

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – DOUTORADO EM
DIREITO CONSTITUCIONAL**

ELÍSIO DE AZEVEDO FREITAS

**O Impacto do Controle Externo na Democracia: Efeitos das
Decisões do Tribunal de Contas da União para o Processo Eleitoral
Brasileiro**

**BRASÍLIA-DF
2024**

ELÍSIO DE AZEVEDO FREITAS

**O Impacto do Controle Externo na Democracia: Efeitos das
Decisões do Tribunal de Contas da União para o Processo Eleitoral
Brasileiro**

Tese de Doutorado, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Georges Abboud, apresentada para obtenção de título de doutor em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional – do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Data de aprovação: ____/____/____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Georges Abboud (Orientador)

Prof. Dr. João Paulo Bachur (Membro Interno)

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto (Membro Externo - UFF)

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan (Membro Externo – UniCeub)

**BRASÍLIA-DF
2024**

RESUMO

A presente tese tem como objetivo investigar o impacto das decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) no processo eleitoral brasileiro, explorando os efeitos dessas decisões para a democracia. O trabalho se propõe a analisar de maneira aprofundada como as competências do TCU, enquanto ente controlador externo, afetam diretamente a elegibilidade de candidatos e, conseqüentemente, a dinâmica eleitoral do país. A pesquisa se inicia com uma avaliação detalhada da natureza jurídica do TCU, estabelecendo sua posição no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro, e explora o acoplamento entre os sistemas do Direito e da Política, conforme teorias sistêmicas, em especial a de Niklas Luhmann. O foco central da investigação recai sobre a distinção entre os processos de controle externo e os processos judiciais, destacando as implicações dessa diferença em termos de garantias processuais e de segurança jurídica. O TCU, por sua função constitucional de controle sobre as contas públicas, tem o poder de rejeitar contas de gestores públicos, o que pode resultar em inelegibilidade, de acordo com o artigo 1º, inciso I, alínea g da Lei Complementar nº 64/1990. No entanto, a tese levanta o debate sobre a legitimidade desse poder, questionando se a rejeição de contas por parte do TCU, sem uma condenação judicial que observe o devido processo legal e sem um exame sobre o elemento subjetivo da improbidade – que passou a exigir dolo específico –, é suficiente para restringir um direito fundamental, como a capacidade eleitoral passiva. Além de examinar a estrutura e a função do TCU no controle externo, a tese se debruça sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em especial sobre o julgamento do Tema 899 de Repercussão Geral, que fixou a prescristibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em processos de contas no âmbito do TCU. Essa decisão é crucial para o entendimento das limitações impostas às competências do TCU, especialmente em questões que envolvem a análise de dolo e de improbidade administrativa. O STF, ao diferenciar as competências de julgamento do TCU das do Poder Judiciário, estabeleceu que, nos processos de contas, as garantias processuais típicas do processo judicial, como a ampla defesa e o contraditório, não são plenamente observadas, o que levanta questionamentos sobre o impacto dessas decisões na esfera eleitoral. O estudo também aborda as recentes mudanças legislativas, como as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, que trouxe inovações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente ao reconhecer a esfera controladora como distinta da esfera administrativa. Essas mudanças reforçam a necessidade de uma delimitação clara das competências do TCU, destacando que sua atuação deve ser orientada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar interpretações que possam prejudicar a segurança jurídica. Com base na análise dos precedentes do STF e na doutrina jurídica contemporânea, a pesquisa sustenta que o TCU, enquanto órgão de controle, deve respeitar os limites impostos pela Constituição e pelo devido processo legal. O trabalho conclui que a inelegibilidade de candidatos com contas rejeitadas não pode se basear exclusivamente nas decisões do TCU, mas deve ser precedida de um processo judicial que assegure ao gestor a oportunidade de defesa ampla, especialmente no que tange à imputação de ato doloso de improbidade administrativa, hoje com uma exigência a mais – o dolo específico. Em síntese, a tese contribui para o debate sobre a função do TCU no controle externo e seus reflexos na esfera eleitoral, propondo uma análise crítica sobre os limites e as garantias que devem ser observados para assegurar o equilíbrio entre o controle da Administração Pública e a preservação dos direitos fundamentais no processo democrático brasileiro, com observância dos limites do sistema de controle.

Palavras Chaves: Controle externo; Tribunal de Contas da União; Inelegibilidade; Elemento subjetivo de improbidade; Dolo específico; Processo eleitoral; Democracia; Devido processo legal; Segurança jurídica; Jurisprudência do STF.

ABSTRACT

This thesis aims to investigate the impact of the decisions of the Federal Audit Court (TCU) on the Brazilian electoral process, exploring the effects of these decisions on democracy. The work aims to analyze in depth how the TCU's competencies, as an external controlling entity, directly affect the eligibility of candidates and, consequently, the country's electoral dynamics. The research begins with a detailed assessment of the legal nature of the TCU, establishing its position in the Brazilian legal-administrative system, and explores the coupling between the systems of Law and Politics, according to systemic theories, especially that of Niklas Luhmann. The central focus of the investigation is on the distinction between external control processes and judicial processes, highlighting the implications of this difference in terms of procedural guarantees and legal certainty. The TCU, due to its constitutional function of control over public accounts, has the power to reject accounts from public managers, which may result in ineligibility, in accordance with article 1, item I, paragraph g of Complementary Law nº 64/1990. However, the thesis raises the debate about the legitimacy of this power, questioning whether the rejection of accounts by the TCU, without a judicial conviction that observes due legal process and without an examination of the subjective element of improbity - which now requires specific intent - is sufficient to restrict a fundamental right, such as passive electoral capacity. In addition to examining the structure and function of the TCU in external control, the thesis focuses on the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF), in particular on the judgment of Topic 899 of General Repercussion, which established the prescriptibility of the claim for reimbursement to the treasury in accounting processes within the scope of the TCU. This decision is crucial for understanding the limitations imposed on the TCU's powers, especially in matters involving the analysis of intent and administrative improbity. The STF, by differentiating the judgment powers of the TCU from those of the Judiciary, established that, in accounting processes, the typical procedural guarantees of the judicial process, such as broad defense and adversarial proceedings, are not fully observed, which raises questions about the impact of these decisions in the electoral sphere. The study also addresses recent legislative changes, such as the changes introduced by Law No. 13,655/2018, which brought innovations to the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB), especially by recognizing the controlling sphere as distinct from the administrative sphere. These changes reinforce the need for a clear delimitation of the TCU's powers, highlighting that its actions must be guided by criteria of reasonableness and proportionality, in order to avoid interpretations that could harm legal certainty. Based on the analysis of STF precedents and contemporary legal doctrine, the research argues that the TCU, as a control body, must respect the limits imposed by the Constitution and due legal process. The work concludes that the ineligibility of candidates with rejected accounts cannot be based exclusively on TCU decisions, but must be preceded by a judicial process that ensures the manager the opportunity for a broad defense, especially with regard to the imputation of a willful act of improbity. administrative, today with an additional requirement - specific intent. In summary, the thesis contributes to the debate on the TCU's role in external control and its consequences in the electoral sphere, proposing a critical analysis of the limits and guarantees that must be observed to ensure the balance between Public Administration control and preservation of fundamental rights in the Brazilian democratic process, observing the limits of the control system.

Keywords: External control; Federal Audit Court; Ineligibility; Subjective element of improbity; Specific intent; Electoral process; Democracy; Due process; Legal security; STF Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ENTE RESPONSÁVEL PELA ESFERA CONTROLADORA FEDERAL	15
1.1. Natureza Jurídica e Posição Institucional do TCU dentro da Estrutura Jurídico-Administrativa do Estado Brasileiro	16
1.1.1. Breve Evolução Histórica.....	27
1.1.2. Natureza Jurídica das Decisões do TCU	31
1.1.3. Controle do Poder Judiciário sobre os julgamentos do TCU	33
1.2. Competências e Poderes do Tribunal de Contas da União.....	41
1.3. Direito Processual Controlador: O Processo do Tribunal de Contas da União – Processo de Controle Externo	44
1.3.1. Devido Processo Legal no Âmbito do TCU	53
O processo no TCU tem natureza administrativa, assim as próprias partes podem praticar diretamente atos processuais, caso haja representante (que não precisa ser advogado) é obrigatória a apresentação de procuração.....	53
1.3.2. Processo de Contas	54
1.4. Teoria da Responsabilidade e a Esfera Controladora no Tribunal de Contas da União	58
2. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO ORGANIZAÇÃO ESTRUTURANTE DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO E POLÍTICA	64
2.1. Elementos conceituais da teoria dos sistemas	66
2.1.1 A Constituição imuniza o direito das influências da política	71
2.2. A posição do Tribunal de Contas da União como organização que estrutura parcialmente o acoplamento estrutural entre direito e política	73
2.3. Teoria dos Sistemas e diferenciação funcional entre o processo judicial e o processo de controle externo	77
3. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A PRESCRIÇÃO EM PROCESSOS DO TCU DIANTE DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	88
3.1. Contextualização Jurisprudencial do Tema 899 de Repercussão Geral	88

3.2. Análise da Fundamentação do RE 636.886/AL (Tema nº 899 de Repercussão Geral) quanto à Prescritibilidade da Pretensão Indenizatória e Fragilidade do Devido Processo Legal do Procedimento no TCU	93
4. ESFERA CONTROLADORA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:	
LIMITAÇÕES JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO TCU	115
4.1. Limites da Competência do TCU para Julgamento da Improbidade Administrativa	115
4.2. Consequências Jurídicas do Julgamento de Imputação de Improbidade	123
5. ESFERA CONTROLADORA E JUSTIÇA ELEITORAL: PONDERAÇÕES A RESPEITO DA DECISÃO SOBRE IMPROBIDADE NA INELEGIBILIDADE DE CANDIDATOS	128
5.1. Da Inobservância do Devido Processo Legal no Julgamento de Contas	128
5.2. Atuação do TCU na Elaboração da Lista de Responsáveis com Contas Julgadas Irregulares e Certidão	135
5.3. Ponderações sobre os Reflexos Eleitorais das Alterações de Lei de Improbidade Administrativa	140
5.4. Competência do TCU para Julgamento de Contas Relativas a Convênios – Entendimento do STF e Impacto Eleitoral	147
5.5. Processo na Justiça Eleitoral para Declaração da Inelegibilidade	154
5.5.1 Ação de Impugnação ao Pedido de Registro de Candidatura.....	159
5.6. O risco de Ativismo de Contas do TCU na apuração de improbidade: uma análise a partir da teoria dos sistemas.....	163
5.7. Consequencialismo jurídico e repercussão eleitoral da decisão do TCU	173
CONCLUSÃO.....	187
REFERÊNCIAS	191

INTRODUÇÃO

As peculiaridades processuais do processo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU), suas distinções com o processo judicial e, a partir daí, as possíveis consequências em termos de inelegibilidade advindas da rejeição de contas decorrentes no processo de contas – constituem o objeto de estudo central deste trabalho.

A consideração da atividade de controle externo da Administração Pública realizada pelo TCU, com fundamento em competências previstas na Constituição Federal de 1988 e em outras normas, bem como a natureza jurídica daquele Tribunal e dos processos que nele se desenvolvem, são elementos fundamentais à pesquisa.

A partir da avaliação sobre o que é o TCU na ordem jurídica brasileira e a quais fins se dirigem seus processos, com especial atenção aos processos de contas, pesquisaremos as consequências possíveis de suas decisões no contexto eleitoral.

No pano de fundo desse tema, há a necessidade de maior reflexão acadêmica sobre a questão da jurisdição una no sistema jurídico brasileiro, bem como sobre as distinções entre devido processo legal judicial e os procedimentos julgados no âmbito do controle externo da Administração Pública pelo TCU.

A análise do processo de controle externo conduzido no âmbito do TCU revela singularidades que refletem as competências intrínsecas a essa entidade. As distinções manifestam-se não apenas nas prerrogativas exercidas pelo TCU, mas igualmente nas restrições que emergem na comparação com o processo judicial.

Este mecanismo de controle não se amolda aos contornos do processo judicial, tampouco aos do processo administrativo tradicional. Enquadra-se, isto sim, em uma categoria distinta, ostentando particularidades que o caracterizam tanto como processo administrativo controlador — ou, em uma nomenclatura mais sucinta, processo controlador — quanto como processo de controle externo, termo este que subsume o processo controlador a uma categoria específica. A natureza dual deste procedimento merece uma consideração detida, pois reflete uma hibridez funcional e conceitual que é fundamental para a compreensão do exercício de fiscalização do TCU.

O processo conduzido pela Corte de Contas federal não incorpora, de maneira tão fundamental ao procedimento, as garantias processuais típicas do processo judicial. Esta diferença será amplamente discutida no decorrer deste estudo e constitui o cerne do problema investigado.

Um caso paradigmático que ilustra a intersecção entre as esferas do TCU e do Poder Judiciário alude ao debate sobre a prescrição em processos de contas. O instituto alcançou o *status* de questão nodal e frequentemente invocada e analisada no âmbito dos tribunais de contas, especialmente após decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal (STF). A Corte, ao fixar a tese do Tema 899 de Repercussão Geral, estabeleceu o marco legal para o reconhecimento da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em processos perante o TCU, uma decisão que reverberou substancialmente nas dinâmicas processuais da corte de contas.

A temática em questão foi parcialmente abordada em um artigo prévio de Freitas e Abboud (2022); contudo, a densidade e as potenciais implicações da decisão do Supremo Tribunal Federal instigam uma investigação mais aprofundada. O presente trabalho pretende explorar uma série de hipóteses derivadas dessa decisão, além de identificar e analisar outras questões que ainda demandam exame metuculoso.

A partir de uma compreensão mais abrangente das repercussões jurídico-administrativas da prescritibilidade no âmbito das contas públicas, pelo exame de argumentos do STF naquele julgamento, a pesquisa visa contribuir para elucidar os contornos ainda não totalmente delineados pela doutrina e jurisprudência atuais acerca das possibilidades do processo de contas e de consequências de suas decisões – aqui examinadas sob o aspecto eleitoral.

O ponto central da tese não diz respeito à prescrição dos procedimentos em si mesmo considerados, mas à *ratio decidendi* utilizada pelo Supremo Tribunal Federal ao fixar a tese, que entendemos poder trazer impactos fundamentais também no contexto eleitoral e, como consequência, para a democracia.

A Suprema Corte brasileira, ao discutir a questão constitucional da prescrição das pretensões exercitáveis nos processos do Tribunal de Contas da União (TCU), exibiu uma pluralidade de entendimentos, transitando por diversas interpretações relativas tanto à prescritibilidade dessas pretensões quanto aos prazos prescricionais e eventos capazes de

interromper tais prazos. O escrutínio dessas variadas posturas jurisprudenciais adotadas pelo STF ao longo do tema, permeado pela análise de votos e debates, constitui um arcabouço valioso para a pesquisa em jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica.

Esses posicionamentos têm importância iminente para o aprofundamento acadêmico e geram repercussões que transcendem o âmbito jurídico, influenciando as esferas do Direito e da Política, especialmente no que tange aos processos de controle externo conduzidos pelo TCU. A evolução desses posicionamentos do STF constitui um campo fértil para o exame da dinâmica entre as instituições e a aplicação do Direito, revelando as nuances da influência do Poder Judiciário nas funções de controle externo.

A partir do julgamento pelo STF, que culminou no paradigma do Tema 899 de Repercussão Geral, segundo o qual "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas", será investigado o seguinte problema de pesquisa: Em face da natureza jurídica dos processos de contas em curso nos tribunais de contas, examinada a partir da doutrina e da jurisprudência, é possível que as decisões do TCU que julgam contas irregulares sejam consideradas pela justiça eleitoral para fins de declarar a inelegibilidade de que trata o artigo 1º, inciso I, alínea g da Lei Complementar 64/1990, sem que haja uma condenação judicial por ato doloso de improbidade?

O artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990 estabelece a inelegibilidade do ocupante de cargo ou função pública que tenham suas contas rejeitadas por irregularidade que configure ato doloso de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Brasil, 1990, *online*)

Os seguintes problemas secundários de pesquisa decorrem do problema central: i) o que é improbidade administrativa? ii) quem possui competência e jurisdição para apreciar se em determinada conduta está presente dolo de improbidade administrativa? iii) se insere entre as competências do TCU a apreciação sobre presença de conduta com dolo de improbidade nos processos sob seu julgamento? iv) há nos processos do Tribunal de Contas da União

oportunidade para que a parte se defenda especificamente sobre a presença de conduta dolosa de improbidade? v) o procedimento legal para exame sobre a presença de ato doloso de improbidade se desenvolve perante o TCU ou o Poder Judiciário? vi) o que podemos deduzir sobre o objeto de pesquisa ao analisar precedentes do STF a respeito da matéria? vii) o julgamento do TCU é suficiente para ser valorado em processo da Justiça Eleitoral, considerando-se que nele não se desenvolve procedimento com natureza para decidir ação de improbidade com oportunidades processuais defensivas? vii) é possível a restrição a um direito fundamental político, de ser votado, capacidade eleitoral passiva, sem um devido processo legal judicial específico sobre a suposta conduta ímproba? viii) as competências constitucionais e legais do TCU, relacionadas ao julgamento de contas, se relacionam com competências para responsabilização por improbidade ou se vinculam a natureza apenas sancionatória e de responsabilização civil?

A resposta aos problemas primário e secundários deflui da hipótese central da tese – que buscaremos demonstrar ao longo da pesquisa: o julgamento do STF no Tema 899 de Repercussão Geral, pelo que se extrai da leitura dos votos e, principalmente, na fundamentação do relator, demonstrou que não cabe ao TCU, no julgamento de processos de contas, perquirir sobre a presença ou não de ato doloso de improbidade. É exatamente por essa razão que a Suprema Corte decidiu que nos processos de contas há prescritebilidade objetiva¹ da pretensão de ressarcimento ao erário em cinco anos. Como resultado – e como hipótese secundária a endereçar os problemas secundários elencados –, afirma-se a necessidade de um processo judicial, que observe o devido processo legal e as garantias jurídico-constitucionais ao acusado, a fim de que se conclua sobre a presença do ato doloso de improbidade, apto a fundamentar decisão quanto à inelegibilidade do potencial candidato.

No voto condutor desse julgado encontramos elementos que ajudam na diferenciação entre um devido processo legal judicial e controlador.

Nos parece, a princípio², que para o TCU basta a culpa *stricto sensu* para julgar contas irregulares e condenar ao ressarcimento³, bem como para aplicar sanção. Desse modo, em

¹ Objetiva no sentido de que, verificada a ocorrência do prazo prescricional, não se prescrua sobre o elemento volitivo da conduta geradora do dano.

² Apesar da importância do assunto, tratado em tese de Doutorado citada neste trabalho, não é objeto da presente tese debater sobre a exigência de “erro grosseiro” para a condenação no âmbito do TCU, bem como sobre o correto conteúdo dessa expressão.

³ Com natureza de reparação cível.

seus processo de contas, não é oportunizada a possibilidade de defesa quanto a elementos subjetivos de conduta ímproba.

Assim, como no processo do TCU a parte responsável⁴, a quem se imputa a conduta, não se defende sobre a presença ou não de ato doloso de improbidade, a incidência da inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990 exigiria imprescindivelmente tanto a rejeição de contas (pelos tribunais de contas) quanto uma condenação (judicial) em processo no qual o acusado possa produzir defesa sobre a presença ou não de conduta dolosa de improbidade administrativa. Nesse procedimento de natureza judicial seriam assegurados os meios e recursos inerentes à ampla defesa – conforme preconizado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Como se trata de direito fundamental político passivo, de ser votado e participar do processo eleitoral, uma interpretação do dispositivo conforme a Constituição conduziria à necessidade de cumular a rejeição de contas pelo órgão competente à condenação por improbidade em processo judicial.

O principal referencial teórico para a análise do objeto de pesquisa consiste na obra de Niklas Luhmann, com aproveitamento da reflexão de sua teoria de sistemas sociais. Com base em sua teorização, considera-se a posição do TCU como organização prevista na Constituição que opera, parcialmente, o acoplamento entre os sistemas jurídico e político, ainda que sofrendo influência dos outros sistemas sociais.

Estruturalmente, o TCU exerce uma função atribuída ao Poder Legislativo, com o Congresso Nacional sendo o titular do controle externo. Dentre os nove ministros do TCU, dois terços (seis ministros) são indicados pelo Parlamento, reforçando a ligação direta com o Poder Legislativo. O um terço restante, composto por três ministros, é indicado pelo Presidente da República, também sob influência política. Vale destacar que apenas dois dos nove ministros são selecionados com base em critérios técnico-jurídicos, sendo um

⁴ Para ser mais preciso, a parte no TCU pode ser tanto denominada como responsável quanto como interessado, mas na processualística desta Corte, para ter contas julgadas irregulares com imputação de débito (o que poderia causar a inelegibilidade em estudo), apenas se estiver na categoria de responsável. Vale transcrição do regimento interno do TCU (RI/TCU):

Art. 144. São partes no processo o responsável e o interessado.

§ 1º. Responsável é aquele assim qualificado, nos termos da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e respectiva legislação aplicável.

§ 2º. Interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo.

proveniente do Ministério Público junto ao TCU e outro entre os auditores (ministros-substitutos), evidenciando um equilíbrio limitado entre critérios políticos e técnicos-jurídicos na composição do Tribunal, reforçando a preocupação com a possível influência do sistema da política nas suas decisões.

No entanto, o impacto de seus julgamentos no tocante à rejeição de contas, com potencial impacto na elegibilidade de candidatos, denota proximidade com a função jurisdicional, ainda mais pela inserção da necessária aferição da presença de dois elementos condicionantes da inelegibilidade: que o ato seja de improbidade; que esteja presente o elemento volitivo doloso⁵.

Optou-se, assim, por trabalhar com a obra de Luhmann em virtude de sua abordagem sociológica, que possibilita compreender a função sistêmica do TCU na intersecção entre os sistemas do direito e da política.

Fazem parte da revisão de literatura, com obras que serão citadas durante o texto deste trabalho, possuindo importância em algumas observações empreendidas que compõem o horizonte de obras pesquisadas, autores como Jürgen Habermas, Martin Heidegger, Hans-George Gadamer, Cass R. Sunstein, Adrian Vermeule, Lenio Streck, Georges Abboud, Marcio Cammarosano, entre outros.

Cotejaremos a dogmática jurídica com as peculiaridades das Cortes de Contas. Especificamente no capítulo um, que trata sobre como se inserem as Cortes de Contas dentro da estrutura administrativa do Estado, usaremos revisão bibliográfica com aportes teóricos nas obras de Carlos Ayres Britto, Benjamin Zymler, Bruno Dantas, André Rosilho, Mariana Willeman, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Giuseppe Giamundo Neto e Ismar Viana – à guisa de exemplo.

Com o intuito de verificar a comprovação da hipótese central, a pesquisa será organizada nos seguintes termos. No primeiro capítulo desta tese, proceder-se-á a metucioso exame das fundações legais, doutrinárias e jurisprudenciais que definem e delimitam o Tribunal de Contas da União (TCU). Analisar-se-á, com rigor, a posição hierárquica que o TCU ocupa na arquitetura administrativa do Estado, explorando-se as dimensões de suas

⁵ Elemento que diferencia bem o processo administrativo sancionador do Tribunal de Contas daquele mencionado na alínea m do art. 1º da LC 64/1990.

competências à luz da Carta Magna e da legislação infraconstitucional. Averiguar-se-á a dinâmica processual interna do Tribunal, questionando-se, sob um escrutínio constitucional, até que ponto o princípio do devido processo legal é observado em paridade com as garantias inerentes ao processo judicial.

O objetivo é situar o debate sobre o que são esses Tribunais para, a partir daí, podemos apresentar outro alicerce da pesquisa, que é o entendimento sobre como o Poder Judiciário controla esse tipo de órgão, qual é o regime jurídico condizente com suas competência e atribuições, além de como esse tipo de órgão é controlado em outros países. Faremos uma pesquisa documental da legislação – em especial constitucional –, da doutrina e jurisprudência, seguindo vertente jurídico-dogmática, do tipo jurídico interpretativo e exploratório.

O segundo capítulo desenvolverá o marco teórico do estudo, abordando a função do TCU a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Nesse contexto, em que a Constituição é concebida como acoplamento estrutural entre direito e política, o TCU é observado como uma instituição, *entre outras*, a exemplo das Cortes Superiores, que participa na prática constitucional do acoplamento entre direito e política.

Verificaremos no capítulo três como se dá e quais seriam os limites de ação do Judiciário, a partir do estudo de casos a respeito de como o subsistema jurídico das instituições do Poder Judiciário *observam* as comunicações internas (operações) do Tribunal de Contas da União.

Quanto à análise jurisprudencial, será relevante o exame de julgados do STF, em especial as decisões que culminaram com o Tema 899 de Repercussão Geral. Como já sinalizado, embora o núcleo da questão discutida fosse a prescrição aplicável à hipótese, a Corte emitiu juízo sobre diversas questões relacionadas à própria natureza jurídica do procedimento instaurado perante o Tribunal de Contas da União. Em particular, assinalou-se que o procedimento de julgamento de contas diferencia-se do procedimento judicial por não assegurar ao administrado as mesmas garantias jurídico-processuais. Essa premissa deve ser observada e discutida à luz da teoria dos sistemas, pois impõe uma distinção semântica importante para compreender a diferenciação funcional entre o próprio TCU e as diversas Cortes que compõem o Poder Judiciário.

No quarto capítulo será desenvolvida reflexão teórica sobre a improbidade administrativa, tendo como base a legislação, as recentes alterações legislativas e precedentes mais importantes. Assim, aprofundar-se-á a discussão do capítulo anterior, mas concentrando-se especificamente no exame do próprio procedimento jurídico aplicável ao exame dos julgamentos sobre o instituto. O capítulo terá natureza mais dogmática e menos teórica, na medida em que estabelece premissa importante para o capítulo seguinte, em que se discute o cerne da tese – o impacto dos julgamentos do TCU sobre improbidade administrativa no sistema eleitoral.

O quinto capítulo discutirá a Justiça Eleitoral e a legitimidade democrática, com uma crítica sobre a atual jurisprudência sobre a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas. Com base na teoria dos sistemas, o texto discutirá a diferenciação funcional do subsistema da Justiça Eleitoral, assim como os reflexos das decisões do TCU para a própria legitimação do sistema eleitoral. Com efeito, decisões condenatórias sobre a improbidade administrativa, ao inviabilizarem candidaturas de postulantes específicos a cargos eletivos, podem ter reflexos sobre a legitimidade do procedimento eleitoral que precisam ser mais bem examinados e analisados.

Considerando a natureza temática e a estrutura da pesquisa, a metodologia adotada baseia-se em uma abordagem qualitativa dogmática. Segue-se, assim, a perspectiva indicada por Ian Dobinson e Francis Johns (2007, p. 18-19), em tradução livre:

A pesquisa jurídica doutrinária ou teórica pode ser definida, em termos simples, como aquela que busca determinar o que é o direito em uma área específica. O pesquisador procura coletar e, em seguida, analisar um conjunto de precedentes, juntamente com a legislação relevante (as chamadas fontes primárias). Isso é frequentemente feito a partir de uma perspectiva histórica e pode também incluir fontes secundárias, como artigos de periódicos ou outros comentários escritos sobre a jurisprudência e a legislação. O objetivo principal ou até exclusivo do pesquisador é descrever um corpo de leis e como ele se aplica. Ao proceder assim, o pesquisador também pode fornecer uma análise da lei para demonstrar como ela se desenvolveu em termos de raciocínio judicial e de elaboração legislativa.

O foco recai sobre um estudo teórico, cuja estratégia central envolve a análise de estudos de caso, particularmente os precedentes judiciais oriundos do Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa segue o paradigma teórico-dogmático, abrangendo análise de literatura especializada e documentação correlata, bem como valendo-se de técnicas de investigação histórica e comparativa.

Para enriquecer a abordagem, foi implementada uma revisão bibliográfica abrangente, acompanhada de uma análise jurisprudencial. Essa análise foi conduzida sob uma ótica

jurídico-teórica, e envolveu um exame crítico e reflexivo dos materiais consultados. Tal perspectiva possibilitou não apenas a identificação e compreensão das nuances dos temas investigados, mas também a elaboração de argumentos fundamentados e a proposição de reflexões inovadoras no âmbito jurídico.

Encontramos ponderação interessante na obra de Giamundo Neto (2019, p. 6), quando o autor chama a atenção para o fato de que o exame do processo no Tribunal de Contas – especificamente quanto às garantias concretizadoras do devido processo legal na constatação do autor – usualmente parte de estudos de ministros, conselheiros ou de auditores dos tribunais, adotando uma visão interna da Corte sobre suas próprias atribuições. Em seu trabalho, Giamundo Neto se propõe a partir de uma visão exógena – de quem não pertence à estrutura do órgão e, portanto, pode oferecer uma observação distinta sobre o funcionamento do TCU.

No contexto do presente estudo, o autor desempenhou anteriormente a função de auditor federal de controle externo no TCU. Atualmente, dedica-se à prática advocatícia, consultoria e ensino no âmbito dos processos do Tribunal de Contas. Essa trajetória singular permite que o autor aporte uma rica experiência empírica ao trabalho, tendo vivenciado a dinâmica processual tanto de uma posição endógena – como integrante da estrutura do TCU – quanto exógena, na qualidade de profissional externo. Tal dualidade proporciona uma abordagem rica e multifacetada, agregando valor e profundidade à pesquisa em questão.

1. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ENTE RESPONSÁVEL PELA ESFERA CONTROLADORA FEDERAL

A investigação quanto à natureza jurídica, bem como sobre a posição que o Tribunal de Contas da União (TCU) ocupa na arquitetura estatal brasileira, constitui um pilar fundamental para a análise e validação das hipóteses que dão vida a esta pesquisa. Esta ponderação inicial implica explorar a evolução histórica da entidade, bem como situá-la em um estudo comparado com instituições similares em outros ordenamentos jurídicos, assim como promover uma análise do sistema normativo que serve de esteio para sua atuação.

Tais esferas de investigação são cruciais para entender como o TCU se molda e se manifesta dentro do contexto estatal e para sustentar qualquer proposição conclusiva que emane deste estudo.

Entretanto, esta abordagem não deve ser mal interpretada como uma simples tentativa de classificação taxonômica com o propósito de dispor o conhecimento jurídico de forma enciclopédica. Ao contrário, ela representa uma busca por compreensão conceitual e funcional que transcende a mera organização e categorização, visando descortinar as funções e competências do TCU de maneira a refletir sobre sua eficácia e relevância dentro do sistema jurídico nacional.

A compreensão das características jurídicas do TCU é uma condição *sine qua non* para a formulação de quaisquer recomendações de política pública ou reformas institucionais que tenham por objetivo otimizar a atuação do órgão e promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial no âmbito dos entes federados, conforme preconizado pela Constituição Federal.

A análise proposta se beneficia da hermenêutica jurídica e da utilização de métodos comparativos, ambas ferramentas analíticas que possibilitam não só a identificação de particularidades e distinções na concepção do TCU em comparação com entidades similares em outros países, mas também a compreensão de como tais características influenciam a eficiência, a efetividade e a eficácia do Tribunal no exercício de suas funções. Este estudo busca, portanto, uma contribuição substantiva para o discurso jurídico acerca do papel do Tribunal de Contas, propondo-se a ser mais do que uma contribuição doutrinária: pretende-se que seja um vetor de transformação prática e teórica, capaz de impactar positivamente a

maneira como o controle externo é exercido no Brasil, com especial atenção ao devido processo legal nas cortes de contas.

Compreender a posição do Tribunal de Contas da União (TCU) na arquitetura institucional do Estado e discernir sua natureza jurídica são tarefas indispensáveis para uma análise pormenorizada do espectro e das eventuais consequências de suas decisões judicativas. Esta compreensão constitui a essência, o “meio nutritivo”, do presente estudo.

1.1. Natureza Jurídica e Posição Institucional do TCU dentro da Estrutura Jurídico-Administrativa do Estado Brasileiro

Primeiramente, é preciso reforçar que a abordagem quanto à natureza jurídica e posição do Tribunal de Contas da União (TCU) na estrutura estatal é pressuposto necessário para testar as hipóteses que animam esta pesquisa. Compreender onde o TCU se situa na estrutura do Estado e sua natureza jurídica é crucial para examinar o alcance e possíveis repercussões de suas decisões.

Isso porque, como se demonstrará, no Brasil a jurisdição é una e cabe ao Poder Judiciário a decisão definitiva sobre lesão e ameaça a direito, sendo o âmbito de competência do TCU delimitada e específica, não abarcando competência para decidir definitivamente, em seus processos, sobre a existência de dolo de improbidade administrativa nas condutas que julga.

Esses temas serão aprofundados em outras passagens do trabalho, mas merecem menção logo de início para justificar a importância do exame sobre a natureza jurídica e posição estrutural das Cortes de Contas.

Ainda que se encontre entre as mais venerandas e antigas instituições do Brasil, tendo sua gênese no ano de 1890 e inaugurando suas atividades em 1893, a natureza peculiar de seu exercício funcional após a promulgação da Constituição de 1988 continua a suscitar intensos debates no seio doutrinário e jurisdicional. Tal fenômeno decorre do fortalecimento deste órgão e de uma “página quase em branco” aberta após a redemocratização, durante a Assembleia Nacional Constituinte/ANC de 1987-1988 (Rosilho, 2019, p. 47).

O Tribunal de Contas da União é órgão independente e autônomo que exerce função essencial para a concretização do controle externo da gestão pública federal (Gualazzi, 1992,

p. 187), encontrando sua previsão e disciplina, principalmente, na Constituição Federal e na Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 – a qual dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências –, bem como em seu Regimento Interno (RITCU).

O controle externo é o realizado por órgãos e entidades que não pertençam à estrutura da Administração Pública controlada, ou seja, pertencentes a outros Poderes (Medauar, 2023). O controle externo, assim, pode ser desempenhado pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional), diretamente pelo poder Legislativo (um exemplo são as comissões parlamentares de inquérito), por Tribunais de Contas (com competências bem definidas na Constituição e em leis esparsas), bem como pelo Ministério Público e pelo cidadão, por exemplo, por meio de ações populares ou pela provocação aos Tribunais de Contas por meio de denúncias.

O Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou em algumas oportunidades sobre a posição institucional do TCU, conforme se constata no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, proferido quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 22.801⁶:

A esse respeito, Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Alberto Direto, também entendo que o art. 44 da Constituição, ao dizer que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe de dois órgãos, exclusivamente, Câmara dos Deputados e Senado Federal, exclui o TCU, ou seja, o Congresso Nacional se compõe de dois órgãos, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, o TCU ficou do lado de fora. [...] Ou seja, o Tribunal de Contas, embora exerça, com o Congresso Nacional, uma função comum – fiscalização dos atos do Poder Público, notadamente do Poder Executivo –, atua **a latere**, ao lado, mas não dentro do Congresso Nacional. Uma coisa é atuar paralelamente ao lado; outra coisa é estar dentro.

A fiscalização da Administração Pública, com os poderes inerentes a essa competência, é mister atribuído historicamente ao parlamento, ao lado da função legiferante.⁷

De acordo com Speck:

As instituições superiores de controle financeiro têm origem, historicamente, em duas preocupações diferentes: primeiro, na preocupação gerencial de administrar bem os recursos públicos. Essa inquietação nasce no âmbito da própria administração, e dá origem a instituições de controle financeiro inicialmente alocadas no próprio Poder Executivo. A segunda fonte das instituições de controle financeiro é a apreensão liberal com a limitação do Poder Executivo. Essa preocupação tem origem nos primeiros órgãos representativos, com as Cortes Gerais medievais, e será retomada por seus sucessores, os organismos representativos que formaram o Poder Legislativo em sistemas políticos modernos. Nos parlamentos, essa preocupação em limitar o Poder Executivo se cristalizará primeiro em comissões parlamentares especializadas para o desempenho da tarefa de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 22.801**. Rel. Min. Menezes Direito. Julgamento em 17/12/2007. DJe de 14/03/2008.

