



Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo,

MANIFESTAÇÃO À CONSULTA PÚBLICA 001/2022

O **Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo – MPC-ES**, por meio da 3ª Procuradoria de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, vem apresentar **MANIFESTAÇÃO À CONSULTA PÚBLICA**¹ aberta para considerações sobre a minuta de proposta de Emenda Regimental elaborada pelo Secretário-Geral de Controle Externo (SEGEX) do TCE-ES¹, por meio da qual pretende acrescentar os §§ 1º e 2º ao art. 114 e modificar o *caput* do art. 126, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (RITCEES), com vistas a alterar a exigência de abertura de contraditório em prestações de contas de prefeitos, como segue.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A alteração do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (RITCEES) se dá mediante a aprovação, pela maioria absoluta dos Conselheiros efetivos, de projeto de Emenda Regimental (art. 438, RITCEES),

¹ Disponível em: <https://www.tcees.tc.br/tce-es-coloca-em-consulta-publica-minuta-de-projeto-que-altera-a-exigencia-de-abertura-de-contraditorio-em-prestacoes-de-contas-dos-prefeitos/>. Acesso em 09 nov. 2022.

apresentado pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES) ou pelos demais Conselheiros efetivos (art. 439, § 1º, RITCEES).

O projeto de ato normativo, como a Emenda Regimental, deverá ser encaminhado por protocolo interno ao Gabinete da Presidência (GAP) que promoverá sua autuação e ciência aos Conselheiros, aos Conselheiros Substitutos e ao Procurador-Geral do Ministério Público de Contas (MPC) junto ao TCE-ES (art. 440, RITCEES), sendo-lhes lícito apresentar emendas ao projeto, encaminhando-as ao Presidente, em até 15 dias após o recebimento da cópia do projeto inicial (art. 441, RITCEES).

Finalmente, o Presidente terá 20 dias para avaliar o projeto, bem como as emendas apresentadas, quando emitirá parecer, devidamente fundamentado, das razões pelas quais opina pela sua rejeição total ou parcial, e determinará a sua inclusão em pauta para discussão e votação, além de encaminhar cópia do projeto consolidado aos Conselheiros, efetivos e substitutos, e ao Procurador-Geral do MPC, com antecedência mínima de dois dias úteis à sessão de discussão e votação (art. 441, *caput* e parágrafo único, RITCEES), ensejo único para tal deliberação, vedada a concessão de vistas e o reexame após a aprovação (art. 443, §§ 1º e 2º, RITCEES).

Pois bem.

A Secretaria Geral de Controle Externo (SEGEX), na condição de liderança executiva da gestão das atividades de controle externo alinhada ao planejamento institucional estabelecido pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES), apresentou minuta de projeto de Emenda Regimental, indicando razões para alterar os arts. 114 e 126 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (RITCEES). Não se sabe se o aludido arrazoado foi elaborado coletivamente, isto é, com a participação dos demais órgãos integrantes da SEGEX, ou apenas pelo seu Secretário-Geral, quem a

assina. De todo modo, abriu-se **CONSULTA PÚBLICA**² para colher comentários, críticas, sugestões, reclamações e elogios à minuta, a serem encaminhados até o dia 10 de novembro de 2022, por formulário disponível em <https://forms.gle/HWDJoz7Eh974uF4PA>.

Assim, a 3ª Procuradoria do Ministério Público de Contas junto ao TCE-ES manifesta-se sobre a aludida minuta de projeto de Emenda Regimental, nos termos seguintes.

2. MANIFESTAÇÃO

Como referido, a minuta de projeto de Emenda Regimental indica razões para alterar os arts. 114 e 126, RITCEES. Segue quadro comparativo da redação atual e a redação proposta na aludida minuta de projeto de Emenda Regimental:

² Disponível em: <https://www.tcees.tc.br/tce-es-coloca-em-consulta-publica-minuta-de-projeto-que-altera-a-exigencia-de-abertura-de-contraditorio-em-prestacoes-de-contas-dos-prefeitos/>. Acesso em 09 nov. 2022.



REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO			
ART. 114		ART. 126	
Redação atual	Proposta	Redação atual	Proposta
<p>Art. 114. Encerrada a fase instrutória, o Relator determinará a juntada do relatório técnico aos autos e a distribuição de cópias ao Presidente e aos demais Conselheiros, devendo, em seguida, encaminhar o processo ao Ministério Público junto ao Tribunal para emissão de parecer escrito no prazo de sete dias corridos.</p> <p>Parágrafo único. Após a emissão do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, os autos serão conclusos ao Relator.</p>	<p>Art. 114 [...]</p> <p>§ 1º Identificada na fase instrutória distorção ou não conformidade relevante que, isoladamente ou em conjunto com outras, possa ensejar a emissão de parecer prévio para a rejeição das contas, o Plenário poderá determinar a citação do Governador do Estado ou de seu antecessor, para que, no prazo improrrogável de trinta dias, apresente razões de justificativa;</p> <p>§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, o Tribunal comunicará à Assembleia Legislativa que as contas do Governador do Estado não estão em condições de serem apreciadas no prazo estabelecido no art. 71, inciso I, da Constituição Estadual.</p>	<p>Art. 126. Havendo indício de irregularidade, o Relator determinará a citação do Prefeito, ou do seu antecessor, para que se manifeste no prazo improrrogável de até trinta dias.</p>	<p>Art. 126. Identificada na fase instrutória distorção ou não conformidade relevante que, isoladamente ou em conjunto com outras, possa ensejar a emissão de parecer prévio pela rejeição das contas, determinar-se-á, na forma deste Regimento, a citação do Prefeito ou do seu antecessor, para que, no prazo improrrogável de trinta dias, apresente contestação.</p>



São três, portanto, as mudanças pretendidas:

- (1) restringir o contraditório nas prestações de contas dos prefeitos aos casos nos quais for identificada irregularidade grave capaz de conduzir à REJEIÇÃO DAS CONTAS, dispensando-o quando identificada irregularidade média ou leve capaz de conduzir à APROVAÇÃO COM RESSALVAS, como já se faz na prestação de contas do governador;
- (2) identificada irregularidade grave capaz de gerar a REJEIÇÃO DAS CONTAS do Governador, comunicar o fato à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES) para esclarecer a impossibilidade de julgá-las no prazo estipulado no art. 71, I, CE;
- (3) atualizar a linguagem do RITCEES para se tornar mais precisa e apropriada à auditoria do setor público, de modo a substituir “indício de irregularidade” por “distorção ou não conformidade relevante”.

Seguem as considerações sobre cada uma delas.

2.1 SUPRESSÃO DO CONTRADITÓRIO NOS PROCESSOS DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE PREFEITOS QUANDO AS IRREGULARIDADES GERAREM APROVAÇÃO COM RESSALVAS

Resumo: discorda-se da supressão do contraditório aos casos de irregularidades leves ou médias geradoras de APROVAÇÃO COM RESSALVAS. O contraditório é situação jurídica relacional (relação jurídica) atributiva de direitos aos litigantes e deveres à autoridade judicial ou administrativa, esta não pode suprimir daqueles o direito subjetivo de ser informado e reagir para influenciar a avaliação do indício de ilicitude a ele atribuída, sob pena de sofrer decisão surpresa, e, por

isso, inválida. Isso porque a APROVAÇÃO COM RESSALVAS pode gerar prejuízos jurídicos (v. g., imposição de determinações), políticos (v. g., repercussão negativa em seu capital político em eleições futuras das quais participe como candidato ou apoiador) e, não menos importante, morais (v. g., ele pode fazer questão de demonstrar o zelo da sua gestão).

Os argumentos constantes da minuta de proposta de Emenda Regimental são louváveis – maior celeridade (autogestão do TCE-ES) para acelerar a qualidade das informações no contexto da *accountability* tanto horizontal (qualificar as informações para o Legislativo decidir sobre prêmios ou sanções *lato sensu* ao prefeito) quanto vertical (qualificar as informações para o eleitor) – mas não justificam o total afastamento da garantia fundamental individual.

É o que se passa a demonstrar com mais vagar, começando pela descrição dos fundamentos lançados na minuta de proposta de Emenda Regimental.

2.1.1 ARGUMENTOS DA SEGEX

A abertura do contraditório apenas nos casos de irregularidades capazes de conduzir à REJEIÇÃO DAS CONTAS tem objetivos diretos e indiretos. Diretamente, visa a tornar o processo de prestação de contas do chefe do Executivo mais célere. Indiretamente, ambiciona tornar mais efetivo todo o sistema de *accountability*, seja municiando o Legislativo com informações qualificadas para sancionar ou premiar *lato sensu* o chefe do Executivo quando das decisões político-legislativas sobre alocação de recursos via Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) (*accountability* horizontal), seja nutrindo o eleitor de subsídios para decidir se em nova eleição confiará seu voto ao chefe do Executivo ou a quem for por ele apoiado ou, ao contrário, se investirá no seu concorrente (*accountability* vertical).

