Doutrina

TRIBUNAL DE CONTAS - 32 | 03 | JUN | 2007

Título: **NECESSIDADE DE DEFESA PRÉVIA DAS EMPRESAS CONTRATADAS PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Autor: **Toshio Mukai**

*Por: Toshio Mukai**[1]***

Mestre e Doutor em Direito (USP). Especialista em Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental. Ex-Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

I - Introdução

O "*due process of law*" foi, desde longa data, uma exigência sagrada no direito dos povos civilizados.

Jessé Torres Pereira, em magnífico trabalho, intitulado "*O Direito à Defesa na Constituição de 80*" (p. 17).

Ao depois, o autor ressalta: "*Entendido o direito à defesa como o direito fundamental a ser garantido pelo processo, resulta que o exercício de defesa haveria de manifestar-se, idealmente, no bojo do processo, segundo normas previamente editadas; contudo, se faltam normas, nem por isto poderá o administrado ser privado pelo Poder Público do direito à defesa. Tal como a lacuna da lei não impede o exercício do direito de ação (CPC, arts. 3º, 7º e 126), a falta da lei não impedirá o direito à defesa, ...*" (p. 27).

Quanto aos atos da Administração sujeitos à ampla defesa, são todos aqueles, unilaterais ou bilaterais, que possam causar prejuízos ao cidadão. Em qualquer caso, os denominados atos negociais, na expressão de Hely Lopes Meirelles, posto que sempre serão de interesse do cidadão, só podem sofrer revogação ou anulação, se oferecidos o contraditório e a ampla defesa.

Neste último sentido, Jessé Torres Pereira escreveu: "*A que outras categorias de processos administrativos terá o art. 5º, LV, estendido a defesa? O primeiro ensaio de resposta é de TOSHIO MUKAI, para quem tal direito haverá de ser assegurado nos processos administrativos "em que está presente o denominado ato administrativo negocial" (Administração Pública na Constituição de 1988 - Saraiva, 1989, p. 20). Mais não disse: contudo terá fornecido valiosa contribuição ao aprofundamento do tema*" (p. 73).

E, adentrando o tema da defesa prévia em relação aos contratos, o autor adianta: "*Desses respeitáveis escólios dessume-se que toda a atividade da Administração tendente a **contratar** deve produzir-se no regaço do processo administrativo, no qual, em cada caso, definir-se-ão o objeto, os motivos e a finalidade da contratação, venha ela a operar-se mediante contrato administrativo típico (concessão de serviços públicos, obra pública, aquisição de bens e serviços, fornecimento de materiais ou gêneros) ou contrato público de figuração privada (seguro, financiamento, locação, etc)*" (p. 74).

E mais à frente: "*Parece acertado introduzir o direito a defesa nos processos administrativos*

relativos a contratos *porque a Administração poderá, eventualmente, antes de contratar - ou seja, ao longo do procedimento licitatório ou nos atos em que o dispense ou considere o certame inexigível (D.C. n.º 2.300/86 - arts. 15, 22 e 23) -, ou durante a execução do contrato, infringir a lei ou o contrato, vulnerando direitos subjetivos dos participantes da licitação ou do adjudicatário contratado, bem assim acarretando-lhes danos*" (p. 75).

Uma última e sábia observação de Jessé Torres Pereira deve aqui ser salientada: "*O direito à defesa, repensado e repassado pela contribuição de publicistas e magistrados, ao longo de 164 anos de experiência constitucional brasileira (1842-1988), chega à vigente Constituição balizada por dois marcos fundamentais: (a)* ***não há de ser interpretado restritivamente****, sendo oponível à autoridade estatal ou estatutária diante da qual o indivíduo se veja constrangido por acusação de qualquer natureza ou ameaçado de lesão de direito; (b)* ***a tutela jurídica do direito à defesa é dever do Estado, seja o Estado-Juiz, o Estado-administrador ou o Estado-Legislador***" (pp. 84/85 - grifamos).

III - Todas essas considerações nos iluminam os caminhos que devem ser percorridos para que haja uma decisão justa e conforme à Constituição.

Quando o inciso LV do art. 5º nos fala em "*litigantes*" estamos aí a ver de um lado (no caso de decisões administrativas), o Estado-administrador e o Estado-legislador. Quando o dispositivo fala em "*acusados em geral*" aí estão envolvidas pessoas privadas, que podem ou não estar fazendo parte do litígio, mas que podem vir a dele fazer parte, se considerar que a decisão pode vir a lhe ser prejudicial.

Quanto à expressão ampla defesa, Jessé Torres Pereira nos dá os conceitos dessa expressão; com base em grandes mestres do Direito nos lembrou dos seus significados de ordem prática: testemunhas, documentos, perícias, etc.

A amplitude da expressão "*ampla defesa*", nos leva para um campo formal (modos de produção da defesa) e outro material (processo legislativo e processo administrativo).

Carlos Mário Velloso, ex-Ministro do S.T.F. entende existir um **conteúdo substantivo** no devido processo legal:

"*Due process of law, com conteúdo substantivo - substantite due process - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as lei devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonablenes) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com* ***caráter processual - procedural due process*** *- garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa* (ADIN - 1.511-7/DF - Liminar cit. por Elizabeth Maria de Moura, Ed. Celso Bastos, "*O devido processo legal na C.F. de 1988 e o Estado Democrático de Direito*", 2000).