⁷ Inovar no ordenamento jurídico.

fiscalização. Posteriormente, surgirá o modelo de instituições externas de assessoria ao parlamento para desempenhar essa função de controle. (Speck, 2000, p. 31)

A Ministra Cármen Lúcia manifestou o entendimento de que a relação entre o Poder Legislativo e o TCU é de cooperação, nos termos estabelecidos constitucionalmente. Nesse sentido, transcrevo excerto do voto quando do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4396-RO:

O Poder Legislativo e o Tribunal de Contas atuam em nível de cooperação no exercício da atividade de controle externo do poder público, observadas as competências autônomas conferidas pela CF/88 para o desempenho das missões institucionais do Tribunal de Contas.

Dessa forma, o TCU pode ser considerado como tribunal administrativo que exerce competências originárias do Poder Legislativo, sem a ele pertencer ou a ele se subordinar.

Parte relevante das competências de fiscalização tem seu exercício deferido pela Constituição ao TCU. Essas atribuições se relacionam com a organização e separação dos poderes do Estado e o exercício de freios e contrapesos a ela atinentes. Nesse sentido:

A criação de instituições técnicas de controle da gestão de bens e recursos públicos constitui um mecanismo de reforço ao controle do poder pelo poder, efetivado pelo mecanismo de *check and balance*. Segundo Pedro de Oliveira Coutinho, a efetiva conjugação da divisão dos poderes com a previsão e a atuação concreta de mecanismos diversos de controle do poder é essencial à consecução de uma constituição característica do Estado Democrático de Direito. (Zymler; Alves, 2023, p.31)

Chaves (2009, p. 94) destaca ser o tribunal de contas um órgão desprovido de personalidade jurídica própria, que compõe a administração direta. Sua personalidade jurídica então seria a da pessoa jurídica na qual se insere – no caso do TCU, a União.

Vale colacionar, ainda, excerto da obra de Francisco Chaves, que ressalta a circunstância supramencionada de o TCU não se subordinar ao Poder Legislativo ou pertencer a qualquer dos poderes da União:

No que toca às competências do Tribunal de Contas da União, o texto Constitucional dispõe sobre a matéria no capítulo dedicado ao Poder Legislativo, conferindo-lhe a atribuição de prestar auxílio ao Congresso Nacional no desempenho do Controle Externo. Porém, deve ficar claro que **o Texto Magno não subordina o TCU ao Poder Legislativo ou expressamente o inclui entre os órgãos desse Poder**. Efetivamente, a Constituição Federal não vincula o TCU a nenhum órgão de qualquer dos Poderes. O perfil institucional do Tribunal de Contas impede que seja perfeitamente enquadrado no tradicional sistema de tripartição de poderes. Aliás, qualquer sistema ou classificação, quando rigorosamente considerado, está inexoravelmente fadado a ser desafiado pelas particularidades do mundo real. (Chaves, 2009, p. 95) destaque no original

Neste sentido afirma Britto (2005) que o TCU é “órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais”.

A Constituição Federal (Brasil, 1988) disciplina o controle externo da Administração Pública em seus artigos 70 e 71:

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

[...]

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

Fica claro, da leitura do texto constitucional, que o controle externo é da competência do Congresso Nacional, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Embora o artigo 70 da Constituição Federal defira ao Parlamento a titularidade do Controle Externo, os incisos do artigo 71 atribuem expressamente ao TCU o exercício efetivo de competências da esfera controladora do ponto de vista técnico.

Assim, temos o seguinte na Constituição:

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

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

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

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

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

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

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

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

Britto (2009) oferece uma análise detalhada da interpretação da palavra "auxílio", conforme empregada no *caput* do artigo 71 da Constituição, além de examinar a posição do Tribunal de Contas no contexto da tradicional separação dos poderes. De acordo com o autor:

[...] além de não ser órgão do Poder Legislativo, O Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional.

[...] O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II. 7 (Brito, 2009, p.)

Desenvolve-se no TCU uma espécie bem particular de processo, que pode – a partir da interpretação da Constituição Federal e das alterações trazidas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – ser classificado como um processo controlador.

Diferente de um processo administrativo regido por normas diversas, como a Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), o processo controlador – no qual se desenvolve o controle externo da administração pública – é regido por regras e princípios próprios, tendo na Lei 8.443/1992 e no regimento interno do TCU importantes fontes para sua disciplina.

As tentativas de encaixar os procedimentos dos processos de controle externo dentro das categorias jurídicas existentes de processo administrativo e processo judicial não têm sido bem-sucedidas, dadas as peculiaridades do exercício das competências constitucionais do TCU.

Após uma análise sobre a posição do TCU desde sua origem na Carta de 1891 até nossa Constituição atual, Giamundo Neto (2019, p. 31) conclui, sobre o enquadramento do TCU na estrutura organizacional do Estado Brasileiro, que as respectivas Constituições assim o alocaram:

(i) Não o relacionaram a nenhum dos Poderes; (ii) caracterizaram-no como órgão de cooperação nas atividades governamentais; (iii) incluíram-no em Capítulo do Poder Judiciário; (iv) incluíram-no em Capítulo do Poder Legislativo.

Lima (2017) pondera que o controle externo ora é atribuído ao Poder Judiciário, ora ao Poder Legislativo, porque as principais (e mais vultosas) funções estatais de realização de políticas públicas e execução de despesas são responsabilidade do Poder Executivo.

O TCU se constitui, assim, como tribunal administrativo ligado ao Poder Legislativo, sem integrá-lo, que também não pertence ao Poder Judiciário (no Brasil⁸), mas mimetiza algumas de suas características e estruturas, constituindo-se e denominando-se como “tribunal”, além de empregar terminologia vinculada ao Judiciário: “corte”, “ministros”, etc.

Sobre essa característica do Tribunal de Contas, que parece buscar certa legitimação em figura do Poder Judiciário, ao qual não pertence e, ainda, destacando que esse órgão de controle externo não exerce jurisdição administrativa – nos moldes do Conselho de Estado francês –, vale citar excerto de Marques Neto e Palma (2020, p. 203-236):

No caso do TCU, a qualificação de suas atividades de controle, como medidas de combate à corrupção para alcançar o seu objetivo final de aprimorar a gestão pública, também corrobora para que ele goze de maior prestígio que a Administração Pública. Essa imagem institucional é potencializada com o simbolismo de uma ‘Corte’ que julga a Administração Pública, embora não pertença ao Poder Judiciário e nem goze de jurisdição administrativa como o Conselho de Estado francês.

Acerca das confusões terminológicas pela utilização da expressão jurisdição, no que diz respeito às atividades do TCU, Cretella Júnior defende que este tribunal não exerceria jurisdição e registra que o uso de certas expressões quanto a este órgão causa confusão, como “divisão em câmaras”, “julgar”, “jurisdição”. O autor defende, na mesma linha de Marques Neto e Palma (2020), que em razão do monopólio da jurisdição pelo Judiciário, estabelecida na Constituição, não é possível se admitir a existência do contencioso administrativo no Brasil, à semelhança da jurisdição administrativa na França (Cretella JR, 1987).

Giamundo Neto (2019, p. 23)⁹ chama a atenção para o fato de que consta na própria exposição de motivos do Decreto 966-A, assinada por Rui Barbosa, que os modelos de processos administrativos de contas que serviram de referência para o Brasil foram de países como França, Bélgica e Itália, países nos quais existe a figura do contencioso administrativo definitivo, com dualidade de jurisdição. De outro lado, apesar de inspirado nos modelos

⁸ Em outros países do mundo os tribunais de contas pertencem ao judiciário, como em Portugal. Nesse sentido é a obra de Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Almedina. p. 473.

⁹ Páginas 23 e 31.

desses países, no Brasil a jurisdição é una, com monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, cabe citar trecho da exposição de motivos de Rui Barbosa:

A necessidade de confiar a revisão de todas as operações orçamentárias da receita e despesa a uma corporação com as atribuições que vimos de expor, está hoje reconhecida em todos os países, e satisfeita em quase todos os sistemas de governo estabelecidos, que apenas divergem quanto à escolha dos moldes; havendo não menos de quatorze constituições, onde se consigna o princípio do Tribunal de Contas.

Dois tipos capitais discriminam essa instituição, nos países que a têm adotado: o francês e o italiano.

O primeiro abrange, além da França, os dois grandes Estados centrais da Europa, a Suécia, a Espanha, a Grécia, a Servia, a Romênia e a Turquia. O segundo, além da Itália, domina a Holanda, a Bélgica, Portugal há quatro anos, o Chile há dois e, de recentes dias, o Japão.

No primeiro sistema a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas, ou pagas, além das faculdades do orçamento. No outro a ação dessa magistratura vai muito mais longe: antecipa-se ao abuso, atalhando em sua origem os atos do poder executivo susceptíveis de gerar despesa ilegal.

Dos dois sistemas, o último é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja, não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças. (Giamundo Neto, 2019, p. 23)

Tem particular importância para o presente estudo a tradicional discussão entre os que entendem que os tribunais de contas no Brasil exercem jurisdição, e os que entendem que não exerce. Não se trata de mero exercício teórico acadêmico.

A compreensão de que o TCU não exerce jurisdição, por ser essa una e exclusiva do Poder Judiciário, conduz à possibilidade de revisão de suas decisões judicialmente, uma vez que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito¹⁰, o que é desenvolvido em outro tópico deste estudo e que serve para fortalecer parte de suas conclusões.

Passemos, então, à análise da função de fiscalização atribuída ao Parlamento. Sobre a base da outorga dessa função ao Poder Legislativo, Carvalho Filho (2011, p. 918) oferece uma perspectiva esclarecedora. Segundo sua visão, o Poder Legislativo, enquanto representante

¹⁰ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

indiscutível da vontade popular, é quem concretiza, na estrutura política do Estado, essa vontade.

Tal realidade, para o citado autor, decorreria do princípio da representatividade política. Enquanto a Administração Pública se dedica à execução das determinações legais, sua função é predominantemente de execução, não de criação do direito. Portanto, é coerente e necessário que, para manutenção do equilíbrio no sistema de divisão de funções estatais, a função de fiscalização seja conferida ao Poder Legislativo.

Nas palavras de Carvalho Filho:

O fundamento desse controle é eminentemente constitucional. Como a administração pública também é uma das funções básicas do Estado, não poderia o Legislativo, incumbido de outra dessas funções, ser autorizado se não fosse por expressa referência da Constituição. A não ser assim, estar-se-ia admitindo a indevida interferência de um em outro dos Poderes, com vulneração do princípio da separação entre eles, consagrada no art. 2º da Carta Maior (Carvalho Filho, 2011, p. 918).

Observa Chaves (2009, p. 97) que parte relevante das competências de fiscalização do Poder Legislativo tem seu exercício deferido ao Tribunal de Contas da União que, assim, as exerce, como visto, a partir de normas materialmente constitucionais. Nesse sentido, como já destacado, pelo teor do artigo 70 da Constituição Federal o Poder Legislativo é o titular dessas competências, embora os incisos do artigo 71 atribuam expressamente ao TCU o seu exercício.

Assim, dada a posição institucional do TCU na condição de órgão que exerce competências constitucionais estatuídas em normas materialmente constitucionais, adequada é a competência do STF para controlar – por meio de mandado de segurança, recurso extraordinário ou reclamação – o exercício dessas competências, bem como dos poderes que delas decorrem. Com efeito, a atuação da Corte de Contas, por vezes, é alvo de impugnação perante o Poder Judiciário, sendo esse um dos pontos de concentração deste trabalho, dada sua importância para as ponderações e aprofundamentos pretendidos na pesquisa.

Não resta dúvida de que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao TCU um papel de protagonista no exercício do controle externo da Administração Pública, o que se pode observar pelas competências da Corte de Contas relacionadas nos incisos de seu artigo 71.

As competências constitucionais do TCU se fazem acompanhar da atribuição de poderes e posição central desse órgão técnico, que, para desempenhar papel tão proeminente

na organização estatal brasileira, precisou também ter os poderes inerentes a essas competências atribuídos pela legislação e reconhecidos pelo Judiciário.

Suas competências e poderes são exercidos por diversas formas, como exemplificam o julgamento das contas de responsáveis por recursos públicos federais, a possibilidade de aplicação de sanções, a apreciação da legalidade de aposentadorias para fim de registro e a execução de auditorias em órgãos federais, além da função constitucional de emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, entre outras competências.

Tais competências se encontram previstas na Constituição da República, nos dispositivos citados alhures, bem como na Lei nº 8.443/1992 – sendo disciplinadas pelo Regimento Interno do TCU.

Vale ressaltar que o Tribunal de Contas da União é apenas um dos atores que desempenham função de controle, com atuação sobre os três Poderes e inclusive sobre outros entes de controle que também não se encaixam perfeitamente dentro da separação de Poderes – a exemplo do Ministério Público¹¹. As ações de controle são exercidas por diversos entes – como CGU, TCU, MPF, agências reguladoras, CADE – que se concentram no exame da validade e do mérito das decisões governamentais. Nesse sentido, o comentário de Marques Neto e Palma (2020):

O jogo da governabilidade é complexo. Há uma plêiade de atores, dinâmicas e variáveis que definem a capacidade de o Executivo tomar decisões efetivas e, assim, satisfazer as finalidades públicas definidas em regras de competência. O estudo desses fatores varia de agenda para agenda de pesquisa, considerando a abordagem escolhida, mas um pressuposto é comum a todas as linhas: o Direito importa. Isso porque são as fontes jurídicas que conformam todo o arranjo no qual se estrutura a governabilidade, ou seja, as ‘regras do jogo da governabilidade’ são ditadas pelo Direito. A essa matriz formal, originária na estruturação da dinâmica entre os Poderes, outros elementos se acoplam para determinar o grau de governabilidade em um determinado contexto e momento histórico, elementos esses de natureza política, econômica, ideológica, cultural etc. (Marques Neto; Palma, 2020, p. 204)

O primeiro trecho da citação se comunica com a questão relativa à posição do TCU na organização do Estado e suas competências constitucionais, pressuposto para, a partir dessa

¹¹ Processo emblemático desta atuação do TCU sobre o Ministério Público Federal (MPF) é o TC-006.470/2022-0, no qual se examinam supostas irregularidades na gestão administrativa da força-tarefa da Operação Lava Jato, particularmente quanto aos valores despendidos com diárias, passagens e gratificações de desoneração de procuradores, no âmbito da aludida Operação – tema que poderia ser considerado como ligado a decisão *interna corporis*, adstrito a decisão discricionária na condução de atividade fim do MPF.

identificação, possamos avaliar os limites e consequências de suas decisões, em sintonia com a natureza desse ente público.

A segunda parte do excerto colacionado, por sua vez, dialoga com articulações sobre a relevância de uma cotejo crítico acerca do alcance dessas decisões que julgam contas, que não podem se desviar do fato de que “o Direito importa”. Por essa razão, a Constituição e as leis devem, em conjunto com a doutrina, trazer embaraços à função de decidir do Judiciário, no que se pode chamar de constrangimento epistemológico (Streck, 2020, p.61).

A citação apresenta também o sistema jurídico, como raiz formal, se acoplando a outros elementos relacionados a sistemas distintos. Nesse sentido, a passagem também indica a abertura para uma abordagem sistêmica, atraindo um necessário estudo a respeito da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (Viana, 2015), que será desenvolvido no próximo tópico deste trabalho.

Temos, nessa plêiade de atores e dinâmicas, sistemas e subsistemas que se acoplam, sendo possível compreender o Controle (sistema de controle dentro da esfera controladora) como subsistema da Administração Pública, operando na intersecção entre o Direito e a Política. Trata-se de uma abordagem não ortodoxa a respeito da teoria dos sistemas, na medida em que subsistemas emergem da diferenciação funcional interna de um sistema. Mas essa tese pode ser defendida, no tocante ao controle, na medida em que, como ressaltado, a Corte de Contas não se caracteriza inteiramente como órgão do sistema jurídico ou do político; o TCU julga contas com referência ao sistema do Direito, que delimita as consequências jurídicas possíveis dessa decisão e, com referência ao sistema da Política, ponderando a atuação político-administrativa de indivíduos que poderão ou não, ainda como reflexo da decisão, participar do jogo democrático e concorrer a um mandato eletivo.

Ocorre que o Controle, embora se relacione ao sistema da política, no que diz respeito à atuação dos tribunais de contas, deve se guiar pelas regras do Direito e decidir fundamentadamente, mesmo que suas decisões possam – então – incidir sobre o sistema da política e retirar um possível candidato da disputa por votos.

Os tribunais de contas exercem controle técnico e não político (Oliveira, 2023), o controle político é exercido, de outro lado, diretamente pelo Poder Legislativo.

Como ressaltado, o processo de controle externo que tramita na Corte de Contas decorre de competências constitucionais e legais atribuídas a esses entes, que tem ao longo das últimas décadas – e cada vez mais – construído entendimentos próprios que aumentam sua esfera de atuação, dentro da esfera controladora¹² – instituída pela LINDB.

A Lei 13.655/2018, ao modificar a LINDB, trouxe uma importante inovação ao reconhecer a existência autônoma da "esfera controladora", separada da esfera administrativa. Essa distinção foi estabelecida ao designar a esfera controladora, juntamente com as esferas administrativa e judicial, como destinatárias da referida norma. Essa nova configuração encontra respaldo na doutrina especializada em direito administrativo (Oliveira, 2023, p. 144).

Assim, a esfera controladora representa uma entidade distinta da esfera administrativa, com atribuições específicas relacionadas ao controle e fiscalização da atuação dos órgãos e entidades da administração pública.

Sobre Teoria da Constituição e Hermenêutica precisamos registrar importante fundamento para a pesquisa que estamos a desenvolver (Marques Neto; Palma, 2010, p. 205):

Em Estados cuja Constituição desempenha um papel central na condução política, como é o caso do Brasil, as regras do jogo da governabilidade são primacialmente definidas na própria Constituição e, a posteriori, na hermenêutica constitucional. Não por outra razão os precedentes do Supremo Tribunal Federal têm delineado os contornos da separação de Poderes, especialmente nos casos em que a Corte se debruçou sobre situações concretas que desafiavam o papel institucional de cada Poder. No desenho das instituições de Estado – aqui considerando não apenas os três Poderes, mas também o Ministério Público e o Tribunal de Contas –, a Constituinte buscou estabelecer a missão de cada qual em um novo cenário democrático. Para um novo panorama, novas atribuições e instituições reconfiguradas. [...]

Nos parece que as regras do jogo definidas na Constituição, que regem o afastamento da elegibilidade, não estão sendo observadas fielmente no que diz respeito à inelegibilidade em estudo¹³. Decisões do STF, como as que serão apreciadas neste trabalho, precisam delinear os contornos a partir dos quais a atuação de um órgão – que não pertence ao Poder Judiciário – pode proferir manifestação tão decisiva quanto a um direito fundamental, sem que essa decisão, pelo desenho constitucional e posição do TCU, se submeta ao rigores do Poder que tem na função de julgar sua atividade primordial, o Judiciário.

¹² Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

¹³ Artigo 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/90.

Entendemos que é essa a interpretação que pode defluir dos julgados do STF que iremos estudar.

É de Meirelles (2000, p. 65) definição de órgãos independentes que engloba o TCU:

Órgão independentes são originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário –, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional [...]. De se incluir, ainda, nesta classe o Ministério Público Federal e Estadual e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros e Municípios, os quais são órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria de agentes políticos, inconfundíveis com os servidores das respectivas instituições.

A Constituição atribui competências próprias e privativas ao TCU, previstas na Constituição Federal, em seus artigos 33, § 2º, e 71 – entre outros.

O TCU é órgão autônomo, uma vez que possui orçamento próprio, tem iniciativa de lei para definir o plano de cargos e salário de seus servidores e, além disso, dispõe de certa liberdade de ditar a forma como cumprirá sua missão constitucional, conforme estabelece o artigo 73 combinado com o artigo 96, ambos da Constituição (Albuquerque; Cunha, 2009, p. 64).

1.1.1. Breve Evolução Histórica

Entre as preocupações emergentes com os direitos do cidadão, que constaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão votada e aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte, na fase inicial da Revolução Francesa – em 1789 –, encontram-se, logo em seu preâmbulo, bem como em seus artigos 14 e 15, a possibilidade de exigir dos gestores públicos a prestação de contas de sua administração:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser, a qualquer momento, comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso, mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disso, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

[...]

Art. 14 Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15 A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente pública pela sua administração.

O pensamento iluminista que conduziu a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) adotava práticas de controle de contas, já no século XVIII, embora a atividade de controle do emprego de verbas pública remonte a civilizações antigas (Brasil, TCU, 2014, p. 19), inclusive desde civilização suméria, mais de cinco mil anos atrás.

O desenvolvimento histórico do Tribunal de Contas da União (TCU) no Brasil evidencia evolução funcional e expansão de competências, que reflete as transformações do papel do Estado e as crescentes exigências de governança pública no país. Essa trajetória é indissociavelmente vinculada às disposições prescritas pelas sucessivas constituições brasileiras, que instituíram mudanças significativas no arcabouço e na atuação desse órgão de controle.

O Tribunal de Contas foi instituído em 1890 pelo Decreto nº 966-A, durante a gestão de Rui Barbosa à frente do Ministério da Fazenda – e seguindo seus ideias republicanos –, logo após a Proclamação da República. Foi o Ministro da Fazenda Inocêncio Serzedello Corrêa quem conseguiu acelerar a implantação de fato do Tribunal, com a expedição do Decreto provisório nº 1.166/1892; assim, posteriormente, em 17 de janeiro de 1893, houve a instalação da Corte de Contas.

Observa-se que, historicamente, nas constituições anteriores à Constituição de 1988, a relação com o Parlamento foi mais extensa e dependente.

Assim, na Constituição de 1891 – a Carta Republicana do Brasil –, marco inicial desta evolução histórica do tribunal, ele foi alçado ao *status* constitucional. O modelo adotado neste primeiro momento foi o belga, atuando a Corte pelo exame prévio com veto limitado e registro sob reserva (Zymler; Alves, 2023, p. 38).

Na Constituição de 1934 houve ampliação da relação com o Poder Legislativo para consecução de suas funções, pois esse passou a ter a decisão final quanto irregularidades detectadas pelo TCU em contratos.

A Constituição de 1937 atribuiu ao Tribunal de Contas a responsabilidade de monitorar a execução orçamentária, diretamente ou por meio de delegações conforme estabelecido por lei, além de julgar as contas dos responsáveis por recursos ou bens públicos e verificar a legalidade dos contratos firmados pela União (Zymler; Alves, 2023, p. 40).

No contexto do pós-Estado Novo, a Carta Magna de 1946 veio a reinserir como competência constitucional do Tribunal de Contas o registro, prévio ou posterior, das obrigações de pagamento, com possibilidade de veto relativo ou absoluto, com recurso de ofício ao Congresso Nacional.

É na Constituição de 1946 que o Tribunal de Contas pela primeira vez aparece no capítulo que cuidava do Poder Legislativo, em seção relacionada ao orçamento, tanto no que se referia à sua elaboração quanto no que dizia respeito à fiscalização de sua execução. Aparece também nesse momento histórico de evolução constitucional a apreciação, pelo Tribunal, quanto à legalidade das aposentadorias, reformas e pensões (Oliveira, 2023, p. 24).

Verifica-se que esse controle de despesas oriundos de contratos, o julgamento das contas dos responsáveis por recursos e bens públicos, bem como a emissão de parecer prévio sobre as contas do presidente da República eram as principais funções da Corte de Contas nos períodos até aqui expostos.

Na Constituição de 1967 o Tribunal de Contas foi mantido no capítulo que cuidava do Poder Legislativo, e foi a primeira vez que a expressão "controle externo" foi inserido na Constituição, atribuindo ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, essa função. Além disso, a Constituição de 1967 eliminou o controle prévio pelo Tribunal de Contas e determinou que auditorias financeiras e orçamentárias fossem realizadas nas unidades administrativas dos três Poderes da União, que deveriam enviar suas demonstrações contábeis ao Tribunal, permitindo que este realizasse as inspeções necessárias (Oliveira, 2023, p. 24).

Temos a partir daqui um sistema de controle por meio de auditorias e inspeções, bem como regras de controle corretivo de despesas e a previsão de que o Tribunal de Contas passaria a ter quadro próprio de pessoal (Zymler; Alves, 2023, p. 41-42).

Segundo Zymler e Alves (2023, p. 42): “Do exposto, verifica-se que a Constituição de 1967 substituiu o sistema de registro prévio pela fiscalização por meio da técnica de auditoria, instrumento de controle sucessivo à formação do ato e concomitante à execução orçamentária das despesas”.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 preservou integralmente as disposições da Constituição de 1967 referentes ao Tribunal de Contas, conforme estabelecido em seus artigos

70 a 72 (Oliveira, 2023, p. 25), contudo a Emenda nº 7, de 1977, fez duas alterações quanto ao controle exercido pelo Tribunal e Contas, quais sejam, atribuiu a ele competência para apreciar, para fins de registro, a legalidade de concessões iniciais de aposentadoria, reforma e pensões, bem como estabeleceu que o presidente da República poderia ordenar tais registros, *ad referendum* do Congresso Nacional (Zymler; Alves, 2023, p. 45).

Finalmente, a Constituição de 1988, proveniente do processo de redemocratização, foi decisiva para consolidar o papel do TCU como entidade autônoma e imprescindível ao controle da administração pública. Seu escopo de atuação foi fortemente ampliado para incluir não apenas a fiscalização contábil, financeira, mas também operacional e patrimonial, habilitando o Tribunal a intervir preventivamente, por meio de auditorias realizadas antes mesmo da execução financeira.

Ressalte-se trecho de voto do Ministro Celso de Mello, no STF, durante o julgamento do RE 848.826/DF, no qual reconhece a ampliação das competências e a evolução institucional das Corte de Contas no decorrer da história constitucional brasileira:

Registro, desde logo, a inquestionável importância dos Tribunais de Contas, enfatizando, tal como o fiz em julgamento de que fui Relator (SS 1.308/RJ), que a nova Constituição da República ampliou, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891 – que limitava a sua atuação à mera liquidação das contas da receita e despesa e à verificação de sua legalidade (art. 89) – foram investidos, agora, de poderes mais extensos que ensejam, em tema de controle externo, a possibilidade de ampla fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta.

A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto nº 966-A, de 07/11/1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa – foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, “d”).

A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. (original com destaques)

Com cada reforma constitucional, o TCU adaptou-se às novas realidades e desafios impostos pela gestão dos recursos públicos. Atualmente, o Tribunal não apenas audita e fiscaliza os recursos após sua execução, mas também atua de forma proativa, empregando tecnologias avançadas de informação e metodologias sofisticadas de análise de risco para prevenir irregularidades e incrementar a eficiência. Esta evolução contínua, que espelha um esforço constante de modernização e ajuste a um cenário dinâmico, reafirma o papel do TCU

como um pilar fundamental da governança pública no Brasil, buscando que a administração dos recursos públicos seja conduzida com transparência e eficácia.

1.1.2. Natureza Jurídica das Decisões do TCU

As decisões do TCU têm natureza de decisão administrativa, não podendo ser consideradas como decisões judicantes.

Poderíamos, mais modernamente, com o advento das alterações à LINDB trazidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, dizer que as decisões do TCU possuem natureza de decisão controladora – relacionando-se mais precisamente a essa esfera.

Como demonstramos em tópico anterior deste trabalho, o TCU não se insere organizacionalmente na estrutura do Poder Judiciário, constituindo-se como tribunal administrativo, que não exerce função jurisdição em sentido estrito.

Ademais, o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição permite que as decisões administrativas proferidas na esfera controladora do Estado possam ser revistas pelo Judiciário (Abboud, 2020):

O Tribunal de Contas da União não tem função jurisdicional em sentido estrito, apesar de exercer atividades muito próximas a ela. Suas decisões, como qualquer decisão administrativa, estão sujeitas ao controle do Poder Judiciário, conforme estabelece a CF 5º, XXXV.

Assim, embora se fale em jurisdição do Tribunal de Contas da União, bem como em unidades jurisdicionadas e outro termos análogos, aqui não temos a expressão com o sentido de jurisdição exercida privativamente pelo Poder Judiciário, como poder dever de dizer o direito e solucionar os litígios de forma definitiva.

A expressão jurisdição, em um sentido amplo, é utilizada em diversos trechos de normas que regulam a atuação do TCU, como sua Lei Orgânica e seu Regimento Interno. Assim, temos na Lei nº 8.443/1992:

Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:
[...]

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

[...]

Art. 87. Ao servidor a que se refere o artigo anterior, quando credenciado pelo Presidente do Tribunal ou, por delegação deste, pelos dirigentes das unidades técnicas da secretaria do Tribunal, para desempenhar funções de auditoria, de inspeções e diligências expressamente determinadas pelo Tribunal ou por sua Presidência, são asseguradas as seguintes prerrogativas:

I - livre ingresso em órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União; (destacamos)

Observa-se a utilização do termo “jurisdição” em diversos trechos dos normativos que regulam o controle externo da Administração Pública.

A Constituição também se refere a uma espécie de jurisdição do TCU:

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

Há uma série de autores que defendem que a jurisdição do TCU não tem a mesma acepção e sentido jurídico da jurisdição exercida pelo Judiciário, sendo essa a posição que adotamos neste trabalho – e que é prevalente na doutrina:

As questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, são meras ‘questões prévias’, são simples ‘questões prejudiciais’, constituem o **prius** lógico-jurídico de um crime, ou, pelo menos, de circunstância material desse **crime**. [...] O Tribunal de Contas não julga, não proclama sentença, não condena por crime praticado. [...] Não se deve perder de vista também que o Tribunal de Contas ‘aprecia’, ‘fiscaliza’ ou ‘julga’ contas, ao passo que o Poder Judiciário julga pessoas. [...] Assim, **requisito formal da jurisdição é a existência de órgão integrante do Poder Judiciário**. [...] Nenhuma das tarefas do Tribunal de Contas configura **atividade jurisdicional**, pois não se vê, no desempenho dessa Corte de Contas, nem autor, nem réu, nem propositura de ação, nem provocação para obter **prestação jurisdicional**, nem inércia inicial, nem existência de órgão integrante do Poder Judiciário, nem julgamento de crime contra a Administração. (destaque no original). (Cretella, 1987, p. 193/195)

Assim, tem-se a seguinte posição de Zymler (2005, p. 429):

Se acalorados embates doutrinários discutiam a delimitação da função judicante do Tribunal de Contas, que alguns entendiam assemelhada à exercida pelo Poder Judiciário, não há negar a evidente prevalência dos que propugnavam por uma acepção especial do verbo julgar e da expressão jurisdição, circunscrita ao exercício de atribuição administrativa.

A posição aqui defendida, em consonância com o entendimento dos tribunais e doutrina dominante, compreende o termo “jurisdição” unicamente como delimitação de abrangência das competências do TCU.

1.1.3. Controle do Poder Judiciário sobre os julgamentos do TCU

Partindo do pressuposto de que a jurisdição no Brasil é una, e de que o ordenamento jurídico brasileiro não acolhe o sistema de contencioso administrativo, infere-se que as decisões administrativas – inclusive aquelas emanadas por órgãos dotados de função estatal decisória, a exemplo do TCU – estão sujeitas à reapreciação pelo Poder Judiciário. Essa abordagem reforça a supremacia do controle judicial sobre as atividades administrativas, assegurando a conformidade destas com os princípios legais e constitucionais vigentes.

Há quem sustente que não competiria ao Poder Judiciário rever o mérito das decisões do Tribunal de Contas da União, contudo essa posição precisa ser enfrentada de maneira mais crítica e que melhor se harmonize com o sistema jurídico pátrio.

A análise quanto ao limitado campo de abrangência para que as decisões do TCU sejam revistas pelo Judiciário tem relevo para a pesquisa desenvolvida, porque demonstra que suas decisões proferidas no sistema de controle, fora do sistema jurídico, podem provocar consequências seríssimas no sistema político, com restrição à capacidade eleitoral passiva do cidadão, influenciando em direito fundamental de participação política e repercutindo no próprio exercício da soberania popular.

É preciso que se privilegiem valores constitucionais superiores, como a democracia e a soberania popular, conforme defendeu no STF o Ministro Ricardo Levandowski em seu voto e durante as discussões do julgamento do RE 848.826/DF, que trata exatamente sobre possibilidade de restrição à capacidade eleitoral em face de decisão de Tribunal de Contas.

O Ministro Edson Fachin, no mesmo julgamento perante o STF, reitera compreender “a dimensão que justifica uma elogiável superlativação dos elementos atinentes à moralidade administrativa”, contudo destaca que entende “que os males da democracia, como já se disse, são curáveis no âmbito da própria espacialidade da democracia e da soberania popular” (RE 848.826/DF).

Abboud (2023, p. 61) apresenta conceito que demonstra a importância da soberania popular para a democracia enquanto forma de governo:

O cerno do debate sobre democracia são três conceitos: soberania popular, autonomia e equidade. Esses conceitos se inter-relacionam, ainda que com menor intensidade, com outros três: deliberação, pluralismo e reciprocidade. As lutas persistentes sobre esses princípios e premissas, ajudam a explicar, na teoria e na prática, a história emaranhada da democracia.

Logo, a apreciação sobre o quão restritas são as hipóteses de controle judicial quanto ao conteúdo do decidido pelo TCU, inclusive quanto ao mérito do julgamento de contas – e à conclusão pela rejeição de contas que pode gerar inelegibilidade – reforça a necessidade de exame mais exauriente e profundo do Poder Judiciário sobre outro aspecto do dispositivo legal que pode conduzir à inelegibilidade a partir de decisão controladora¹⁴, qual seja, sobre a presença de conduta ímproba.

Por isso trata-se, nesse tópico, sobre o controle do Judiciário sobre as decisões do TCU.

Apesar da necessidade de respeito às decisões técnicas do TCU – resguardando o controle externo de titularidade do Congresso Nacional, mas exercido em grande parte pelo desempenho de funções constitucionais do Tribunal de Contas –, fato é que o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em um sistema de unidade da jurisdição, não pode comportar a limitações defendida por parte da doutrina, eis que, segundo o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Segundo parte da doutrina, com a qual divergimos, somente seria possível ao Judiciário rever as decisões do TCU em casos de nulidade por irregularidade formal grave ou patente ilegalidade, pois se assim não fosse a decisão do TCU representaria mero e inútil formalismo.

Argumenta-se, nessa linha, que a função de julgar processos de controle externo é atribuída pela Constituição, com exclusividade, ao TCU.

Assim, como o TCU seria o órgão que deteria privativamente a competência para apreciação da matéria, nos termos dos artigos 70 e 71 da Constituição Federal, c/c os dispositivos da Lei nº 8.443/1992, a atuação do Poder Judiciário estaria limitado a uma apreciação quanto a possível *error in procedendo* da decisão controladora, mas não quanto à *error in judicando*.

Discorda-se, logo de início, com a qualificação da irregularidade formal como “grave” para que o Poder Judiciário possa examinar. Bem como quanto à designação da ilegalidade como “patente” ou “manifesta”, como requisito para revisão pelo Judiciário.

¹⁴ Proferida em um procedimento menos protetivo às garantias da defesa e ao devido processo legal.

Parece que essa limitação não é possível, uma vez que não se encontra estabelecida pela Constituição, que põe a salvo qualquer lesão ou ameaça de direito. O código lícito/ilícito do sistema jurídico é binário, sendo ilegalidade, não há exigência de que seja manifesta ou patente, bastando ser provada a ilicitude.

O vício formal, enquanto desrespeito à procedimento previsto, pelo qual a própria ação Estatal se legitima, deverá ser revista pelo Judiciário caso tenha prejudicado oportunidade de defesa daquele que se defende.

Não é possível se falar em gradação de ilegalidade ou irregularidade procedimental para permitir intervenção do Poder Judiciário.

É citada lição doutrinária referente a textos da Constituição de 1946 – que foram reproduzidos na atual Constituição – na defesa de posição restritiva à atuação do Judiciário.

Não obstante o Tribunal de Contas não integrar o Poder Judiciário], o art. 71, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra ‘julgamento’, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo. (Fagundes, 1957, p. 142)

Pontes de Miranda, também em obra referente à Constituição de 1946, sustenta que (Miranda, 1963, p. 95):

A função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*.

Eduardo Gualazzi (1992, p. 200) assim se manifesta sobre o assunto:

É mister realçar-se, porém, que as decisões do Tribunal de Contas [...] não admitem revisão exclusivamente no tocante às competências constitucionais e legais, privativas, do Tribunal de Contas, ou seja, em matérias de fato e/ou jurídicas cuja apuração objetiva remanesça reservada ao Tribunal de Contas.