A preocupação com a duração razoável do processo de prestação de contas é louvável. E é dado objetivo: a abertura do contraditório incrementa o tempo do processo. No caso das prestações de contas, além dos tempos administrativos para efetivar a citação e posteriores intimações, a apresentação de justificativas pelo gestor atrai o dever de consideração dos seus argumentos pela Área Técnica do TCE-ES, com vistas a manter ou afastar os indícios de irregularidade, pelo Ministério Público de Contas, e, finalmente, pelos Conselheiros, quando do julgamento. Externamente, ele pode ter vários impactos, como a qualidade dos debates sobre as leis orçamentárias: o parecer prévio emitido em mais de 90 dias não subsidiará a discussão das leis de diretrizes orçamentárias (LDO) a vigorar dois exercícios após aquele ao qual as contas se referem; e em mais de 180 dias, também não balizará o debate das leis orçamentárias anuais (LOA) a vigorar no ano seguinte. Ademais, o resultado do julgamento das contas pode apurar elementos caracterizadores de crime de responsabilidade, mas se for concluído após o exaurimento do mandato não será mais possível instaurar o processo de *impeachment*. E tudo isso pode ter peso crucial na decisão do eleitor.

Nada obstante, o contraditório não pode ser suprimido nos processos de prestações de contas quando forem apurados indícios de irregularidade capazes de conduzir à APROVAÇÃO COM RESSALVAS. A proposta viola a natureza jurídica do contraditório, tanto justeórica quanto constitucional.

2.1.2 A NATUREZA JUSTEÓRICA DO CONTRADITÓRIO: RELAÇÃO JURÍDICA DA QUAL EMANAM DIREITOS PARA AS PARTES E DEVERES PARA O ESTADO

Todo ramo do direito possui conceitos fundamentais aos quais a integralidade dos seus institutos pode ser reduzida. Definir a natureza justeórica do

contraditório é situá-lo entre os conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito, quais sejam, a norma jurídica, o fato jurídico e a situação jurídica³.

O direito é fenômeno de imputação, não de causalidade natural. A norma jurídica é o sentido atribuído aos enunciados jurídico-prescritivos expressados segundo o esquema lógico “Se A, então B deve ser”, onde “se A” é o fato jurídico e “B deve ser” é a situação jurídica.

Aqui importa o exame mais detido – conquanto apenas suficiente – da noção de situação jurídica. Trata-se do vínculo “que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante um *objeto*”⁴.

Subdivide-se a situação jurídica entre oniposicional e relacional. A situação jurídica oniposicional tem como objeto a qualificação do sujeito perante a ordem jurídica (v. g., a personalidade jurídica ou o estado civil). A situação jurídica relacional contém sujeitos diversamente posicionados, cada qual em posição jurídica oposta, mas coordenada à consecução do objeto único⁵ (v. g., de contrato de compra e venda emanam direitos e deveres cujo cumprimento conduz ao adimplemento, sua extinção regular).

Como é conceito fundamental da Teoria do Direito, manifesta-se em todos os seus ramos. Há situações jurídicas processuais oniposicionais e relacionais. “A característica de cada uma das duas categorias está em que todas constituem posições jurídicas exercitáveis em um procedimento. A distinção entre ambas está em que nas situações jurídicas processuais os efeitos se produzem na esfera jurídica de um sujeito, prescindindo de qualquer outro vínculo ou relacionamento com outros sujeitos. Nas relações jurídicas processuais ocorre justamente

³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Natureza jurídica do processo. In: **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021, p. 197 e ss.

⁴ CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50.

⁵ CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 70 e 73.

o inverso: os efeitos processuais se dirigem a sujeitos diferentes, em relação de correspectividade (direito/dever)”⁶. Um exemplo de situação jurídica processual oniposicional é a capacidade para estar no processo (*legitimatío ad processum*). Um exemplo de situação jurídica processual relacional é precisamente o contraditório.

Ora, os elementos mínimos da situação jurídica são a) sujeito, b) objeto e c) posição jurídica. Nada obstante, a “posição deferida pela norma ao sujeito, em razão do objeto, faz surgir, na grande generalidade das situações, um novo elemento: d) *relação intersubjetiva* ou relação jurídica que se estabelece *entre sujeitos*, determinada pela natureza do objeto”⁷. Somados os elementos a), b), c) e d), tem-se situação jurídica relacional, ou seja, relação jurídica, cujo traço característico “está na circunstância de que ela vincula, pelo menos, dois sujeitos de direito a respeito de um objeto, tendo como conteúdo mínimo um direito (prestacional ou potestativo) e a sua correlata situação jurídica passiva (dever ou estado de sujeição), além de suas respectivas extensões, como as pretensões, ações, obrigações e situação de acionado”⁸.

Por seu turno, o art. 5º, LV, CF, prescreve: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes⁹.

A comparação do dispositivo com as considerações precedentes, conclui-se que “o contraditório é previsto como eficácia jurídica da incidência do suporte fático

⁶ DIDIER JR. Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, págs. 122-123

⁷ CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 67-68.

⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 74.

⁹ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;



do aludido enunciado normativo. Basta, portanto, ser litigante, em processo judicial ou administrativo (*incidência do suporte fático*), para que o contraditório seja assegurado (eficácia jurídica). É o contraditório uma *situação jurídica relacional*, a envolver, de um lado, o Estado-juiz, a quem cumpre o *dever* de assegurar aos litigantes o contraditório, e, de outro, os litigantes (demandante e demandado), que *detêm* o direito de exercer o contraditório”¹⁰.

Retenha-se o ponto: o contraditório decorre “de um *preceito normativo* cuja eficácia é *relacional* (CF/88, art. 5º, LV – ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral *são assegurados* o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’) e, como tal, precisamente por engendrar uma *relação jurídica*, enlaça o direito das partes com o dever do juiz (bilateralidade e imperatividade). Detém, sobretudo, como se diz, caráter deontológico, gera sujeições por prescrever algo de forma obrigatória. *Especificamente, impõe uma conduta de observância ao Estado-juiz em favor do direito de os litigantes exercerem sua ampla defesa em seu significado dinâmico, estabelece entre eles, obrigado e destinatários, uma relação de imperatividade, envolve direitos e deveres*”¹¹.

O art. 5º, LV, CF, indica textualmente os sujeitos (litigantes) e o objeto (contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes). A natureza do objeto, vista por seu conteúdo, permite inferir claramente a relação de intersubjetividade, o elo entre direitos dos litigantes e deveres da autoridade judiciária ou administrativa. Se o contraditório é direito dos litigantes de informação, reação, influência e não surpresa, então a eles correspondem deveres da autoridade judicial ou administrativa. Assim: ao direito (do litigante) de informação corresponde o dever (da autoridade) de informar; ao direito (do litigante) de reação,

¹⁰ DELFINO, Lúcio. ROSSI, Fernando. Juiz Contraditor? Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 229-254, p. 242, nota de rodapé n. 32.

¹¹ DELFINO, Lúcio. ROSSI, Fernando. Juiz Contraditor? In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 229-254, abr./jun. 2013, p. 243.

o dever (da autoridade) de não a embaraçar; ao direito (do litigante) de influência, o dever (da autoridade) de considerar; ao direito (do litigante) de não-surpresa, o dever (da autoridade) de abster-se de surpreender.

Em suma, o contraditório é uma situação jurídica relacional (relação jurídica) da qual emanam direitos para os litigantes aos quais correspondem deveres para a autoridade judicial ou administrativa.

2.1.3 A NATUREZA JUSFUNDAMENTAL DO CONTRADITÓRIO: DIREITO SUBJETIVO DE DEFESA CONTRAESTATAL

O contraditório também pode ser reduzido e compreendido segundo conceitos fundamentais do direito constitucional.

O dado essencial e invariável do constitucionalismo é a busca da limitação jurídica do poder político. Consequentemente, o direito constitucional divide-se em dois blocos de categorias fundamentais: o das instituições de poder e o das instituições de garantia¹².

Instituições de poder exercem, cada qual a seu modo, parcela de soberania estatal. Instituições de garantia opõem limites às instituições de poder, de modo a evitar a sua degeneração em arbítrio.

As limitações do poder podem ser horizontais ou verticais. Exemplo de limitação horizontal é a separação dos Poderes. Exemplo de limitação vertical, para citar uma oposta a cada Poder: ao Legislativo se opõem as limitações ao poder de tributar; ao Executivo, as regras de contratação de produtos e serviços mediante licitação e de pessoal por concurso público; e ao Judiciário, o devido processo legal.

¹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. In: **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021, p. 121 e ss.

De fato, os direitos fundamentais são instituições de garantia. Eles são “definidos como direitos subjetivos garantidos na própria Constituição e, portanto, dotados de supremacia jurídica. Os direitos fundamentais *limitam o poder do Estado no intuito de garantia a liberdade individual*”¹³.

Conseqüentemente, “os direitos fundamentais constituem primordialmente uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado ou pelos próprios particulares [...] asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não podem ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público”¹⁴.

Ora, o processo, em geral, e o contraditório, em particular, são garantias do cidadão enleado em processo judicial ou administrativo. O contraditório é direito do litigante e dever da autoridade judicial ou administrativa. Nenhum provimento jurisdicional ou administrativo do qual resulte situação desfavorável ao cidadão será legítimo se construído à revelia do contraditório. Eliminar o contraditório – como quer a minuta ora analisada, relativamente às irregularidades geradoras de APROVAÇÃO COM RESSALVAS – é condescender com o exercício ilimitado – e, pois, abusivo – do poder, uma manifesta inconstitucionalidade.