Referindo-se a essa passagem do voto do ex-Ministro Carlos Mario Velloso, a autora assevera: "*Em analisando o voto do Ministro Carlos Velloso, podemos concluir que existe a possibilidade de estarem* ***contidos no conceito do devido processo legal*** *os parâmetros de razoabilidade e de racionalidade para a verificação do conteúdo material das leis no controle de constitucionalidade que já está constitucionalmente previsto. Note-se que a decisão foi prolatada em uma ação direta de inconstitucionalidade*" (p. 78).

IV - O Controle das Licitações e dos Contratos Administrativos.

Sabemos, por tudo que foi visto, que os atos decorrentes de uma licitação são daqueles denominados negociais e os contratos, com maior razão, assim são considerados. Destarte, em toda decisão judicial, onde se pode, desde logo, vislumbrar que determinado licitante (o adjudicatário, por ex.) possa a vir sofrer prejuízo no decorrer da ação judicial, é obrigatória a interveniência desse licitante, como litisconsorte necessário, eis que também em relação a ele é invocável o contraditório e a ampla defesa. O mesmo ocorre quando se tratar de contrato.

Da mesma forma, se a autoridade superior for revogar uma licitação ou anulá-la, é obrigatório o oferecimento do contraditório e da ampla defesa (art. 49, § 3º da Lei 8.666/93). Quanto aos contratos, a Lei 8.666/93 é clara quando exige o contraditório e a ampla defesa quando da rescisão deles; quando se tratar de anulação, ou suspensão, embora a Lei nada diga, a exigência constitucional é de rigor.

Airton Rocha Nóbrega (O Exercício da Ampla Defesa Junto ao Tribunal de Contas da União, in L&C - n.º 60, junho de 2003) demonstrou que em matéria de licitações e contratos, tudo o quanto aqui foi dito, aplica-se naqueles casos em que os Tribunais de Contas estão para decidir pela ilegalidade ou não de uma licitação ou de um contrato.

Diz inicialmente: "*Assegurar a ampla defesa e o contraditório, deferindo à parte a produção probatória necessária, não é, pois, mera faculdade. É dever que, se olvidado, configura abuso de autoridade e nulifica todos os atos que tenham sido praticados em desrespeito ao que determina a Constituição Federal*". (pp. 41/42).

E cita, ao depois decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal (STF - Pleno - MS 23.550/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 04.04.2001 - DJ - 31.10.01, p. 6).

A passagem desse acórdão, mais importante, citada por esse autor é a seguinte:"*...**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 do Tribunal de Contas, de colorido quase jurisdicional***" (p. 42 - grifamos).

O autor se refere à Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - Lei 8.443, de 1992, que, como não poderia deixar de ser, adota idêntica orientação, contemplando, em dispositivo expresso: "*em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável, ou **interessado** ampla defesa*" (art. 31).

Adianta, o autor, em feliz pesquisa sobre a questão, feita junto ao Tribunal de Contas da União, que constatou a edição de duas Resoluções: a de n.º 36, de 30.08.1995 e a de n.º 136, de 30.08.2000: A Resolução n.º 36 disciplina a questão da ampla defesa do responsável e do interessado. Critica o TCU por inadmitir perícia técnica eis que não caberia ao TCU adotar tal procedimento, salvo por iniciativa própria e nas condições em que reputar necessário.

Critica posições do TCU no sentido de que o ônus da prova cabe ao gestor e não ao TCU.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (Sustação de Contratos Administrativos pelos Tribunais de Contas, L&C - n.º 68 - fev/2004) também merece aqui referência.

O autor, ao efetuar sua digressão sobre o assunto, diz: "*Muito se tem debatido se o Tribunal de Contas deve originariamente assegurar o contraditório e a ampla defesa **ao contratado**, conforme o*

caso, ou se esse dever compete apenas ao órgão jurisdicionado que recebe a determinação para sustar, anular ou rescindir o contrato.

Após o advento da Lei n.º 9.784, de 1999, com mais ênfase, parece prevalecer o primeiro entendimento. Desse modo, se analisado o contrato, havendo indícios que possam levar à nulidade, ***deve o contratado*** *também ser chamado ao processo, pelo Tribunal de Contas.*

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (indica a Ementa).

O que se verifica, pois, desses dois estudos dos excelentes doutrinadores, é que o mais alto Tribunal do País já dirimiu quaisquer dúvidas quanto à exigência imposta pela Constituição (art. 5º, LV) de oferecer o contraditório e ampla defesa, não somente ao agente público responsável, mas também ao licitante e/ou ao contratado que sairia prejudicado com a decisão final do Tribunal de Contas.

Da Ementa do M.S. n.º 23.550/DF - Distrito Federal - Rel. Ministro Marco Aurélio, destacaremos alguns itens dos mais importantes.

Assim: 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 o 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 do contrato: ***incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratado, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis****. Decisão do 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 esta sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade****.*

A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não suprindo 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*".*

E, essa decisão foi tão importante que nas Propostas de expedições de Súmulas Vinculantes já elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal, já consta a de **n.º 4**, que tem a seguinte redação:

"*Processo Administrativo no âmbito do TCU. Devido processo legal. Contraditório e a Ampla Defesa do Interessado.*

ENUNCIADO: *Asseguram-se o contraditório e ampla defesa* ***ao interessado****, em processo administrativo perante o Tribunal de Contas da União, de cuja decisão possa resultar anulação ou revogação de ato administrativo."*

---

[1] Palestra proferida no Seminário de Controle Externo da Administração Pública Municipal - Belém - 15.03.07.