Na doutrina, Athos Gusmão Carneiro, (1989, p. 14) ao tratar dos dois casos de Jurisdição anômala admitidos pela Constituição, defende a seguinte posição:

As atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando ‘julga’ as contas ‘dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos’, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não pode se afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime (José Cretella Júnior, Tribunal de Contas, Dicionário, cit., Seabra Fagundes, O Controle, cit., n. 62). Da mesma forma, tal julgado impõe-se na ação de ressarcimento promovida contra o responsável pelo alcance.

De acordo com Didier (2010, p. 95), as Agências Reguladoras, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e, também, os Tribunais de Contas, são exemplos de equivalentes jurisdicionais. Estes órgãos, embora não constituam jurisdição propriamente dita, desempenham funções que se assemelham às técnicas de tutela de direitos. Eles resolvem conflitos ou certificam situações jurídicas, carecendo, entretanto, do caráter de definitividade, exatamente porque suas decisões podem ser submetidas ao controle judicial.

Segue-se a posição de Britto (2001), para quem a Constituição é clara sobre a função jurisdicional do Estado ser exclusiva do Poder Judiciário, ao qual o TCU não pertence.

Perfilhando, neste sentido, o entendimento de Giamundo Neto (2019, p. 64-65), que nos parece em consonância com a melhor interpretação do texto constitucional:

Diante de tudo que se expôs e das lições dos autores citados, concluímos ser administrativa a natureza das funções do Tribunal de Contas. As suas decisões não são dotadas do caráter de definitividade que possuem as decisões judiciais, dado que o nosso sistema de jurisdição é uno. De outro lado, por serem proferidas por um órgão constitucional dotado de autonomia e, como tal, por advirem de competências expressamente previstas na Constituição Federal, devem ser observadas e cumpridas por toda Administração Pública e demais responsáveis fiscalizados. Nesse sentido, as decisões do Tribunal de Contas se sobrepõem a quaisquer outros atos e decisões administrativos eventualmente adotados pelo agente objeto do controle, mas sem perder a sua natureza administrativa.

Por conseguinte, tais decisões são plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário, que sobre elas pode exercer amplo e irrestrito controle por força do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, plasmado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido, tal controle não encontra limitações, podendo alcançar, para além de vícios de procedimento e de formalidade do ato, o próprio mérito ou matéria da decisão administrativa, seja ela de julgamento ou de qualquer outra espécie, uma vez verificado erro ou ilegalidade.

Entende-se, pois, que a posição acima esgrimida é a que melhor se amolda à complexidade do mundo da vida atual, como horizonte interpretativo, uma vez que ao exercer suas competências constitucionais – após nosso Código político de 1988 – houve clara expansão de poderes atribuídos ao órgão de controle externo da Administração, em fenômeno que alguns denominam como ativismos de contas (Cabral, 2021).

Tal ativismo de contas, como uma espécie do ativismo jurídico, teria as seguintes características (Cabral, 2021): i) extrapolação das suas competências constitucionais, invadindo searas que seriam de outros órgãos e/ou instituições, por vezes havendo substituição do próprio gestor; ii) desrespeito aos precedentes judiciais, decisões judiciais específicas e/ou precedentes administrativos da própria Corte de Contas; iii) interpretações que desrespeitem a literalidade dos textos normativos; iv) construção de regras concretas e

específicas, não editadas pelo legislador, a partir de normas gerais e abstratas de cunho principiológico.

Assim, reafirmar e fortalecer o papel do Judiciário no controle judicial deste empoderado órgão de controle – que pode se consubstanciar em ativismo de contas –, é uma tutela legítima contra eventuais abusos e ilegalidades, que não devem se restringir a vícios formais “graves” ou “patentes” ilegalidades.

O que se está a defender e refletir, com base em possíveis condutas ativistas dos órgãos de controle, é que suas ações podem ser menos ostensivas e de fundamentação mais elaborada, a demandar avaliação mais meticulosa pelo Poder Judiciário para que possam ser revistas.

Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a revisão dos julgamentos do TCU não se limita apenas às questões relacionadas à garantia da ampla defesa e do contraditório, sendo um fenômeno observável em determinadas situações.

Merecem menção alguns exemplos do que, conforme consolidado na jurisprudência, legitima a atuação do Poder Judiciário no controle de legalidade do ato administrativo, inclusive os atos controladores provenientes do TCU: i) irregularidade formal grave; ii) patente ilegalidade; iii) abuso de poder; iv) teratologia; v) desproporcionalidade; e vi) falta de aderência da decisão ao contexto fático.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reitera que os atos da Corte de Contas sujeitam-se ao controle jurisdicional nos casos de ocorrência de irregularidade formal grave, manifesta ilegalidade e adoção de motivos fáticos e jurídicos inidôneos.

A observância ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, alberga hipóteses em que a natureza da decisão do Poder Judiciário é rescindente, mas não substitutiva, o que preserva a competência constitucional reservada ao TCU quanto o julgamento relativo ao mérito das contas, isto é, se as contas são regulares, regulares com ressalva ou irregulares.

É o que se observa em decisão de lavra do Ministro Edson Fachin que, quando da relatoria do RE 1.251.716-PE, trazendo outros julgados da Corte Suprema, delimitou, didaticamente, o campo de atuação do judiciário perante atos do TCU:

Todavia, embora a Constituição de 1988 tenha ampliado consideravelmente o campo de atuação do TCU, de modo a prestigiar e fortalecer sua esfera de poder, não restam dúvidas quanto à natureza administrativa de suas decisões, porquanto ‘o Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode desconsiderar a existência de coisa julgada’ (MS 34950/DF, Redator p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 07.06.2021).

Desse modo, impende salientar que os julgamentos proferidos pelo Tribunal somente importarão na chamada ‘coisa julgada administrativa’, o que leva ao entendimento de que as decisões emanadas pela Corte de Contas não refogem à apreciação do Poder Judiciário, notadamente por conta do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, disposto no art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional.

Em relação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, observa-se que não pairam dúvidas quanto à possibilidade de o Poder Judiciário revisar atos exarados pelo TCU quando eivados por vícios de natureza formal, de maneira que esta Corte Suprema possui reiterados julgados em que decisões do Tribunal de Contas foram anuladas por terem ofendido o direito ao contraditório e à ampla defesa.

[...]

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a necessidade de se prestar deferência institucional a todos os órgãos técnicos e especializados que possuem competência atribuída diretamente pela Constituição da República para apreciação de determinadas matérias que demandam algum tipo de conhecimento aprofundamento, de modo que só é devida a intervenção no Poder Judiciário nos casos de patente ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

Nesse linha de intelecção, como bem apontou o Eminent Representante do Ministério Público Federal em seu parecer, ‘Apesar de a multa administrativa enquadrar-se no conceito de ato administrativo vinculado, por não se sujeitar a critérios de conveniência e oportunidade do Poder Público, a análise dos limites da cognição pelo Poder Judiciário acerca da decisão do Tribunal de Contas deve ser avaliada à luz da teoria das capacidades institucionais’.

O Superior Tribunal de Justiça caminha no mesmo sentido, entendendo que cabe ao Poder Judiciário a atribuição de realizar o controle legal sobre as penalidades administrativas, quando essas forem desproporcionais e sem o devido respaldo no contexto fático. Como se segue:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS. MULTAS SANCIONATÓRIAS. POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. IMPUTAÇÃO DE CULPA A EXECUTORES DOS CONTRATOS DE GESTÃO DA COMPANHIA DO DESENVOLVIMENTO DO DISTRITO FEDERAL-CODEPLAN. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PREVISTAS NO ART. 67 DA LEI 8.666/1993. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA. NÃO COMPROVAÇÃO DE IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA IMPUTÁVEIS AOS ACUSADOS. RECURSO DOS PARTICULARES PROVIDO.

1. O controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário sobre as penalidades administrativas, aplicadas aos seus jurisdicionados, não está adstrito aos procedimentos adotados, sendo aceito pela Jurisprudência deste Superior Tribunal que a aplicação de pena administrativa desproporcional e sem o devido respaldo no contexto fático produzido evidencia ilegalidade passível de revisão judicial, sem que isso revele indevida interferência no mérito administrativo do ato. Precedentes: MS 17.490/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10.2.2012; MS 14.993/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 16.6.2011.

2. Hipótese em que o Tribunal de Contas do Distrito Federal impôs pena de multa a Executores dos Contratos de Gestão da Companhia do Desenvolvimento do Distrito Federal-CODEPLAN pelo suposto descumprimento das responsabilidades previstas

no art. 67 da Lei 8.666/1993, referentes ao acompanhamento e fiscalização da prestação dos serviços contratados.

3. In casu, devido à dimensão dos serviços e da complexa estrutura organizacional da CODEPLAN, os Executores contavam com o apoio de técnicos especializados contratados, pela CODEPLAN, para o acompanhamento in loco, responsáveis pela elaboração de relatórios sobre os quais se embasava o trabalho dos apenados; nesse contexto, diante ainda da especialidade dos serviços, referentes majoritariamente a tecnologia e informática, dos quais se exige um conhecimento técnico próprio, não se mostra razoável a aplicação da pena, verificando-se que a atividade dos acusados era regida pelas informações prestadas pela área técnica.

4. Por força dos princípios da culpabilidade e responsabilidade subjetiva, à luz, também, do art. 122 da Lei 8.112/1990, a sanção administrativa pressupõe, necessariamente, a comprovação do elemento subjetivo, dolo ou culpa, sem o qual não há falar em imposição de penalidade.

5. O dolo, representado pela vontade clara e consciente de causar o dano ou prejuízo, justifica de maneira mais evidente o poder-dever do Estado de punir seu Servidor. A culpa, por sua vez, demanda um exercício interpretativo mais complexo, dado que não se trata de um intuito efetivo de praticar o ato ou dele omitir-se, mas uma falta, uma negligência, uma imperícia que conduziu para o advento do ato ou omissão prejudicial à Administração Pública.

6. A área de conhecimento técnico, nesses casos, é um importante obstáculo para o devido juízo de valor do Servidor ou agente responsável pela aprovação ou avaliação da prestação do que foi contratado. Para o correto acompanhamento e fiscalização de serviços dessa natureza, o caput do art. 67 da Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de contratação, pela Administração, de terceiros para assistir e subsidiar o ocupante do cargo de Executor de contrato administrativo, precaução adotada pela CODEPLAN.

7. Uma vez atestada pela área técnica a correta prestação dos serviços, não se revela proporcional ou razoável a configuração do elemento subjetivo culpa imputado aos acusados, notadamente quando o conhecimento técnico especializado exigido para sua análise não condiz com aquele ordinariamente esperado daquele que ocupa o cargo de Executor do contrato. Neste caso, não se evidencia comportamento culposos e, muito menos, doloso.

8. No contexto dos autos, não se pode depreender a culpa dos recorrentes pelas faltas observadas. Não se verifica, a princípio, a comprovação de imperícia, imprudência ou negligência imputáveis aos acusados que conduza à evidência de culpa destes pelos atos viciados, muito menos de dolo, razão pela qual se impõe o afastamento da multa a eles imposta pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal.

9. Recurso Especial de FRANCISCA DAS CHAGAS NOGUEIRA e OUTROS provido, para afastar a penalidade imposta pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, tendo em vista a ausência de elementos empíricos minimamente reveladores da prática de ato configurador de ilícito punível com a aludida sanção.

(REsp n. 1.566.221/DF, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 6/12/2017)

Em sentido similar, tem-se também decisão de 2023 relatada, no Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Sérgio Kukina (AgInt no RE n. 2028076/RN).

Não menos contundente foi o decidido no AResp 1783990/SP, quando, em 2022, a Segunda Turma estabeleceu que:

ANÁLISE PRÉVIA DO TERMO ADITIVO PELO TRIBUNAL DE CONTAS QUE NÃO IMPEDE O CONTROLE JUDICIAL: INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

19. Não merece guarida a tese da recorrente de que descabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo cuja análise foi feita pelo Tribunal de Contas.

20. O simples fato de o termo aditivo ter sido analisado pelo Tribunal de Contas é insuficiente para excluir sua apreciação pelo Poder Judiciário por meio de Ação Civil ajuizada especialmente para isso. Além de as atividades exercidas pelas Corte de Contas não terem natureza jurisdicional, o princípio da inafastabilidade da jurisdição é expressamente consagrado na Constituição (art. 5º, XXXV, da CF). Ademais, a prevalecer a tese da recorrente, teríamos situação esdrúxula, em que seria necessário prévia ‘rescisão’ da decisão administrativa para que o Poder Judiciário pudesse analisar a questão.

21. No caso em exame, como será abaixo demonstrado, em capítulos específicos, a discussão é de legalidade, e não de exame de mérito administrativo. O cerne da controvérsia é saber se é ou não possível interpretar literalmente cláusulas do contrato de concessão original mesmo que não atingido o equilíbrio econômico-financeiro.

22. O STJ já reconheceu a possibilidade de decisões proferidas pelo Tribunal de Contas se sujeitarem ao controle do Poder Judiciário.

Precedentes: REsp 1.447.561/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.9.2016; REsp 1.032.732/CE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8.9.2015; REsp 472.399/AL, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 19.12.2002, p. 351.

Desta forma, observa-se que o âmbito de atuação do Poder Judiciário se estende além do que uma parte da doutrina tradicionalmente sustenta. Nesse contexto, torna-se plenamente viável avaliar as premissas que fundamentam condenações no campo controlador, em especial no âmbito dos processos de controle externo, sem conspurcar a competência atribuída ao Tribunal de Contas da União. Essa interação respeita os limites institucionais de cada órgão, ao mesmo tempo em que permite um exame mais amplo e integrado das questões jurídicas envolvidas.

Apesar disso, existem limitações tratadas com base no princípio da capacidade institucional, a qual atrai presunção de legitimidade às decisões de órgãos técnicos como o TCU. Favretto e Klanovicz (2023, *online*) destacam que:

Decisões judiciais e formulações doutrinárias têm recorrido com crescente frequência à noção de capacidades institucionais. Invoca-se a ideia, geralmente, como uma espécie de diretriz hermenêutica que recomenda ao Poder Judiciário uma postura de autocontenção diante de temas eminentemente técnicos, cujo enfrentamento caberia a outras instituições melhor talhadas para a função. (destaque no original)

Sendo possível verificar em precedentes do STF, como no Agravo Regimental no MS 36.037 da lavra do Ministro Luiz Fux, afirmação sobre a necessidade de autocontenção do Poder Judiciário em deferência à maior capacidade institucional para tratamento de certas matérias técnicas, sobretudo quanto a órgãos autônomos de estatura Constitucional:

Ementa: O Supremo Tribunal Federal não é instância recursal das decisões administrativas tomadas pelo CNJ no regular exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas, de sorte que, ressalvadas as hipóteses de

flagrante ilegalidade ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário a autocontenção (judicial *self-restraint*) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria.

Voto: Não bastasse, tenho defendido nesta Corte ser absolutamente descabida a pretensão de convolar esta Corte em instância recursal das decisões administrativas tomadas pelo CNJ no regular exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas. É que, no meu entender, devemos partir de uma análise de deferência para com os órgãos autônomos especializados em geral, sobretudo àqueles que a Constituição da República outorgou assento constitucional de competência técnica para certas matérias.

Como a competência constitucional para o julgamento de contas é atribuída pela Constituição ao TCU, apesar das considerações sobre a atração do controle Judicial no caso de vícios e ilegalidade nos seus processos, observa-se que estamos diante de hipótese na qual existem severas restrições à revisão de tais decisões pelo Judiciário.

Assim, na forma exposta no início deste tópico do trabalho, como em regra não cabe ao Judiciário apreciar se a rejeição de contas foi acertada, um exame judicial mais profundo precisa ser feito sobre o elemento subjetivo da conduta que gerou o julgamento pela irregularidade das contas, por autoridade competente especificamente para esse fim, que poderá sindicá-la se houve conduta ímproba – oportunizando ao cidadão o exercício da ampla defesa. Sem isso o sistema de controle influenciaria indevidamente o sistema político e, em última análise, atentaria contra a democracia.

1.2. Competências e Poderes do Tribunal de Contas da União

Não resta dúvida de que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao TCU um papel de protagonista no exercício do controle externo da Administração Pública. Nesse sentido, relacionou as competências da Corte nos incisos de seu artigo 71, que merecem ser aqui expostas:

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

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões,

ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

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

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

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

As atribuições constitucionais conferidas ao Tribunal de Contas da União (TCU) culminam em um inquestionável fortalecimento deste órgão técnico. Para a execução de tão significativa incumbência, tornou-se imprescindível o reconhecimento dos poderes necessários ao exercício pleno de suas funções.

O Tribunal possui competências constitucionais e prerrogativas que incluem o julgamento das contas de quaisquer responsáveis pela gestão de recursos públicos federais, a apreciação da legalidade de aposentadorias para fins de registro, a realização de auditorias em órgãos federais e a nobre tarefa de emitir parecer prévio sobre as contas anuais apresentadas pelo Presidente da República.

No presente estudo, a concentração será na competência constitucional estatuída no inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, que prevê competência judicante de julgar contas. Assim ao TCU compete, conforme tal dispositivo da Constituição:

Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público

Essa competência constitui a mais relevante, para este trabalho, dentre as exercidas pelo TCU. O julgamento pela irregularidade das contas, com conseqüente condenação ao

ressarcimento de prejuízos causados à Fazenda Pública – denominado rejeição de contas pela legislação eleitoral – é aqui o objeto central.

Tal julgamento pela irregularidade das contas pode implicar em restrição ao direito fundamental eleitoral passivo de ser votado, em face da inelegibilidade prevista na alínea g, do inciso I, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 64/1990.

Em trabalho dedicado ao direito administrativo e controle, Zymler (2005, p. 412) destaca que, dentro do plexo de competências do artigo 71 da CF/88, essa é a atribuição mais relevante. Tal preponderância, pontua o autor, decorre diretamente do princípio fundamental de nossa ordem constitucional, que torna obrigatória a prestação de contas da Administração Pública, como consequência da forma republicana de governo. Destaca ainda que:

Na República não há espaço para monarcas ou soberanos que se situem acima das leis, devendo aquele que lida com a *res publica* estar obrigado a comprovar a regularidade de sua gestão, por meio da devida prestação de contas.

Apesar de certa predominância dessa função judicante de julgamento de contas – e da importância específica dela para nosso objeto de pesquisa –, apresentaremos, também, outras relevantes competências do TCU, para uma melhor compreensão das atividades desempenhadas pela Corte, que, inclusive, justificam a sua conquista de espaço institucional após a Constituição de 1988.

O Exercício dessas competências da Corte de Contas, suas responsabilidades e poderes, por vezes, são alvo de impugnação perante o Poder Judiciário, pelos meios apontados em outro tópico deste trabalho.

O TCU tem, também, função e competência sancionatória, podendo aplicar sanções “aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas”, conforme estabelece o inciso VIII, do artigo 71, da CF/88.

As competências constitucionais do TCU e os poderes de ente de controle externo da gestão pública foram extremamente reforçados pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido Leitão e de Paula Lima (2018) defendem que, reconhecendo a importância histórica do controle externo da Administração Pública no Brasil, o poder constituinte aprimorou significativamente – ao trabalhar nos dispositivos que regem o TCU – o sistema de fiscalização das atividades dos gestores de recursos públicos. Nesse contexto, o TCU foi dotado de novos instrumentos, anteriormente inexistentes em seu rol de competências, tais

como a imposição direta de sanções aos responsáveis por irregularidades administrativas e financeiras, conforme preceitua o artigo 71, inciso VIII, da Constituição de 1988.

Essa competência se relaciona diretamente com o exercício do poder punitivo estatal, que é apenas uma das vertentes das diferentes competências exercidas nos processos de natureza controladora desenvolvidos pelo TCU.

A aplicação de sanção nos processos controladores tem sido objeto de discussão doutrinária e conduzido a jurisprudência a uma exigência mais rigorosa quanto à fundamentação relacionada à culpabilidade dos responsáveis, para que as importantes competências e poderes reforçados pela CF/88 sejam objeto de controle e o devido processo legal, com suas garantias correlatas, sejam rigorosamente respeitadas (Leitão; de Paula Lima, 2018).

Para o que interessa ao presente estudo, observa-se que a apreciação sobre conduta ímproba não se encontra entre as competências do TCU.

1.3. Direito Processual Controlador: O Processo do Tribunal de Contas da União – Processo de Controle Externo

O processo no TCU pode ser mais bem denominado como processo de controle externo, uma espécie do gênero processo controlador.

O processo controlador também é desenvolvido por outros entes de controle, como o Ministério Público e a CGU – Controladoria Geral da União. Por isso defendemos uma classificação na qual o processo controlador é gênero e o processo controlador desenvolvido pelo TCU, no exercício do controle externo da Administração Pública de titularidade do Congresso Nacional, se classifica como processo de controle externo, sendo espécie daquele.

Conforme Zymler e Alves (2023, p. 265), “a sequência ordenada de atos praticados pelo TCU, com vistas ao exercício de sua missão de controle externo, pode ser denominada de processo” e, seguindo a denominação do próprio título da obra citada, teríamos o processo do Tribunal de Contas da União ou, apenas, processo de controle externo.

Em relação às especificidades de sua atuação, cabe destacar a seguinte observação de Odilon Oliveira sobre a necessidade de se observar a especificidade da atuação do TCU:

Trata-se de reconhecer que a especificidade da atuação dos Tribunais de Contas requer tratamento igualmente específico no tocante ao seu regime jurídico, de modo a que se preserve a coerência do direito, na linha do que tem sido sustentado por Carlos Ayres Britto no sentido de que seus processos não são processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos, mas, na realidade, processos de contas, pois proferem julgamentos sobre as atividades de outros órgãos, agentes públicos e pessoas, e não sobre as suas próprias atividades, e sua atuação não é originária, mas sim consequente a uma atuação administrativa, e ‘seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em que medida’. (Oliveira, 2023, p. 16)

Realmente, não é visto no Tribunal de Contas da União processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. Destaca Ayres Britto a denominação – processos de contas –, entretanto defende-se que é passível especificar uma classificação ainda mais particular para a esfera controladora do Tribunal de Contas, pois processo de contas é um tipo de processo que pode ser desenvolvido neste âmbito.

O processo de controle externo – que possui “características próprios que o diferenciam do processo judicial e do administrativo” (Zymler; Alves, 2023, p. 265) – pode ser processo de contas ou processo de fiscalização. Logo, nos parece que a denominação processo de controle externo é mais adequada. Possível e mais ampla, também, a denominação processo controlador (gênero, como ressaltado), a partir da identificação autônoma – no plano normativo – trazida pelas alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Viana (2019, p. 101) defende, no mesmo caminho argumentativo, que o processo que tramita nos Tribunais de Contas não se confunde com o processo administrativo. Pondera o autor que o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela diferença, pois “o processo administrativo tem por finalidade própria concretizar a lei, ao passo que o processo de controle externo tem por fim controlar o ato emanado a partir do processo administrativo, verificando se a lei foi respeitada e em que medida”.

Pois bem; em outra importante consideração (Zymler; Alves, 2023, p. 269-270) defende-se o uso dessa denominação – processo de controle externo – como mais adequada aos casos do processo do TCU, é observado o seguinte:

O presente trabalho adota a base doutrinária de Egon Bockmann Moreira para defender a cientificidade do uso da expressão ‘processo de controle externo’. Esta figura insere-se no conceito geral de processo, uma vez que consiste em uma sequência de atos desenvolvida conforme um rito preestabelecido nas leis orgânicas e nos regimentos internos dos respectivos tribunais, com vistas ao exercício das competências de controle externo previstas nos diversos incisos do art. 71 da CF/1988, e, ainda, nas respectivas leis de regência. Esses tribunais agem dentro de

uma ordem jurídica, assumindo uma posição imparcial e equidistante dos interesses em discussão, aplicando o Direito segundo as provas e informações contidas nos autos, formando sua convicção de forma livre e independente.

O processo de controle externo, como defendido, enquanto espécie de processo controlador, pode ser processo de contas ou processo de fiscalização. Há uma série de tipos de processos nos tribunais de contas, que não se limitam a processos de contas, sendo certo que – pela necessária precisão terminológica – vale a seguinte classificação:

Processo Controlador (gênero) – Processo de controle externo (espécie) – Processo de Contas (um dos tipos de processos de controle externo) – Processo de Contas Anuais (subtipo de processo de contas) – Tomada de Contas Especiais (outro subtipo de processo de contas) – Processo de Fiscalização (outro tipo de processo de controle externo), com vários subtipos: Representação – Denúncia – Relatório de Auditoria – Apreciação de atos sujeitos a registro – Resposta a Consulta. (Classificação feita pelo próprio autor com base nas normas que regem a matéria)

As peculiaridades dos diversos tipos de processos de controle externo não serão objeto de aprofundamento neste trabalho, uma vez que nosso objeto de pesquisa se relaciona aos efeitos do julgamento pela irregularidade de contas e, mais especificamente, às consequências eleitorais quanto à possível inelegibilidade de quem tem as contas rejeitadas. Assim sendo, concentraremos nossa pesquisa nos processos de contas.

O processo controlador tem características distintas do processo administrativo e processo judicial. Como destacado alhures, temos no processo controlador especificidades, como na atuação pelo processo de controle externo das Cortes de Contas, e nesse há o desenvolvimento de uma plêiade de competências constitucionais e legais que não se confundem com atuação administrativa – desempenhada em processos administrativos –, nem com processos judiciais ou parlamentares (Oliveira, 2023).

Conforme tratado em outro tópico deste estudo, embora o controle externo tenha como titular o Poder Legislativo, o TCU não faz parte do parlamento, nem a ele se subordina, exercendo competências própria, deferidas diretamente à Corte de Contas pelo texto Constitucional, razão pela qual seus processos não se assemelham, também, com processos parlamentares.

Primeiramente, não se pode perder de vista que o processo é um instrumento para o legítimo exercício do poder estatal (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2006, p. 296), estando presente em distintas atividades estatais – legislativas, judiciais, administrativa e controladora –, e mesmo em atividades não estatais (como processos disciplinares em associações).

A edição das alterações trazidas à LINDB conferiu identificação autônoma, no plano normativo, à especificação de um processo que pode ser denominado de controlador, com regime jurídico próprio, mas que deve obediência aos princípios constitucionais que regem o processo, a exemplo do devido processo legal.

Aprofundando o que foi apresentado em outra passagem deste trabalho, precisamos pontuar que se desenvolve no TCU uma espécie bem particular de processo, que pode – a partir da interpretação da Constituição Federal e das alterações trazidas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – ser classificado como um processo controlador.

Diferente de um processo administrativo, regido por normas diversas, como a Lei do processo administrativo (Lei 9.784/1999), o processo controlador (gênero), no qual se desenvolve o controle externo da administração pública – processo de controle externo –, é regido por regras e princípios próprios, tendo na Lei 8.443/1992 e no regimento interno do TCU importantes fontes para sua disciplina.

As tentativas de encaixar os procedimentos dos processos de controle externo dentro das categorias jurídicas existentes de processo administrativo e processo judicial não têm sido bem-sucedidas, dadas as peculiaridades do exercício das competências constitucionais do TCU.

No processo de controle externo do TCU, diferente do que ocorre no processo judicial, não existem partes que litigam uma contra a outra cabendo a um juiz decidir de forma imperativa dando razão a uma das partes (Marinoni, 2008, p. 390).

Dentro dos tipos de processos de controle externo existentes nos normativos do TCU, o tribunal desempenha suas competências constitucionais, não existindo partes em litígio se contrapondo, mas sim a busca pela verificação sobre a regularidade de condutas.

Nos processos de contas, entre eles a tomada de contas especial, se verificam tanto a regularidade e legalidade de condutas quanto como recursos públicos foram geridos – e se houve dano ao Erário.

São partes no processo controlador (de controle externo) que tramita no TCU: i) o Responsável – assim definido pela Constituição e pelas leis, e; ii) o interessado – aquele que

possuir razão legítima para intervir no processo. Nesse sentido é o teor do Regimento Interno do TCU (RITCU):

Art. 144. São partes no processo o responsável e o interessado.

§ 1º. Responsável é aquele assim qualificado, nos termos da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e respectiva legislação aplicável.

§ 2º. Interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo.

Como a União – ou outra entidade pública à qual os recursos se vinculem e sobre a qual o TCU tenha competência – não se qualificam tecnicamente como parte (geralmente ocupam posição de unidade jurisdicionada), elas não se manifestam nos autos, pois não são Responsáveis nem Interessados.

O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), que tem sua previsão constitucional no artigo 130 da Lei Maior, também não se qualifica como parte, uma vez que nos processos de controle externo eles sempre atuam como fiscal da lei – *custos legis* –, jamais como órgão de acusação – *dominus litis*.

Chaves (2009, p. 249-250), ao diferenciar o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU) do Ministério Público comum, destaca que o MPTCU é um órgão de extração constitucional e que lhe são aplicáveis os dispositivos constitucionais pertinentes aos demais órgãos do Ministério Público comum. O autor verifica que o MPTCU atua exclusivamente como fiscal da lei, não sendo parte nos processos, e ressalta que sua atuação se restringe ao Tribunal de Contas, não possuindo competência para demandar junto ao Poder Judiciário.

Há, contudo, quem veja na atividade do MPTCU, apesar de seu exercício prevalente como fiscal da lei, uma atuação residual como parte; assim (Jardim; Valladão, 2020, p.36):

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União atua processualmente como fiscal da lei (manifestando-se sobre as questões de direito nos processos) e, excepcionalmente, como parte (ao recorrer, ao formular representação etc.).

Composto por sete membros, sendo quatro procuradores e três subprocuradores-gerais, o MPTCU precisa necessariamente se pronunciar em algumas espécies de processos, como processos de prestação de contas e de tomada de contas especiais, e podem ser instados a se manifestar em outros processos, nos quais sua oitiva não é obrigatória, como em determinados processos de fiscalização – representações e denúncias¹⁵.

¹⁵ Conforme artigos 80 a 84 da Lei nº 8.443/1992, bem como artigos 58 a 64 do Regimento Interno do TCU.

O Supremo Tribunal Federal assentou a existência autônoma do MPTCU, tendo afastado a tese de integração ao Ministério Público da União¹⁶ (Zymler, 2005, p. 435).

As etapas do processo no TCU são elencadas da seguinte forma por Chaves (2009, p. 309):

- Instrução;
- Parecer do Ministério Público (obrigatório ou mediante solicitação);
- Julgamento;
- Recursos.

Uma característica que demonstra certa fragilidade do exercício da defesa no TCU, e de seu devido processo legal controlador (com menos garantias do que o devido processo legal judicial), é o fato da própria parte poder fazer sua defesa diretamente, sem necessária participação de defesa técnica por advogado, ou mesmo pela constituição de qualquer outro procurador, que não precisa necessariamente ser advogado.

Nesse sentido é o teor do artigo 145 do RITCU, traz “As partes podem praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído, ainda que não seja advogado”.

A ausência de defesa técnica obrigatória é mais um elemento de fragilidade do devido processo legal desenvolvido no processo controlador de controle externo.

A questão do ônus da prova também precisa ser avaliada, por representar situação que revela um devido processo legal menos rigoroso do que o judicial, apesar de ser considerado adequado por parte da doutrina e da jurisprudência em face da natureza dos processos de controle externo.

Nos processos de Controle Externo do tipo que interessa ao presente estudo, isto é, nos processos de contas, o ônus da prova de comprovação quanto à regularidade da gestão dos recursos cabe a quem se defende e, deste modo, procura demonstrar que suas condutas foram regulares.

Nesse sentido, cumpre destacar alguns precedentes do TCU sobre o tema:

Eventuais dificuldades do gestor na obtenção dos documentos necessários à prestação de contas dos recursos geridos, inclusive as derivadas de ordem política, se não resolvidas administrativamente, devem ser por ele levadas ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de ação própria, uma vez que a responsabilidade pela

¹⁶ Conforme ADI nº 789-1.

comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos é pessoal. (Acórdão 1838/2019-Primeira Câmara, Rel. Ministro Vital do Rêgo)

Não cabe ao TCU determinar, a pedido do responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa. (Acórdão 2454/2022-Segunda Câmara, Rel. Ministro Bruno Dantas)

Eventuais dificuldades do gestor na obtenção dos documentos necessários à prestação de contas dos recursos geridos, inclusive as derivadas de ordem política, se não resolvidas administrativamente, devem ser por ele levadas ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de ação própria, uma vez que a responsabilidade pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos é pessoal. (Acórdão 5466/2020-Primeira Câmara, Rel. Min. Vital do Rêgo)

A doutrina especializada (Zymler; Alves, 2023, p. 393) considera o seguinte ao comentar sobre norma que trata da gestão de recursos públicos¹⁷:

Isso implica que é do gestor o ônus da prova da escorreita aplicação dos recursos públicos que lhe foram confiados, cabendo-lhe apresentar os documentos exigidos na normas que regem a prestação de contas, sob pena de responsabilização pelo Tribunal em débito e multa.

Essa diferença entre a distribuição do ônus da prova no processo de controle externo em comparação com o processo judicial, pela qual no primeiro é quem se defende que tem o ônus probatório e, no processo judicial, cabe a quem acusa o dever de provar, pode ser apontada como fundamento para o que se está a demonstrar neste trabalho.

Para se suspender um direito fundamental de participação no processo democrático, com exclusão de um candidato que seja considerado inelegível por contas julgadas irregulares, é imprescindível que ocorra também apreciação por processo judicial, com um maior rigor procedimental, no qual a conduta dolosa – ímproba – seja comprovada por quem acusa, uma vez que, como visto, no processo do TCU caberá ao gestor o ônus de comprovar a regularidade de sua conduta.

Imprescindível, agora, partir para um exame mais minudente do próprio processo de Tomada de Contas Especial (TCE), enquanto um dos processos do TCU.

A TCE é um procedimento administrativo controlador, logo um tipo de processo de controle externo, devidamente formalizado, seguindo um processo específico, destinado a investigar a responsabilidade por danos à administração pública federal. Isso envolve a investigação dos acontecimentos (o que), a quantificação dos danos (quanto), a identificação

¹⁷ Decreto-Lei nº 200/1967.

dos responsáveis (quem) e a busca pelo devido ressarcimento (logo com natureza de responsabilidade civil)¹⁸.

A TCE é uma medida extraordinária, portanto, antes de iniciar o processo formal, a Administração deve esgotar todas as opções administrativas para corrigir a irregularidade ou para recuperar os prejuízos, durante a fase interna do processo – a se desenvolver perante o órgão da Administração –, os quais podem dar origem à TCE em sua fase externa perante o TCU.

A análise do processo de TCE no contexto federal é uma competência constitucional atribuída à Corte de Contas, conforme definido no artigo 70, parágrafo único, combinado com o artigo 71, ambos da Constituição Federal.

Sobre o processo no TCU e sua possibilidade de fazer decisão definitiva há a seguinte posição doutrinária:

Cabe, ademais, a seguinte indagação: em um processo de contas, ao responsável ou interessado, a garantia do contraditório e ampla defesa é efetivamente garantida? Muito embora a Lei Orgânica do TCU (LOTUCU), agregada aos demais diplomas que disciplinam o processamento de feitos na Corte, preveja a oportunidade do contraditório e da ampla defesa àqueles que têm suas contas examinadas pelo Órgão, deve-se lembrar que cabe ao responsável ou interessado defender-se contra pareceres técnicos exarados pelo mesmo órgão que examinará os seus argumentos e ao final decidirá. Em outras palavras: o Tribunal de Contas aponta determinada irregularidade em sua fiscalização, oportuniza o contraditório ao responsável, examina as razões de defesa desse, acolhendo-as ou não, para, ao final, ele mesmo decidir e em seguida apreciar eventual recurso contra sua decisão.