Tolera-se a supressão do contraditório quando não inflige qualquer gravame ao litigante. É o caso da improcedência liminar – portanto, sem franquear o contraditório ao réu – do pedido autoral contrário a enunciado de súmula do STF ou do STJ, a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, a entendimento firmado em em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou de Incidente de Assunção de Competência (IAC) e em enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local¹⁵.

¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 233.

¹⁴ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 838.

¹⁵ **Art. 332**. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

A minuta de proposta de Emenda Regimental ora analisada sugere a supressão do contraditório nos processos de prestação de contas quando for identificada irregularidade de menor gravidade, capaz de gerar a APROVAÇÃO COM RESALVAS. **Em tais casos, porém, o TCE-ES tem o dever de impor determinações¹⁶ com vistas a corrigir as ilicitudes constatadas, ou seja, impõe gravame ao gestor, e por isso é forçoso instaurar o contraditório** – e sem prejuízo dos gravames indiretos na interação com o Legislativo, por ocasião da elaboração das legislações orçamentárias, e com o eleitorado, por ocasião de novas eleições das quais participe ou nas quais apenas manifeste apoio a candidato da sua base.

Insista-se: Poder legítimo é poder limitado. Provimento judicial ou administrativo só pode infligir gravame ao litigante se precedido do contraditório. Fora daí há mero simulacro de processo, servil apenas para escamotear o exercício ilimitado e ilegítimo do poder.

2.1.4 O CONTEÚDO DO CONTRADITÓRIO: GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO INERENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O **Estado Democrático de Direito** assegura ao cidadão a **garantia de participação** no procedimento de formação dos provimentos estatais e modo a exercer influência sobre os seus rumos. Não se trata apenas de conceder oportunidade de fala, mas de que essa **fala será efetivamente considerada¹⁷**.

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

¹⁶ **Art. 80.** A emissão do parecer prévio poderá ser:

[...]

II - pela aprovação das contas com ressalva, quando ficar caracterizada impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal, da qual não resulte dano ao erário, sendo que eventuais determinações serão objeto de monitoramento pelo Tribunal de Contas;

¹⁷ “Por atuação direta compreende-se a abertura das instâncias decisórias à participação dos cidadãos, e não apenas a representantes. Em perspectiva jurídica, essa abertura compreende a enunciação de sentidos com caráter vinculativo. Isso significa que **não basta que se assegure o comparecimento do cidadão aos locais de deliberação, como ouvinte, ou, tampouco, concedendo-lhe oportunidade de manifestação. O ingresso na instância decisória se perfaz**

A **garantia do contraditório** (art. 5º, LV, CF) é a via, por excelência, de participação **direta** do cidadão destinatário ou interessado, embora por meio do seu advogado, no processo de resolução de litígios, sejam jurisdicionais ou administrativos. Daí gozar do **caráter jurídico-constitucional de pressuposto de legitimidade dos provimentos estatais**¹⁸.

O **conteúdo da garantia do contraditório** costuma ser apresentado como bilateralidade da audiência, ou seja, informação e reação. **Informação** é o direito de ser comunicado de todos os atos do processo, assegurando que, de ordinário, não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º, *caput*, CPC¹⁹). **Reação** é o direito de se manifestar por meio de alegações, provas e pedidos²⁰.

Hodiernamente tais conteúdos são robustecidos com as ideias de influência e não surpresa. A ideia de **influência** significa a vinculação do juiz à reação das partes e interessados, assim compreendido como “*o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter ‘respostas’ para suas alegações e provas*”²¹. O oferecimento de respostas expressas é imprescindível, pois “*não é*

quando o sentido enunciado pelo cidadão, ainda que não venha a prevalecer, não pode ser desconsiderado na tomada de decisões” (GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 56). (Destacou-se).

18 “[...] num Estado Democrático de Direito, as *atividades estatais* e as *decisões públicas* delas oriundas adquirem *legitimidade se e quando* conforme aos vetores constitucionalmente estabelecidos. E isso não se dá apenas mediante um único critério, apesar de incluídos todos numa única categoria denominada *legitimidade pelo devido processo*. Assim é que, *no âmbito da atividade jurisdicional*, fala-se em *legitimidade pelo contraditório* – ou *legitimidade pela participação*, ou *legitimidade pela cooperação* – o que denota a indispensabilidade da *construção participada dos provimentos* e a conseqüente *abolição* de decisões elaboradas segundo os padrões encontrados unicamente num *espaço metafísico não fiscalizável* decorrente da subjetividade do juiz (*messianismo judicial e tirania dos juizes*) (DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões. In: **Direito Processo Civil**. Artigos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 33). (Destacou-se).

19 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

20 “Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove*. [...] Essa é a *dinâmica do pedir-alegar-provar*, em que se resolve o contraditório posto à disposição das partes. Essa participação torna-se criticamente necessária para a defesa dos direitos em juízo quando surge algum ato contrário ao interesse do sujeito. Diz-se então que o contraditório se exerce mediante *reação* aos atos *desfavoráveis*, seja que eles venham da parte *contrária* ou do juiz. *Reage-se à demanda inicial, contestando; à sentença adversa, recorrendo* (DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, págs. 126-127). (Destacou-se).

21 SILVA, Ovídio A. Baptista d. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 152.



possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes”²². O contraditório e fundamentação se entrelaçam, de modo que “Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental será inconstitucional”²³. A par de derivar diretamente da Constituição (arts. 1º, parágrafo único, 5º, LV, e 93, IX e X²⁴), este conteúdo encontra-se especificado no art. 489, IV, CPC²⁵.

Recuando um pouco mais, o contraditório-influência é resultado da percepção, urdida das conquistas de vários ramos do conhecimento (v. g., a linguística, a semiótica e a filosofia da linguagem), de que os sentidos não estão integralmente prontos nas coisas (objetivismo) nem na consciência do sujeito (subjetivismo), como se pudessem ser uniformemente descobertos por todo e qualquer intérprete que seguisse *pari passu* as fases de métodos interpretativos infalíveis, mas, sim, são construídos pelos intérpretes, passando, inevitavelmente, por suas idiossincrasias, pelas interferências do contexto e pelas circunstâncias da linguagem (v. g., vagueza, ambiguidade, carga emotiva), e só não descambam em decisionismo quando balizados pelo respeito às regras de cada jogo de linguagem específico e pelo diálogo entre os participantes (intersubjetividade). Daí

²² MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista dos Tribunais Online**, Revista de Processo, Vol. 206, p. 61, abr./2012.

²³ LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2022, p. 104.

²⁴ **Art. 489**. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

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

[...]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

²⁵ **Art. 93**. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

ser imprescindível a construção dialogada dos provimentos, como resultado de testes de refutação dos argumentos contrapostos dos sujeitos do discurso, e não pela enunciação unilateral de um julgador encastelado em sua consciência e alheio à participação dos envolvidos.

Nada disso significa desdouro aos julgadores, apenas evolução epistêmica e política. Substitui-se a ficção ingênua e autoritária de um juiz idealizado e infalível, possuidor de racionalidade plena, dotado de capacidades cognitivas inauditas, pela visão madura e democrática de um juiz concreto e falível, dotado de racionalidade limitada como todo e qualquer ser humano, apenas mais um dos sujeitos do discurso jurídico, apenas formalmente dotado do poder de decidir. Quando o processo é encarado como uma comunidade dialógica de trabalho marcada pelo policentrismo, isto é, sem protagonismos, onde a participação de todos os sujeitos processuais, respeitados os papéis específicos de cada um – partes e interessados alegando, provando e pedindo, e o juiz decidindo –, é pressuposto de legitimidade democrática das decisões, a ninguém é reconhecida qualquer espécie de privilégio interpretativo, todos os sentidos devem ser construídos em conjunto²⁶.

É com isso em vista que se articulam os arts. 1º, parágrafo único, 5º, LV, e 93, IX e X, todos da CF, e o art. 489, IV, CPC, como um dever do julgador de examinar, detidamente, todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão alcançada, sob pena de se considerar a decisão omissa (art. 1.022, II, parágrafo único, II, CPC). O comando tem pretensão contrafática. Pretende superar definitivamente o vezo antidemocrático de alguns julgadores de terem uma

²⁶ Se o conhecimento é obtido dentro de condições específicas da intersubjetividade, o Estado deve, em respeito ao direito de influência, tomar em consideração a linha argumentativa dos participantes do debate, demonstrando que a decisão é fruto daquele condicionamento específico e não de pré-compreensões isoladas, solitárias, extraídas de um 'diálogo de um homem só', ou de 'monólogos em paralelo'. Trata-se do *dever de atenção* às alegações, intrinsecamente conectado ao *dever de motivação* das decisões estatais. A este dever dos órgãos estatais corresponde o *direito de ver sua linha argumentativa considerada ou direito de consideração* (*Recht auf Berücksichtigung*), do qual são titulares os demais sujeitos do processo" (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 105). (Destacou-se).

compreensão ensimesmada do dever de fundamentação, comumente encontrado em argumentos como “o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”²⁷. Deve-se, porém, inverter o axioma. A rigor, “para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda”²⁸. Este é o cerne: o dever de completude da fundamentação exige o exame expresso de todos os argumentos do vencido²⁹.

