª Câmara de Direito Público. AC nº 1045222-87.2015.8.26.0053, Rel (a). Isabel Cogan, julgado em 26/08/2016, disponibilizado em 29/09/2016.

TJSP. 13ª Câmara de Direito Público. AC nº 0004700-40.2012.8.26.0053, Rel. Ferraz de Arruda, julgado em 03/09/2014, disponibilizado em 10/09/2014.

TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. AC nº 0031199-61.2012.8.26.0053, Rel. Sidney Romano dos Reis, julgado em 17/06/2013, disponibilizado em 19/07/2013.

TJSP. 6ª Câmara de Direito Público. AC nº 0039467-12.2009.8.26.0053, Rel. Leme de Campos, julgado em 23/05/2011, disponibilizado em 27/05/2011.

TJSP. Órgão Especial. MS no 9043129-58.2007.8.26.0000, Rel. A.C. Mathias Coltro, julg. em: 03/02/2010, disponibilizado em 08/02/2010.

TJSP. 2ª Câmara de Direito Público. AC nº 9121150-24.2002.8.26.0000, Rel. (a) Christine Santini, julgado em 18/12/2007, registrado em 14/01/2008.

TJSP. Órgão Especial. MS nº 9042153-51.2007.8.26.0000, Rel. Walter de Almeida Guilherme, julgado em 23/01/2008, disponibilizado em 03/04/2008.