Diante dessa dinâmica – e apenas levando em consideração o aspecto de o mesmo órgão acusar, manifestar-se sobre a defesa, julgar e apreciar o respectivo recurso contra sua decisão –, teria esse órgão, em teoria, isenção e imparcialidade suficientes para se conferir caráter definitivo às decisões, como o são as decisões do Poder Judiciário? A resposta para nós é negativa, na medida em que, para fins de definitividade jurisdicional, há certa incompatibilidade no exercício dessas atividades pela mesma figura. Somente pode ficar imune à nova apreciação a decisão que resultar de processo cujo órgão julgador esteja em posição equidistante em relação à acusação e ao acusado. (Giamundo Neto, 2019, p. 61-62)

A inexistência de equidistância entre acusação e acusado é uma realidade nos processos do TCU. Embora essa constatação decorra das características e da lógica de seus procedimentos, não podemos deixar de perceber a posição de maior fragilidade a que expõe o acusado, uma vez que além de se defender contra todo o poder das estruturas do Estado, ainda tem como julgador a mesma entidade que lhe imputa fatos irregulares, isto é, o acusa e, ao mesmo tempo instrui o processo e o julga.

¹⁸ Conforme estabelece o artigo 2º, *caput*, da IN/TCU 71/2012.

A conclusão de que são próprios dessa atividade de controle externo, com seus procedimentos característicos, elementos que, no sistema dos tribunais de contas, não resultam na ilegalidade ou nulidade do processo, não elimina a necessidade de uma análise crítica. É imprescindível reconhecer outras consequências potenciais que podem decorrer dessas decisões, especialmente aquelas que são o foco deste estudo.

Assim, tanto esse procedimento precisa ser amplamente averiguável perante o Poder Judiciário, quanto as consequências de suas decisões precisam ser restritas às precisas competências estabelecidas na Constituição e nas leis.

A imposição de inelegibilidade decorrente de conduta apreciada em um procedimento dessa natureza não pode ocorrer sem que sejam respeitadas as garantias plenas de um processo judicial. Tal inelegibilidade exige um exame exaustivo, realizado por meio de um devido processo legal, conduzido exclusivamente pelo Poder Judiciário. A observância dessas garantias é fundamental para assegurar a integridade dos direitos fundamentais e a justiça no resultado do processo.

São essas fragilidades do devido processo legal controlador, quando comparado com o judicial, que o Supremo Tribunal Federal destaca em julgamentos, como no voto condutor da decisão do Tema 899 de Repercussão Geral. Os mesmos fundamentos utilizados nessa decisão — que reconheceram a prescritibilidade no processo de controle externo do TCU, limitando sua atuação temporalmente, em razão de suas características específicas —, entendemos que também conduzem à impossibilidade de as decisões do TCU, por si só, serem suficientes para julgar a elegibilidade com base na rejeição de contas, no âmbito da Justiça Eleitoral.

A inexistência de um processo com respeito ao devido processo legal judicial, no qual haja oportunidade de se defender contra imputação de conduta dolosa de improbidade administrativa, perante autoridade estatal competente, nos parece impeditivo para que tal inelegibilidade seja declarada e gere restrição ao exercício de direito fundamental.

1.3.1. Devido Processo Legal no Âmbito do TCU

O processo no TCU tem natureza administrativa, assim as próprias partes podem praticar diretamente atos processuais, caso haja representante (que não precisa ser advogado) é obrigatória a apresentação de procuração.

Não se tem no TCU um devido processo legal judicial, que traz garantias mais robustas aos direitos fundamentais, mas é preciso que o processo nas Corte de Contas respeito um devido processo legal que lhe é próprio – formato para o exercício de suas competências, o qual pode ser classificado com devido processo legal controlador. Essas conclusões encontram fundamento na Constituição e em precedentes do STF.

Nesse sentido, um importante precedente que merece ser estudado é o julgamento do RE 636.886/AL¹⁹, paradigma do Tema 899 de Repercussão Geral, no qual se fixou tese acerca do reconhecimento da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento (indenizatória) ao erário, em se tratando de processos nos tribunais de contas.

O voto do Relator deste Recurso Extraordinário, Ministro Alexandre de Moraes, tratou das características dos processos de tomada de contas especial, um tipo de processo de contas (processo de controle externo) por meio do qual o TCU julga contas e pode condenar ao ressarcimento de prejuízos ao erário, além de aplicar sanções. Destaca-se o seguinte trecho do voto, relevante para este ponto do trabalho:

Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão

¹⁹ **Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 899 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição, nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas". Os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Gilmar Mendes acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pela recorrente, a Dra. Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União; e, pela recorrida, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020.

judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

Segundo o voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator do RE 636.886/AL, que deu origem ao Tema 899 de Repercussão Geral, o processo no TCU teria as seguintes características: i) não se imputaria a existência de ato de improbidade; ii) não se abriria a possibilidade do fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa; iii) a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, contudo a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; iv) não se apura existência da ato doloso de improbidade administrativa mediante devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa; v) reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas significaria grave ferimento ao Estado de Direito, que exige – no campo penal e na responsabilidade civil –, a existência de um prazo legal para o Poder Público exercer sua pretensão, sendo excepcional a manutenção indefinida dessa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal; vi) as exceções à imprescritibilidade estão claramente explícitas e expressas na Constituição²⁰, restringindo-se ao campo punitivo penal – nas hipóteses previstas incisos XLII e XLIV do artigo 5º, a saber, a prática do racismo (XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLIV).

Tal decisão será com mais profundidade examinada em outro trecho deste trabalho, dada sua relevância para o que se pretende demonstrar e se está a investigar.

1.3.2. Processo de Contas

Para o que interessa na pesquisa, o processo de contas é o veículo essencial de estudo, pois é nele que as contas podem ser julgadas como irregulares e, daí, vir a suscitar possibilidade da inelegibilidade por rejeição de contas – do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC 64/90.

²⁰ Devendo ser interpretadas restritivamente, como decidido em diversos precedentes do STF.

Além disso, embora existam outros tipos de processo de contas (Zymler; Alves, 2023, p. 274-275), como os processos de contas anuais dos administradores e responsáveis – nos quais o TCU julga contas e pode condenar ao ressarcimento e aplicar multas previstas na Lei 8.443/1992 – o tipo de processo de contas mais usual e frequente no qual ocorre julgamento de contas, e que serve de fundamento para decisões da Justiça Eleitoral pela inelegibilidade, é o processo de tomada de contas especial (TCE).

Segundo Fernandes (1998, p. 36) a TCE é um procedimento administrativo extraordinário destinado à investigação de responsabilidades decorrentes de omissões, irregularidades no cumprimento do dever de prestar contas, ou danos ao erário.

Este processo é caracterizado como um procedimento investigativo e sancionador que visa apurar responsabilidade por omissão no dever de prestar contas, desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de natureza contábil, financeira, operacional ou patrimonial. A tomada de contas especial é regida por normativos específicos que buscam assegurar o ressarcimento ao erário e a responsabilização dos envolvidos nas infrações detectadas, sendo atualmente disciplinado pela Instrução Normativa TCU 71/2012 (Zymler; Alves, 2023).

O processo de Tomada de Contas Especial (TCE), conforme descrito pelas principais obras doutrinárias sobre o procedimento no TCU (Zymler; Alves, 2023), é um procedimento administrativo minucioso e estruturado em várias fases, destinado a assegurar a responsabilização por danos ao erário. Busca-se assegurar a eficácia e a eficiência deste processo com o objetivo de recompor danos aos cofres públicos e sancionar os responsáveis por desvios. Portanto, o que se destaca na regulamentação do procedimento administrativo e impulsiona o Tribunal de Contas da União são os propósitos de reafirmar seu papel crucial na preservação da integridade financeira da administração pública.

A lógica de constituição e desenvolvimento do processo, ao priorizar isso, em determinados momentos procedimentais deixa de observar o rigor de um devido processo legal judicial, porque não estamos diante de uma lide entre partes em igualdade de condições que, de maneira triangular, é decidida por um terceiro absolutamente imparcial e que não se envolve tão diretamente na produção de provas, razão pela qual o princípio constitucional da

ampla defesa passa por inegável mitigação – quando comparada com o processo desenvolvido pelo Poder Judiciário, regido pelo sistema jurídico²¹.

A fase inicial do procedimento de tomada de contas especial (TCE), ligado ao sistema de controle, é a instauração. Assim, o processo de TCE é instaurado pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal, quando se identifica uma irregularidade que pode ter gerado dano material. Esta fase inicial inclui a tentativa de detectar os responsáveis pelo provável dano, a colheita de dados e documentos e uma inicial tentativa de quantificação do prejuízo que pode ter sido causado ao cofre do ente público.

Em terminologia corrente nos manuais de controle externo e processo no TCU (Chaves, 2009, p. 346), afirma-se que o processo de tomada de contas especial se presta a identificar responsáveis por possível prejuízo (quem), apurar fatos e documentação comprobatória de suposto prejuízo (o que) e quantificar o eventual dano (quanto).

Na fase de instrução processual da TCE perante a Corte de Contas são coletadas todas as informações e provas pertinentes. Há então um parecer técnico (instrução técnica) elaborado pela unidade técnica competente, que depois é encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU para parecer. Esses documentos são importantes (e sua ausência gera nulidade), pois fornecem uma avaliação técnica e jurídica detalhada da situação, que servirá para auxiliar na fundamentação das decisões subsequentes a serem adotadas pelo TCU no processo, cujo julgamento compete a seus colegiados.

O Julgamento pelo TCU então ocorre a partir do voto do relator, com base nos pareceres produzidos nos autos (que não são impositivos da decisão a ser tomada) e nas defesas apresentadas pelos responsáveis, sendo o julgamento de contas sempre uma decisão colegiada tomada pelos seus ministros, por unanimidade ou maioria de votos (artigo 10 e seguintes da Lei nº 8.443/1992).

Na fase de julgamento determina-se a culpabilidade e, se for o caso, o julgamento pela irregularidade das contas, com imputação de débito aos responsáveis – caso se entenda que houve prejuízo à Administração Pública que deva ser ressarcido –, e possíveis sanções, que

²¹ Aqui sob a ótica própria da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, aprofundada neste estudo.

vão de multas²² a inidoneidade de licitante fraudador²³, passando por inabilitação para o exercício de cargos em comissão e função de confiança²⁴.

Em seguida, no caso de condenação ao ressarcimento e/ou aplicação de multa, há uma fase de cobrança, caso o débito e/ou a multa não sejam quitados espontaneamente, que se desenvolve em processo judicial, considerando-se que as decisões do TCU constituem título executivo extrajudicial, conforme o parágrafo terceiro do artigo 71 da Constituição: “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.

Os tipos de processos de contas que se inserem na delimitação de objeto deste estudo se referem ao artigo 71, inciso II²⁵, da Constituição Federal. Entretanto, também é possível a rejeição de contas pelo parlamento, a partir de parecer prévio da Corte de Contas, hipótese prevista no artigo 71, inciso I²⁶, da Constituição Federal, que não se insere diretamente no objeto de pesquisa, uma vez que nos concentramos na esfera federal e no julgamento pelo TCU, assim essa hipótese se restringiria ao presidente da República.

Ressalte-se, contudo, que a inelegibilidade em estudo pode resultar de decisão do Poder Legislativo ao julgar as chamadas contas de governo apresentadas pelo chefe do Poder Executivo. Tal entendimento está respaldado por uma série de precedentes e temas de repercussão geral, que serão explorados em tópicos posteriores deste trabalho. Esses precedentes são fundamentais para analisar os fundamentos e as interpretações do Supremo Tribunal Federal que tangenciam o objeto desta pesquisa, oferecendo uma perspectiva mais

²² Artigos 57 e 58 da Lei 8.443/1992.

²³ Artigo 46 da mesma lei: “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

²⁴ Art. 60. da mesma lei: “Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública”.

²⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

²⁶ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.

ampla sobre a interação entre decisões judiciais e legislativas em relação aos critérios de inelegibilidade.

1.4. Teoria da Responsabilidade e a Esfera Controladora no Tribunal de Contas da União

A responsabilidade por ofensa à ordem jurídica em regra só é imputável no caso de dolo ou culpa *stricto sensu* – isto é – diante de responsabilidade subjetiva (Cammarosa; Dal Pozzo, 2023, p. 37).

Segundo destaca Oliveira (2023, p. 13-14), a Lei nº 9.784/99 é destinada especificamente à regulamentação dos processos administrativos no contexto da Administração Pública Federal, configurando-se como um texto normativo focado em procedimentos administrativos. Já a Lei nº 9.873/99 limita-se a estabelecer o período de prescrição para ações punitivas executadas pela Administração Pública Federal. Ambas as legislações, portanto, não oferecem diretrizes substanciais em termos de direito material que poderiam apoiar a resolução de questões ligadas à responsabilização, conforme tratada pelo TCU.

Oliveira (2023, p. 12) destaca a dificuldade para identificar o regime jurídico aplicável à responsabilização pelo TCU, principalmente devido à falta de legislação específica e à natureza variável das decisões desses tribunais, que podem alternar entre aspectos administrativo-financeiros e elementos típicos do direito civil ou penal.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), alterada pela Lei nº 13.655/2018, corrobora a necessidade de que as decisões administrativas atentem para a realidade concreta e fujam de interpretação abstrata que nem sempre retrata a dinâmica dos fatos da vida, bem como estabelece a necessidade de que haja proporcionalidade entre o ato e a sanção.

Cuida-se de dispositivo de “sobredireito”, ou seja, é a norma que disciplina a emissão e aplicação de outras normas jurídicas. Ela prevê a maneira de aplicação da legislação no tempo e no espaço, o seu sentido lógico e as fontes do direito, complementando a Constituição. Assim, serve de norte interpretativo e integrativo do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, cumpre listar alguns artigos do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – a LINDB, que dizem:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

[...]

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

[...]

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Do excerto legislativo, sobressai também que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, para fins de aplicação de sanções administrativas, há que se verificar, necessariamente, a ocorrência de dolo ou erro grosseiro por parte do administrador público. Observe-se, contudo, que para rejeição de contas e condenação a ressarcimento de valores basta a culpa, sendo o dolo um elemento ligado à sanção nos processos do TCU – entretanto rejeição de contas apenas com sanção não gera a inelegibilidade em estudo²⁷.

Na apostila utilizada pelo TCU para capacitação de seus servidores, temos o seguinte tratamento quanto à verificação dos elementos subjetivos da conduta²⁸:

²⁷ Conforme §4º-A do inciso I do artigo 1º da LC nº 64/1990:

§ 4º-A. A inelegibilidade prevista na alínea “g” do inciso I do **caput** deste artigo não se aplica aos responsáveis que tenham tido suas contas julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados exclusivamente com o pagamento de multa.

²⁸ Apostila – Jurisprudência e Prática sobre a responsabilização de agentes perante o TCU. Guilherme Barbosa Netto; Guilherme Henrique de La Roque; Marcelo Mattos Scherrer; Paulo Vinhas Lima Júnior; Rafael Lopes Torres; Marcio André Santos de Albuquerque. Instituto Serzedello Corrêa. Tribunal de Contas da União. p. 25-26.

No dolo, o agente quer a ação e o resultado, enquanto que na culpa ele só quer a ação, mas acaba por atingir o resultado em razão de um desvio de conduta decorrente da falta de cuidado.

[...]

Para saber se o dever de cuidado foi observado, utiliza-se como parâmetro a figura do homem médio, diligente, cuidadoso. Sobre o assunto Cavalieri Filho (2001, p. 39) anota: ‘A conduta culposa deve ser aferida pelo que ordinariamente acontece, não pelo que extraordinariamente possa ocorrer. Jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum, a que os romanos davam a designação prosaica de *‘bonus pater familiae’*, e que é, no fundo, o tipo de homem médio ou normal que as leis têm em vista ao fixarem os direitos e deveres das pessoas em sociedade’.

Nesse sentido, registre-se que a orientação jurisprudencial do Tribunal de Contas da União (TCU), estabelecida logo após a referida alteração legislativa, consolidou o entendimento previamente dominante na Corte. Esse entendimento mantém que a análise da prática do novo conceito de “erro grosseiro” seguiria o parâmetro do “homem médio”, já utilizado na investigação de condutas culposas. Essa abordagem visa garantir que o exame de responsabilidade seja feito com base em critérios objetivos, considerando o comportamento que se espera de uma pessoa prudente e diligente nas mesmas circunstâncias, sem exigir uma expertise técnica específica por parte dos agentes públicos; senão veja:

A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o ‘erro grosseiro’ a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018.²⁹

O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.³⁰

Sobre o assunto, examinado pela ótica da teoria da responsabilidade com foco no “homem médio”, algumas considerações da unidade técnica do TCU no TC-004.179/2011-0 merecem destaque:

7. Diante do fato comprovado da ausência de recursos humanos e materiais para a atividade fiscalizatória (peça 88, fl. 11), não era de se exigir outra conduta do denominado homem médio, com todas os problemas decorrentes deste conceito, pois é uma atitude esperada em situações de normalidade, repetitivas (Maurice Halbwachs, *La théorie de l’homme moyen. Essai sur Quetelet et la statistique morale*, Paris, Libr. F. Alcan, 1913). Formular reprimendas sobre atos após ocorridos, com a confortável condição de criticarmos com todos os acontecimentos em mãos e não em regime de incerteza e escassez de recursos, não é um juízo de ilegalidade, mas o subjetivismo do que poderia ter sido ótimo. Por isso Kant, seguido por longa tradição jurídica, desconsidera tais avaliações do ajuizamento da legalidade, ainda que moral, da conduta.

²⁹ Acórdão 1.628/2018-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler.

³⁰ Acórdão 2.860/2018-Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman.

Há, inclusive, precedentes recentes da Corte de Contas nesse exato sentido:

Não configura erro grosseiro, para fins de responsabilização de autoridade por culpa *in vigilando* (art. 12, § 7º, do Decreto 9.830/2019), a não detecção de irregularidade que, em razão do caráter estritamente técnico dos aspectos envolvidos, demandaria avaliações além dos conhecimentos exigíveis e das atribuições de supervisão afetas à autoridade, fora do padrão de desempenho exigível do gestor médio. (Acórdão 2012/2022-Segunda Câmara | Relator: Antonio Anastasia)

Mas essa construção jurídica passou a ser desafiada no âmbito do próprio TCU, chegando-se ao entendimento de que não seria mais razoável deduzir o erro grosseiro do parâmetro de comportamento do administrador médio pelo simples fato de que essa figura, a rigor, não existe: é uma idealização forjada a partir da premissa de que gestores públicos, ungidos pelo concurso público, seriam seres sublimes, iluminados tais quais autênticos super-heróis administrativos, além da necessidade de prever ações que não estariam dentre os cenários possíveis no momento. Eis o choque de realidade provocado pela LINDB: gestores são seres humanos que enfrentam obstáculos e dificuldades reais e, por óbvio, são passíveis de errar.

Essa incompreensão gera consequências danosas.

Como pontuado por Marques Neto e Freitas (2019, p. 129), no afã de atender a ânsia social no combate a prática corruptas, desenvolveu-se um sistema legal de defesa da moralidade administrativa que, bem-intencionado, mas, por vezes, açodado, implica em falhas regulatórias por erros de diagnóstico e análises superficiais.

Erra, inicialmente, ao partir do pressuposto que o administrador não é probo, honesto e responsável e que, eventuais equívocos ou mudanças de cenário, partem, automaticamente, de condutas dolosas irreparáveis. De acordo com os autores, esse comportamento causa a paralisia da Administração Pública.

De fato, essa não valoração/individualização das condutas dos agentes gera insegurança jurídica e dá azo a ossificação administrativa, o famigerado “apagão das canetas”, onde um gestor, mais por prudência do que por medo, realiza o mínimo necessário para não colocar em risco a sua imagem, o seu “CPF”, que, certamente, perdurarão para além da gestão.

Isso porque há o risco de que, no futuro, mesmo anos após o ato ou finalização de um contrato administrativo, ele não seja acatado nos padrões de auditoria, sendo promovidas ações de responsabilidade sem que, de fato, sejam observadas as condições enfrentadas pela

gestão à época dos eventos, ou em mudanças de condições políticas e econômicas após os eventos.

O desenvolvimento de uma cultura judicial que reprime, persegue e cerceia a boa gestão contraria diretamente os princípios constitucionais da eficiência, da moralidade e da impessoalidade. O Ministro Gilmar Mendes, no voto da ADI 6421 MC, assim se manifestou sobre o assunto:

Antes de concluir, gostaria de fazer algumas advertências sobre os fundamentos constitucionais que devem estruturar regime republicano de responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos;

Nos últimos anos, publicistas de escola do Direito Administrativo brasileiro têm levantado sérias preocupações com a ausência de critérios para a definição da responsabilidade administrativa de gestores públicos nas três esferas da administração direta e indireta. Autores como Floriano de Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano. FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto, maio de 2018. Consultor Jurídico. 25 de maio de 2019), Gustavo Binenbojm, Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. Portal Jota, 31 de outubro de 2017), e outros de igual calibre têm diagnosticado, no Brasil, a ocorrência de verdadeiro “Apagão das Canetas” – expressão utilizada para designar sentimento generalizado de temor e de inação de nossos gestores públicos frente aos riscos de responsabilização pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário. O pior que poderia acontecer, em um momento como o que estamos vivendo, em que – como já disse a Ministra Rosa – é necessária a ação, era a inação, era a inércia.

Quando diretamente se esta a falar da cultura do medo no âmbito da administração pública, e isso repercute em consequências severas. Assumir um cargo de gestão na administração pública, especialmente em empresas que operam em atividades concorrenciais, torna-se uma tarefa de elevado risco quando se considera a ausência de uma ponderação adequada sobre a magnitude de possíveis equívocos e a limitação das informações disponíveis para a tomada de decisões. Esse cenário pode expor o gestor a sérios riscos, comprometendo tanto seu patrimônio quanto sua reputação profissional.

Em casos que envolvem grandes somas de dinheiro, como contratos milionários, a responsabilização solidária de um gestor pode acarretar a perda de seu patrimônio pessoal, não apenas no presente, mas por toda a vida. Essa realidade gera um forte desestímulo, especialmente entre os profissionais mais qualificados, que, embora possuam vocação para a gestão pública, são atraídos por oportunidades no setor privado, onde podem alcançar uma remuneração mais compatível com suas competências e sem os mesmos riscos pessoais.

Não se trata, aqui, de defender a leniência ou de promover práticas que contrariem os princípios da moralidade e da legalidade. O que se busca é assegurar a razoabilidade na aplicação dos princípios jurídicos, de modo a evitar interpretações desproporcionais do brocardo *in dubio pro societate*, que poderiam resultar em injustiças contra aqueles que exercem funções de gestão pública com seriedade e comprometimento.

Também parte do referido voto do Ministro Gilmar Mendes a lembrança da frase dita pelo professor Marcos Juruena Villela Souto, que dizia que “*dorme tranquilo quem indefere*”:

O temor da caneta só direciona o agir para a solução formal que nada agrega à construção de políticas públicas. Nas palavras precisas do saudoso professor carioca Marcos Juruena: “Dorme tranquilo quem indefere”. (Como destacado em MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o Ato Administrativo. Revista Colunistas – Direito do Estado, n. 289, 2016).

Marques Neto e Freitas (2019) identificam quatro impactos diretos da insistência no entendimento de que o administrador público não pode cometer erros. Além do chamado "apagão das canetas", destacam a inibição de qualquer iniciativa inovadora e a subserviência institucional, manifestada pela submissão acrítica e imediata às orientações dos órgãos de controle.

Os autores também mencionam a interdição de práticas experimentais na gestão pública, o que implica, na prática, em desconsiderar que as instituições são dinâmicas e exigem constante adaptação ao contexto. Esse engessamento, que equipara o erro ao ilícito, segundo os autores, cria incentivos contrários à inovação administrativa.

Por fim, trazem o problema das seleções adversas. Pela lógica, ao se repelir – mediante a não tutela – o exercício da função pública por agentes probos e honestos que, preocupados, deixam de agir, a Administração Pública abre espaço àqueles que a não se importam em assumir o risco da desonestidade (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 130-131).

A atuação do TCU não passou despercebida pelos autores, sendo apontada como um tema que exige estudo acadêmico aprofundado sobre o controle externo exercido pela Corte de Contas. Um ponto relevante, que merece atenção, é a interpretação adotada pelo TCU quanto ao conceito de erro grosseiro, ignorando a disposição legal que prevê a responsabilização dos gestores apenas nos casos de culpa grave ou erro grosseiro (Abboud; Freitas; Simões, 2023).

O Tribunal tem decidido que esse critério se aplica exclusivamente para fins de sanção, não para o julgamento da irregularidade das contas ou condenação em débito. Tal entendimento abre espaço para rejeições de contas em caso de culpa grave e erro grosseiro e, se estão presentes esses elementos subjetivos da conduta, não há dolo e, em nossa visão, uma interpretação distinta pela Justiça Eleitoral seria contrária à lei e poderia resultar em indevida inelegibilidade.

2. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO ORGANIZAÇÃO ESTRUTURANTE DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO E POLÍTICA

O referencial teórico adotado apoia-se na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann que, consoante Mascaro (2023), pode ser classificado como corrente da sociologia do direito contemporâneo juspositivista. Nesse sentido, Mascaro afirma que no Brasil “há um arco de sociólogos do direito que se filiam ao pensamento e à metodologia de Luhmann ou dialogam com visões sistêmicas” (Mascaro, 2023, p. 123).

As obras de autores como Jürgen Habermas, Gunther Teubner, Marcelo Neves, João Bachur, Benjamin Zymler e Sérgio Mendes, entre outros, também compõem o horizonte de obras pesquisadas, que servem de fundamentos para algumas das proposições e conclusões tratadas neste tópico da pesquisa.

Sobre a abordagem da sociologia do direito, destaca Mascaro que a disciplina pode ser compreendida como hermenêutica crítica da sociedade, que se apoia em abordagens teóricas que possibilitam a compreensão e análise das instituições sociais:

Para o jurista e o sociólogo poderem tratar de modo mais bem apropriado dos problemas específicos do direito é preciso, inexoravelmente, trilhar uma estrada maior que aquela que torna o conhecimento social meramente uma ciência estatística. Uma sociologia do direito se faz a partir dos grandes delineamentos teóricos que balizam a compreensão sobre a sociedade e o direito, lastreados na cientificidade da analítica social. A sociologia, que se presta a ser uma potente hermenêutica crítica da sociedade, assim o será se portar ferramentas científicas sobre a própria sociedade. O estudo sociológico, antes de se fechar na analítica dos objetos específicos (o direito, a política, a família, as instituições etc.), deve começar pelas suas grandes teorias, que fundam os horizontes metodológicos basilares da apreensão sociológica. (Mascaro, 2023, p. 2)

É nesse sentido que se utilizou a teoria dos sistemas – com algumas de suas críticas e evoluções – como ferramenta científica para o presente estudo.

Ocorre, contudo, que com amparo nas considerações de Jesús Ignacio Martínez García, responsável pela apresentação de uma das principais obras de Luhmann – O Direito da Sociedade –, em sua versão espanhola, podemos refletir que há algo de inclassificável na

obra de Luhmann, que desborda dos rótulos que os académicos tentam se valer para enclausurar os estudos em um âmbito conhecido³¹ (Luhmann, 2002, p. 14).

Nesse sentido, Garcia defende que o trabalho de Luhmann se insere como obra do pensamento jurídico, mas se lançaria em uma espécie de aventura transdisciplinar, que sobrepassaria até mesmo os limites habituais de uma teoria da sociedade.

Assim, antes de avançar em uma aplicação do instrumental Luhmanniano ao sistema de controle externo da administração pública – de matriz constitucional e disciplinado também por normas infraconstitucionais –, vale destacar uma proposição de Jesús Ignacio Martinez Garcia à obra de Luhmann. Segundo o autor, a teoria dos sistemas não pode ser aplicada de maneira mecânica ou rígida. Em vez disso, ela deve ser adaptada e modificada conforme o objeto de estudo ou o campo de aplicação. Luhmann sugere que essa teoria deve ser flexível e dinâmica, moldando-se às especificidades do tema explorado. De acordo com Garcia:

La teoría de sistemas no es un instrumento susceptible de aplicación mecánica. Tiene que modificarse en consonancia con lo que explora. En Luhmann, em este mesmo libro, se puede percibir una apropiación transformadora cuando inscribe sus instrumentos teóricos em nuevos campos o los ejercita en nuevas aproximaciones. (Luhmann, 2002, p. 16)

É com este propósito que esse capítulo se desenvolverá, buscando-se situar o Tribunal de Contas da União como instituição, no direito brasileiro, a partir de uma perspectiva fundada na teoria dos sistemas.

Como destaca Bachur (2010, p. 27), a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann impõe a quem com ela se proponha a trabalhar e aprofundar, em diversos momentos, a “sensação de adentrar um labirinto”, nos quais os conceitos “se aglomeram e entrelaçam”, de modo que a aplicação de seu ferramental teórico demande cuidada para evitar “armadilhas e becos sem saída – e o mais importante: é preciso desenhar uma rota segura para atravessar o labirinto”.

Nas seções a seguir, buscou-se enfrentar essa dificuldade de modo a apresentar uma proposta de aplicação da teoria ao objeto de estudo.

³¹ Apresentação de Jesús Ignacio Martinez Garcia, denominada como: *Para leer a Luhmann: avisos aos juristas*; parte El Derecho de la Sociedad; Luhmann, Niklas; 2002, p. 14.

2.1. Elementos conceituais da teoria dos sistemas

Luhmann desenvolve uma linguagem própria ao tratar de sua teoria sob a perspectiva jussociológica, evocando inúmeros conceitos interdisciplinares, da biologia à cibernética, como – por exemplo – autopoiese, estrutura, acoplamento estrutural, ambiente, complexidade, irritação sistêmica, diferenciação funcional e contingência.

Daí, portanto, ser necessário compreender razoavelmente a terminologia proposta pelo sociólogo do direito para ponderar as possíveis aplicações de sua teoria sugeridas pelo presente trabalho.

Luhmann apresenta o direito como sistema social – um conjunto autopoietico de comunicações especializadas que se reproduz a partir de suas próprias operações, mantendo uma fronteira com o ambiente externo, que inclui sistemas psíquicos e outros sistemas sociais. Esses sistemas são operativamente fechados, significando que suas operações são determinadas internamente pelo próprio sistema, e funcionam com base em códigos binários específicos que guiam suas distinções e decisões, como o código lícito/ilícito no sistema jurídico (Luhmann, 2016).

Cognitivamente, contudo, os sistemas sociais são abertos, na medida em que são irritados pelos estímulos e perturbações do ambiente externo e interpreta tais sinais à luz de seu próprio código, produzindo comunicação.

Na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a noção de que os sistemas sociais são cognitivamente abertos refere-se à capacidade desses sistemas de observar, interpretar e reagir ao ambiente externo, enquanto mantêm seu fechamento operacional. Embora os sistemas sejam operativamente fechados, o que significa que suas operações internas são determinadas por suas próprias estruturas e códigos binários, eles ainda são capazes de captar e processar informações provenientes do ambiente. Esse processo de abertura cognitiva é fundamental para a adaptação e a evolução dos sistemas sociais.

Vale ressaltar que entre os sistemas sociais e seu ambiente não há comunicação, uma vez que cada sistema atua no que a teoria dos sistemas denomina de clausura operativa (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996).

A diferenciação funcional entre os sistemas sociais permite a especialização e a complexidade na sociedade, onde cada sistema (como a política, a economia, o direito etc.) desempenha funções específicas e interage com outros sistemas através de acoplamentos estruturais, influenciando-se mutuamente sem perder sua autonomia operativa.

A especialização funcional é ideia proposta anteriormente por Max Weber (1999), que serve de inspiração para Luhmann.

Cada sistema opera segundo seu próprio código – lícito/ilícito para o sistema jurídico; governo/oposição (poder/não poder) para o sistema da política; pago/não pago (dinheiro/não dinheiro) para o sistema da economia; transcendência/imanência (crer/não crer) para o sistema da religião.³² Cada código reduz a complexidade, na medida em que proporciona aos variados sistemas modos próprios de observar a realidade social nos termos de sua própria autopoiese, traçando distinções específicas em sua comunicação. Sem os códigos binários, a realidade seria um todo difuso, complexo demais para ser adequadamente tratado.

Tal redução de complexidade refere-se ao processo pelo qual a comunicação se estabelece entre “alter” e “ego”, mediante a satisfação de normas e expectativas mútuas, resultando na estabilização das expectativas e na redução da incerteza (Luhmann, 1995, p. 107-110). Esse mecanismo de estabilização é essencial para a funcionalidade dos sistemas sociais. Em um sistema jurídico, por exemplo, a previsibilidade das normas e procedimentos legais permite que todos os participantes (juízes, advogados, partes envolvidas) saibam o que esperar e como agir. Isso não só aumenta a eficiência e a eficácia do sistema, mas também reforça a confiança nas instituições, criando um ambiente social mais estável e manejável. A redução da complexidade através da estabilização das expectativas é, portanto, um aspecto crucial para a manutenção da ordem e da coesão social.

De fato, é um mecanismo de estabilização proposto por Luhmann que, a princípio, superaria normativamente (enquanto construção de uma teoria formal) os problemas da

³² A diferenciação funcional é um conceito central na teoria de Niklas Luhmann e desempenha um papel crucial na evolução das sociedades modernas em contraste com as sociedades pré-modernas. Historicamente, as sociedades pré-modernas eram caracterizadas por uma diferenciação segmentária (comunidades independentes) ou estratificada (hierarquias rígidas), onde as funções sociais estavam frequentemente concentradas em estruturas unitárias, como a religião ou a família. Em contraste, a diferenciação funcional das sociedades modernas reflete uma especialização crescente, onde diferentes sistemas sociais (como o direito, a política, a economia, a ciência) desenvolvem códigos binários próprios e operam de maneira autopoética. Esta transformação permitiu uma maior complexidade, eficiência e adaptabilidade, possibilitando a capacidade de responder a desafios específicos de maneira mais precisa e especializada (Luhmann, 1995, p. 193).

proposta da Teoria do Discurso habermasiana. Isso porque em sua busca de universalidade, ou melhor, de condições básicas ideais para a consumação de sua Teoria do Agir Comunicativo, Habermas constrói a noção do sujeito pós-convencional e o faz a partir de Kohlberg.

Em síntese apertada, Kohlberg separa a situação dos sujeitos em três níveis e seis estádios. No Nível Pré-Convencional o sujeito do Estádio I encontra-se no nível do *Castigo e da Obediência*, passando ao Estádio II passa a atuar com *Objetivo Instrumental Individual e da Troca*. No Nível Convencional, ao posicionar-se no Estádio III passa-se a trabalhar com Expectativas Interpessoais Mútuas, dos Relacionamentos e da Conformidade, enquanto no Estádio IV transita-se pela Preservação do Sistema Social e da Consciência.

Chega-se ao Nível Pós-Convencional ou Baseado em Princípios, no qual as decisões morais são fundamentadas em direitos, valores ou princípios que são compartilhados ou podem ser compartilhados por todos os indivíduos, visando a construção de uma sociedade comprometida com práticas justas e benéficas (Habermas, 2023). Neste nível, o sujeito pode encontrar-se inicialmente no Estádio V, Dos Direitos Originários e do Contrato Social ou da Utilidade (o direito seria sustentar direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo quando em conflito com as regras ou leis concretas do grupo). Por fim, o Estádio VI, Princípios Éticos Universais, no qual as leis ou acordos sociais serão válidos porque se apoiam em tais princípios e a razão de agir conforme o direito dá-se porque o sujeito, enquanto pessoa racional, percebeu sua validade e comprometeu-se com eles (Habermas, 2023).

Atente-se que, em tal Estádio VI, o pensar por princípios implica em enunciações normativas sintéticas, ao contrário do pensar por regras, que exige normatividade mediada por longas sentenças escritas. O pensar por princípios, ao contrário, trabalha no subentendido e na capacidade de construção sempre presente do novo. Apresenta riscos e vantagens em um mesmo lugar: ao mesmo tempo em que permite o amoldamento das universalidades às tragédias concretas (e excepcionais) do cotidiano, permite o relativismo de um processo no qual o princípio, como ponto de partida e de forma dúctil (rizomática), vai ficando cada vez mais substanciado pelas ‘exigências’ da compulsão do casuísmo. É um modo de pensar que, no âmbito do direito, vem denominado por ativismo judicial para quem pensa nos moldes dos estádios antecedentes.