Esse conteúdo da garantia do contraditório e sua imbricação com o dever de fundamentação já foi reconhecido pelo **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **MS 25.787/DF**. Em **Voto** lapidar, o Ministro Gilmar Mendes deixa nítida a imbricação entre o contraditório e a fundamentação como manifestação do direito da parte de ver seus argumentos, inclusive nos processos administrativos:

[...] tenho afirmado neste Tribunal que a **garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes, contempla, no seu âmbito de proteção, **não apenas os processos judiciais, mas também os administrativos**.

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o **direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo**. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica

²⁷ STJ: AgRg no AREsp 594.615/PA, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 20/11/2014, DJe 04/12/2014.

²⁸ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 336.

²⁹ “Só com o exame *integral* da causa de pedir, na hipótese de improcedência, e dos fundamentos da defesa, no caso de procedência, é possível verificar se o contraditório, enquanto direito de influência, foi obedecido. Como saber se argumento foi considerado sem manifestação sobre ele? A fundamentação *reflete*, pois, o contraditório que existiu no processo, servindo como genuíno *teste final* da existência de debate judicial” (SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de Declaração no Novo Código de Processo Civil. In: **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada**. V. 6. 2 ed. Coord. geral Fredie Didier Jr. Orgs. Lucas Buriel de Macêdo. Ravi Peixoto. Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 931). (Destacou-se).



(Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969. T. V, p. 234).

Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus *Comentários à Constituição de 1891*, asseverava, com precisão, que: [...]

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) **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 constantes;
- 2) **direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **direito de ver os seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas [...]

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas [...]

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões [...]. (Destacou-se).

Por fim, o contraditório como **proibição de decisão surpresa** significa o direito de manifestação “sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício”³⁰. Todos os assuntos que devem ser enfrentados na decisão precisam ser submetidos ao contraditório. Uma parte deve ser consultada sobre o que é trazido pela outra. Ambas as partes devem ser consultadas sobre o que é introduzido, por dever de ofício, pelo juiz. Em ambos os casos, o juiz só poderá decidir depois de submeter o assunto ao contraditório. Não se nega a existência de assuntos que o julgador deve examinar independentemente de provocação, mas se exige que, identificando-os, ele consulte as partes e os interessados antes de decidir,

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, versão eletrônica, posição 391.

permitindo que exerçam influência a respeito. É o chamado **dever de consulta**³¹, corolário da cooperação (art. 6º, CPC³²) e vertido explicitamente nos arts. 10³³ e 933³⁴, CPC.

A decisão surpresa representa a negação total do contraditório. Ela resulta da ausência de informação que interdita o manejo de uma reação influente. Não há o menor resquício da garantia “quando o juiz omite seu dever de assegurar às partes o debate sobre os elementos capazes de influir no convencimento que sustentará a decisão”³⁵. A exigência vale para a decisão sobre qualquer tipo de assunto jurídico³⁶, inclusive aqueles cognoscíveis *ex officio*³⁷. Longe de

³¹ “Dentro desse modelo presidencialista cooperativista, catalisado pelo contraditório (arts. 9º e 10 do CPC), o magistrado passa a ter, além do assimétrico dever de decidir, quatro importantes outros deveres (SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65), praticamente todos exemplificados nos incisos do art. 139 do CPC.[...] O segundo é o dever de consulta. Por ele, deve o magistrado assegurar aos litigantes o direito de influenciar a solução da controvérsia. Ainda que seja lícito ao juiz conhecer da questão oficiosamente, não se admite, em regra, a prolação de “decisões-surpresa”, sem que as partes a tenham previamente debatido (vide art. 10 do CPC)” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura**. Coords. Fernando Antonio Maia da Cunha, Milton Paulo de Carvalho Filho, Antonio Rigolin. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, posição RL-1.2).

³² **Art. 6º** Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³³ **Art. 10.** O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

³⁴ **Art. 933.** Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

³⁵ GONÇALVEZ, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 106.

³⁶ Enunciado n. 282 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, cabe ao juiz observar o dever de consulta, previsto no art. 10. Disponível em: <https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/>. Acesso em: 01/06/2022.

³⁷ “A colocação de qualquer entendimento jurídico (v. g. aplicação de súmula da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. Desse modo, o **contraditório constitui um (sic) verdadeira garantia de não surpresa** que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.[...] Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constitui necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*). [...] Algo, porém, deve ser ressaltado: **as perspectivas ora trabalhadas, de leitura dinâmica do contraditório, não podem ser vislumbradas como um objetivo protelatório ou formalista** (NORMAND, 1988, p. 736) pela parte que sucumbiu nas decisões, pois a análise do contraditório há muito deixou de possibilitar uma mera enunciação formal. Ao contrário, as referidas perspectivas demonstram que a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui um instrumento insubstituível para uma decisão correta (FERRI, 1988, p. 794). [...] Ocorre que a submissão de todos os aspectos potencialmente relevantes da decisão ao contraditório apresenta-se como uma manifestação da percepção de que o poder do juiz no processo não é absoluto (incontrolável protagonismo judicial), em face de sua falibilidade e do fato de que a discussão será muito mais adequada (e legítima) se todos souberem os aspectos mais importantes da demanda. Haverá, assim, a **garantia de que mesmo os aspectos que passaram despercebidos pelas partes serão submetidos ao debate**

chancelar a decisão surpresa, o brocardo *iura novit curia* (o juiz conhece o direito) cede passo ao *iura et novit curia* (o juiz também conhece o direito)³⁸. Alcança, outrossim, os assuntos fático-probatórios. Há duas formas bem marcadas de evitar a decisão surpresa nesse campo. De um lado, o juiz deve consultar as partes e os interessados sobre as suas iniciativas probatórias, ou seja, quando exercer seus poderes instrutórios de ofício, o juiz deverá informar as partes para elas, querendo, participarem de todas as fases do procedimento probatório, com manifestação sobre a admissibilidade da prova, participação na sua produção e avaliação dos seus resultados³⁹. De outro, o juiz deve consultar as partes e os interessados quando identificar algum elemento probatório constante dos autos e a seu ver relevante, porém sobre o qual elas não se manifestaram. O dever consta expressamente em relação aos fatos supervenientes (art. 493, parágrafo único, CPC⁴⁰), mas também atua sobre os elementos probatórios já constantes dos autos. A aliança entre a participação democrática e a cooperação para a construção de uma decisão de mérito justa, dever de todos os sujeitos processuais, conduzem facilmente a tal conclusão.

Retenha-se o ponto: todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha decisão de mérito justa (art. 6º, CPC). Relativamente aos fatos, a

(NORMAND, 1988, p. 740)" (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, págs. 229-231). (Destacou-se).

38 "As novas técnicas de aplicação do direito reclamam, pois, o desenvolvimento da argumentação jurídica com ampla participação de todos os sujeitos do processo. Isso mostra que o juiz, como responsável maior pela qualificação dos fatos e pela inserção estes na moldura do direito, não pode exercer essa tarefa isoladamente, mas há de contar com o imprescindível concurso do advogado e, nos casos em que este deva atuar, também do representante do Ministério Público. São estes os argumentadores por excelência! É preciso despir, pois, a máxima aqui estudada do mantoda fantasia que a envolve, projetando no imaginário dos juristas uma ideia exagerada do postulado que ela define. Eis por que ousamos propor que o brocardo tradicional seja lido de forma que, nele, se subentenda um advérbio indispensável: *iura et novit curia*. Ou, em vernáculo: *O juiz também conhece o direito*. Faz-se mister preservar a harmonia entre o *logos* e o *verbo* para que a ideia ganhe força e autenticidade" (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. ***Iura Novit Curia***: a Máxima e o mito. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 244). (Destacou-se).

39 "Lembre-se, ainda, que a prova de ofício, além de ter de ser adequadamente justificada pelo juiz, deve abrir às partes a devida oportunidade: i) de considerar sobre a sua oportunidade; ii) de participar da sua produção; e iii) de falar sobre o seu resultado. Portanto, a possibilidade da participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos seus resultados)." (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100).

40 **Art. 493.** Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

decisão de mérito é justa quando resulta de interpretação consistente das provas constantes dos autos, além da consideração de eventuais fatos notórios. E a identificação e valoração das provas é tarefa compartilhada entre as partes, os interessados e o juiz, de modo policêntrico. Certamente variam a disposição e os propósitos com os quais tais sujeitos se lançam nessa empreitada, e a tendência é enriquecer e qualificar o produto resultante do confronto dessas visões diferentes sobre o mesmo objeto. Mas pode acontecer – mormente quando o acervo probatório é extenso e complexo – de escapar a algum deles a existência ou a importância de certos dados probatórios, quando avulta a relevância da mútua cooperação das partes e dos interessados com o juiz e deste com aqueles.

De ordinário, as partes e os interessados se debruçam sobre as provas com maior acuidade, lançando luzes para dirigir a atenção do juiz para onde lhes convêm. Agindo assim, fornecem a sua dose de cooperação com o julgador para ele identificar e valorar as provas. No entanto, e embora menos comum, a recíproca pode ser verdadeira: o juiz pode identificar dado probatório constante a seu sentir pertinente e relevante, mas sobre a qual as partes e os interessados não se manifestaram (não o identificaram, não perceberam a sua pertinência e relevância, estão convencidos da sua impertinência e irrelevância ou – não se pode excluir a hipótese – o consideram inconveniente aos interesses), quando deverá consultá-las, franqueando-lhes a apresentação das suas impressões e contribuições interpretativas, impedindo-as de alegarem surpresa futuramente. Agindo assim, o juiz coopera com as partes para a identificação e valoração das provas. Fecha-se o círculo virtuoso da cooperação.

Não há prejulgamento o cumprimento do dever de consulta. “Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, até mesmo porque o juiz

pode estar em dúvida sobre o tema⁴¹. Ver quebra de imparcialidade aí é manifestar temor pânico, infundado⁴².

Tudo decorrente diretamente da Constituição, a violação a qualquer dessas dimensões do conteúdo do contraditório – informação, reação, influência e não surpresa –, “*caracteriza cerceamento de defesa, causa de anulação do processo ou do procedimento*”⁴³.

2.1.5 CONCLUSÃO PARCIAL

Todas as considerações lançadas nos itens 2.1.2, 2.1.3 e 2.1.4 conduzem inevitavelmente à rejeição da sugestão constante da minuta de proposta de Emenda Regimental.

O contraditório é garantia fundamental, instituição voltada à limitação do exercício do poder. Por expressa determinação constitucional, a autoridade judicial ou administrativa só poderá infligir gravame ao litigante ao cabo de um processo em contraditório. Fora daí, exerce poder de modo ilimitado, inconstitucional⁴⁴.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 95.

⁴² “*Pan*, uma divindade benfazeja das florestas, era bom mas extremamente feio e sua feiúra assustava as pessoas. Diz-se *medo pânico* o temor irracional e infundado, causado por meras aparências” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185).

⁴³ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 214.

⁴⁴ Daí a improcedência do argumento invocado na proposta de minuta de Emenda Regimental, segundo o qual “Considerando que as **diretrizes do controle externo** relacionadas à sistematização da apreciação para emissão do parecer prévio nas contas do chefe de Poder Executivo e monitoramento das deliberações dele decorrentes – **aprovadas pela Resolução 1, de 28 de abril de 2021, da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), e contidas em seu Anexo I –**, em seu parágrafo 37.5, recomendam a abertura de contraditório [...] quando as opiniões conclusivas no relatório técnico forem adversas ou com abstenção de opinião’, justamente as situações que podem resultar em parecer prévio pela rejeição das contas. Ou seja, **não fez referência às opiniões com ressalva, que não seriam suficientes para a recomendação de rejeição, apenas para posição de ressalva**”. Em primeiro lugar, a referida resolução tem caráter de orientação doutrinária, não de comando normativo. Em segundo lugar, a hipótese de incidência do contraditório contrajudicial e contra-administrativo está disposta na Constituição – basta ser litigante em processo judicial ou administrativo para ter direito a ele –, não pode ser neutralizada pelo Poder por ele limitado. Em terceiro lugar, a posição de ressalva está longe de ser uma mera formalidade sem maiores consequências para o gestor, como se verá no item 2.2.2.

O contraditório encerra relação jurídica entre o litigante e a autoridade judicial ou administrativa presidente do processo judicial ou administrativo. É direito daquele e dever deste. **Ao litigante**, porque titular do direito, **cabe escolher** exercer ou não as situações jurídicas ativas de sua titularidade – no caso, responder à citação, apresentar argumentos fáticos e jurídicos, provas e formular pedidos. **À autoridade judicial ou administrativa**, porque titular do dever, **não cabe** escolher entre franquear ou não o contraditório, ele deve dar oportunidade de exercê-lo – no caso, dar informação, permitir a reação, considerar os argumentos e não surpreender com a decisão ancorada em dados não submetidos previamente ao debate.

Descabe à autoridade judicial ou administrativa cogitar se é conveniente ou não exercer o contraditório; se o litigante oferecerá ou não argumento capaz de modificar os destinos do provimento. Nada disso está sob o seu crivo. Ele deve, sempre, cumprir os seus deveres decorrentes do contraditório, isto é, informar, permitir a reação, considerar os argumentos e não surpreender. Escolher entre exercer ou não o contraditório, entre empregar essa ou aquela estratégia argumentativa, tudo isso está sob a esfera imperscrutável de liberdade do litigante.

Segundo a minuta de proposta de Emenda Regimental, a sugestão pondera os princípios do contraditório e da tempestividade, “sem que a aplicação de um afaste a incidência do outro”. Sem razão. Na verdade, **a sugestão afasta, totalmente, o contraditório nos processos de prestação de contas quando identificada irregularidade capaz de conduzir à APROVAÇÃO COM RESSALVAS, e nisso descai em incontornável inconstitucionalidade.**

Nem mesmo a duração razoável do processo contorna a conclusão encimada. Esta garantia, com assento constitucional, convencional e legal, só se obtém

mediante o cumprimento irrestrito de todas as garantias processuais⁴⁵. É lícito buscar soluções de aceleração procedimental – reduzir tempos mortos, esforço para cumprir os prazos regimentais, ampliação das competências de Conselheiros Substitutos etc. –, mas não ao custo das garantias limitadoras e legitimadoras do Poder. Processo abreviado pela asfixia do contraditório é rápido, mas desarrazoado. Os espaços-tempos da processualidade democrática não podem ser aviltados em prol de desígnios utilitários⁴⁶.

No mais, a efetividade *lato sensu* do processo perante o TCE-ES não se afere apenas – nem principalmente – pelo seu tempo de duração, mas – talvez principalmente – pela sua capacidade de, detectadas irregularidades, reconhecê-las e aplicar-lhes as correlatas punições, seja condenação ao ressarcimento, seja aplicação de multa, e obter, de fato, o ressarcimentos dos danos ao erário e o pagamento das multas aplicadas aos infratores. A aniquilação do contraditório pode até gerar relatórios de celeridade, mas dá péssimo testemunho do respeito do TCE-ES às garantias contra-administrativas cuja fiel obediência constitui pressuposto de legitimidade da sua atuação. A propósito, o **princípio da**

⁴⁵ “Exige a Constituição da República que o resultado do processo seja alcançado em tempo razoável. É o que se lê no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, em comando que é reproduzido nos arts. 4º e 6º do CPC. Trata-se de garantia também reconhecida em importantes documentos transnacionais, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica (a Convenção Americana de Direitos Humanos), que a consagra em seu art. 8º, 1, segundo o qual “[t]oda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Desde logo, é importante destacar algo que consta do texto do Pacto de São José: **o direito à duração razoável do processo não pode levar à supressão das garantias processuais das partes. Há, pois, uma perfeita harmonia entre o princípio da duração razoável e a garantia do devido processo constitucional**. O princípio da duração razoável do processo deve ser compreendido à luz da ideia de eficiência (princípio de que se tratará logo a seguir). Resulta daí, pois, a **exigência de que o processo não demore demasiadamente, mas demore todo o tempo necessário para produzir resultados constitucionalmente legítimos**. Daí se poder dizer que o processo deverá durar o mínimo, mas também todo o tempo necessário para que não haja violação da qualidade na prestação jurisdicional. Em outras palavras, pode-se dizer que por força da garantia de duração razoável, o processo não pode demorar nem um dia a mais, e nem um dia a menos que o tempo necessário para produzir um resultado constitucionalmente legítimo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. Barueri: Atlas, 2022, versão eletrônica, posição 64).

⁴⁶ “[...] a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de *discussão horizontal* de direitos pelas partes no *espaço-tempo* construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser ‘a conclusão’ das alegações das partes e não um ato eloquente e solitário de realização de *justiça*” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 66).

intangibilidade da garantia proíbe o titular de Poder de restringir a garantia erigida para limitá-lo⁴⁷.

Enfim, a proposta é incompatível com a garantia do contraditório e deve ser rejeitada.

Posto isso, o § 1º do art. 114 do RITCEES deve consignar a necessidade de franquear o contraditório ao gestor, seja prefeito ou governador, sempre que for identificado indício de irregularidade que, isolada ou em conjunto com outros, possa ensejar a emissão de parecer prévio pela APROVAÇÃO COM RESSALVA ou a REJEIÇÃO das contas. Nestes termos:

§ 1º Identificada na fase instrutória indício de irregularidade que, isoladamente ou em conjunto com outras, possa ensejar a emissão de parecer prévio para a aprovação com ressalvas ou a rejeição das contas, o Plenário poderá determinar a citação do Governador do Estado ou de seu antecessor, para que, no prazo improrrogável de trinta dias, apresente razões de justificativa;

E para não haver qualquer dúvida, convém modificar o art. 126 do RITCEES para passar a contar com a seguinte redação:

Art. 126. Identificada na fase instrutória indício de irregularidade que, isoladamente ou em conjunto com outras, possa ensejar a emissão de parecer prévio pela aprovação com ressalvas ou a rejeição das contas, determinar-se-á, na forma deste Regimento, a citação do Prefeito ou do seu antecessor, para que, no prazo improrrogável de trinta dias, apresente contestação.