Segundo Luhmann, o argumento de que qualquer um que se incorpore na comunicação já se define implicitamente e se predispõe a ceder frente a melhores argumentos, em realidade não tem suporte suficiente. Tanto a lei moral do imperativo categórico quanto o discurso em busca do consenso, aparecem como “cheques em branco”. O fato de ter apresentado Habermas noções tão complexas como o entendimento do ser baseado em razões, ou melhor, de haver-nos introduzido em um nível de construção teórica relativamente concreto, deverá ter consequências muito amplas. Para Luhmann, uma teoria assim concebida não pode controlar adequadamente sua própria autorreferência.

Por essa razão, Luhmann sugere outro ancoramento, pois para ele a legitimidade só existiria quando o resultado do procedimento for a verdade (Luhmann, 2001, p. 2, 6, 34), superando-se a instabilidade da proposta habermasiana, dada a presença de um forte elemento subjetivo (Luhmann, 1997, p. 132) ou de hiper-racionalização em função de um formalismo objetivador excessivo (Amey, 1991, p. 133).

Mendes (2022, p. 10), em consonância com as contribuições teóricas de Habermas, destaca a linguagem como um elemento fundamental no processo de objetivação. Este estudo, que se situa no âmbito da tese de doutorado de Mendes posteriormente publicada (2022), salienta que a linguagem desempenha um papel central ao tornar os enunciados compreensíveis, facilitando assim sua partilha entre os sujeitos envolvidos na busca pela compreensão mútua.

Vale ressaltar, ainda, o papel da redundância, decorrente da relação de apoio entre argumentos já estabelecidos para a comunicação no sistema jurídico. Nesse sentido, importantes são as considerações de Luhmann (2024, p. 22):

Partindo da teoria da informação, esta relação de apoio pode ser chamada de redundância. Significa que o valor informativo (efeito surpresa) de um argumento diminuirá pelo fato de que já se conheça outro argumento. O ordenamento dos argumentos evita - na medida em que se torna mais consistente -, o trabalho de informar-se e conduz, desta forma, à decisão. Uma redundância suficientemente densa é a condição prévia para que um argumento se substitua por outro com vistas a algumas consequências; também é, igualmente, condição prévia para que se capte o valor polêmico de um argumento e se possa continuar a polêmica como polêmica sobre argumentos. Somente a redundância pode, baseando-se na argumentação, determinar o que há para decidir: somente assim a decisão pode ter um resultado igualmente perceptível para todos os implicados. Se a redundância é demasiadamente escassa, sequer está assegurado que se imponha, apesar de toda a vontade de decidir e de todo o poder. Neste sentido está plenamente justificado contrapor argumentação e ‘decisionismo’.

No âmbito do direito, o código binário lícito/ilícito estrutura as comunicações do sistema jurídico, fornecendo a lógica interna pela quais questões jurídicas são avaliadas e

resolvidas (Viana, 2015). Cada comunicação jurídica – um ato normativo, uma decisão judicial ou um parecer jurídico – é compreendida sistemicamente conforme esse código. Assim, uma ação, comportamento ou situação é continuamente avaliada como lícita (conforme ao direito) ou ilícita (contrária ao direito). Esse processo de distinção é essencial para a manutenção da autopoiese do sistema jurídico, permitindo-lhe criar e aplicar suas próprias regras e normas sem depender diretamente de outros sistemas sociais.

Nesse cenário, Neves aponta que o problema tradicional da justiça das decisões é deslocado para a fundamentação consistente:

Em suma: nos termos da concepção Luhmanniana da positividade do direito, isto é, fechamento normativo e abertura cognitiva do direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da *complexidade* adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões (Neves, 2011, p. 140).

Vale destacar que a pretensão de Luhmann passa por demonstrar que o direito não apenas se caracteriza como sistema normativo – na linha proposta, entre outros, por Hans Kelsen –, mas como um sistema social, a par de outros. O direito é parte das comunicações que constituem a sociedade e, embora a norma jurídica seja elemento constitutivo das operações do sistema jurídico, é apenas um elemento entre outras comunicações, a exemplo das decisões das Cortes (Luhmann, 2004, p. 34).

É dizer, direito estaria, assim, dentro da sociedade como um sistema social, e o elemento mais importante desse sistema social não seria a norma jurídica, mas a comunicação normativa, pois o direito, nesta perspectiva, seria uma forma de comunicação.

Embora o sistema jurídico seja operativamente fechado, mantém sua abertura cognitiva com outros sistemas sociais por meio de acoplamentos estruturais que possibilitam a interdependência funcional (Luhmann, 2004, p. 65-66). Por exemplo, a legislação emanada do sistema político precisa ser interpretada e aplicada pelo sistema jurídico, que, por sua vez, pode influenciar (irritar) o sistema político ao julgar a conformidade da lei com a Constituição. Esse acoplamento estrutural garante que o sistema jurídico possa reagir e adaptar-se às mudanças externas, mantendo ao mesmo tempo sua autonomia e coerência interna.

A ideia de Constituição como acoplamento estrutural entre o direito e a política refere-se ao papel funcional da Constituição em mediar esses dois sistemas sociais distintos, permitindo que interajam de forma eficaz enquanto mantêm suas autonomias operacionais

(Luhmann, 2004, p. 389). A Constituição, como um conjunto de normas fundamentais, estabelece a estrutura básica e os princípios reguladores tanto para a criação de normas jurídicas quanto para a organização e funcionamento do poder político. Dessa forma, orienta as operações e decisões de ambos os sistemas, permitindo que a política legisle dentro dos parâmetros estabelecidos pelo direito e que as instituições jurídicas interpretem e apliquem as leis com base em princípios constitucionais.

2.1.1 A Constituição imuniza o direito das influências da política

Nesse quadro conceitual, a dogmática jurídica é parte integrante da estrutura do sistema jurídico por fornecer princípios, normas e métodos necessários para a autopoiese e o fechamento estrutural do direito, permitindo que o sistema opere de maneira consistente. A dogmática jurídica estabelece os critérios normativos e interpretativos que guiam as operações internas do sistema, assegurando a aplicação coerente do código lícito/ilícito (Luhmann, 2004, p. 212).

A abordagem de Luhmann pode ser descrita como construtivismo radical (Moeller, 2012, p. 8), diante de sua abordagem epistemológica que sustenta ser a realidade social construída pelos sistemas sociais por meio de suas próprias operações recursivas (comunicações). Os sistemas não refletem uma realidade objetiva preexistente, mas constroem suas próprias observações lastreadas nos códigos binários. Dessa forma, a verdade e o conhecimento são relativos ao sistema observador, sendo que cada sistema enxerga e interpreta o mundo de acordo com suas próprias lógicas e estruturas. Inexiste, portanto, uma realidade universalmente acessível a todos os sistemas.

No quadro conceitual de Luhmann, as comunicações operam segundo expectativas cognitivas ou normativas. O sistema da ciência é o *locus* próprio das expectativas cognitivas, na medida em que suas operações se lastreiam na construção de hipóteses e teorias sobre os fatos observados, que são revisadas caso a expectativa seja desapontada. O direito, por sua vez, tem por função estabilizar expectativas normativas para a sociedade, ainda quando as expectativas normativas não sejam efetivamente cumpridas. Nesse sentido, expectativas normativas são estáveis contrafactualmente, diante de a validade e aplicabilidade das normas jurídicas permanecerem inalteradas mesmo diante de seu descumprimento (Luhmann, 2004, p. 174).

Segundo Luhmann (1994, p. 20) tem-se os que:

Esta situação da teoria, que paralisa toda a discussão sobre a 'legitimidade' é superável, se se vê (como sociólogo) a qualidade normativa de uma comunicação na faticidade de uma expectativa contrafática. Portanto, uma expectativa tem uma pretensão normativa, se sua comunicação promete que dita expectativa será mantida mesmo em caso de desilusão. Isto é somente a manifestação de uma intenção subjetiva. O direito se produz, então, pela seleção e generalização de semelhantes pretensões normativas. Estas são válidas ao serem aceitas por outros, ao perdurarem, ou seja, quando podem ser repetidas em outros casos e formalizadas de maneira geral e relativamente livre do contexto. A semântica do 'dever' simboliza o resultado de semelhante processo de generalização.

Vale ressaltar, ainda, o risco sempre presente da desdiferenciação funcional (corrupção sistêmica).

A corrupção sistêmica como fenômeno de desdiferenciação pode ocorrer no plano operativo eventual (mais sutil), contudo representa problema importante quando a corrupção sistêmica cresce para o plano estrutural (mais delicada), quando passa a ser estabilizador das expectativas – quando se conta com aquele tipo de atuação (Neves, 2011).

No âmbito da sociedade mundial, tais elementos de reconstrução teórica não se estruturam da mesma forma. Nesse sentido, Neves aponta as dificuldades impostas ao Estado Democrático Direito para instituir a diferenciação funcional entre direito e política em países que, como o Brasil, deparam-se com realidades de profunda desigualdade social, distinguindo entre cidadãos subintegrados e sobreintegrados. Destaca o autor:

No entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito. Isso tem efeitos alopoiéticos, especialmente com relação à esfera jurídica. (Neves, 2012, p. 251)

Para Neves (2011) tal interpretação do problema representa uma limitação à formulação de Luhmann, no sentido de que a sociedade moderna (mundial) se caracterizaria pelo princípio da diferenciação funcional, a qual teria como pressuposto a inclusão de toda a população nos variados sistemas funcionais.

Nesse sentido, Neves (2011, p. 77-78) apresenta ainda a ideia de Estado de bem-estar, relacionando a inclusão social com a participação política:

Definindo-se o Estado do bem-estar como 'inclusão política realizada' e, porque o Estado do direito, como inclusão jurídica realizada, observa-se que os 'direitos fundamentais sociais' por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política. Isso decorre do fato de que a *inclusão* de toda a população nos diversos sistemas sociais e a diferenciação funcional da sociedade pressupõem-se reciprocamente, na medida em que a exclusão de ambos os grupos sociais e a auto-referência operacional dos sistemas funcionais são incompatíveis. Nessa perspectiva pode-se afirmar que, na sociedade supercomplexa de hoje, fundada em expectativas

e interesses os mais diversos e entre si contraditórios, o direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas de comportamento enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política.

Neves (2011, p. 140) aponta que, em suma, de acordo com a concepção de Luhmann sobre a positividade do direito, que envolve o fechamento normativo e a abertura cognitiva do sistema jurídico moderno, a questão da justiça passa a ser reformulada em termos da complexidade apropriada do sistema e da coerência de suas decisões.

Com base nesses elementos teóricos de apresentação breve da teoria Luhmanniana, impõe-se avaliar a posição do Tribunal de Contas da União no horizonte institucional brasileiro. Pretende-se apresentar a Corte como instituição que atua na intersecção entre direito e política, especialmente no procedimento de rejeição das contas públicas com fundamento em irregularidade prevista a partir de normas jurídicas (sistema jurídico), que podem ter potenciais reflexos na declaração de inelegibilidade de candidatos, influenciando o sistema político.

Contudo, observa-se que a Constituição e as normas infraconstitucionais criam um sistema de controle, próprio do TCU, que também precisa se diferenciar dos demais sistemas, sob pena de sofrer com a corrupção sistêmica.

A corrupção sistêmica prejudica a autonomia operativa do Direito e a consistência jurídica, assim como pode ocorrer com o sistema de controle. Há necessidade de uma fortificação da diferenciação funcional de política e direito, bem como da economia, religião, moral e do proposto sistema de controle. Defende-se, assim, uma autonomia operativa dos sistemas, com atenção, para o que importa a este trabalho, à diferenciação do sistema de controle.

2.2. A posição do Tribunal de Contas da União como organização que estrutura parcialmente o acoplamento estrutural entre direito e política

O TCU ocupa uma posição como organização que compõe a arquitetura do acoplamento estrutural entre direito e política; a Constituição e as normas, como defendemos, criam – a partir de 1988 – um sistema de controle.

A Constituição, no paradigma Luhmanniano, se afirma como estrutura que pavimenta o acoplamento estrutural entre direito e política, estabelecendo constrangimentos recíprocos a ambos os sistemas. A legitimação do direito encontra seu fundamento de validade na Constituição, que estipula normas de alteração política do ordenamento jurídico. Daí a positividade do direito (Luhmann, 2004, p. 77).

Por outro lado, a política encontra nos direitos fundamentais especificados na Constituição, assim como em normas de regência do processo legislativo e da separação de poderes, constrangimentos jurídicos a sua atuação (Luhmann, 2010).

Tal percepção demanda a compreensão da posição sistêmica de organizações jurídico-estatais específicas, que evidentemente variam conforme o contexto regional. Assim como os tribunais se afirmam como órgãos proeminentes do sistema jurídico, o parlamento constitui a organização paradigmática do sistema político.

Limitar o exame institucional a tais organizações, no entanto, é uma visão reducionista. Cada ordenamento jurídico prevê uma estrutura de organizações particulares necessárias à coordenação das operações sistêmicas necessárias à diferenciação funcional.

Nesse sentido, pretende-se defender a tese de que o Tribunal de Contas da União é uma das instituições centrais à estruturação da forma específica pela qual a Constituição estabelece o acoplamento entre direito e política no ordenamento jurídico brasileiro, contudo ela atua dentro de um sistema especializado em face de sua função, diferenciando-se enquanto sistema de controle.

Evidentemente, não se trata da única organização que especifica essa função. O Supremo Tribunal Federal, a Advocacia Geral da União, o Ministério Público, entre outras instituições, são fundamentais no apoio ao funcionamento integrado dos sistemas jurídico e político.

Do mesmo modo, o Tribunal de Contas da União (TCU) desempenha um papel singular e indispensável nesse acoplamento estrutural, especialmente no que concerne à fiscalização e ao controle da administração financeira e orçamentária do Estado.

O TCU, conforme delineado pela Constituição Federal de 1988, exerce funções que envolvem tanto o direito quanto a política. Suas decisões influenciam diretamente a execução de políticas públicas e a gestão de recursos públicos, assegurando a conformidade aos

princípios legais e normativos estabelecidos. Isso demonstra como o TCU atua na interseção entre os dois sistemas, garantindo que as práticas políticas sejam submetidas a um escrutínio legal rigoroso, promovendo a *accountability* e a transparência no uso do dinheiro público.

Aqui, contudo, vale uma observação. Como será discutido nesta tese, o processo no TCU não garante um contraditório propriamente dito. E o procedimento, ainda que de busca da verdade formal (ou processual), seria uma espécie de pragmatismo abduutivo e seus resultados não poderiam ser mais que probabilidades. As funções do pragmatismo seriam a sistematização das ideias (claras e obscuras) e a facilitação da tradução dessas ideias em hipóteses nítidas. A verdade pragmática real seria apenas um guia para a conduta, assim o processo é de validação e da busca de uma verdade viva, em processo. Tal verdade encorajaria o investigador ao desenvolvimento de metodologias, a submissão dessa verdade a contra-argumentos (Santaella, 2004, p. 92-103 e 250-257).

Ocorre que, no âmbito dos processos de contas as coisas não se dão bem assim. Vários instrumentos de aproximação entre a verdade formal e a material não estão presentes (perícias independentes, depoimentos, quebras de sigilo fiscal, outras quebras de acesso a dados, entre outros), e, ao contrário do processo judicial, não há um terceiro imparcial competente para sopesar os argumentos das partes em contenda. No processo de contas tem-se de um lado os responsáveis e de outro toda uma estrutura institucional que apura, analisa as defesas, propõe o deslinde e julga.

Ao contrário do sistema português, onde o Tribunal de Contas possui um colegiado formado por juízes togados, a quem compete exclusivamente o poder sancionador, no Tribunal de Contas da União, sete dos nove Ministros são provenientes do sistema político. Isso requer contramedidas de garantia dos direitos fundamentais, e não expandir a autocontenção do judiciário no julgamento das decisões da Corte de Contas.

Lembre-se algumas lições de Luhmann (1989) acerca das relações entre economia e direito:

Anche in questo caso le conseguenze del sistema sono totalmente differenti, in funzione che si consideri il diritto o l'economia. Il diritto contrattuale non effettua differenziazione seconde l'indicazione di prezzi, bensì alla luce di condizioni, le quali regolamentano se i contratti sono validi o non lo sono. Anche le differenti prospettive temporali svolgono un ruolo in questo contesto. (Luhmann, 1989, 27-45)

O fato é que o TCU transita por diversos sistemas. Quando analisa os estudos de viabilidade econômica nas concessões o faz sobre linguagem tipicamente econômica (valor presente líquido, taxa de retorno, etc.) e, ao mesmo tempo, sobre aspectos jurídicos.

Como se sabe, em Luhmann, o sistema se auto-organiza estruturalmente e transforma-se a partir de operações internas. Delimitado o sistema, o funcionamento do sistema (autopoiese) se dá a partir dessas delimitações prévias. Tem-se, portanto as denominadas operações internas (no jurídico, lícito e ilícito) e a troca de comunicações com outros sistemas através do acoplamento estrutural.

No caso, a Constituição Federal é que realiza esse acoplamento estrutural, e o faz entre os vários subsistemas da sociedade. No dizer de Mansilla (2002, p. 51):

Los acoplamientos estructurales sólo funcionan con un efecto de inclusión y de exclusión. Una Constitución, por ejemplo, puede haber sido aprobada en su texto, pero no funcionará se no puede evitar los efectos contrarios a la constitución de la violencia política sobre el sistema del Derecho. Estos acoplamientos estructurales, por otra parte, conforman mecanismos que son considerados de manera distinta por cada uno de los sistemas acoplados y de esta manera se consiguen las irritaciones o gatillamientos mutuos.

O processo judicial operaria, portanto, como uma espécie de teste de aderência do decidido pelo Tribunal de Contas (sistema de controle) à linguagem própria do sistema do direito. Esse, em realidade, deveria ser o critério de aferição sobre a medida de intervenção do Judiciário nas decisões de contas. Até porque, no controle do mérito administrativo também cabe a aferição do excesso.

Daí que as decisões do Tribunal de Contas que julga irregulares as contas apenas geram “irritação” para o sistema do direito. A inelegibilidade é um instituto interno ao sistema jurídico. E o processo judicial de aferição de ser o ato doloso de improbidade administrativa é um elemento estrutural do Direito que transformará a linguagem própria do Tribunal de Contas (irregular/regular) para o jurídico (lícito/ilícito).

Em suma, não é porque o Tribunal de Contas opera sobre normas jurídica que o coloca dentro do sistema jurídico.

Além disso, a atuação do TCU evidencia a complexidade do acoplamento estrutural ao proporcionar um mecanismo institucional pelo qual a política é constantemente regulada e avaliada pelo direito. Suas auditorias e fiscalizações servem como ferramentas para identificar

desvios e irregularidades, obrigando o sistema político a ajustar suas práticas e políticas em conformidade com as normas jurídicas.

2.3. Teoria dos Sistemas e diferenciação funcional entre o processo judicial e o processo de controle externo

A denominada dupla contingência – *alter* e *ego* – na teoria Luhmanniana traz a ideia de expectativa de expectativa.

Pode-se dizer, assim, quanto ao objeto da atual pesquisa, que haveria uma expectativa de que só se tornará inelegível – pela alínea g, do inciso I, do artigo 1º, da LC 64/90 – aquele que tiver suas contas rejeitadas pelo TCU e que, além disso, seja condenado por ato de improbidade em um processo judicial onde seja assegurada oportunidade de se defender com as garantias do sistema jurídico.

Apenas a partir daí a Justiça Eleitoral, constatando a presença de decisão definitiva do TCU que rejeitou as contas e de decisão definitiva da Justiça Comum que entendeu ser improbidade administrativa o mesmo ato, poderá aplicar a causa de inelegibilidade em estudo.

É o processo judicial, no sistema jurídico, que produz essa comunicação e, pelo seu fechamento, pode chegar uma decisão sobre a presença de dolo de improbidade naquela conduta julgada irregular pelo sistema de controle (TCU).

Como o processo de controle externo do TCU não se constitui como processo judicial, ele não produz essa comunicação no sistema jurídico, a qual apenas se produzirá perante a autoridade que as normas disciplinam como competente para tanto, isto é, a justiça comum – não o TCU, nem mesmo a justiça eleitoral.

Isso porque o TCU não possui competência normativa para avaliar a ocorrência de ato de improbidade e o direito disciplina que, dentro do sistema jurídico, também não é a justiça eleitoral que comunica/traduz nesse sistema os fatos para decidir sobre a conduta se adequar à lei que trata de improbidade administrativa.

O cidadão que pretende se candidatar tem a expectativa de que o Poder Judiciário, no sistema jurídico, observe a expectativa de cumprir com as normas que disciplinam o procedimento pelo qual o Estado decide legitimamente estar presente um ato de improbidade

em sua conduta (Viana, 2015)³³, isto é, pelo processo judicial perante a Justiça comum (federal ou estadual).

Luhmann (1980, p. 7) no prefácio de sua obra que trata da legitimação pelo procedimento, pondera que:

Ao pensamento liberal sobre o direito, estado e sociedade, que se vai liberando do tesouro da antiga tradição européia, pertence a hipótese de que procedimentos legalmente organizados podem contribuir ou mesmo levar à legitimação de opções obrigatórias do ponto de vista jurídico.

[...]

Tal como a categoria do contrato para o âmbito da “sociedade”, assim a categoria do procedimento para o âmbito do “estado” parece apresentar aquela fórmula mágica que combina a mais alta medida de segurança e liberdade que se pode praticar concretamente no dia-a-dia e que transmite, enquanto instituição, todas as resoluções do futuro.

[...]

Daí que a principal finalidade deste livro seja conciliar uma ideia, ainda que provisória, da interdependência de diversos conjuntos de problemas em que se envolve uma sociedade que já não legitima o seu direito por meio de verdades invariáveis existentes, mas sim apenas, ou principalmente, por meio de participação em procedimentos.

Mais à frente na mesma obra Luhmann (1980, p. 31) reforça que:

Apesar do caráter questionável da legitimação racional-legal, a indubitabilidade da validade legítima de decisões obrigatórias faz parte das características típicas do sistema político moderno; é como que uma espécie de consenso básico, que se pode alcançar sem acordo quanto ao que é objetivamente justo no caso particular e que estabiliza o sistema.

Das posições de Luhmann que apresentam o procedimento como legitimação das opções obrigatórias, por sua medida de liberdade e segurança, observa-se que o procedimento do processo de contas no TCU (sistema de controle) não legitima a decisão pela inelegibilidade. Há necessidade de se legitimar a inelegibilidade após, no sistema jurídico, por seus procedimentos próprios, se examinar se o motivo da irregularidade apreciada no procedimento os sistema de controle constitui dolo específico de improbidade. Apenas depois disso o procedimento eleitoral (subsistema do sistema jurídico) poderá utilizar seu código elegível/inelegível.

Assim, para que um procedimento no sistema jurídico gere decisões que legitimamente influenciem no sistema político – afastando candidatos –, as regras jurídicas que cuidam das competências e tipos de procedimentos específicos para produzir tais decisões precisam ser observadas.

³³ Referência quanto conteúdo do raciocínio sobre expectativas no pensamento de Luhmann, contudo o emprego ao raciocínio defendido neste trabalho é de seu autor.

Examinar diretamente se um procedimento no sistema de controle (processo de contas no TCU), sem que exista competência legal para decidir sobre se a conduta está permeada de elemento subjetivo específico exigido, pode gerar decisão diretamente na Justiça Eleitoral, que influenciará no sistema político e excluirá candidatos da disputa, sem se observar o procedimento legítimo de decisão.

Concentrando-nos na aplicação da teoria dos sistemas ao objeto deste estudo, destaca-se que há autores que identificam a atividade desempenhada pelo TCU, que se qualificaria para eles como um tipo especializado de jurisdição, como desdobramento da função parlamentar de fiscalizar a atividade financeira do Estado (Zymler; Alves, 2023, p. 67).

Esse é um elemento que está a demonstrar a proximidade da atuação do TCU com o sistema da política.

O TCU desempenha uma clássica função fiscalizatória atribuída ao Poder Legislativo. Na disciplina normativa constitucional, há previsão de que o “controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (Constituição Federal, art. 71). Dois terços dos seus ministros são escolhidos pelo Congresso Nacional – conforme art. 73, § 2º, inciso II, da Constituição. Assim, dos nove ministros que compõem o TCU, seis são escolhidos pelo Poder Legislativo federal, sendo três definidos pela Câmara dos Deputados e três pelo Senado Federal.

Dos três cargos de ministro que restam, um é de livre escolha do presidente da República, sendo apenas dois escolhidos de forma vinculada entre técnicos da estrutura do Estado, um entre os auditores da Corte (ministros-substitutos) e um entre os representantes de seu Ministério Público especializado (O Ministério Público com atuação junto ao Tribunal de Contas, estatuído pelo art. 130 da CF).

Historicamente, desde sua criação – logo no alvorecer de nossa República – e a partir da observação da evolução histórica de nossas Constituições, é possível se observar proximidade institucional e influência entre o parlamento e o TCU.

Apesar das posições – citadas alhures neste trabalho, como Chaves (2009) – no sentido de que o TCU não integraria o Poder Legislativo e não se encaixaria dentro da tradicional divisão de poderes como órgão pertencente a algum deles, a proximidade e as vinculações

com o sistema político podem ser observadas por uma análise do ordenamento jurídico e da história deste órgão de controle.

A partir da teoria dos sistemas de Luhmann, essa peculiaridade precisa ser considerada ao tratarmos da relação entre o sistema político e o sistema jurídico. Como já ressaltado, a relação entre esses sistemas é intrinsecamente complexa e caracterizada por um acoplamento estrutural que permite a interdependência funcional, preservando-se a autonomia operacional de cada sistema. Cada sistema social, como o direito e a política, opera com base em sua própria lógica e código binário. O sistema jurídico, por exemplo, utiliza o código lícito/ilícito, ao passo que o sistema político opera com o código poder/governo e oposição. Essa diferenciação funcional é característica da sociedade moderna e fundamental para o aprofundamento de sua complexidade, na medida em que possibilita que cada sistema se concentre em suas funções específicas e contribua para a manutenção da ordem social.

Apesar de operacionalmente fechados, cada sistema se abre cognitivamente aos demais, traduzindo as comunicações dos demais sistemas nos próprios termos de sua lógica interna. Do ponto de vista sistêmico, as operações de um sistema social são interpretadas pelos demais como ruídos, que devem ser interpretados a partir de seu próprio código. Os acoplamentos estruturais pavimentam essa abertura cognitiva, ao estruturar pontos de contato que possibilitam aos sistemas sociais se influenciarem reciprocamente sem perder sua autonomia (Luhmann, 2004, p. 43).

No caso da relação entre o direito e a política, essa interdependência é evidente em diversos níveis. As decisões jurídicas podem ter impactos políticos significativos, moldando políticas públicas e restringindo ações políticas dentro dos limites legais. Da mesma forma, o sistema político influencia o direito ao criar e modificar leis que estabelecem o arcabouço normativo em que o sistema jurídico opera. Assim, enquanto o sistema jurídico legitima e constrange as ações políticas ao assegurar a conformidade com a lei, o sistema político define os parâmetros legais dentro dos quais o sistema jurídico deve funcionar.

Essa inter-relação entre o direito e a política é essencial para a estabilidade e funcionalidade da sociedade. A criação de leis é uma prerrogativa do sistema político, mas a interpretação e aplicação dessas leis são responsabilidades do sistema jurídico. De acordo com Luhmann, o acoplamento estrutural entre direito e política é estruturado pela Constituição, que tanto impõe restrições jurídicas aos sistemas políticos, mas também criam um canal por

meio do qual a política, por meio da legislação, pode influenciar as comunicações jurídicas. Além disso, as constituições pavimentam a legitimidade procedimental do sistema jurídico, proporcionando fundamento de validade normativa que, em tempos pré-modernos, encontrava alicerce no direito natural (Luhmann, 2004, p. 482-483).

Instituições como o Tribunal de Contas da União (TCU) ilustram essa dinâmica, atuando como órgãos de controle que asseguram a conformidade das ações políticas com as normas jurídicas, enquanto permanecem operativamente independentes. Dessa forma, o acoplamento estrutural entre o direito e a política facilita a governança eficaz e a manutenção da ordem jurídica, permitindo que ambos os sistemas se adaptem mutuamente e respondam às exigências sociais e normativas.

Demonstraram-se, no capítulo anterior deste trabalho, as distinções entre o processo judicial e o processo de controle externo, com destaque para a relevância conferida a tal diferença pelo Supremo Tribunal Federal, a ponto de a utilizar como um dos fundamentos para que, no julgamento do Tema 899 de Repercussão Geral, o fato de não termos um processo judicial perante o TCU ter como consequência a prescritibilidade das pretensões exercíveis em seus processos.

Valendo do referencial teórico escolhido para análise do objeto, é imperioso destacar da obra de Luhmann (1980, p. 53) o seguinte:

Como todos os sistemas, os processos judiciais constituem-se pela diferenciação, pela consolidação dos limites frente ao meio ambiente. Não se trata aqui de romper a continuidade com estruturas e acontecimentos para além dos procedimentos. Diferenciação não quer dizer isolamento causal ou comunicativo. Os tribunais não são prisões. Trata-se antes de construir para si próprio um ambiente intelectual, de forma que os processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema, portanto, que estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidas no sistema, mas sim que só possam ser reconhecidas após filtragem de informações. A diferenciação só pode, pois, ser realizada pelo estabelecimento autônomo do procedimento judicial e avança tanto, quanto as possibilidades de decisão externa.

Assim, em consonância com o trabalho de Luhmann, não é possível que um sistema que não se insere no sistema jurídico e não se utiliza do processo judicial, mas sim de processo administrativo (processo de controle externo – controlador) – que opera em outro sistema (sistema de controle) –, gere uma decisão que afete o direito fundamental de participação nas eleições.

A decisão do STF que reconhece a não inserção do processo do TCU no sistema jurídico e o distingue dos processos judiciais, referia-se à prescrição de pretensões que se

dirigem ao patrimônio do cidadão. A repercussão em direito fundamental imaterial e de cunho não patrimonial, como a participação no jogo democrático, acentua ainda mais a necessidade da utilização do processo judicial.

É dizer, se para afetar o patrimônio do cidadão há limitações decorrentes do tipo de procedimento em curso no TCU, com mais razão essa limitação deve estar presente quando se examinam direitos políticos fundamentais ligados à participação como candidato nas eleições. Destarte, defendemos que não pode haver uma aplicação direta das decisões do TCU sobre fundamentos de uma condenação que tenha rejeitado contas, sem que a conduta seja objeto de escrutínio em processo que observe o devido processo legal judicial e perquiria especificamente sobre a presença de conduta impropria com seu dolo específico.

Ao tratar do processo judicial e ressaltar que é por meio da participação no cerimonial do procedimento – e na ratificação das premissas de competência –, que se alcança a legitimação, Luhmann (1980, p. 112) conclui que:

Ambos os aspectos do procedimento de decisão servem de forma complementar para diminuir as possibilidades de escolha, para reduzir a complexidade. Daí ser certa a suposição de que a uma legitimação pelo procedimento só pode ser institucionalizada vinculada à programação condicional da decisão. Portanto, não é de forma nenhuma por acaso que a legitimação do direito, conforme ao processo, se tornou mais aguda na virada para o século XIX, no mesmo momento histórico em que foi abandonada a argumentação teleológica-naturalista do direito e este foi sendo progressivamente positivado como sistema de programas condicionais de decisão. (destaque no original)

O seguinte excerto de Luhmann (1980, p. 120) exprime sinteticamente importante parte de sua visão quanto ao sistema jurídico:

Um sistema social, sobretudo o sistema social da sociedade abrangida constitui, como direito obrigatório, as expectativas de comportamento e utiliza a sua interpretação simbólico-significativa como estrutura de comportamento. A função dum tal estrutura reside na redução da complexidade das variantes possíveis de comportamento dos indivíduos. Esta função exige que o direito, nos procedimentos estruturados por ele, não possa ser alterado, tem antes de ser pressuposto como invariável – senão todos os pontos de referência se podem desfazer e todas as premissas se podem anular. Esta irrevogabilidade e indisponibilidade são de importância tão grande que constituem, em primeiro lugar, o sentido do direito. Prever a par da invariabilidade indispensável, conjuntamente a sua variabilidade, tem de surgir à primeira vista como contradição evidente e é, na realidade, tão difícil, que o pensamento se interdiz a si próprio. Defender um direito totalmente alterável parece ser tão absurdo quanto tentar construir com pedras líquidas e não sólidas. Não existe.

Luhmann (1980, p. 128-129) trata os procedimentos jurídicos de eleição política da seguinte forma, destacando seu papel na instrumentalização das condições necessárias à instituição da “vontade popular”:

Também assim se podem designar os procedimentos jurídicos de eleição política e legislação como formas de criação e estabelecimento da ‘vontade popular’ e se podem legitimar politicamente, embora com isso não se tenha conseguido qualquer reconhecimento. A noção duma vontade que tem de ser criada e estabelecida é colhida da atuação isolada e não se pode traduzir em sistemas de complexidade elevada, sem um nova definição. O problema fundamental consiste na forma como se pode manejar uma tão grande complexidade e como se pode levá-la a um sentido decisivo, mantendo-a contudo como momento estrutural permanente. Os processos legais de criação e estabelecimento da ‘vontade popular’ têm de ser analisados como contribuição para a solução deste problema.

Na sequência, Neves arremata salientando que em consonância com tal formulação, Luhmann definiria mais tarde a justiça como “fórmula de contingência” [Kontingenzformel] do sistema jurídico. Nesse sentido:

[...] na língua alemã expressa-se por ‘*gerecht/ungerecht*’ o que pretendemos dizer com ‘justo/injusto’ no português, mas principalmente porque na teoria dos sistemas de Luhmann a justiça não é tratada no plano do código binário, mas sim como fórmula de contingência do sistema jurídico, que tanto se à consciência quanto à adequação social das decisões jurídicas. (Neves, 2011, p. 12)

Fórmulas de contingência dos sistemas são definidas como as fórmulas semânticas programáticas, um princípio último que condiciona as operações do sistema (Bachur, 2010, p. 24). Assim, a justiça seria, para o sistema jurídico, o princípio último que condiciona as operações do sistema.

Conforme Neves, ainda, a diferenciação funcional entre os sistemas está sujeita ao risco de desdiferenciação pela sujeição de um sistema às operações de outro. A esse respeito:

A chamada “corrupção sistêmica” tem tendência à generalização nas condições típicas de reprodução do direito na modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito. Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais da reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio direito. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e ambiente, inclusive no que se refere a um pretenso direito extra-estatal socialmente difuso (Neves, 2011, p. 147).

Os exemplos que podem trazer para o objeto de estudo deste trabalho – que se concentra na atuação do TCU –, denotam o risco de “corrupção sistêmica”, com alopoiese por ser atingida a diferenciação funcional entre os sistemas da política e do direito pelo objeto da pesquisa. O risco mais evidente seria o de uma decisão administrativa do TCU, fundada em procedimento que não observa garantias do devido processo legal, dentro do sistema de controle, vir a influir diretamente na disputa política legítima, excluindo um possível candidato do certame.

Ocorre que o sistema de controle externo (TCU), com sua proximidade com o sistema político (em face da proximidade com o parlamento e indicações políticas de seus membros), poderia utilizar indevidamente as normas jurídicas que o regulam, para excluir algum concorrente.

Daí a importância, para este estudo, de se demonstrar que a jurisdição é una; e que lesão ou ameaça a direito não podem deixar de ser apreciados pelo Poder Judiciário. O TCU, enquanto órgão não pertencente ao Judiciário (esse componente do sistema jurídico), pode ter suas decisões impugnadas judicialmente.

Essa fragilidade de consistência do processo de decisão, que o STF percebe ao decidir quanto ao Tema 899 de Repercussão Geral, quando ressalta que nele não há um devido processo judicial – em precedente a ser discutido no próximo capítulo -, reforça a necessidade de que a influência no sistema político, afetando direito fundamental do candidato, quanto a rejeições de contas pelo TCU, apenas ocorra se o Poder Judiciário sindicat o caso e constatar, por processo próprio, a presença de ato de improbidade.

Isso não pode ocorrer apenas com base em apreciação, pela Justiça Eleitoral, do que foi decidido pelo TCU, porque faltaria um exame exauriente pelo Poder Judiciário sobre os requisitos legais da inelegibilidade, que, repita-se, se dá em um órgão que não exerce função jurisdicional e perante um procedimento que além de não transcorrer com os rigores do devido processo legal judicial, não havendo oportunidade para contraditório e ampla defesa referente a ser a conduta impropria, ainda sofre mais “influência” do sistema político.