⁴⁷ “Titular de poder não pode interferir em garantia correlata [princípio da *intangibilidade da garantia*] - pois ele pode despoticar a garantia *in causa sua*, razão por que *não* é possível, v. g.: à comissão de licitação inverter etapas de um certame estabelecidas em lei; à comissão organizadora suprimir fases de um concurso público estabelecidas em lei; ao poder expropriante definir unilateralmente critérios de cálculo da «justa indenização»; ao juiz flexibilizar *ex officio* o procedimento legal; ao tribunal enrijecer defensivamente requisitos de admissibilidade recursal; ao legislador limitar as espécies legislativas suscetíveis de controle de constitucionalidade; ao legislador definir - ainda que por critérios objetivos - quando os próprios tributos por ele instituídos tem ou não caráter de confisco” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Notas para uma garantística**. Empório do Direito, Florianópolis, 04 de jul. de 2018. Coluna Associação Brasileira de Direito Processual. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em 07.11.2022).

2.1.6 COMUNICAÇÃO À ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DAS CONTAS DO GOVERNADOR NO PRAZO ESTIPULADO NO ART. 71, I, CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Nos termos do art. 71, I, CE, o TCE-ES elaborará parecer prévio no processo de prestação de contas anual do governador no prazo de 60 dias.

A ideia da minuta de proposta de Emenda Regimental é esta: quando é franqueado o contraditório ao governador é impossível elaborar parecer prévio no prazo de 60 dias. Daí a sugestão de inclusão do § 2º ao art. 114 do RITCEES.

Verdadeiro que seja o alvitre, então a proposta deve alcançar todos os casos em que se mostra forçoso conceder o contraditório ao governador, ou seja, quando identificada irregularidade capaz de gerar a APROVAÇÃO COM RESSALVAS e a REJEIÇÃO das contas.

Com isso, concordamos com a proposta de minuta de Emenda Regimental quanto a necessidade de comunicar a ALES sobre a impossibilidade de cumprir o prazo indicado no art. 71, I, CE, mas divergimos sobre os casos nos quais tal abertura é necessária: para o secretário-geral da SEGEX, apenas nos casos de possível REJEIÇÃO das contas; para nós, nos casos de possível APROVAÇÃO COM RESSALVAS e de REJEIÇÃO das contas.

Considerando que a minuta de proposta de Emenda Regimental do secretário-geral da SEGEX ao § 2º do art. 114 do RITCEES apenas faz menção ao § 1º do mesmo dispositivo, concordamos com o texto do § 2º desde que acolhida a nossa proposta ao § 1º, constante no item **2.1.5**, acima.

2.1.7 ATUALIZAÇÃO DA LINGUAGEM DO RITCEES PARA SUBSTITUIR “ÍNDICE DE IRREGULARIDADE” POR “DISTORÇÃO” OU “NÃO CONFORMIDADE RELEVANTE”.

Quando ao ponto, não vemos necessidade de modificação da linguagem constante do RITCEES. A proposta não promove qualquer avanço semântico, não fornece maior clareza. E o termo corrente está arraigado e cumpre, satisfatoriamente, sua função comunicativa.

2.2 OUTROS INCONVENIENTES

Exaurido o exame dos três pontos constantes da minuta de proposta de Emenda Regimental, passamos, respeitosamente, a indicar outros inconvenientes dignos de nota.

2.2.1 TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO À PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL DO GOVERNADOR E DOS PREFEITOS

A SEGEX justifica a proposta de supressão do contraditório nos casos de irregularidades geradoras de APROVAÇÃO COM RESSALVAS no processo de prestação de contas anual dos prefeitos porque já é assim no processo de prestação de contas anual do governador.

De fato, tirante as distinções previstas na Constituição Federal e na Constituição Estadual, os processos de prestação de contas anual do governador e dos prefeitos devem ser iguais, e o esforço no sentido de nivelá-los é, em princípio, bem-vindo. Porém, quando a dissimetria consiste na conformidade de um procedimento às garantias processuais e na desconformidade do outro, a única uniformização válida é aquela que nivela o acatamento da Constituição. A minuta de proposta de Emenda Regimental banaliza a violação da Lei Maior.

O procedimento do processo de prestação de contas anual dos prefeitos deve continuar exatamente como está: apurada a existência de irregularidade capaz de conduzir à APROVAÇÃO COM RESSALVAS, o contraditório deve ser aberto com a citação do gestor. **E tal diretriz deve ser estendida para o processo de prestação de contas anual do governador.**

2.2.2 CONSEQUÊNCIAS DA APROVAÇÃO COM RESSALVAS

Como se sabe, o processo de prestação de contas anual pode ter os seguintes desfechos: aprovação, aprovação com ressalvas e rejeição, cada qual com consequências próprias.

Consoante a interpretação sistemática dos arts. 132, I, II e III, e 329, § 7º, do RITCEES, a emissão de parecer prévio por parte deste órgão de controle externo comporta duas possibilidades de provimentos de natureza mandamental: **determinação e recomendação**. Veja:

Art. 132. A emissão do parecer prévio poderá ser:

I - **pela aprovação das contas**, quando ficar demonstrada, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a compatibilidade dos planos e programas de trabalho com os resultados da execução orçamentária, a correta realocação dos créditos orçamentários e o cumprimento das normas constitucionais e legais;

II - **pela aprovação das contas com ressalva**, quando ficar caracterizada impropriedade, falta de natureza formal ou irregularidade da qual não resulte dano ao erário e cujos efeitos, por si só, não ensejem a rejeição das contas, nos termos do inciso seguinte, sendo que eventuais determinações serão objeto de monitoramento pelo Tribunal de Contas;

III - **pela rejeição das contas**, quando comprovada grave infração à norma constitucional, legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial e cujos efeitos sejam relevantes e generalizados.

[...]

Art. 329. A apreciação e o julgamento dos processos sob a jurisdição do Tribunal observarão as normas relativas aos ritos especiais previstos neste Regimento e o disposto no ato normativo próprio a que se refere o § 1º do art. 60 deste Regimento.



§ 1º O parecer prévio será emitido pela aprovação, pela aprovação com ressalva ou pela rejeição das contas, nos termos dos arts. 118 e 124 deste Regimento.

[...]

§ 7º Em todas as hipóteses, o Tribunal poderá expedir recomendações, com o objetivo de contribuir para as boas práticas administrativas dos órgãos e entidades jurisdicionados, bem como determinações para o exato cumprimento da lei, sem prejuízo de outras providências cabíveis.

A partir da leitura dos dispositivos transcritos, é possível relacionar os provimentos mandamentais com as três hipóteses de parecer prévio, a saber:

- **Aprovação:** Decorrente da ausência de impropriedade ou de qualquer outra falta de natureza formal (art. 132, II, RITCEES, aprovação com ressalva), bem como de grave infração à norma constitucional, legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 132, III, RITCEES, rejeição). Nessa hipótese cabe tão-somente **recomendação**, apenas sugestiva e de acolhimento facultativo, tendo por consequência a necessária **aprovação das contas**;
- **Aprovação com Ressalva:** Decorrente da presença de impropriedade ou de qualquer outra falta de natureza formal, da qual não resulte dano ao erário (art. 132, II, RITCEES, aprovação com ressalva) e da ausência de grave infração à norma constitucional, legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 132, III, RITCEES, rejeição). Nesse caso, impõe-se a expedição de **determinação**, imperativa e de cumprimento forçoso, com a consequente **aprovação das contas necessariamente com ressalva** e sem prejuízo de eventual **recomendação** adicional;



- **Rejeição:** Decorrente da **presença** de (1) grave infração à norma constitucional, legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 132, III, RITCEES, rejeição), **ou** de (2) impropriedade ou de qualquer outra falta de natureza formal da qual resulte dano ao erário (art. 132, II, RITCEES, aprovação com ressalva, *a contrario sensu*). Esses cenários mais gravosos conduzem à inevitável **rejeição das contas**, com a necessária expedição de **determinação** e sem prejuízo de eventual **recomendação** adicional.

O quadro a seguir sintetiza as três possibilidades de emissão de parecer prévio, relacionando-os com os provimentos mandamentais cabíveis em cada caso e com os dispositivos normativos aplicáveis:



Parecer Prévio	Presença	Ausência	Mandamentos Possíveis
Aprovação	<ul style="list-style-type: none">Demonstração de forma clara e objetiva (art. 132, I, RITCEES, aprovação):<ol style="list-style-type: none">Exatidão dos demonstrativos contábeis;Compatibilidade dos planos e programas de trabalho com os resultados da execução orçamentária;Correta realocação dos créditos orçamentários;Cumprimento das normas constitucionais e legais.	<ul style="list-style-type: none">Impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal <u>da qual não resulte dano ao erário</u>. (art. 132, II, RITCEES, aprovação com ressalva).Grave infração à norma constitucional, legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 132, III, RITCEES, rejeição).	Recomendação (Contribuir para as boas práticas, art. 329, § 7º, RITCEES)
Aprovação com Ressalva	<ul style="list-style-type: none">Impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal (art. 132, II, RITCEES, aprovação com ressalva), <u>da qual não resulte dano ao erário</u>.	<ul style="list-style-type: none">Grave infração à norma constitucional, legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 132, III, RITCEES, rejeição).	Determinação (Exato cumprimento da lei, art. 329, § 7º, RITCEES). + Recomendação (Contribuir para as boas práticas, art. 329, § 7º, RITCEES).
Rejeição	<ul style="list-style-type: none">Grave infração à norma constitucional, legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 132, III, RITCEES, rejeição) <u>ou</u> impropriedade de ou qualquer outra falta de natureza formal (<i>a contrario sensu</i>, art. 132, II, RITCEES, aprovação com ressalvas), <u>da qual resulte dano ao erário</u>.	-	Determinação (Exato cumprimento da lei, art. 329, § 7º, RITCEES). + Recomendação (Contribuir para as boas práticas, art. 329, § 7º, RITCEES).

Como se percebe, a APROVAÇÃO COM RESSALVAS necessariamente tem relação com alguma ilicitude, com o descumprimento de algum dever do gestor. Daí a consequência mandamental ser a expedição de imperativa **determinação**, muito além de meramente sugestiva **recomendação**.

Nessa ordem de ideias, no caso de APROVAÇÃO COM RESSALVAS, o TCE-ES **deverá impor determinações**, ou seja, está obrigado a ordenar a correção das ilicitudes identificadas⁴⁸. É seu **dever, não faculdade**, mesmo porque corolário do interesse público à estrita legalidade.

⁴⁸ "O julgamento pela regularidade com ressalvas implica que o Tribunal dará quitação ao responsável e lhe **determinará**, ou a quem lhe haja sucedido, **a adoção de medidas necessárias à correção** das impropriedades ou faltas

A imposição de determinações inflige gravame ao gestor. Ilustrativamente, o seu cumprimento será objeto de monitoramento (art. 194, § 1º, RITCEES) e a reincidência dará ensejo à aplicação de multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (art. 135, VII, LOTCEES). Acolhida a proposta de minuta, portanto, o gestor estará sujeito a monitoramento, poderá ter o *status* jurídico de reincidente e ser financeiramente onerado sem nem ao menos participar da formação dos respectivos provimentos a ele desfavoráveis.

Assim, de duas, uma: se o TCE-ES emite parecer prévio pela APROVAÇÃO COM RESSALVAS, **sem expedir determinações, violará o interesse público à estrita legalidade**, da qual o TCE-ES não pode dispor; se emite parecer prévio pela APROVAÇÃO COM RESSALVAS, e **expede determinações, violará o contraditório**, pois infligirá gravame sem franquear ao destinatário a participação na formação do provimento, **ao arrepio da garantia contrajurisdicional e contra-administrativa do contraditório**, da qual o TCE-ES tampouco pode dispor.

Como se vê, a oposição de ressalva não é inofensiva para o gestor. Ela tem **diretas consequências jurídicas** (v. g., submissão a monitoramento, possibilidade de configurar reincidência com aplicação de multa) e **indiretas consequências políticas** (v. g., a aprovação com ressalvas pode ser explorada pela oposição, inclusive via redes sociais, para desgastar o gestor, mormente porque a população não domina os meandros do processo de contas), **eleitorais** (v. g., a aprovação com ressalva pode ser critério para o eleitor escolher entre o gestor/o candidato por ele apoiado ou seu concorrente) e **morais** (v. g., o próprio gestor, cioso das suas obrigações, pode ter todo interesse em não se ver

identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes" (LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. Teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019, p. 265).

maculado sequer com uma ressalva). Portanto, a supressão do contraditório é inconcebível.

Os direitos fundamentais são trunfos contra as maiorias, não é lícito suprimi-los por políticas ou demandas ancoradas no interesse público, mesmo os mais nobres⁴⁹. Por força do **princípio da intangibilidade da garantia**, o titular de Poder não pode restringir a garantia erigida para limitá-lo⁵⁰. Daí ser forçosa a rejeição da proposta sob análise.

2.2.3 NECESSIDADE DE MAIOR OBJETIVIDADE NA AVALIAÇÃO DAS CONTAS

Além da insuportável violação da garantia do contraditório, a proposta em liça também deve ser rejeitada em face da **considerável margem de insegurança jurídica** relativa ao enquadramento das irregularidades, mormente quando se trata de emitir parecer prévio pela APROVAÇÃO COM RESSALVAS ou pela REJEIÇÃO das contas.

De fato, é bastante frequente a impugnação – seja pelo Ministério Público de Contas, seja pelos gestores – de pareceres prévios, ora pedindo a reforma de

⁴⁹ “[a] ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é mera exigência política ou moral ou uma construção teórica artificial. Ela é também uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por majoritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental” (NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, In: **Direitos humanos e democracia**. Clèmerson Mèrlin Clève, Ingo W. Sarlet e Alexandre C. Pagliarini (orgs.), Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90).

⁵⁰ “**Titular de poder não pode interferir em garantia correlata [princípio da intangibilidade da garantia]** - pois ele pode despotenciar a garantia *in causa sua*, razão por que *não* é possível, v. g.: à comissão de licitação inverter etapas de um certame estabelecidas em lei; à comissão organizadora suprimir fases de um concurso público estabelecidas em lei; ao poder expropriante definir unilateralmente critérios de cálculo da «justa indenização»; ao juiz flexibilizar *ex officio* o procedimento legal; ao tribunal enrijecer defensivamente requisitos de admissibilidade recursal; ao legislador limitar as espécies legislativas suscetíveis de controle de constitucionalidade; ao legislador definir - ainda que por critérios objetivos - quando os próprios tributos por ele instituídos tem ou não caráter de confisco” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Notas para uma garantística**. Empório do Direito, Florianópolis, 04 de jul. de 2018. Coluna Associação Brasileira de Direito Processual. Disponível em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em 07.11.2022).

parecer de APROVAÇÃO COM RESSALVAS para REJEIÇÃO, ora pedindo a reforma de parecer de REJEIÇÃO para APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

O desacordo sobre o correto enquadramento jurídico dos fatos apurados, isto é, se a irregularidade é causa de APROVAÇÃO COM RESSALVAS ou de REJEIÇÃO, não decorre apenas da vagueza e ambiguidade dos termos constantes no art. 80, I, II e III, LOTCEES, quanto no art. 132, I, II e III, RITCEES, **mas, sobretudo, da ausência de padronização dos critérios decisórios pelo TCE-ES, em descumprimento do dever imposto pela segurança jurídica e da isonomia, em geral, e pelo art. 926, CPC⁵¹, em particular.** De fato, a Corte de Contas reserva para si (isto é, para seus integrantes) grande (e confortável) margem de discricionariedade (quando não de arbitrariedade) na aplicação de comandos que, por sua particular pertinência e relevância, deveriam ser governados por critérios objetivos e impessoais.

Ora, sem semelhante padronização – vale dizer: sem a prefixação de critérios claros, objetivos e sólidos – grassará dispersão interpretativa entre a Área Técnica do TCE-ES, de modo a inviabilizar, na prática, a solução sob análise.

Esse entrave só seria suprimido se os Conselheiros sempre concordassem com o enquadramento da Área Técnica, solução deveras problemática, pois, malgrado ela exerça papel fundamental ao bom funcionamento da Corte de Contas, máxime para a qualidade dos seus julgados, a competência para decidir – e, portanto, para fixar os critérios decisórios – é dos Conselheiros, e ela não pode ser indiretamente delegada para a Área Técnica mediante assentimento acrítico a todos os seus desígnios.

⁵¹ **Art. 926.** Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Por esse motivo, é de todo necessária a adoção de medidas de padronização decisória acerca do enquadramento das irregularidades, de modo a promover incremento qualitativo tanto na atividade da Área Técnica quanto, sobretudo, dos próprios Conselheiros. Uma excelente inspiração para o TCE-ES pode ser a alvissareira **Classificação de Irregularidades – Critérios para as Decisões sobre as Contas Anuais**, elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso⁵². Destaque-se o escopo perseguido pelo referido órgão: “O TCE-MT reforça o compromisso de coerência das suas decisões com os valores, princípios e normas que regem a Administração Pública ao aprimorar a padronização de elementos balizadores para apreciação e julgamento das contas públicas”.

Frise-se: a supressão do contraditório, como patrocinada na proposta de minuta de Emenda Regimental, não poderia ser admitida sequer se houvesse a consolidação de tais padrões decisórios. Estes devem ser fixados porque assim exige o aprimoramento dos trabalhos do TCE-ES – inclusive, indiretamente, reduzindo o tempo dos processos, pois arrefeceria incertezas e impugnações em parte fundadas na ausência de posição firme e translúcida da Corte –, nunca para criar espaço para o acolhimento da proposta ora analisada e rechaçada.