Outro exemplo ligado à atuação do TCU, diz respeito ao parecer prévio pela rejeição de contas de presidente da República, que na história recente foi usado como decisão técnica embasada em normas jurídicas (sistema jurídico), para promover o impeachment e afastar quem havia sido legitimamente eleita, influenciando no sistema da política.

Caso se entenda que essa decisão técnico-jurídica (sistema jurídico) foi de fato tomada sem o devido embasamento ou foi influenciada pelo sistema da política para, de fato, gerar um resultado no sistema da política unicamente travestido de embasamento jurídico, poderíamos chegar à conclusão de que houve golpe, pois teria havido corrupção sistêmica e alopoiese entre os respectivos sistemas.

Nesse sentido, Mascaro (2018, 73-74):

Uma leitura juspositivista altamente parcial considerará válida a votação do *impeachment* e a subsequente deposição de Dilma Roussef porque os trâmites foram cumpridos, e as competências, respeitadas. Trata-se de uma análise da validade desse processo apenas pelo ângulo formal: ressalta-se a competência formal do Congresso Nacional para tanto. O respaldo normativo constitucional à abertura e à tramitação do processo de *impeachment* pelo Congresso Nacional, sob comando, no julgamento no Senado Federal, do presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), investe sua autoridade. Por isso os que não aceitam tratar o *impeachment* como golpe parlamentar argüem a validade formal do processo. Ocorre que a validade, como conceito relacional, é dupla em seu necessário respaldo em normas jurídicas que lhe sejam hierarquicamente superiores ou balizadoras. De um lado, há a validade formal, que assegura a competência e a autoridade. De outro, há a validade material, que chancela a subsunção normativa ao conteúdo e ao mérito do que se julga ou analisa. Nos termos desta última acepção, trata-se do respaldo factual ou objetual do crime de responsabilidade que enseja a deposição presidencial.

No caso do *impeachment* de Dilma Roussef, não se pode esquecer que as supostas “pedaladas fiscais”, crime de responsabilidade da então presidente, surgem em processos de fiscalização do TCU, que dão ensejo ao parecer prévio pela rejeição de suas contas, o qual é o substrato do fundamento jurídico para a decisão política do Congresso Nacional que a destituiu do cargo de presidente, para a qual havia sido legitimamente eleita em respeito à vontade popular democraticamente manifesta.

Como não se esta em um regime parlamentarista, a ausência de “subsunção normativa ao conteúdo e ao mérito do que se julga ou analisa” pode ser considerada como um golpe parlamentar.

No caso do julgamento pela irregularidade das contas, não há regularidade formal nem material para que tal decisão tenha como consequência a exclusão de candidato da participação nas eleições, pois aqui falta competência para analisar a própria subsunção das condutas à Lei de Improbidade Administrativa. Assim, uma decisão da Justiça Eleitoral que leve em consideração tão somente o que foi produzido no processo de controle externo padece de vício formal e material.

Tratar-se-ia de impertinente alopoiese do sistema de controle (regular/irregular), por uso do sistema jurídico (lícito/ilícito), para influir no sistema político. Nesse caso estaríamos diante de “corrupção sistêmica” – na acepção adotada em diversas obras de Neves (2012, p. 241) –, que atinge a próprio princípio da diferenciação funcional.

Para Neves (2012, p. 240-241), que trabalha a teoria dos sistemas na realidade de países como o Brasil (denominada por ele como modernidade periférica), a “concretização

jurídica é violada por códigos de preferência os mais diversos”. Vale o destaque de alguns trechos que se relacionam com a preocupação deste trabalho, de possível quebra do fechamento operacional pela influência do sistema de controle sobre o sistema da política:

Portanto, antes se trata de quebra do fechamento operacional, por força da qual se diluem as fronteiras entre o ‘campo jurídico’ e outras esferas de comunicação. Disso resulta que o direito encontra-se em crise de identidade, muito mais grave do que as crises de adaptação por que passa o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito na modernidade central. Além do mais, cabe advertir que não se trata simplesmente de fenômenos localizados de ‘corrupção sistêmica’ em detrimento dos acoplamentos estruturais no âmbito das organizações, tal como se observa em experiências do Estado Democrático de Direito na Europa Ocidental e na América do Norte, nem de ‘valores de rejeição’ no sentido de Gotthard Günther, pois ambos os conceitos pressupõem a autopoiese dos respectivos sistemas.

A partir do raciocínio, o citado autor defende que em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica essa “corrupção sistêmica” atingiria, então, a diferenciação funcional e resultaria, assim, na alopoiese do direito.

Neves segue no rumo de mostrar as maiores violações de um sistema sobre o outro na modernidade periférica (em países como o Brasil), apontando um risco que as ponderações deste trabalho pretendem enfrentar, no que diz respeito às maiores influências às quais estão submetidos os procedimentos dos tribunais de contas. Assim, destaca o seguinte:

Mas o problema não se restringe à ‘violação’ de Têmis’ pela sociedade desestruturada em virtude da insuficiente diferenciação funcional e da carência de uma esfera pública fundada na universalização da cidadania, mas abrange também mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política. São relevantes aqui as invasões dos procedimentos eleitorais e legislativos pelo código econômico e por particularismos relacionais (Neves, 2012, p. 242).

E continua:

A constitucionalidade e a legalidade são postas frequentemente de lado conforme a respectiva relação concreta de poder. Nesse contexto, a Constituição como acoplamento estrutural entre sistemas político e jurídico é bloqueada. Não há, então, uma filtragem simétrica das influências recíprocas entre política e direito. A concretização constitucional é deturpada sistematicamente pela pressão de conformações particulares de poder. A postura subjugante de Leviatã em relação a Têmis não importa, porém, autonomia e forte identidade do sistema político. Ao contrário, exatamente enquanto se afasta de qualquer vínculo (fixado constitucionalmente) ao código ‘lícito/ilícito’, a política fica exposta diretamente a particularismos relacionais e exigências econômicas concretas, não podendo, assim, reproduzir-se autonomamente. Essa fragilidade de Leviatã em relação à sociedade envolvente relaciona-se intimamente com a sua tendência expansiva e absorvente em face de Têmis (Neves, 2012, p. 243).

Direito, política e economia são sistemas sociais autônomos que estão em permanente relação de concorrência recíproca. Na modernidade periférica, em sociedades complexas

como a nossa, é preciso se fortalecer meios para evitar que o *medium* de um sistema consiga controlar outro sistema.

Mais à frente conclui Neves (2012, p. 282):

Mas o Estado Democrático de Direito, no âmbito no qual se engendra com base na Constituição uma autonomia recíproca e relação circular entre direito e política – uma circularidade que, por sua vez, é interrompida e renovada permanentemente pelas provocações dos outros sistemas sociais e da esfera pública –, continua sendo um importante foco de reprodução construtiva da sociedade mundial heterárquica no plano regional.

Evidenciam-se, assim, os riscos significativos da interferência indevida entre os sistemas jurídico e político, que, conforme discutido por Neves, comprometem a autonomia funcional de ambos e gera uma "corrupção sistêmica" característica da modernidade periférica. Essa alopoiese resulta na diluição das fronteiras entre o direito e outras esferas de comunicação, afetando diretamente a integridade dos processos eleitorais e administrativos.

Diante desse cenário, torna-se imprescindível fortalecer mecanismos que assegurem a independência desses sistemas. Apenas assim será possível proteger a diferenciação funcional e garantir a aplicação imparcial das normas jurídicas.

3. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A PRESCRIÇÃO EM PROCESSOS DO TCU DIANTE DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A importância dos precedentes que serão apresentados reside exatamente em mudanças de entendimentos consolidados a partir da jurisdição constitucional e, analogicamente, como o STF evoluiu na posição sobre a prescritibilidade nos processos do TCU.

O principal fundamento das decisões analisadas parece residir na fragilidade do devido processo legal nos procedimentos conduzidos pelo TCU, em função das peculiaridades de sua processualística. Esse ponto é crucial para sustentar a tese de que a Justiça Eleitoral não pode, com base em tais decisões, declarar a inelegibilidade de alguém por rejeição de contas, uma vez que não há um processo judicial que assegure plenamente o devido processo legal — em que se discuta a ocorrência de improbidade administrativa, atualmente restrita à modalidade dolosa em razão da alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.230/2021. As modificações introduzidas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) serão tratadas com maior profundidade em uma seção específica deste trabalho.

3.1. Contextualização Jurisprudencial do Tema 899 de Repercussão Geral

O STF, em julgamento unânime, negou provimento ao Recurso Extraordinário 636.886/AL³⁴, paradigma do Tema 899 de Repercussão Geral, no qual fixou tese acerca do reconhecimento da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento (indenizatória) ao erário, em se tratando de tribunal de contas, que ocorre em cinco anos – decisão que transitou em julgado em 5 de outubro de 2021.

Antes do necessário aprofundamento e exame dos precedente do STF, importante apresentar a definição de prescrição que, segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade

³⁴ **Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 899 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição, nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas". Os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Gilmar Mendes acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pela recorrente, a Dra. Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União; e, pela recorrida, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020.

Nery, é a “causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei” (Nery Júnior; Nery, 2016, p. 469). Pretensão é a exigência da subordinação de um interesse de outrem ao próprio (Santos, 2011, p. 31).

Georges Abboud, em parecer produzido sobre o tema, destaca que por servir à segurança jurídica, a prescrição é instrumento para a efetivação de um direito fundamental do cidadão:

É possível, com Pontes de Miranda, afirmar que o instituto da prescrição serve “à paz social e à segurança jurídica”, na medida em que impede que as pretensões possam ser deduzidas ad aeternum. Como está a serviço da segurança jurídica, envolve interesse público e, por isso mesmo, nada mais coerente que estar sob o regime das matérias de ordem pública, inobstante nem sempre tenha sido assim.

[...]

A prescrição serve à segurança jurídica; cuida-se, por conseguinte, de instrumento para a efetivação de um direito fundamental do jurisdicionado, oponível ao Poder Público. Não é concebível que o indivíduo esteja constantemente sob ameaça do exercício de uma pretensão – a racionalidade exige que o órgão público a exerça no prazo estipulado por lei.

Destarte, a prescrição tem a função social de assegurar a não sujeição perpétua do indivíduo à potestatividade estatal ou de outrem. (Abboud, 2022, p. 450 e ss.)

Um dos pontos de concentração da análise sobre a prescrição é a interpretação do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, segundo o qual: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Importa ainda a análise do § 4º do mesmo artigo 37: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Quanto ao atual entendimento do STF sobre a prescrição da pretensão ressarcitória (indenizatória) em processos de contas, o referido RE 636.886/AL – Tema 899 de Repercussão Geral – examinou a prescrição de processo de execução fundado em acórdão do TCU, a se dar na forma da Lei de Execução Fiscal (LEF), por enquadrar-se em dívida ativa não tributária da União (art. 39, §2º da L 4320/1964, combinado com art. 1º e 2º da LEF).

Todavia, como a prescrição executória é espelho da prescrição condenatória³⁵, entendeu-se que como o prazo para executar o débito é de cinco anos (conforme considerou o STF), o prazo para o exercício da pretensão condenatória é o mesmo; essa questão foi

³⁵ Súmula 150 do STF: Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.

enfrentada pelo STF no julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela Advocacia Geral da União naquele caso concreto, o que se pode observar pelo exame dos votos proferidos no julgamento originário³⁶.

Importante para o objeto deste trabalho notar que o STF entendia ser imprescritível tal pretensão, interpretando o mesmo artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. Contudo, sem que tenha havido mudança no texto, a norma que dela derivou na decisão proferida no RE 636.886/AL modificou-se, podendo ter caracterizado o fenômeno da mutação constitucional, no qual se identifica uma nova leitura de dispositivo constitucional.

A modificação na Constituição, sem um processo formal que envolva mudança de seu texto, é chamada de mutação constitucional, tendo como origem o termo em alemão – *Verfassungswandlung* (Souza Neto; Sarmiento, 2014, p. 341)³⁷. Como demonstrará a análise de trechos de votos e fundamentos utilizados no decorrer do tempo pela Corte Suprema, que demonstram a evolução da jurisprudência constitucional, ocorreu a mutação constitucional quanto à matéria (Souza Neto; Sarmiento, 2014, p. 345).

A excepcional hipótese de imprescritibilidade admitida pelo STF exige dois requisitos, quais sejam, a prática de ato de improbidade administrativa e, ainda, que esteja presente o dolo como elemento subjetivo do tipo. Conforme o decidido no Tema 897 de Repercussão Geral – que será apresentado em detalhes mais à frente: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Vale destacar que à época de decisão ainda não havia sido aprovada a alteração na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) promovida pela Lei nº 14.230/2021, razão pela qual ainda era possível se falar em improbidade na modalidade culposa.

Assim, segundo o STF, apenas será imprescritível a ação de ressarcimento decorrente do ato doloso de improbidade administrativa e ajuizada perante o Poder Judiciário, pois no TCU, em processo de tomada de contas especial, não se perquire sobre a prática de ato doloso

³⁶ RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Origem: AL – ALAGOAS, Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES, RECTE.(S) UNIÃO PROC.(A/S)(ES) ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, RECD.(A/S) VANDA MARIA MENEZES BARBOSA, ADV.(A/S) GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN (221518/SP).

³⁷ O que ocorre nesses casos, como afirmam os autores, é uma mudança significativa nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto da Constituição, o que entendemos ter ocorrido no presente caso.

de improbidade, nem estão presentes prerrogativas processuais mais tendentes à tutela dos direitos fundamentais inerentes à defesa.

Quanto à prescrição da pretensão punitiva, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema por ocasião do julgamento do *Leading Case* MS 32201 (posteriormente reforçado no MS 35940), quando, então, elegeu enquanto norma de regência da prescrição punitiva do TCU a Lei nº 9873/1999. O acórdão do Mandado de Segurança em questão está arrimado sobre dois argumentos, quais sejam: (i) interpretada corretamente, a legislação retro, por ser norma geral em matéria de direito administrativo sancionador, aplica-se diretamente à ação punitiva do TCU, dispensando, inclusive, colmatação de lacuna via analogia; (ii) ainda que não fosse diretamente incidente, a Lei nº 9873/1999 é mais adequada para fins de aplicação analógica – considerada a autonomia do direito administrativo, não existe razão para que o intérprete se socorra da regra geral cível, quando existe regra geral administrativa à disposição.

Entretanto, são mais importantes para o presente trabalho as conclusões do STF ao julgar a prescrição da pretensão ressarcitória³⁸ (indenizatória), não da prescrição da pretensão punitiva (aplicação de sanção), a ser exercitável em processos de controle externo perante o TCU.

Sobre tal distinção, colacionamos trecho de artigo de nossa própria autoria, no qual destacamos as distinções entre tais pretensões objeto dos processos no TCU (FREITAS, 2021, p. 15):

Sobre a prescritibilidade das pretensões punitiva e de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunais de contas, precisamos, de início, destacar as confusões terminológicas relativas ao assunto.

Embora a pretensão punitiva e a indenizatória sejam coisas distintas, são muito confundidas em artigos sobre o tema e mesmo em manifestações do Ministério Público e decisões judiciais.

A prescrição da pretensão punitiva se refere à possibilidade de aplicar sanções; já a pretensão indenizatória diz respeito à oportunidade de condenar ao ressarcimento de eventual prejuízo sofrido. É dizer, a primeira é punição; a segunda, responsabilidade civil.

A construção evolutiva jurisprudencial sobre o tema decorre de esforço visando a pacificação da questão, que é sintetizada com precisão pela Ministra Rosa Weber quando da relatoria do MS 34.467: i) a relevância da segurança jurídica como garantia da mais elevada envergadura, presente no rol das cláusulas pétreas; ii) que no julgamento do RE 669.069,

³⁸ Também chamada de reparatória, condenatória e prescrição do ressarcimento (do dano).

paradigma do tema 666 da repercussão geral o Plenário do STF, assentou-se tese no sentido de que: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”; iii) a posição respaldou-se no entendimento de que a imprescritibilidade – prevista no art. 37, § 5º, parte final, da Constituição – é medida excepcional, que deve ser interpretada restritivamente, de maneira rigorosa e com observância especial às garantias da segurança jurídica, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; iv) no julgamento do RE 852.475, paradigma do tema 897 de repercussão geral, os contornos da cláusula da imprescritibilidade, previstas no dispositivo constitucional mencionado, foram estabelecidos pela fixação da seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”; v) Enfim, no julgamento do RE 636.886, paradigma do tema 899 de repercussão geral, assentou-se a tese de que: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”; vi) a atuação do TCU em processos tomada de contas especial, por não constituir via própria para a apuração de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – pois nele não se perquire sobre a presença ou não de ato doloso de improbidade, inclusive por falta de instrumentos e meios processuais para isso –, se encontra submetida a prazo prescricional.

Constata-se a importância das interpretações do STF que fundamentam esses precedentes, porque, para o objeto do trabalho ora em desenvolvimento, traz importantes elementos relacionados ao processo de contas como via para apuração de elemento subjetivo quanto à improbidade e quanto aos instrumentos processuais do processo de controle externo.

Essas ponderações também servem para o estudo crítico do objeto do presente trabalho acadêmico.

Antes de retornar ao exame do precedente que representou modificação na interpretação do STF sobre a parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, cumpre apresentar a posição anterior da Corte, que era seguida pela jurisprudência administrativa do TCU.

O MS 26.210/DF firmou a posição, à época, por uma ampla imprescritibilidade quanto às pretensões de ressarcimento ao erário. Nesse julgamento, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski cita inclusive voto anterior do Ministro Eros Grau no MS 24.519, também pela aplicação de imprescritibilidade ao caso.

Alguns trechos desse entendimento precisam ser expostos, para que possamos cotejá-los e comparar com os novos precedentes em sentido distinto. Destaca-se o seguinte excerto do MS 26.210/DF:

No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5, da Constituição de 1988, segundo o qual:

‘§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’.

Considerando-se ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificação a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

3.2. Análise da Fundamentação do RE 636.886/AL (Tema nº 899 de Repercussão Geral) quanto à Prescritibilidade da Pretensão Indenizatória e Fragilidade do Devido Processo Legal do Procedimento no TCU

Passando, então, a examinar o *Leading Case* que firmou o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a prescritibilidade a pretensão de ressarcimento ao erário em processos do Tribunal de Contas. No julgamento do Recurso Extraordinário 636.886 – Tema 899, com repercussão geral –, fixou-se a tese de que a pretensão ressarcitória (indenizatória) do Tribunal de Contas da União é prescritível e, com relação ao prazo prescricional, a solução do caso em julgamento no referido recurso extraordinário estabeleceu o prazo de cinco anos. Essa, a ementa do julgado³⁹:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. Analisando detalhadamente o tema da ‘prescritibilidade de ações de ressarcimento’, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

³⁹ RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas⁴⁰, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.
4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).
5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: ‘É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’.

Segundo o voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator do RE 636.886/AL, o processo no TCU teria as seguintes características: i) não se imputaria a existência de ato de improbidade; ii) não se abriria a possibilidade do fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa; iii) a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, contudo a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; iv) não se apura existência da ato doloso de improbidade administrativa mediante devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa⁴¹; v) reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas significaria grave ferimento ao Estado de Direito, que exige – no campo penal e na responsabilidade civil –, a existência de um prazo legal para o Poder Público exercer sua pretensão, sendo excepcional a manutenção indefinida dessa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal; vi) as exceções à imprescritibilidade estão claramente explícitas e expressas na Constituição⁴², restringindo-se ao campo punitivo penal – nas hipóteses previstas incisos XLII e XLIV do artigo 5º, a saber, a prática do racismo (XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLIV).

⁴⁰ Discordamos dessa afirmação que, embora apareça como *obiter dictum*, tem uma importância que será exposta à frente. Para ser mais preciso, avalia-se elemento subjetivo, mas nas Cortes de Contas é suficiente a presença de culpa *stricto sensu*, uma vez que não se admite aqui responsabilidade objetiva, e defendemos que após as alterações na LNDDB seria necessária culpa grave – erro grosseiro – para responsabilização a título de ressarcimento e aplicação de sanção.

⁴¹ Fazemos uma proposta de interpretação do significado deste argumento decisório do relator no parágrafo subsequente deste artigo.

⁴² Nesse sentido, as exceções devem ser interpretadas restritivamente, como decidido em diversos precedentes do STF.

Em relação ao item quatro mencionado acima, presente na folha 9 do voto do relator, é necessário interpretar precisamente o que se pretendeu expressar ao afirmar a ausência de apuração da existência de ato doloso de improbidade administrativa, mediante o devido processo legal que assegure o contraditório e a ampla defesa. Do trecho referido do voto proferido no RE 636.886 / AL, destaca-se o seguinte:

De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito; mas a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; uma vez que, não se apurou, mediante o devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa a existência de ato doloso de improbidade administrativa.

[...]

O devido processo legal, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em restringir a liberdade ou a propriedade individual, entre elas, certamente, a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese da prática de atos ilícitos ou irregulares. O reconhecimento de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas conflita com a garantia do devido processo legal, que configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor, dentro de regras procedimentais previamente estabelecidas e que consagrem a plenitude de defesa e impeçam o arbítrio do Estado. Como salientado pelo Decano desta SUPREMA CORTE, Ministro CELSO DE MELLO, ao analisar o poder persecutório do Estado, a própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado (1ª Turma, HC 73.338/RJ).

Esse ponto – quanto à fragilidade do devido processo legal no TCU – é importante para a presente análise e entendemos, inclusive, que embora possa parecer mero *obiter dictum*, aqui reside de fato o fundamento principal, o núcleo da *ratio decidendi* da decisão do Supremo Tribunal Federal, quanto ao verdadeiro *overruling* que representou esse julgamento. Como muito bem observou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto⁴³, o precedente caracteriza, ainda, o instituto doutrinário próprio da jurisdição constitucional conhecido como mutação constitucional.

Defende-se ser esse o ponto principal dessa evolução jurisprudencial, a partir da análise que empreendemos dos diversos votos que foram construindo e sedimentando a novel interpretação firmada para o texto constitucional em exame. Observa-se que os votos manifestam uma preocupação com a segurança jurídica e com uma necessária interpretação restritiva quanto às hipóteses excepcionalíssimas de imprescritibilidade.

⁴³ Apresentado mais à frente.

Assim, ao analisar a processualística do TCU, regida pelo regimento interno de tal Corte, o Supremo Tribunal Federal considerou que, embora seja assegurado um devido processo legal que deve respeitar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (principalmente quando tratamos de processos de contas e, mais especificamente, às tomadas de contas especial⁴⁴) – os quais também são obrigatórios em processos administrativos –, não existiria um processo com todas as garantias de um devido processo legal desenvolvido perante o Poder Judiciário, isto é, um devido processo legal judicial⁴⁵.

Para que se averigüe se estamos diante de um ato doloso de improbidade e, logo, que a regra da prescritibilidade vai ser afastada por uma exceção que conduza à imprescritibilidade, o que o STF está a dizer é que há necessidade de que essa ampla defesa e contraditório sejam exercidas perante o poder que possui jurisdição, bem como que tem a função de julgar como sua principal função, isto é, o Judiciário.

Essa interpretação é reforçada pelo fato, uníssono nos precedentes identificáveis nas decisões administrativas do TCU – desprovidas de jurisdição no sentido aqui exposto –, as quais destacam que o ônus probatório nos processos de contas é do responsável que é chamado a se defender⁴⁶ e, ainda, que para haver a condenação ao ressarcimento de prejuízo ao erário bastaria a identificação de culpa *lato sensu*.

Em uma ação judicial na qual se defenda estar presente ato doloso de improbidade, além do ônus probatório quanto à presença do dolo como elemento subjetivo da conduta improba, o autor também terá ônus probatório de demonstrar que o réu gerou prejuízo ao erário, para constituição de título executivo (nesse caso – por óbvio –, judicial, diferente do decorrente de decisão do TCU).

⁴⁴ Nem todos os processos dos tribunais de contas são processos de contas, não podemos esquecer que existem processos de fiscalização, como as representações, nas quais – contudo – não se perquire sobre a presença de prejuízo ao erário nem se condena ao seu ressarcimento (constituindo título executivo próprio para esse fim), para o que é necessária a instauração de um processo de contas.

⁴⁵ Como mencionado em outra passagem do mesmo voto, item i do parágrafo deste artigo em comento e constante à folha 8, penúltimo parágrafo, do voto do ministro relator.

⁴⁶ Sobre o **ônus da prova** no TCU: “O ônus da prova sobre ocorrências ilegais imputadas a terceiros contratados pela Administração Pública cabe ao TCU, o qual deve evidenciar a conduta antijurídica praticada para fins de imputação de débito. A obrigação de demonstrar a boa e regular aplicação de recursos públicos é atribuída ao gestor, e não a terceiros contratados pela Administração Pública”. (Acórdão 2544/2020-Plenário | Relator: Min. BRUNO DANTAS)

Esses requisitos não estão presentes em processo de contas perante o TCU, razão pela qual o STF passou a olhar para o texto constitucional e para o mundo fático fenomenológico, sendo certo que sua atitude hermenêutica observável foi se modificando e a aplicação do direito às hipóteses sob análise passou a ser diferente, com normas para solução dos casos concretos (isto é, decisões) mais restritivas quanto à prescrição – em respeito à direitos fundamentais.

Centra-se no item ii e iv do voto do Ministro Alexandre de Moraes⁴⁷, citado acima, a hermenêutica constitucional que investigamos se seria a melhor para, a partir do julgamento em exame, utilizarmos a técnica da interpretação conforme a constituição ao se decidir sobre a inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea g, da LC 64/90.

Essa é a interpretação possível que podemos fazer desse trecho do voto-condutor da decisão⁴⁸, como precedente que pode influenciar e servir de referência para decisão de casos subsequentes⁴⁹ (Streck, 2020, p. 349) e se apresentará como elemento para a hermenêutica jurídica constitucional.

Isso porque não é precisa a afirmação isolada constante no voto em análise, no sentido de que o processo de contas, em face de sua natureza, além de não prever, não permitiria a ampla defesa efetiva anterior à formação do título.

A regência procedimental no TCU – prevista na Lei 8.443/1992, no regimento interno do TCU e, quanto ao processo de tomadas de contas especial, na IN 71/201 – estabelece a citação prévia para se defender antes da constituição do título executivo extrajudicial, para que se desenvolva o exercício de ampla defesa e contraditório que precisam ser efetivos. Conforme precedentes do STF e de demais tribunais, caso não sejam efetivamente respeitados esses princípios constitucionais, será o caso de nulidade na formação do título executivo, por

⁴⁷ Consoante o voto: “ii) não se abriria a possibilidade do fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa; (...) iv) não se apura existência da ato doloso de improbidade administrativa mediante devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa”.

⁴⁸ *In verbis*: “Em face de sua própria natureza, esses exames e análises das contas não observam as mesmas garantias do devido processo judicial, além de não preverem e não permitirem o contraditório e ampla defesa efetivos, anteriormente à formação do título executivo”. Concordamos com a parte inicial, com a qual caminhamos em harmonia no sentido exposto neste artigo, contudo o trecho final, que destacamos, só pode ser interpretado no sentido da comparação com o processo judicial por improbidade, no sentido proposto no presente trabalho; pois, caso contrário, o trecho não se coaduna com a jurisprudência do STF.

⁴⁹ Algo tradicional e típico de países do *common law* e cada vez mais usual entre nós do *civil law*, principalmente em caso de jurisdição constitucional e em decisões da Corte Suprema.

error in procedendo, que poderá ser reconhecido tanto pelo STF (por Mandado de Segurança, Reclamação ou Recurso Extraordinário) quanto por qualquer magistrado federal (no caso de ação anulatória intentada com esse fim).

Nesse sentido:

A garantia constitucional ao devido processo legal decorre dos processos históricos que visavam consolidar o Estado Democrático de Direito, que também se revela princípio basilar do Direito Administrativo Sancionador (Osório, 2015, p. 174-175).

E mais à frente:

A Norma Constitucional assegura a todos os acusados, no âmbito judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa.

Apesar de serem princípios distintos, estão interligados, de modo a garantir o equilíbrio de forças, a paridade de armas, a presunção da inocência e, consequentemente, a dignidade humana (Osório, 2015, p. 440).

Por fim, ainda sobre a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa nos processos administrativos de controle externo⁵⁰, há diversas decisões judiciais e administrativas:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. REPRESENTAÇÃO. ABERTURA DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS À CORTE DE CONTAS. ART. 71 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DEFERÊNCIA. CAPACIDADE INSTITUCIONAL. HABILITAÇÃO TÉCNICA. OBSERVÂNCIA À AMPLA DEFESA, AO CONTRADITÓRIO E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não são absolutas e seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria. Precedentes: MS 28156 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 17/9/2014 e AI 152.676 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 3/11/1995. 2. O término da etapa de instrução do processo administrativo no Tribunal de Contas da União ocorre no momento em que o titular da unidade técnica emite seu parecer conclusivo, consoante predica o art. 160, § 2º, do Regimento Interno do TCU. 3. O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União prevê diversas oportunidades para que as partes produzam as provas necessárias à elucidação dos fatos e à comprovação da regularidade dos atos por elas praticados. Todavia, consoante o firme entendimento da Corte de Contas, inexistente a fase processual de contestação do parecer conclusivo da unidade técnica após o término da instrução probatória. 4. In casu, o Tribunal de Contas da União, ao indeferir o pedido de análise técnica de documentos apresentados pela agravante após o término da fase instrutória do processo administrativo, atuou em consonância com as normas da Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.443/1992) e de seu Regimento Interno. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o indeferimento de produção de provas não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista competir ao relator do processo denegar pedidos impertinentes, protelatórios ou desnecessários ao esclarecimento dos fatos. Precedentes: RMS 24.194, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7/10/2011; MS 29.137 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28/2/2013; MS 32.945 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 8/4/2019; AI 847.263-

⁵⁰ Que também possuem natureza jurídica de processo administrativo sancionador.

AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 14/9/2012 e RE 630.944 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 19/12/2011. 6. A abertura de tomadas de contas especial tem por objetivo apurar o suposto prejuízo ao Erário e identificar os respectivos responsáveis e valores, quando serão oportunizados o contraditório e a ampla defesa. Precedente: MS 26936 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/11/2015. 7. O teor dos novos documentos apresentados pela agravante será devidamente analisado na fase própria da instrução do processo de Tomada de Contas Especial. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 36369 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019) Ementa: AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELA UNIÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR SANDRA LUCIA GOMES LAMBERT EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PENSÃO DE FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS JULGADA LEGAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. OCUPAÇÃO DE CARGO PÚBLICO EFETIVO. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO EM RAZÃO DE ACÓRDÃO DO TCU. LEGITIMIDADE PASSIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. OCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TCU. RESTABELECIMENTO DA PENSÃO ATÉ NOVA APRECIÇÃO PELA CORTE DE CONTAS. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELA UNIÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. PREJUDICADO O AGRAVO INTERPOSTO POR SANDRA LUCIA GOMES LAMBERT. 1. Há precedente nesta Corte no sentido de que o Tribunal de Contas da União será parte legítima para figurar no polo passivo da ação mandamental quando, a partir de sua decisão, for determinada a exclusão de um direito. (Precedente: MS 24.927, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 28/9/2005) 2. In casu, o TCU determinou à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para que fossem suspensas pensões de filhas solteiras maiores de 21 anos que ocupassem cargo público efetivo. 3. A Súmula Vinculante nº 3 do STF excepciona a observância prévia do contraditório e da ampla defesa na apreciação da legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão pelo Tribunal de Contas da União. Contudo, o presente caso não se enquadra na exceção prevista, pois não se trata de concessão inicial de aposentadoria, de reforma ou de pensão. Dessa forma, podendo a decisão resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, cabível o exercício da ampla defesa e do contraditório. No entanto, não se verifica abertura de prazo pelo TCU, a fim de que houvesse oportunidade de defesa à Sandra Lúcia Gomes Lambert diante da exclusão do seu benefício de pensão. 4. Portanto, não merece ser reformada a decisão agravada que anulou o acórdão 1.843/2006 do TCU para que se possibilite que Sandra Lúcia Gomes Lambert exerça o contraditório e a ampla defesa a que tem direito, com o restabelecimento da pensão até a nova apreciação pela Corte de Contas. 5. Agravo regimental, interposto pela União, a que nega provimento, restando prejudicado o agravo regimental interposto por Sandra Lúcia Gomes Lambert. (MS 27031 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 08/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 25-09-2015 PUBLIC 28-09-2015)

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou-se acerca da possibilidade do Poder Judiciário do Poder Judiciário revisar as decisões do TCU, por força Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, uma vez que atividade exercida pelas Cortes de Contas é meramente revestida de caráter opinativo. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. OPERAÇÃO DE FINANCIAMENTO POSTERIORMENTE CONSIDERADA REGULAR PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NÃO VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO JULGAMENTO EXERCIDO PELA CORTE DE CONTAS. PRECEDENTES. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC, posto que o Tribunal de origem se manifestou, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelos recorrentes.

2. Ressente-se o recurso especial do devido prequestionamento no que tange aos artigos 47, 267, VI e 295, I e par. único, III, do CPC, já que sobre tais normas não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos declaratórios, fazendo incidir o óbice do enunciado da Súmula 211 do STJ.

3. O controle exercido pelos Tribunais de Contas não é jurisdicional e, por isso mesmo, as decisões proferidas pelos órgãos de controle não retiram a possibilidade de o ato reputado ímprobo ser analisado pelo Poder Judiciário, por meio de competente ação civil pública. Isso porque a atividade exercida pelas Cortes de Contas é meramente revestida de caráter opinativo e não vincula a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa. Precedentes: REsp 285.305/DF, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 13/12/2007; REsp 880.662/MG, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1/3/2007; e REsp 1.038.762/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/8/2009.

4. O mister desempenhado pelos Tribunais de Contas, no sentido de auxiliar os respectivos Poderes Legislativos em fiscalizar, encerra decisões de cunho técnico-administrativo e suas decisões não fazem coisa julgada, justamente por não praticarem atividade judicante. Logo, sua atuação não vincula o funcionamento do Poder Judiciário, o qual pode, inclusive, revisar as suas decisões por força Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (art.5º, XXXV, da Constituição). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (REsp 1032732/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 08/09/2015)

Retornando ao caminho de se apresentar a modificação do entendimento do STF, mesmo com a manutenção do texto constitucional, em verdadeira hipótese de mutação constitucional, importante examinar o seguinte excerto do voto da Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do RE 669.069/MG, ao caminhar no sentido da prescritibilidade⁵¹:

Eu estou acompanhando, Presidente, e, como já foi afirmado, até mesmo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, insuperável administrativista brasileiro, vinha sustentando até a 26ª edição do seu Curso de Direito Administrativo, a tese da imprescritibilidade, que ele, então, mudou e apresenta argumentos muito ponderáveis e aproveitáveis por nós, neste julgamento, exatamente para aquilo que ele chamou de "imprescritibilidade limitada". Ou seja, a Constituição teria adotado apenas para os casos específicos listados, como já foi aqui ponderado por muitos dos eminentes Pares que me antecederam. E, naquela ocasião, também esse foi um tema de discussão do 6º Congresso Mineiro de Direito Administrativo, e se registrou, na conclusão daquele Congresso, que essa tese de imprescritibilidade esbarraria no direito de defesa, que é muitíssimo caro ao sistema constitucional. Primeiro, porque não é do homem médio guardar, além de um prazo razoável, e hoje, até por lei, não se exige isso, a documentação necessária para uma eventual defesa. [...] O Professor Celso Antônio lembra que o prazo prescricional haverá de respeitar necessariamente o que é possível para um homem médio se defender. E bastaria este argumento para se ver que não se teria, em qualquer ato, a possibilidade de pleno exercício do direito de defesa. A Constituição se interpreta sistematicamente, garantindo os princípios fundamentais, um dos quais é exatamente este.

⁵¹ Trecho que é citado expressamente pelo Ministro Alexandre de Moraes, relator do RE 636.886, em seu voto.

Percebe-se aqui a utilização de método de interpretação sistemática, tutelando direitos fundamentais, além da preocupação com o exercício pleno do direito de defesa constitucionalmente previsto, que precisa ser efetivo, não podendo se constituir de mero simulacro, chamando-se o responsável para se defender sem que ele de fato tenha meios e elementos para, passados muitos anos, produzir defesa efetiva.