2.3 CONSIDERAÇÕES PARA O APRIMORAMENTO DO PROCEDIMENTO DE MODIFICAÇÃO DO REGIMENTO INTERNO

Como já se afirmou (item 1), a iniciativa para propor Emenda Regimental é privativa do Presidente do TCE-ES e dos demais Conselheiros efetivos. Nada os impede de solicitar auxílio à Área Técnica para tanto, conquanto esta não tenha legitimidade para propor, diretamente, Emenda Regimental.

⁵² Disponível em: file:///C:/Users/T203964/Downloads/TCENT_Classificacao%20de%20Irregularidades%20-%205%C2%AAEdicao.pdf. Acesso em 07.11.2022.

Eis a reflexão: por qual razão a Área Técnica – bem como os Conselheiros Substitutos, os membros do Ministério Público de Contas etc. – ainda não estão legitimados a propor Emenda Regimental?

Com base nas normas de regência em vigor, o único modo de a Área Técnica contribuir, por iniciativa própria, para a modificação do RITCEES é elaborar minuta e apresentá-la à consideração de um legitimado, a quem, contudo, caberá **escolher soberanamente** – leia-se: sem qualquer obrigação – entre submeter ou não a proposta ao procedimento do art. 438 e ss., RITCEES. No caso em tela, tem-se precisamente isto: a SEGEX, por meio de seu Secretário-Geral, elaborou e apresentou minuta de proposta de Emenda Regimental à consideração do Presidente do TCE-ES.

A observação a seguir não é feita em tom de crítica – muito pelo contrário: louvamos a abertura ao diálogo com a comunidade técnica interna e com a comunidade interessada em geral –, mas apenas para destacar a informalidade do procedimento e sugerir aprimoramentos, pois a rigor, conforme já exposto, o Presidente do TCE-ES não tem qualquer dever legal ou regimental de apreciar a proposta, tampouco de abrir consulta pública tendo-a como objeto.

Consideramos necessário regulamentar a possibilidade de qualquer interessado propor Emenda Regimental, seja a comunidade técnica interna, seja qualquer cidadão interessado no bom funcionamento da Corte de Contas, de modo a criar para os Conselheiros o dever de examinar a conveniência e oportunidade da modificação proposta.

Conquanto louváveis, expedientes como a **consulta pública** ora respondida são **informais**, plenamente sujeitos ao alvitre do Presidente do TCE-ES, que poderia, sem qualquer ilicitude, não tê-la instaurado, e poderá, novamente sem qualquer ilicitude, simplesmente desconsiderar a proposta elaborada pelo Secretário-Geral da SEGEX.

Com a disciplina formal dessa abertura, nos termos ora propostos, toda e qualquer unidade da Área Técnica do TCE-ES poderá participar da elaboração de uma minuta de proposta de Emenda Regimental em igualdade de condições. Não é exatamente o caso em tela, onde a elaboração foi do Secretário-Geral da SEGEX. Malgrado elogiável a abertura da consulta pública, providência capaz de minimizar o encastelamento da elaboração, a solução é apenas parcialmente satisfatória, seja pela informalidade do expediente – nada obriga, formalmente, a abertura da consulta pública⁵³ –, seja pela desigualdade de participação – o prazo para manifestação na consulta pública é relativamente exíguo, já a sua elaboração primeva pode levar todo o tempo de maturação necessário para o elaborador. Daí a imperiosa necessidade de conferir disciplina formal à abertura de iniciativa e ao procedimento de maturação de propostas de Emenda Regimental por todo e qualquer interessado, seja do corpo técnico do TCE-ES, seja do público externo em geral.

⁵³ Note, por exemplo, como na **Resolução nº 349/2020**, que dispõe sobre a elaboração do Plano Anual de Controle Externo e a seleção das ações de controle deste TCEES já há a normatização acerca da necessária abertura à consulta pública e seu procedimento:

Art. 8º A Segex, nos termos do art. 194 do Regimento Interno do Tribunal, disponibilizará as informações prévias sobre a proposta do plano anual de controle externo para **os conselheiros, os conselheiros-substitutos e os procuradores do Ministério Público junto ao Tribunal**, que **poderão apresentar as suas considerações e propostas de ações de controle externo**.

§ 1º **Toda proposta de ação de controle receberá parecer da Segex**, mediante consulta à unidade técnica envolvida, considerando a materialidade, a relevância, o risco e a oportunidade, bem assim quanto ao alinhamento com o Plano Estratégico e com o Pace do Tribunal e quanto à disponibilidade de recursos para a sua realização da ação.

§ 2º **Mediante decisão fundamentada**, a Segex poderá rejeitar as propostas consideradas de menor prioridade, **em relação às propostas já indicadas pelas chefias das unidades técnicas**, considerando os critérios de materialidade, relevância, risco e oportunidade.

Art. 9º O Tribunal, por intermédio da Segex, **deverá disponibilizar um período de consulta pública para que a sociedade possa contribuir com temas que poderão ser objeto de ações de controle**.

§ 1º Os temas indicados na consulta pública não serão considerados denúncias para os fins do art. 74, § 2º, da Constituição Federal.

§ 2º Caberá à Segex planejar, elaborar e executar a consulta pública.

§ 3º Após receber as informações, a Segex deverá catalogar e analisar os temas indicados na consulta pública, podendo adotar meio eletrônico para este fim.

§ 4º As informações decorrentes da consulta pública não obrigarão a realização de ações de controle externo específicas, em virtude dos critérios de materialidade, relevância, risco e oportunidade, mas poderão ser consideradas pela Segex e pelas unidades técnicas na elaboração e aperfeiçoamento da proposta do plano anual de controle externo.

Em suma, deve-se formalizar (i) a irrestrita legitimidade para formular proposta de Emenda Regimental e (ii) a obrigatoriedade e procedimento de consulta pública para seu exame.

Isso não retirará do TCE-ES a decisão final sobre a conformação do RITCEES, apenas o tornará mais permeável às contribuições advindas dos mais variados campos interessados, os quais poderão sugerir medidas quiçá jamais cogitadas internamente, e isso justamente pelos distintos e legítimos interesses mobilizadores do agir dos mais variados atores políticos e sociais. Pelo contrário, apenas tornará a Corte de Contas ainda mais democrática.

3. CONCLUSÃO

A 3ª Procuradoria de Contas do Ministério Público de Contas junto ao TCE-ES louva, mais uma vez, a abertura da **CONSULTA PÚBLICA** para consideração da minuta de proposta de Emenda Regimental apresentada pelo secretário-geral da SEGEX e sistematiza suas conclusões na forma seguinte:

- 3.1 DISCORDA** da proposta de modificação do **§ 1º do art. 114 e do caput do art. 126, ambos do RITCEES**, insistindo na imprescindível necessidade de franquear o contraditório ao gestor – seja ele prefeito ou governador – toda vez que, no processo de prestação de contas anual, a análise da Área Técnica identificar indício de irregularidade capaz de gerar a **APROVAÇÃO COM RESSALVAS** ou a **REJEIÇÃO DAS CONTAS**, tudo na forma o item **2.1** e subitens **2.1.1** a **2.1.5**, e item **2.2.2**, acima, e **propõe**, em seu lugar, as seguintes redações;

Art. 114 [...]



§ 1º Identificada na fase instrutória indício de irregularidade que, isoladamente ou em conjunto com outras, possa ensejar a emissão de parecer prévio para a aprovação com ressalvas ou a rejeição das contas, o Plenário determinará a citação do Governador do Estado ou de seu antecessor, para que, no prazo improrrogável de trinta dias, apresente razões de justificativa;

Art. 126. Identificada na fase instrutória indício de irregularidade que, isoladamente ou em conjunto com outras, possa ensejar a emissão de parecer prévio pela aprovação com ressalvas ou a rejeição das contas, determinar-se-á, na forma deste Regimento, a citação do Prefeito ou do seu antecessor, para que, no prazo improrrogável de trinta dias, apresente contestação.

3.2 CONCORDA com a minuta de proposta de Emenda Regimental no que concerne à introdução de um § 2º ao art. 114 do RITCEES, exatamente com texto proposto pelo secretário-geral da SEGEX, pois apenas remete ao teor do § 1º do mesmo dispositivo, cujo texto sugerimos acima, razão pela qual o dispositivo pode contar com a seguinte redação:

Art. 114 [...]

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, o Tribunal comunicará à Assembleia Legislativa que as contas do Governador do Estado não estão em condições de serem apreciadas no prazo estabelecido no art. 71, inciso I, da Constituição Estadual.

3.3 DISCORDA da modificação da terminologia constante da proposta de minuta de Emenda Regimental, de modo a manter a expressão “indício de irregularidade”.

Por fim, roga-se ao TCE-ES para que considere a elaboração de parâmetros objetivos para nortear a avaliação das contas, nos termos propostos no item **2.2.3**, bem como a formalização (i) da irrestrita legitimidade para formular



proposta de Emenda Regimental e (ii) da obrigatoriedade e procedimento de consulta pública para seu exame, como proposto no item **2.3**, acima.

Procurador Especial de Contas