Outros ministros, ao votarem, manifestaram a mesma preocupação e destacaram que quando a constituição quis prever casos de imprescritibilidade, ela o fez por meio de redação muito clara e indene de dúvidas, argumento que expõe tanto uma interpretação sistemática com outros trechos da Constituição, quanto método de interpretação gramatical.

No julgamento do RE 636.886/AL, o Ministro Edson Fachin apresentou voto do qual destaca-se o seguinte excerto:

Inicialmente, observo que a matéria relativa ao alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal já foi analisada por esta Corte nos Temas 666 e 897 da sistemática da repercussão geral. No primeiro o Tribunal assentou a seguinte tese: ‘É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil’.

Já no julgamento do Tema 897, foi fixada a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

Naqueles julgamentos, consignei a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário com base nos fundamentos já explicitados.

Entretanto, na presente hipótese, há distinção relevante quanto à matéria objeto de discussão: é que discute-se, neste feito, a possibilidade de reconhecimento de prescrição de ação de ressarcimento com esteio em títulos provenientes de Tribunais de Contas, ausente, portanto, título judicial a embasar a ação.

Desta forma, tendo em conta esta substancial distinção entre as hipóteses já apreciadas e o caso ora em apreciação, acompanho o Relator.

Observa-se que chama a atenção do Ministro Edson Fachin a ausência de um processo judicial sobre a matéria, mesmo ponto que entendemos representar fragilidade quanto à possibilidade da inelegibilidade em estudo, a partir também de mera decisão controladora, sem competência para o exame do elemento subjetivo da improbidade e em processo que guarda as limitações à defesa tratadas em votos proferidos nesse precedente.

A historicidade e a tradição⁵² também foram destacados em votos que conduziram a essa mudança de entendimento, qualificada pelo Ministro Gilmar Mendes como caso de *overruling*, que para esse julgador deveria conduzir inclusive a modulação dos efeitos da

⁵² Seguindo importante pensamento filosófico e hermenêutico de Heidegger e Gadamer, que influi na hermenêutica jurídica e na Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller.

decisão, posição que não foi vitoriosa na Corte, razão pela qual a decisão teve eficácia *ex tunc*.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destaca que historicamente o STF vinha decidindo pela imprescritibilidade de ressarcimento ao erário decorrente de condenação dos Tribunais de Contas, tendo firmado essa posição em 2008, no citado MS 26.210, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski.

Depois de apresentar a evolução nos entendimentos do STF, em especial nos temas 666 e 89753, o Ministro Gilmar Mendes afirma o seguinte em seu voto no RE 636.886/AL, no julgamento do Tema 899 de Repercussão Geral:

Da conjugação de tais precedentes firmados em repercussão geral, sobressai a conclusão de que, em regra, as ações de ressarcimento ao erário são prescritíveis, salvo as ações fundadas especificamente na prática de ato doloso tipificado na Lei 8.429/1992.

Isso inclui, por óbvio, todas as demandas que envolvam pretensão do Estado de ser ressarcido pela prática de qualquer ato ilícito, seja ele de natureza civil, administrativa ou penal, ressalvadas as exceções constitucionais (art. 5º, XLII, e XLIV, CF) e a prática de ato doloso de improbidade administrativa (excluindo-se os atos ímprobos culposos, que se submetem à regra prescricional).

O que se percebe, portanto, é a necessidade de revisão da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, no MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 10.10.2008, mais especificamente em relação ao ressarcimento ao erário decorrente de acórdão da Corte de Contas.

Observa-se, assim, a modificação na interpretação que o STF fazia do texto do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, o qual, embora não tenha passado por modificação quanto a seu teor textual, passou a ser interpretado diferentemente e a conduzir à norma distinta para o caso concreto, no contexto histórico e factual presente.

Destaque-se que a evolução normativa da Lei de Improbidade veio até a afastar a forma culposa dos atos ímprobos, o que nos parece estar inserido no contexto e ambiente de evolução em uma interpretação mais consentânea com a proteção a direitos fundamentais, que também deve ser aplicada pela Justiça Eleitoral quanto à questão da inelegibilidade por rejeição de contas – objeto central deste trabalho.

O Voto-Vogal do Ministro Gilmar Mendes, no precedente em estudo, ressalta que uma análise perfunctória do enunciado do § 5º poderia conduzir à equivocada interpretação de que se atribuiu às ações de ressarcimento de prejuízo ao erário a imprescritibilidade. Todavia, o ministro ressalta que tal conclusão não resistiria a uma análise aprofundada.

⁵³ Destacamos alhures.

Para tanto, o referido ministro se vale de análise histórica do percurso de tal dispositivo em questão durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, uma vez que a questão veio à tona no Substitutivo 2 do relator da Comissão de Sistematização e foi mantida no Projeto A, do início do 1º Turno de votação, com a seguinte redação: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis”.

Entretanto, como também informa o relator em seu voto, do Projeto B em diante até a promulgação do texto, a expressão “que serão imprescritíveis” foi suprimida, o que precisaria orientar a interpretação no sentido de que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento não fora pretendida pelo Constituinte.

Assim, o dispositivo – tal como promulgado – apenas faria previsão de que a lei em sentido formal estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados pelos agentes públicos, que causem prejuízos ao erário, excluindo expressamente as ações de ressarcimento, a qual seria regida pela regra geral processual, o que não teria o condão de garantir a imprescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

Ora, sendo a existência de prazo prescricional a regra, e as hipóteses de imprescritibilidade a exceção, estando todas expressas na Constituição Federal, não me parece viável a ampliação do significado da norma contida no §5º do artigo 37 para abarcar nova hipótese de imprescritibilidade não prevista expressamente na norma.

A análise do texto positivo permite-nos confirmar que o §5º apenas garantiu a necessidade de uma lei em sentido formal para definir os prazos prescricionais para os atos descritos no dispositivo, afastando expressamente desta norma a ação de reparação ao erário, regida pela regra geral processual.

Assim, não é possível inferir da norma presente no §5º do artigo 37 da CF que as ações de reparação ao erário são imprescritíveis.

Diante desta conclusão, verifica-se também que não há nenhum dispositivo que afaste as ações de reparação ao erário da referida regra geral, isto é, a existência de prazo prescricional.

Ressalte-se, ademais, a importância da previsão de prazo prescricional das ações de ressarcimento como expressão do princípio da segurança jurídica. Isso porque a prescrição, na condição de limitador temporal do direito de ação, consiste em um mecanismo de previsibilidade do direito.

Após citar obra de Renato Alessi (1970, p. 185-187), que trabalha com os conceitos de interesse público secundário (instrumental ou derivado) (SOUSA, 2015), o qual identifica como interesse da Administração enquanto aparato organizacional, o diferenciando do interesse público primário – ligado à satisfação do interesse geral da sociedade –, o Ministro

Gilmar Mendes, em outro importante trecho de sua fundamentação⁵⁴, ressalta que “não há como o ordenamento jurídico privilegiar o interesse público secundário do ressarcimento ao erário em detrimento do interesse público primário da segurança jurídica”.

Também é possível estabelecer um paralelo entre o interesse público secundário, relacionado ao ressarcimento decorrente de um ato doloso de improbidade, e o interesse público primário, que visa a proteção dos direitos fundamentais.

É dizer, a ação administrativa na esfera controladora da administração no TCU, que busca meramente o ressarcimento ao erário e não se concentra sobre o elemento subjetivo da conduta improba, estaria no âmbito do elemento secundário do interesse público da Administração – enquanto aparato estatal. De outro lado, a tutela ao direito fundamental político e à capacidade política passiva, em atenção à própria soberania popular, se identifica como elemento primário do interesse público, relacionando-se à satisfação do interesse geral da sociedade.

Assim, retomando o objeto específico deste trabalho e o conectando à decisão do STF sobre a atuação do TCU e a seus procedimentos, tratado neste tópico, entendemos que uma interpretação da alínea g do inciso I do artigo 1º da LC nº 64/1990 deve privilegiar o interesse público primário e os direitos fundamentais.

Não se pode considerar que no TCU haveria também a defesa da moralidade administrativa – e esta representaria interesse público primário –, porque o que o TCU decide no caso de processo de contas, quando julga contas irregulares e condena ao ressarcimento de prejuízos, constitui exercício de competência de direito financeiro e de proteção aos cofres públicos; exatamente por isso o tribunal não faz juízo sobre ser o ato de improbidade, contentando-se com o exame da culpa *lato sensu*.

A proteção quanto à moralidade se desenvolveria, destarte, em processo judicial acerca de eventual ato de improbidade, o que não se encontra entre as competências constitucionais nem legais do TCU.

⁵⁴ RE 63.6886/AL.

Retornando ao RE 636.886/AL, especificamente quanto ao processo de contas e a possibilidade de nele haver imprescritibilidade, o Ministro Gilmar Mendes votou da seguinte forma:

Diante do exposto, voto no sentido do desprovemento do recurso extraordinário interposto pela União, confirmando o acórdão que reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente quinquenal. Ainda, com base nessas premissas e tendo em vista disposto no art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho a modulação de efeitos, de modo a assentar a superação da jurisprudência firmada com base no MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 10.10.2008, aplicando os marcos decadenciais e prescricionais, ambos quinquenais (salvo em se tratando de fato que também constitua crime) e observadas as causas de suspensão ou interrupção, apenas aos processos ajuizados posteriormente à presente decisão. É como voto.

Pontos importantes para o futuro da questão da prescrição nos órgãos de controle, e que nos parece que ainda não foi suficientemente amadurecido no STF, são expostos nesse trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: i) prescrição intercorrente; ii) causas de suspensão e interrupção da prescrição.

Observamos que são esses os assuntos do presente e futuro quanto ao tema, a demandarem atenção do STF quanto à prescrição no TCU, como aprofundaremos mais à frente e tratamos em trabalho pretérito (Abboud; Freitas, 2022).

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, apresentou voto convergente ao do Ministro Relator:

Voto – Acompanho o Ministro Alexandre de Moraes, para assentar a prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão do Tribunal de Contas e, como consequência, negar provimento ao recurso extraordinário. Como explicitado pelo Ministro Relator, não há incompatibilidade entre esse entendimento e o decidido por esta Corte no RE 852.475, Redator p/o acórdão o Min. Edson Fachin, j. em 08.08.2018. Naquela ocasião, assentou-se a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por ato doloso de improbidade, reconhecido como tal pelo Poder Judiciário. Por outro lado, no presente recurso, a imposição de ressarcimento decorre de decisão da Corte de Contas, que não tem natureza jurisdicional. 2. Não me comprometo, porém, neste momento, com a questão do termo inicial do prazo prescricional. É preciso refletir sobre hipóteses em que a demora irrazoável da chegada da matéria ao Tribunal de Contas seja um obstáculo à sua atuação, porque, nesse caso, não há inércia que lhe possa ser imputada. Isso é válido especialmente quanto ao ressarcimento ao erário, mesmo que não o seja quanto à multa. Seja como for, não há necessidade de definir o ponto neste julgamento.

Observa-se, como comentado, que o Ministro Luís Roberto Barroso afirma não se comprometer no momento quanto à questão de marcos para contagem de prazo prescricional, mais um indicativo que esse será o tema que atrairá a atenção do STF daqui para a frente, quanto à prescrição nos processos do TCU.

Mais uma vez, comunicando-se com o tema da inelegibilidade por rejeição de contas, o voto trabalha com elementos que são determinantes para a interpretação quanto ao objeto

deste trabalho, ao destacar que imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário apenas ocorrerá por ato doloso de improbidade, após processo judicial.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre tutela de direito patrimonial, decidiu ser necessário processo judicial e a comprovação de improbidade. Afirma-se isso porque, em última análise, a prescritibilidade em processo de contas do TCU ligada à pretensão de ressarcimento impede o curso de processo que pode culminar na condenação ao ressarcimento de valores.

Nessa decisão o STF analisa questão, quanto à teoria da responsabilidade, ligada à possível responsabilidade civil decorrente de processo de contas.

Pois bem, ao analisar então direito disponível, patrimonial, decidiu-se a favor da necessidade de exame pela via judicial. Com mais razão, ao analisar direito indisponível, referente à capacidade eleitoral passiva, onde encontramos a tutela de direito fundamental, deve-se assegurar com maior rigor as garantias do procedimento quanto ao devido processo legal e à observância da ampla defesa.

Observa-se que a questão da prescritibilidade foi bem discutida e amadurecida no STF, com vários votos que deixam clara a posição da Corte pela prescritibilidade da pretensão de reparação de prejuízos em 5 (cinco) anos, apenas excetuada a hipótese de ato doloso de improbidade, na forma do tema 897 de repercussão geral.

Alguns trechos dos debates durante a votação do RE 669.069 reforçam a posição dos ministros e o desconforto quanto à insegurança jurídica gerada por uma interpretação ampla sobre a prescrição. Veja-se (sessão de 3/12/2016):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 669.069 MINAS GERAIS

Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Discussões:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Para a Administração declarar, no campo administrativo, insubsistentes os próprios atos – cinco anos. Vejam: nem mesmo na época do regime de exceção chegou-se a tanto. Será que, considerada a Carta que se disse cidadã, que trouxe ares democráticos, tem-se esse poder insuplantável do Estado, de deixar que permaneça sobre a cabeça daquele obrigado a ressarcir uma verdadeira espada de Dâmocles?

[...]

O Ministro MARCO AURÉLIO, nos debates no julgamento e no voto do RE 669.069/MG, o sistema revela a incidência da prescrição contra ações patrimoniais:

[...] Já adiantaria, inclusive, ponto de vista, porque há um sistema, e nunca soube de ação patrimonial imprescritível. Já adiantaria, se a matéria for essa. Se a tese for essa, vou sustentar e já agora na linha, inclusive, da melhor doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello, ele próprio evoluiu que há prescrição e o quinquênio precisa ser observado, que a cláusula final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal não encerra a imprescritibilidade das ações decorrentes de ato que possa ser rotulado como de improbidade administrativa, mesmo porque, quando o legislador quis, cogitou como ressaltado pelo ministro Dias Toffoli da imprescritibilidade, fazendo-o quanto ao racismo, a atos de grupos armados contra o Estado. Não o fez nesse campo, campo que diz respeito vou afirmar a uma questão patrimonial. [...] O que se tem na Constituição Federal? O constituinte foi explícito quanto às situações jurídicas que afastam a prescrição, instituto voltado a preservar bem maior, a segurança jurídica. Ele o fez e isso já foi ressaltado nesta assentada, principalmente no voto-vista do ministro Dias Toffoli nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º. E ousou dizer que o fez de forma limitada, apenas no campo penal, não no campo cível, não no campo patrimonial. E tem-se alusão à imprescritibilidade do crime de racismo, também do crime praticado por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Presidente, repito mais uma vez: prescrição, como a decadência, que atinge o próprio direito, não simplesmente a pretensão, visa ter-se preservado esse bem que está agasalhado pela Carta de 1988, que é a segurança jurídica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas a ementa do acórdão faz menção a essa tese, claramente. Diz o item I da ementa do acórdão recorrido do TRF da 1ª Região: ‘O entendimento jurisprudencial assente nesta Corte é no sentido de que os requisitos que legitimam a ação de improbidade administrativa imprescritível, nos termos do permissivo constitucional, inscrito no § 4º do artigo 37, não se confundem com aqueles decorrentes da ação de ressarcimento dos prejuízos ao patrimônio público por causa diversa. No caso, acidente automobilístico que deve observar, dentre outros, a prescrição quinquenal’. Então, a tese está posta. A tese no acórdão é a seguinte: Em se tratando de ilícito de ação de improbidade administrativa, a imprescritibilidade segundo a jurisprudência da corte local. Mas, aqui, se fez um *descrimen*, e entendeu-se, então, que, no caso, não se tratava de improbidade, mas, sim, de um ilícito de natureza civil.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo, esse é o dispositivo, o outro comentário é *obiter dictum*. O dispositivo é: Não é imprescritível a ação de reparação de danos, embora seja no caso de improbidade. A afirmação é essa, Vossa Excelência tem toda a razão. Mas a única decisão - porque eles não podem decidir o que não estava posto, e o que estava posto é um acidente automobilístico. De modo que eu acho que, pelo menos, nós temos a opção de nos vincularmos apenas à demanda concreta.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também tenderia a acompanhar, tendo em conta até por uma razão de prudência porque a matéria é muito ampla e...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E estamos em dúvida, como Vossa Excelência bem percebeu.

[...]

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Só queria concluir afirmando que realmente a tese do acórdão é que é imprescritível a ação de ressarcimento fundada em improbidade e a tese do recurso é que não. É que são todas. Essa é a questão e foi isso que eu enfrentei no meu voto. (destaque nosso)

É relevante notar que o Ministro Ricardo Lewandowski, que foi relator do precedente que consolidou uma interpretação mais ampla da parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, começa a reconsiderar sua posição neste contexto, ao afirmar que: “[...] também tenderia a acompanhar, tendo em conta até por uma razão de prudência porque a matéria é muito ampla”.

No trecho da discussão, o Ministro Ricardo Lewandowski apresenta novamente uma consideração que evidencia a relevância de utilizar o estudo de caso desse precedente para a análise do tema abordado neste trabalho. Ele menciona uma decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que vincula a imprescritibilidade da ação de improbidade não a qualquer ação de ressarcimento de danos ao patrimônio público, mas especificamente àquelas que devem ser investigadas em ação de improbidade administrativa — portanto, em um processo judicial –, em conformidade com o § 4º do artigo 37 da Constituição Federal.

A relação entre a caracterização da improbidade administrativa e a imprescritibilidade da ação de ressarcimento (judicial) está diretamente ligada à questão da inelegibilidade. Nos termos do citado § 4º do artigo 37 da Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Observa-se que é a própria Constituição que vincula improbidade administrativa, prescrição e inelegibilidade, motivo pelo qual entendemos que a alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990 deve ser interpretada conforme a Constituição, respeitando o dispositivo mencionado e todo o sistema de proteção dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Retomando sobre a prescrição, apesar de todo o amadurecimento do tema nos precedentes do STF, o TCU seguiu, por algum tempo, decidindo de maneira diversa, insistindo na tese de imprescritibilidade, fato que deu ensejo a uma série de ações judiciais na primeira instância da Justiça Federal e a mandados de segurança na Corte Suprema.

Exemplo disso é o MS 37.412/DF, no qual a Ministra Cármen Lúcia teceu as seguintes ponderações acerca da ocorrência da prescrição das pretensões reparatoria e de punição do TCU:

12. Essas circunstâncias, suficientemente comprovadas na presente ação, evidenciam que, entre a data dos fatos imputados ao impetrante e seu chamamento inicial ao processo, decorreram mais de dez anos, sem que investigações específicas tivessem se referido a ele e, conseqüentemente, sem participação ou produção de defesa na tomada de contas. O impetrante viria a tomar conhecimento das supostas irregularidades a ele atribuídas somente em 2020, mais de dezessete anos após os fatos, formalizada sua citação em 28.5.2020.

Como enfatizado pela Procuradoria-Geral da República, também com respaldo nas análises técnicas produzidas no processo, não há “notícias da ocorrência de marcos

interruptivos da prescrição em datas anteriores, ao menos em relação ao impetrante”, nem poderia haver por ausência de participação, convocação ou diligência a importar o impetrante naquela tomada de contas, instaurada em 2012.

13. Na espécie, mesmo que um dos fundamentos para a anulação do acórdão de 2013 (Acórdão n. 8.677/2013-TCU- Primeira Câmara) tenha sido ausência de inclusão do impetrante nas investigações, atribuída até mesmo à desídia de uma das corresponsáveis (a empresa Blusoft), não há como contornar o fluxo do prazo prescricional objetivo, mesmo considerado o período de dez anos, na linha dos precedentes do Tribunal de Contas da União, como manifestado pela Secretaria de Controle Externo.

A Ministra Cármen Lúcia, ao votar, passa pelo tema que, como já defendido aqui, será a próxima questão a demandar decisões pelo STF sobre a prescrição nos processos do TCU, que é a interrupção da prescrição e seus marcos, assunto que atualmente passa por momento de “amadurecido” e consolidação – tanto no TCU quanto no STF.

A questão da unicidade das causas interruptivas, por exemplo, é muito bem abordada em voto posterior do Ministro Gilmar Mendes, no MS 38.790:

Isso porque prevalece o entendimento de que o prazo prescricional pode ser interrompido por uma quantidade indefinida de vezes, bastando que para isso se esteja diante, por exemplo, de qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato (art. 2º, II).

Ora, conforme afirmado por esta Corte, a prescribibilidade é a regra no direito brasileiro. Admitir-se que o prazo prescricional possa ser interrompido por um número indeterminado de vezes, bastando que para isso se verifique a ocorrência de uma das causas previstas no art. 2º da Lei 9.873/1999, seria o mesmo que, na prática, chancelar a tese da imprescribibilidade da pretensão punitiva do TCU, o que, como já observado, não encontra ressonância no ordenamento jurídico brasileiro.

A previsão de prazo prescricional para as ações de ressarcimento, como expressão do princípio da segurança jurídica, consiste na condição de limitador temporal do direito de ação em necessário mecanismo de previsibilidade do direito e de respeito a importantes valores e princípios constitucionais. A possibilidade de infinitas interrupções do prazo prescricional, por outro lado, traduz-se em indesejável incerteza e insegurança jurídica.

Enfrentando questão jurídica semelhante, e com o intuito de obstar a perpetuação do direito de ação mediante constantes interrupções da prescrição, evitando, desse modo, a perpetuidade da incerteza e da insegurança das relações jurídicas, o Superior Tribunal de Justiça, ao prover o Recurso Especial 1.786.266/DF (Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 17.1.2022), reconheceu expressamente a incidência do princípio da unicidade da interrupção prescricional, que estabelece, nos termos do disposto no caput do art. 202 do Código Civil, que a interrupção da prescrição deverá ocorrer uma única vez.

Assim, entendo que, observando-se a orientação jurisprudencial já consolidada nesta Suprema Corte, no sentido de que a prescrição da pretensão sancionatória do TCU deve ser regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, deve-se, com o objetivo de se preservar a segurança jurídica, observar o princípio da unicidade da interrupção prescricional, previsto no caput do art. 202 do Código Civil, também no que se refere às pretensões punitivas e ressarcitórias do TCU, de forma que a interrupção da prescrição somente ocorrerá uma única vez, de modo a afastar a verificação, na prática, de inaceitável imprescribibilidade das ações de tomada de contas.

Não parece adequada a aplicação de uma série de marcos interruptivos, ainda mais quando alguns deles poderiam se dar sem a participação do responsável, pois caso assim se

entenda, a interpretação do STF quanto ao texto constitucional e à insegurança jurídica gerada por uma indeterminação quanto à atuação do Estado voltaria a estar presente.

Importa salientar que um processo de contas não pode afrontar os princípios do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação, da segurança jurídica, da razoável duração do processo, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. É dizer, o princípio conglobante do devido processo legal (do qual decorrem todos os outros) precisa ser respeitado para que haja processo e decisão justos.

Desta forma, constata-se que, quando transcorrido longo decurso de tempo entre o fato gerador do processo de contas e a notificação do responsável para apresentar defesa, há comprometimento da realização do processo de controle, uma vez que a demora acaba por inviabilizar a defesa efetiva do responsável e, por conseguinte, o próprio julgamento do processo de contas.

Fato é que a aplicação do instituto da prescrição guarda pertinência subjetiva direta com a impossibilidade do pleno exercício do direito à ampla defesa. Com efeito, o decurso do tempo gera o perdimento de elementos e esvaziamento de meios de prova, sendo certo, ainda, que por mais que seja oportunizado o direito intempestivo à manifestação, esse não se dará de forma efetiva.

Convém trazer à discussão, também, a questão dos marcos interruptivos trazidos na Lei 9.873/1999. Isso porque, diferentemente do que acontece no Código Civil, que o faz de forma expressa, a Lei 9.873/1999 é silente em relação à quantidade de vezes que a prescrição pode ser interrompida, o que abre margem a interpretação temerária que permitiria, em tese, que um processo se estendesse perpetuamente (um “efeito lazarista” que, em regra, é rejeitado pelo ordenamento jurídico pátrio).

É importante atentar às minúcias do que diz a lei e àquilo que buscava o legislador para uma hermenêutica constitucional que melhor se comunique dentro do círculo hermenêutico.

Certamente, em se tratando de falta de previsão expressa, abre-se margem a uma gama de interpretações diversas que, não obstante a diversidade de nortes, deve coincidir com os objetivos precípuos previstos da Constituição Federal que, dentre tantas outras, traz a

segurança jurídica como uma garantia que a decisão do *Leading Case*⁵⁵ que trata do tema demonstrou o norte hermenêutico a ser seguido.

Humberto Ávila, por sua vez, conceitua segurança jurídica como sendo:

Uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro (Ávila, 2012, p. 274).⁵⁶

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da tese com repercussão geral anteriormente suscitada, já não divergia quando examinada a questão do registro de ato de pessoal, conforme se pode observar em mais esse precedente que trazemos à reflexão e exame:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A PENSÃO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da submissão do ato concessivo da pensão ao TCU, consolidou afirmativamente a expectativa da pensionista quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de pensão. 2. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupar. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 3. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 4. A concessão do mandado de segurança, impetrado em 15 de janeiro de 2010, “não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria” (Súmula nº 271 do STF). 5. Segurança parcialmente concedida para garantir o exercício do

⁵⁵ RE 636.886/AL, paradigma do Tema 899 de Repercussão Geral.

Um processo não pode durar para sempre. Como dito alhures, a prescritibilidade é a regra no ordenamento jurídico pátrio, e já era a regra quando da edição do artigo 2º da Lei 9.873/1999, norma legal que, na solução dos casos concretos o STF tem utilizado para efeito de consideração do prazo de 5 (cinco) anos e para o estabelecimento dos marcos para contagem da prescrição.

Acontece que os incisos do referido artigo, mormente o II, vêm sendo aplicados para fundamentar a possibilidade de a prescrição administrativa ser interrompida por uma quantidade infinita de vezes. Cada ato geraria uma nova interrupção.

Isso gera insegurança jurídica e colabora com a morosidade das apurações de responsabilidade na esfera administrativa.

Muito embora a Lei 9.873/1999 seja omissa nesse ponto, outros diplomas legais, que versam sobre questões análogas, trazem previsão expressa de que a prescrição somente é interrompida uma vez (a ausência de previsão legal específica exige uma interpretação sistemática e por analogia).

É o caso, por exemplo, do Decreto 20.910/1932, que regula a prescrição quinquenal de dívidas passivas dos entes da Fazenda Pública. O artigo 8º do referido Decreto diz, expressamente, que a prescrição somente pode ser interrompida uma vez.

Também é o caso do Decreto 4.597/1942, que dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública, e traz, no artigo 3º, que a prescrição somente pode ser interrompida uma vez. O Código Civil também caminha no mesmo sentido, como se extrai do já citado artigo 202.

Exsurge daí a importância de que as normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio sejam interpretadas como partes integrantes de um complexo unitário harmônico.

Se a Constituição considera a prescritibilidade como regra e existem outros diplomas trazendo a unicidade da interrupção da prescrição, a manutenção do entendimento de que cada inciso do artigo 2º da Lei 9873/1999 tem aplicação independente, indiscriminada e acumulativa, representa uma afronta, e isso não pode prosperar.

Convém, ainda, trazer uma análise semântica do teor da Lei 9.873/1999 como um todo.

Todos os verbos que integram o artigo 2º da Lei estão no singular. No inciso II, por exemplo, fala-se que haverá a interrupção da prescrição por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato. Não se fala em “quaisquer atos inequívocos”. Adiante, ainda na mesma lei, sobressai o artigo 4º⁵⁷ que, em menção direta ao artigo 2º, alude a hipótese de interrupção, no singular. Semanticamente, portanto, sobressai a intenção do legislador que, certamente, não era a de viabilizar a persecução *ad eternum* de um processo administrativo.

Tudo isso serve para demonstrar que os atos havidos antes da citação da Impetrante não possuem o condão de interromper, indiscriminadamente, a prescrição, e que o ato inequívoco voltado a apuração do fato imputável a ela se deu, somente, mediante sua citação.

Ademais, sobre a interrupção da prescrição, temos que o artigo 2º da Lei 9.873/1999 estabelece eventos que, equivocadamente, pode se interpretar como incidindo sem limitação de recorrência. Isso parece contrário ao tratamento que a lei civil e a lei publicista têm sobre o tema, ou seja, não parecendo ser a ausência de limite de interrupções a melhor interpretação, ainda mais quando se observa que o prazo prescricional se restauraria integralmente, quando na lei de improbidade, onde se esta diante de ato doloso de improbidade, ela se restauraria pela metade:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

[...]

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

Esta aqui diante de ato mais gravoso, de improbidade administrativa dolosa, que embora seja imprescritível para efeitos de ressarcimento, as suas sanções têm regime mais benéfico quanto à interrupção da prescrição, que se restaura pela metade.

Um dos eventos de interrupção da prescrição previsto é o denominado “qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato”, a regra legal diz o seguinte: “Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: [...]; II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;”.

⁵⁷ Art. 4º. Ressalvadas as hipóteses de interrupção previstas no art. 2º, para as infrações ocorridas há mais de três anos, contados do dia 1º de julho de 1998, a prescrição operará em dois anos, a partir dessa data.

Indaga-se se não seria mais adequado utilizar o artigo 2^a-A para tratar da interrupção da prescrição da pretensão ressarcitória, utilizando o artigo 2^o apenas para prescrição ligada a ação punitiva, isto é, prescrição da pretensão sancionatória (punitiva), uma vez que quanto ao ressarcimento ao erário não há ação punitiva, mas sim responsabilidade civil, como ressalta a doutrina e a jurisprudência especializadas.

No artigo 2^o-A não há previsão de interrupção da prescrição por qualquer mero “ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal”, o que entendemos mais consentâneo com os direitos e garantias fundamentais ligados à defesa e à proteção do particular frente ao Estado, o que se alinha com o novo entendimento do STF sobre a prescritibilidade em 5 (cinco) anos da pretensão de ressarcimento (indenizatória) e essa tutela conferida à segurança jurídica.

De toda sorte, o julgamento do STF no Tema de Repercussão Geral nº 899 é relevante ao propósito da presente tese por reconhecer que o procedimento do TCU em processos tomada de contas especial não constitui o meio próprio para a apuração de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, porquanto nele não se investiga a prática ou não de ato doloso de improbidade e não estão asseguradas em patamar adequado as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, até por faltarem instrumentos e meios processuais para isso.

Essa conclusão traduz o fundamento principal do precedente para afastar a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento. No próximo capítulo, essas implicações do julgamento serão mais bem examinadas mediante a análise detalhada do procedimento de improbidade e, na sequência, do eleitoral.

4. ESFERA CONTROLADORA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LIMITAÇÕES JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO TCU

A compreensão dos nuances envolvidos na distinção entre improbidade administrativa e meras irregularidades ou ilegalidades é de suma importância para o estudo do direito administrativo contemporâneo.

Conforme destacam Neves e Oliveira, a improbidade administrativa não deve ser confundida com irregularidades menores ou ilegalidades desprovidas de gravidade, uma vez que tal confusão pode levar a uma responsabilização desproporcional e injusta: “É importante destacar que a improbidade administrativa não se confunde com a mera irregularidade ou ilegalidade, destituída de gravidade do elemento subjetivo do respectivo infrator” (Neves; Oliveira, 2022, p. 8).

No contexto dos processos de controle externo, particularmente nos julgamentos de contas irregulares, a simples presença de irregularidades ou ilegalidades tem sido suficiente para a rejeição de contas, com base na presença de culpa, sem a necessidade de averiguar a gravidade do ato. Tal entendimento, contudo, não deve ser estendido à caracterização de improbidade administrativa, que requer a demonstração de dolo e a gravidade da lesão à ordem jurídica.

No presente capítulo, pretende-se discutir os limites da competência administrativa do Tribunal de Contas da União, considerando-se as particulares do procedimento de julgamento de contas e seu reflexo eleitoral, na inelegibilidade de candidatos em potencial.

4.1. Limites da Competência do TCU para Julgamento da Improbidade Administrativa

O Tribunal de Contas da União (TCU), ao julgar contas, avalia a gravidade das condutas para fins de dosimetria das sanções, porém, este julgamento não é considerado, pela doutrina e jurisprudência majoritárias, como uma sanção em si. A Lei Orgânica do TCU – Lei nº 8.443/1992 – delimita as hipóteses de julgamento das contas, especificando quando estas são consideradas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares, sem exigir a análise do elemento subjetivo da conduta para a rejeição das contas. Por outro lado, a tipificação dos atos de improbidade administrativa é regulada pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade

Administrativa), exigindo uma avaliação mais rigorosa, baseada na intenção dolosa e na gravidade da violação à ordem jurídica.

A esse respeito, observe-se que para julgamento pela rejeição de contas nos processos de controle externo (julgar contas irregulares) é suficiente a irregularidade ou ilegalidade, sendo suficiente a presença de culpa, elemento subjetivo do tipo, sem que se perquiria sobre a gravidade desta para fins do julgamento pela rejeição de contas e condenação a ressarcimento.

O TCU, contudo, examina a gravidade da conduta para fins de dosimetria das sanções que aplica. Ocorre que julgar contas irregulares não é compreendido pela doutrina e jurisprudência majoritárias como sanção.

Vale, para melhor apreciar o assunto, colacionar trecho da Lei Orgânica do TCU – Lei nº 8.443/1992 –, que traz a definição do denominado mérito do julgamento de contas, isto é, se são regulares, regulares com ressalvas ou irregulares:

Art. 16. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Observe-se que a Lei nº 8.443/1992, que define as hipóteses legais de julgamento pela irregularidade das contas (rejeição de contas na terminologia da legislação eleitoral), não exige elemento subjetivo da conduta, nem faz menção à improbidade administrativa.

Tal entendimento decorre de a Lei nº 8.443/1992, que institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências, não regular atos de improbidade administrativa; e nem poderia fazê-lo, pois é na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), alterada pela Lei nº 14.230/2021, que são tipificados os atos de improbidade administrativa.

Impende destacar que condutas como a prática de ato de gestão caracterizado pela infração à norma regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou

patrimonial constituem, conforme a alínea “b” supramencionada, fundamentos suficientes para a rejeição de contas.

Não é possível, a princípio, denotar a especial gravidade à ordem jurídica exigida pela doutrina e presente na obra de Neves e Oliveira (2022, p. 8), que assim definem improbidade administrativa:

[...] uma espécie de ilegalidade qualificada pela intenção (dolo) de violar a legislação e pela gravidade da lesão à ordem jurídica. Vale dizer: a tipificação da improbidade depende da demonstração de má-fé ou da desonestidade, não se limitando à mera ilegalidade, bem como da grave lesão aos bens tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa.

Não é objetivo deste tópico do trabalho empreender uma análise ampla, geral e exauriente sobre a improbidade administrativa, mas, apenas, com restrição ao objeto da pesquisa em desenvolvimento, investigar o que pode ser – no âmbito normativo – compreendido como ato de improbidade administrativa, além de quem tem competência para decidir sobre presença de improbidade administrativa em determinada conduta.

Cammarosano (2022, p.211) expõe com precisão a necessidade de que a tipificação de um ato de improbidade administrativa seja feita por decisão judicial, pois cabe ao Poder Judiciário decidir, segundo critérios legais, se uma conduta se adequa à Lei de Improbidade.

Não existe competência constitucional ou legal para que o TCU decida sobre a presença ou não de ato doloso de improbidade. Aliás, o doutrinador chama a atenção para o fato de que as inovações legislativas quanto ao tema tornaram a expressão “improbidade dolosa” pleonástica, pois sem dolo não há que se cogitar de improbidade (Cammarosano, 2022, p. 217).

Uma das sanções que podem ser impostas a quem pratica ato de improbidade administrativa é a suspensão dos direitos políticos, o que decorre da conjunção dos seguintes dispositivos legais e constitucionais:

Constituição Federal

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

[...]

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Lei Complementar nº 64/1990

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

A relevância dada ao tema, por importar na suspensão de um direito fundamental, conduziu sua disciplina à Lei Maior da República. Desta forma, a aplicação de tal suspensão de direito político merece interpretação restritiva e rigorosa, para que apenas seja afastado da disputa eleitoral aquele que se amolde perfeitamente aos parâmetros.

Como o ato de improbidade administrativa é definido em norma, cumpre que sua caracterização seja demonstrada em processo judicial, que respeite o devido processo legal, perante autoridade estatal competente para julgar alguém acusado por improbidade (Cammarosano, 2022, p. 209). O processo de controle externo (sistema de controle) – processo de contas no TCU – não se desenvolve por procedimento customizado para este fim, nem há, no caso de suas decisões, autoridade judicial com essa competência.

A Justiça Eleitoral, de outro lado, não pode julgar pela presença de ato doloso de improbidade a partir de decisão produzida em procedimento que não tinha esse fim, no qual o acusado jamais se defendeu quanto à existência de ato de improbidade. Ademais, não estão presentes nos procedimentos da Justiça Eleitoral faculdades e oportunidades processuais necessárias para que haja defesa efetiva quanto à improbidade administrativa.

Além disso, não se pode olvidar que a Justiça Eleitoral não tem competência para decidir especificamente sobre essa matéria. Atento a essa peculiaridade, Cammarosano (2022, p. 209) expõe:

Ora, em face do sistema de responsabilização por improbidade administrativa é preciso estabelecer algumas distinções entre competências para julgar alguém acusado por improbidade, aplicando as sanções cominadas na lei que especificamente trata dessa responsabilização, e competências para tomar certas decisões de outras naturezas, que se impõem como consequências do julgamento da procedência da imputação de improbidade, sem embargo de outras distinções que a matéria comporta.

Com base nessa reflexão, em rigorosa observância ao sistema – legal – de responsabilização por improbidade administrativa, é fato que o TCU não tem competência para julgar sobre improbidade administrativa e, outrossim, a Justiça Eleitoral apenas tem competência para impor as consequências eleitorais do julgamento pela procedência da imputação de improbidade, tornado, a partir de tal decisão, alguém inelegível.

Nesse sistema no qual o TCU julga as contas irregulares (rejeição de contas na terminologia do texto eleitoral), e a Justiça Eleitoral – a partir daí – diretamente valora essa decisão administrativa e torna a pessoa que teve as contas rejeitadas inelegível, falta o essencial – que a conduta imputada seja submetida ao devido processo legal quanto à presença de ato doloso de improbidade.

Não é qualquer conduta que demande responsabilização no âmbito controlador que seja também considerada como improbidade. É dizer, há necessidade de apreciação pela autoridade judicial competente, para que assim seja considerada e, depois, apreciada pela Justiça Eleitoral.

Temos com Streck (Verdade e Consenso, p. 106 e seguintes) entendimentos que privilegiam interpretação que privilegia direitos fundamentais. Ademais, Abboud (2019) nos traz critérios para a decisão sobre direitos fundamentais no presente caso:

Como sabemos, Ronald Dworkin foi o maior interlocutor de H.L.A. Hart no campo da teoria do direito. Hart distingue os chamados “casos fáceis” – questões geralmente incontroversas de fixação do sentido da norma – dos “casos difíceis”, nos quais aquilo que chama de “zona de penumbra” da norma se apresenta de tal modo que o direito não traga uma solução clara, pronta ou unívoca ao caso. Assim, se o direito não apresenta solução única ao caso, o juiz deveria escolher entre as alternativas interpretativas disponíveis. Essa é justamente a resposta que Hart dá aos hard cases: a discricionariedade.

Dworkin discordará da saída proposta por Hart e pelos positivistas em geral. Para ele, mesmo nos assim chamados “casos difíceis” uma das partes ainda teria direito a ser reconhecida como vencedora e permanece dever do juiz investigar os direitos de cada parte no caso em julgamento. Se o direito não fornece uma solução clara ao caso, o juiz ainda assim deve decidi-lo com base em argumentos de princípios, que são, em apertada síntese, aqueles standards que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita ou protege os direitos de um indivíduo ou grupo. (ABBOUD, 2019, p. 2).

Ambos os caminhos, além do proposto com Gadamer e Streck, indicam a interpretação que privilegia os direitos fundamentais.

É bem possível que alguns intérpretes queiram dar interpretação extensiva à expressão “configure ato doloso de improbidade administrativa”, apelando para as mais diversas principiologias para defender que dizer se o ato configura ou não improbidade seria competência dos Tribunais de Contas ou mesmo que caberia tal aferição à Justiça Eleitoral, quando do registro das candidaturas, nas mais diversas formas de sua impugnação.

Aqui, com Luhmann, a imposição de obstáculo legítimo ao exercício de um direito fundamental (capacidade eleitoral passiva) só seria possível com base nas premissas particulares do próprio sistema do Direito. E não só isso: mesmo no referido sistema, a transformação da linguagem de sistema “controlador” para a linguagem jurídica se legitimaria tão somente pelo procedimento adequado, resguardando-se o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Aqui entram no jogo interpretativo o § 9º do art. 14, o § 4º do art. 37 da Constituição Federal e a própria Lei 8.429/1992. Antes de avançar no ponto, importa recorrer à hermenêutica filosófica, que dá a exata dimensão da previsibilidade de que fala Luhmann.

O leque normativo envolvido na interpretação da alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, certamente aticaria a hermenêutica nominada de pós-positivista, trazendo colisões de princípios, o *in dubio pro societate*, a defesa da probidade como responsabilidade compartilhada pelas várias instituições do Estado (Cordeiro, 2002), entre outras infinitas possibilidades ao invés de se ir direto à norma: para que uma decisão do Tribunal de Contas que julgar irregulares as contas dos responsáveis tenha repercussão eleitoral é necessário que se “configure ato doloso de improbidade” e, para este mister, é necessário pronunciamento judicial e, ainda, um processo específico (regulado pela Lei 8.429/1992 e pelo CPC).

Talvez aqui entre adequadamente o elogio de Gadamer (2002, p. 62-63) à teoria dos sistemas de Luhmann, quando a *autopoiese* significa colocar à porta da razão uma barreira binária para impedir a entrada de tudo sem antes uma análise dialética e crítica. Assim, poder-se-ia estar diante de uma hermenêutica *autopoietica*, porquanto só é aberta porque fechada e só é fechada porque aberta. Isto não significa, nas próprias palavras de Gadamer (2011, p. 261): “que estamos cercados por um muro de preconceitos, e que somente permitiríamos o

acesso a quem mostrasse seu passaporte, contendo a seguinte identificação: aqui não se diz algo de novo”.

Ressalte-se, desde logo, o existir de uma autoridade legítima, aquela em que se dá, livremente, um reconhecimento dogmático ao atribuir uma autoridade de conhecimento, acreditando que o “outro tenha razão” (Gadamer, 2011, p. 284-285). Trata-se da reabilitação da tradição (Gadamer, 1985, p. 74). Nela reconhece-se o homem como ser finito e histórico (Gadamer, 1999, p. 416), tendo como um de seus atributos o da autoridade (Gadamer, 1999, p. 419): “a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último em um ato de submissão e de abdicação da razão, mas em um ato de reconhecimento e de conhecimento”. Reconhece-se o outro legitimado pelo fato de estar “acima de nós em juízo e perspectiva”, reduzindo o nosso próprio (Gadamer, 1999, p. 419). Aqui Gadamer enfrenta a resistência de Habermas em relação a questão da autoridade, a qual representaria em encarceramento da razão, um anulamento do Eu frente ao poder do Outro. Entretanto, mais uma vez voltando à tradição, através de uma retomada da Ilustração e das ciências modernas, Gadamer observa que a praxis está dada por uma condição de autoridade que é a base de toda educação e da vida (Gadamer, 2002, p. 59-61).

Seguindo a problemática da controlabilidade e da legitimação, Margarida M. L. Camargo sustenta, ainda, que no processo jurídico-decisório a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios e de certa forma sedimentados, o que possibilitaria conclusões minimamente previsíveis, sendo este seu viés dogmático. Destarte, a pré-compreensão do intérprete, ao considerar os conceitos dogmáticos, prestigiaria, de certa forma, a segurança jurídica, porquanto permitiria que a dialética se instaurasse dentro de limites, permitindo a retirada de arbitrariedades (Gadamer, 2002, p. 52). Já as normas positivadas estariam no que se chama de inegabilidade dos pontos de partida, expressão esta derivada de Niklas Luhmann, em que pese não se tratar aí de ter as leis como verdades, mas tê-las como limites ao processo interpretativo (Gadamer, 2002, p. 53).

Tem-se, portanto, uma tensão entre o texto da lei e o sentido que alcança sua interpretação no momento de sua aplicação. A vantagem metodológica de um texto escrito é que ele aparece em forma pura, e livre de todo o caráter psicológico, mas tal vantagem apresenta a debilidade de que o escrito não socorre o intérprete no caso de mal-entendidos (Gadamer, 1999, p. 572). O que importa é a comunicação do verdadeiro sentido de um texto, fazendo com que sua interpretação esteja submetida a uma norma que se pauta no assunto em

questão. É esta a exigência que se impõe à dialética platônica, quando procura fazer valer o *logos* como tal, e deixa, às vezes, para trás o companheiro real de diálogo no curso desse empenho (Gadamer, 1999, p. 574).

Tem-se com Gadamer (1999, p. 576) que:

O que se fixa por escrito desvencilhou-se da contingência de sua origem e de seu autor e libertou-se positivamente para novas referências. Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário não representam, na realidade, mais que um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião em ocasião.

Não se pode negar o ponto de partida na interpretação (Tércio Sampaio Ferraz Júnior - **fonte**). Assim, dentro da positividade e considerando o respeito o princípio da vedação da negação do ponto de partida, como o ponto de partida é o texto, percebe-se que o texto expressamente estabelece que para que ocorra a inelegibilidade teremos que ter a rejeição das contas por irregularidade que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente.

Desta forma, não será qualquer rejeição de contas que gerará a inelegibilidade, mas apenas a rejeição de contas por ato doloso de improbidade, com decisão proferida pelo órgão competente, contra a qual não caiba mais recurso.

Essa é a linha da seguinte construção argumentativa de Cammarosano e Dal Pozzo (2023, p. 28-29):

De há muito, setores dos mais autorizados, inclusive do Judiciário, vinham apontando, com suporte em doutrinadores de escol, o uso abusivo de presunções, invocação apenas de princípios e distorções de conceitos jurídicos, manejados não raramente de sorte a dispensar igual tratamento aos que tivessem atuado de boa ou má-fé, ofendendo assim, às escancaras, o princípio constitucional da isonomia e provocando o denominado “apagão das canetas”, o sugestivamente denominado Direito administrativo do medo.

Impõem-se, destarte, deixar claro desde logo que nem toda ação ou omissão em descompasso com a ordem jurídica, na esfera pública ou privada, enseja a mesma reação sancionatória.

Em outro trabalho, Cammarosano (2022, p. 210) aprofunda ainda a questão da relação entre improbidade administrativa e os processos dos tribunais de contas⁵⁸:

Mas não é só. Instaurado o procedimento administrativo, ‘a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de

⁵⁸ Tópico desenvolvido por Marcio Cammarosano na obra coordenada por Fabrício Motta e Ismar Viana. Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas: as inovações de Lei nº 14.230/2021 / Coordenado por Fabrício Motta, Ismar Viana. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

improbidade'. Referidos órgãos poderão designar representantes para acompanhar o procedimento administrativo (art. 15).

Vê-se, portanto, que a própria lei de improbidade considera que os Tribunais ou Conselhos de contas têm interesse jurídico na apuração de improbidade administrativa, na medida em que são órgãos de controle externo da administração pública. E atos de improbidade podem estar relacionados com matéria sujeita a seu exame, constante prescrito nos arts. 70 a 75 da Constituição da República.

Todavia, a competência para aplicação de sanções de que trata a Lei nº 8.429/1992 é do judiciário, ao ensejo de ação proposta pelo Ministério Público, observadas as normas do Código de Processo Civil, ressalvado o disposto na própria Lei nº 8.429/1992. (art. 17).

Destarte, ímprobo é aquele que assim for declarado pelo juízo competente, sujeitando-se às sanções previstas na lei de improbidade e às demais consequências igualmente prescrita em lei.

Quanto aos Tribunais ou Cortes de Contas, suas funções não se confundem com o exercício da função judicial, não tendo competência para, constatada ilegalidade, ilegitimidade ou não observância da economicidade quanto à gestão contábil, financeira, operacional e patrimonial das entidades que fiscaliza, proclamar que houve improbidade administrativa para os efeitos legais.

É dizer, embora o TCU tenha interesse jurídico na apuração de improbidade, a Corte de Contas não tem competência legal para decidir, em seus processos, se as condutas foram ímprobadas.

Daí que as consequências de suas decisões não podem gerar a inelegibilidade em estudo, sem manifestação do Poder Judiciário, que poderá, posteriormente, ser valorada pela Justiça Eleitoral.

Dessa forma, a competência pela caracterização de atos ímprobos e a consequente aplicação de sanções deve ser exclusiva do Judiciário, assegurando que o devido processo legal seja rigorosamente observado. Este entendimento reforça a necessidade de uma separação funcional entre os órgãos de controle e o Judiciário, prevenindo a usurpação de competências e garantindo a aplicação equitativa das normas.

4.2. Consequências Jurídicas do Julgamento de Imputação de Improbidade

É necessário, ainda, ponderar o adequado procedimento, à luz das premissas ora indicadas, a ser seguido com vistas à imputação de improbidade. Quanto a esse aspecto, outra importante reflexão de Cammarosano (2022, p. 209) diz respeito à distinção entre competência para julgar os acusados por improbidade, com imposição de sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 – específicas desta instância de responsabilização –, e outras competências de naturezas distintas, que podem ser impostas “como consequências do julgamento da procedência de imputação de improbidade”.

Ora, a inelegibilidade em exame – prevista no art. 1º, inciso I, alínea g, da LC 64/90 – é uma consequência da procedência de imputação de improbidade administrativa, mas que apenas pode derivar do julgamento dos acusados por improbidade pela autoridade competente, na exata linha defendida por nós com sustentação no trabalho de doutrinadores, como Cammarosano.

Assim, o TCU agiria dentro de suas competências legais e apreciariam os atos de gestão de recursos públicos, avaliando o mérito das contas. Caso as contas sejam julgadas irregulares (rejeição), de competência do TCU, e haja condenação por improbidade administrativa, de competência do Poder Judiciário, poderia a Justiça Eleitoral exercer sua competência de tornar o cidadão inelegível, o que seria uma consequência eleitoral do julgamento de contas, apenas no caso de procedência de imputação de improbidade.

Repitam-se, por oportuno, as palavras de Cammarosano (2022, p. 210) sobre o tema: “[...] ímprobo é aquele que assim for declarado pelo juízo competente, sujeitando-se às sanções previstas na lei de improbidade e às demais consequências igualmente prescrita em lei”. Sem decisão pelo juízo competente, após um devido processo legal judicial para esse fim, não há como serem impostas outras consequências previstas em lei.

Tanto é assim, que o TCU, quando exerce suas competências no exercício de sua função constitucional, caso constate a presença de indícios de improbidade, deve determinar que seja encaminhada cópia de sua decisão para que o Ministério Público, para que se avalie as providências necessárias, entre as quais está a apuração e eventual propositura de ação para responsabilização por improbidade administrativa (Cammarosano, 2022, p. 210-211).

Neste diapasão, a Lei Orgânica do TCU expressamente prevê que verificando irregularidades e ilegalidades, o TCU remeterá a decisão ao Ministério Público, para providências legais que se desenvolverão em outra esfera de responsabilização. Competência legal e dever que também encontrada na Constituição da República:

Lei nº 8.443/1992

Art. 16. As contas serão julgadas:

[...]

§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

Constituição:

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

[...]

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Aliás, é a Lei nº 8.429/1992, em seu artigo Art. 7º, que disciplina que diante de indícios de ato de improbidade, a autoridade que tiver ciência dos fatos, entre elas o TCU, deverá representar ao Ministério Público competente, para as providências necessárias – a se desenvolverem em outras instâncias.

Não se encontra no ordenamento jurídico fundamentação legal para a apreciação quanto à conduta impropria nos processos de controle externo que se desenrolam no TCU. De outro lado, o que verificamos são dispositivos legais e constitucionais que deixam claro que compete ao Poder Judiciário processar e julgar atos de improbidade administrativa.

Avaliando esse aspecto do ponto de vista da teoria da constituição, importa ponderar a crítica de Konrad Hesse a uma análise institucional fundada exclusivamente nos fatores reais do poder, apresentando a normatividade como elemento essencial de uma Constituição (Souza Neto; Sarmiento, 2014, p. 193). O conteúdo material da Constituição, segundo Hesse, deveria ser extraído das exigências substantivas que são encontradas na sociedade regulada por aquela Constituição.

Nesse sentido, Luhmann denota que o sistema do direito perturba as operações dos demais sistemas sociais, constringendo-os (Viana, 2015, p. 264 e 265):

Os acoplamentos estruturais emergem, quando introduzidos na teoria sociológica do sistema jurídico de Luhmann (1995: 494-495), no seguinte contexto [...]

[...]

Na busca do papel dos acoplamentos estruturais e de um possível sentido adaptativo nas concepções de Luhmann sobre a justiça, já analisadas nesta obra, devemos apontar que o sistema jurídico além de ser proposto como subsistema social autopoietico de função possui uma característica peculiar, qual seja o fato de que suas operações produzem reflexos perturbadores nas operações de outros subsistemas sociais, o que permite identificar fenômenos ligados à formação dos acoplamentos estruturais do direito com os demais subsistemas que constituem seu entorno social, seu ambiente (*Umwelt*).

Aplicando aqui esse conceito, observa-se que as normas constitucionais e infraconstitucionais passaram por momento extremamente punitivista e de excessos na persecução do particular, com o empoderamento dos órgãos de controle (como o TCU e o MPF), além de previsões legais (vide a Lei Anticorrupção e o denominado Pacote Anticrime) e interpretações constitucionais severas. Trata-se de consequência compreensível do influxo de demandas políticas por uma sociedade menos corrupta.

Entretanto, em momento posterior, as normas e interpretações passaram por certa suavização, o que pode ser observado nas alterações ocorridas tanto na LINDB quanto na Lei

de Improbidade Administrativa, bem como com a mutação constitucional ocorrida pela evolução jurisprudencial do STF quanto à prescrição nos processos do TCU.

Tal momento é consequência da demanda de particulares, imbuídos de preocupações relacionadas à proteção de seus direitos fundamentais, passaram a acionar o Judiciário, apresentando argumentos centrados no efetivo exercício do direito de defesa, na segurança jurídica e no fenômeno conhecido como direito administrativo do medo, ou "apagão das canetas". Esse fenômeno implica uma responsabilização excessiva, mesmo em situações onde não se verifica a presença de culpa grave ou dolo, resultando em uma desestabilização dos sistemas.

Em tal cenário, importa avaliar as consequências dessa percepção para o objeto da presente tese. No próximo capítulo, pretende-se discutir em detalhes o impacto das decisões do TCU no julgamento de contas na inelegibilidade.

O Tema 1199 de Repercussão Geral trata da definição sobre a (ir)retroatividade das disposições introduzidas pela Lei 14.230/2021, com enfoque em dois pontos principais: (I) a necessidade de presença do elemento subjetivo – dolo – para a caracterização do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA); e (II) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. Esses pontos são centrais para a revisão da jurisprudência, especialmente no que diz respeito à segurança jurídica e à aplicação das novas disposições legais aos atos passados.

Além disso, as dificuldades enfrentadas pelo direito, especialmente em uma sociedade cada vez mais complexa, estão diretamente relacionadas às limitações impostas por um positivismo legalista e um formalismo excessivo. Esse modelo tenta aplicar às ciências sociais as mesmas soluções das ciências naturais, restringindo a atuação do intérprete do direito a uma atividade puramente lógico-formal. Nessa abordagem, a norma seria a premissa maior, o fato a premissa menor, e a consequência jurídica (a norma no caso concreto) seria a conclusão do silogismo. Esse raciocínio silogístico, no entanto, muitas vezes se mostra inadequado para lidar com as nuances e paradoxos de uma realidade social em constante mudança.

Assim, ao refletir sobre a aplicação da Lei 14.230/2021, é necessário que o intérprete do direito transcenda o formalismo e considere a complexidade das circunstâncias fáticas envolvidas. A aplicação estrita de regras pré-estabelecidas, sem levar em conta a realidade dinâmica dos fatos e o contexto em que se inserem, pode resultar em injustiças ou distorções

na aplicação da justiça, especialmente em temas tão sensíveis quanto a improbidade administrativa.

É dizer, se desenvolveria o método tradicional da subsunção dos fatos às normas (Souza Neto; Sarmiento, 2014, p. 396 e 397), com um silogismo que tenta mimetizar as *hard sciences*, buscando na metodologia epistemológica própria, *exempli gratia*, da matemática, uma metodologia que valide e confira segurança para a produção científica desta ciência social complexa que é o Direito.

Uma ciência social aplicada – como a Economia – já encontra dificuldades e limitações ao tentar utilizar modelos matemáticos e métodos das ciência exatas às sociais (se apresentar, em certa medida, como a física da ciências sociais), quando mais se assemelha à biologia, exatamente porque os seres humanos são menos previsíveis do que as partículas e os planetas. As economias, nesse ponto de vista, dada sua complexidade, mas se assemelham aos ecossistemas (Marron, 2016, p. 6).

Essa dificuldade é ainda maior no Direito, que procura regular o comportamento humano e lidar com temas valorativos, com uma pretensão de alcançar como fim a Justiça.

5. ESFERA CONTROLADORA E JUSTIÇA ELEITORAL: PONDERAÇÕES A RESPEITO DA DECISÃO SOBRE IMPROBIDADE NA INELEGIBILIDADE DE CANDIDATOS

A Justiça eleitoral continua se valendo exclusivamente do julgamento dos tribunais de conta para – a partir deles – declarar a inelegibilidade, sem que tenha havido, em qualquer processo, defesa quanto à presença ou não de conduta dolosa marcada pela improbidade administrativa. A questão da aplicação da alínea g, do inciso I, art. 1º, da Lei Complementar 64/1990, contudo, não se opera de forma simples.

A partir das listas editadas pelo TCU ou por outro Tribunal de Contas (estadual, municipal ou dos municípios), a Justiça Eleitoral examina o caso, que passa então por distintas situações, a partir do contexto fático do caso analisado e das características de cada tribunal eleitoral. Opera-se um casuísmo que acaba se tornando regra geral nesses processos, com procedimentos que não são voltados para a defesa sobre a existência de improbidade, operando-se, ainda, diante de uma Justiça que não tem competência para esse mister, nem mesmo instrumentos para essa apuração.

Dessa forma, ao relacionar com a tese desenvolvida, a análise do procedimento adotado no TCU evidencia, além da incompetência da Corte para avaliar a existência de dolo na improbidade administrativa, a falta de um devido processo judicial adequado para tal finalidade.

Na Justiça Eleitoral, as mesmas limitações se aplicam, pois, embora o processo siga o devido processo legal judicial, não há previsão normativa de procedimentos ou competência para investigar o elemento subjetivo de uma conduta específica e sua correspondência aos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992.

5.1. Da Inobservância do Devido Processo Legal no Julgamento de Contas

Com relação às consequências no Direito Eleitoral, vale colacionar alguns precedentes da Justiça Eleitoral sobre o tema, que demonstram como tem sido aplicada a inelegibilidade da alínea g, do inciso I, art. 1º, da Lei Complementar nº 64/1990:

[...] Inelegibilidade. Rejeição de contas públicas. Art. 1º, i, g, da LC 64/90. [...] 4. De acordo com o entendimento desta Corte, ‘a inelegibilidade da alínea g não incide nas hipóteses em que, a despeito da omissão do dever de prestar contas ou de sua

apresentação extemporânea, for demonstrada a regular aplicação dos recursos financeiros e a falta de prejuízo ao erário' [...]. (Ac. de 10.11.2022 no RO-El nº 060031754, rel. Min. Benedito Gonçalves.)

[...] 1. Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC 64/90 não incide nas hipóteses em que demonstrada a regularidade da aplicação dos recursos financeiros e a ausência de prejuízo ao erário, a despeito da omissão do dever de prestar contas ou de sua apresentação extemporânea. [...] 2. O acórdão embargado incorreu em omissão acerca de premissa fática fundamental para a solução da controvérsia. No caso, conforme expressamente assentado no acórdão regional, o Tribunal de Contas da União concluiu em sede de tomada de contas especial pela regularidade da aplicação de recursos oriundos de convênio federal, afastando, inclusive, a imputação de débito. [...] (Ac. de 20.5.2014 nos ED-AgR-REspe nº 27272, rel. Min. João Otávio de Noronha.)

[...] 1. No julgamento do REspe nº 33.292/PI, esta Corte concluiu que a prestação de contas extemporânea configura hipótese de crime de responsabilidade a ensejar o reconhecimento da inelegibilidade descrita no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90. Tanto nesse precedente, como no caso ora tratado, o gestor responsável pela aplicação dos recursos federais não prestou as contas no prazo devido, mas somente seis anos depois, e em sede de tomada de contas especial. 2. Ante a gravidade da conduta consubstanciada na omissão do administrador público no dever de prestar contas da aplicação de recursos públicos dentro do prazo legal, que, de acordo com o previsto na Lei nº 8.429/92, configura ato de improbidade administrativa, bem como vício insanável, tal como assentado expressamente pelo TCU no julgamento das contas, e considerando a conduta deliberada do ora agravante em não prestar contas no prazo estipulado, não há como afastar a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90 [...]. (Ac. de 24.5.2012 no AgR-RO nº 83942, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

[...] Atraso na prestação de contas de candidato. Rejeição de contas pelo TCU. Inelegibilidade. [...] I - A prestação extemporânea de contas pelo candidato ao cargo de Prefeito configura hipótese de crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa, além de acarretar prejuízos à municipalidade, impedida de celebrar novos convênios de transferência de recursos. II - A rejeição de contas pelo TCU não foi contestada pelo agravado, administrativa ou judicialmente, o que configura como requisito de inelegibilidade do candidato. [...] IV - Ainda que ajuizada ação para desconstituição do acórdão do TCU, o que não é o caso dos autos, quando proposta em prazo próximo ao período eleitoral, esse fato não afasta a aplicação do art. 1º I, g, da Lei Complementar nº 64/90. [...] VI - A rejeição de contas pelo TCU acarreta a inelegibilidade do candidato. [...] (Ac. de 25.8.2009 no AgR-AgR-REspe nº 33292, rel. Min. Ricardo Lewandowski.)

[...] A omissão no dever de prestar contas dos recursos federais recebidos pelo município em razão de convênio, por si só, não tem o condão de fazer incidir a cláusula de inelegibilidade. NE: No caso ocorreu o atraso na apresentação da prestação de contas. (Ac. de 2.9.2008 no REspe nº 29155, rel. Min. Ari Pargendler.)

[...] Tendo em vista que o recorrente não prestou contas dos recursos repassados ao município, por meio de convênio, tendo sido condenado ao pagamento do débito apurado e de multa, conforme apontado no acórdão e na sentença [...], resta caracterizada a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90. [...] (Ac. de 16.10.2008 no AgR-REspe nº 32096, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

[...] Ação desconstitutiva. Enunciado nº 1 da súmula do TSE. [...]” NE: Trecho do voto do relator: ‘Eventual atraso na apresentação de prestação de contas não atrai, de forma autônoma, a inelegibilidade da alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, que exige, para sua incidência, rejeição de contas pelo órgão competente, por irregularidade insanável, com trânsito em julgado, e que não esteja sendo submetida

ao crivo do Judiciário'. A Súmula citada foi cancelada em 2016. (Ac. de 19.10.2004 no AgRgREspe nº 24054, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.)

Extrai-se dos julgados que a Justiça Eleitoral, a partir meramente da Lista de Candidatos com Contas Julgadas Irregulares expedida pelo TCU, tem examinado o julgamento do tribunal de contas e, a partir dele, julgado a presença ou não de ato doloso de improbidade administrativa. No entanto, esse procedimento viola os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Uma interpretação conforme a Constituição da alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar 64/1990, deve se atentar ao fato de que sua aplicação restringe um direito fundamental político: de ser votado. A imposição de inelegibilidade com base nessa norma exige tanto a rejeição de contas quanto a condenação por improbidade administrativa, ambas decorrentes de decisão irrecorrível do respectivo órgão competente – rejeição de contas pelo tribunal de contas e condenação por improbidade pelo órgão judicial apropriado.

O TSE possui precedentes no sentido de que seria desnecessária a avaliação do dolo específico para fins de inelegibilidade⁵⁹, apesar de posições recentes em sentido contrário⁶⁰. As reflexões apresentadas nesta tese, somadas à alteração da Lei de Improbidade introduzida pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, parecem demonstrar que a necessidade de análise quanto ao dolo específico é impositiva para uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1º, inciso I, alínea g da LC nº 64/1990.

A interpretação conforme a Constituição da inelegibilidade em questão exige um exame mais protetivo do direito fundamental político envolvido. De acordo com a dogmática de restrição dos direitos fundamentais, as limitações a esses direitos devem ser interpretadas de forma restritiva, conforme destacado em precedente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)⁶¹:

A Justiça Comum detém competência para processar e julgar ações de improbidade administrativa, para fins de aplicação da alínea I.

As restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, consoante lição basilar da dogmática de restrição a direitos fundamentais, axioma que deve ser trasladado à seara eleitoral, de forma a impor que, sempre que se deparar com uma situação de potencial restrição aos *ius honorum*, como sói ocorrer

⁵⁹ Vide RESPE nº 0600444-24, Itaoca/SP, Redator: Min. Edson Fachin, julgado em 10.12.2020.

⁶⁰ Recurso Ordinário Eleitoral nº 0600765-75.2022.6.24.0000 – Florianópolis – Santa Catarina, relatado pelo Min. Carlos Horbach, julgado em 22.11.2022.

⁶¹ RESPE nº 21321, Acórdão, Relator: Ministro Luiz Fux, Publicação: DJE – Diário da justiça eletrônica, Data 05/06/2017.

nas impugnações de registro de candidatura, o magistrado deve prestigiar a interpretação que potencialize a liberdade fundamental política de ser votado, e não o inverso.

Aponta-se a interpretação restritiva como regra quando se analisa possibilidades de limitação a direitos fundamentais, entre os quais a liberdade fundamental política de participação na disputa democrática por mandatos eletivos.

Sobre os direitos fundamentais e sua proteção, valem as seguintes reflexões doutrinárias:

Dessa forma, é facilmente perceptível que os direitos fundamentais constituem primordialmente uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado [Poder Público] ou pelos próprios particulares.

Na realidade, os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público. Os referidos direitos apresentam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado.

Atualmente, a existência e a preservação dos direitos fundamentais são requisitos fundamentais para se estruturar o Estado Constitucional, tanto no âmbito formal quanto material. (Abboud, 2020, p. 854-855)

J.J. Gomes Canotilho apresenta a evolução das teorias dos direitos fundamentais elaboradas desde a década de setenta do século passado⁶². Essas teorias tinham – precisamente – o objetivo de elucidar se a interpretação dos direitos fundamentais teria como pressuposto uma teoria dos direitos fundamentais visando uma compreensão global, coerente e lógica dos preceitos da constituição consagradores de direitos fundamentais (Canotilho, 2018).

Após apresentar o estado da arte sobre as teorias dos direitos fundamentais, o autor português trabalha com o que denomina de redescoberta dos direitos em sede de teoria da constituição, onde apresenta os direitos fundamentais dentro da teoria da constituição pela teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e da teoria da justiça de John Rawls.

Para Canotilho (2018, p. 1.404), a acentuação da teoria dos direitos fundamentais compreendida como teoria dogmática dos direitos fundamentais trouxe enriquecimento à metódica constitucional. Assim, o professor português expõe obra de Habermas na qual se enuncia tese no sentido de que a “gênese lógica dos direitos fundamentais constitui um processo circular no qual o código do direito e o mecanismo dirigido a constituir direito legítimo, ou seja, o princípio democrático, se constituem co-originariamente”.

⁶² Principalmente na juspublicística alemã.

Adicionalmente, a salvaguarda dos direitos fundamentais exige a atuação jurisdicional, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário o monopólio desse poder estatal. Veja:

O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica.

Porém, o Estado de Direito acrescenta algo mais, como já dissemos: 1ª) a reserva de jurisdição dos tribunais, órgãos independentes e imparciais, com igualdade entre as partes, e que decidem segundo critérios jurídicos; 2ª) a possibilidade de os cidadãos se dirigirem a tribunal para a declaração e a efetivação dos seus direitos não só perante outros particulares, mas também perante o Estado e quaisquer entidades públicas.

Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais ou culturais. (Miranda, 2017, p. 392)

O julgamento realizado pelo TCU não satisfaz os critérios estabelecidos pelo autor português pelos seguintes motivos: i) não exerce jurisdição conforme o entendimento clássico; ii) carece de imparcialidade nos termos judiciais, considerando a função da Corte de Contas de proteger o erário e resguardar o interesse público; iii) não se pode afirmar a existência de igualdade entre as partes, dado que a posição do indivíduo que se defende no TCU se contrapõe à do Estado.

Portanto, para assegurar a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais envolvidos, seria essencial que a análise da configuração de conduta ímproba fosse realizada por decisão do órgão judicial competente.

Alteração legislativa foi implementada no ano de 2021⁶³, que passou a exigir a presença de imputação de débito, que se soma à rejeição de contas por ato doloso de improbidade, para que possa ser aplicada a inelegibilidade da alínea “g” ora em estudo:

§ 4º-A. A inelegibilidade prevista na alínea “g” do inciso I do caput deste artigo não se aplica aos responsáveis que tenham tido suas contas julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados exclusivamente com o pagamento de multa.

Gomes (2023, p. 229) sustenta não ser necessário haver uma condenação prévia ou uma ação de improbidade em andamento na Justiça Comum para que a Justiça Eleitoral possa reconhecer a inelegibilidade com base em ato doloso de improbidade administrativa. No entanto, se houver uma condenação pela Justiça Comum, essa decisão vincula a Justiça Eleitoral, que não pode negar a existência da improbidade:

Não é exigida a prévia condenação por ato de improbidade administrativa, tampouco que haja ação de improbidade em curso perante a Justiça Comum. Na presente alínea g, o requisito de que a irregularidade também configure “ato doloso de improbidade administrativa” tem a única finalidade de estruturar a inelegibilidade.

⁶³ Previsão incluída pela Lei Complementar nº 184, de 2021.

Logo, é a Justiça Eleitoral a única competente para apreciar essa matéria e qualificar os fatos que lhe são apresentados, afirmando se a irregularidade apontada é ou não insanável, se configura ato doloso de improbidade administrativa e se constitui ou não ilegalidade. Isso é feito exclusivamente com vistas ao reconhecimento da inelegibilidade, não afetando outras esferas em que os mesmos fatos possam ser apreciados. Destarte, não há falar em condenação por improbidade pela Justiça eleitoral, mas apenas em apreciação e qualificação jurídica de fatos e circunstância relevantes para a estruturação da inelegibilidade em apreço. Note-se, porém, que havendo condenação emanada da Justiça Comum, juízo de improbidade aí afirmado vincula a Justiça eleitoral; esta não poderá negar a existência de improbidade, principalmente se houver trânsito em julgado da respectiva decisão, sob pena de haver injustificável contradição na justiça estatal.

Discorda-se aqui dessa posição, pois ato doloso de improbidade administrativa possui um sentido dentro do ordenamento jurídico. Assim, como estamos a tratar de dispositivo legal que restringe direito fundamental, a necessidade de que a rejeição de contas seja por ato doloso da improbidade precisa ser interpretada de maneira restritiva e, ainda, precisa se adequar à tipificação legal prevista na LIA.

Não há ato doloso de improbidade administrativa que não seja o previsto na norma de regência e, para que um ato seja assim considerado, há necessidade de observância do devido processo legal – inclusive com o respeito à autoridade competente para a decisão.

Destarte, a interpretação hoje vigente – que adota a posição manifestada no trecho acima – precisa ser revisitada (como foi revisitada a jurisprudência que entendia ser imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário perquirida em processos de contas), principalmente à luz das alterações promovidas na LIA, que hoje exige dolo e, mais, dolo específico.

Tal exigência de observância do devido processo legal se ancora sobre princípios basilares de fundamentação do Estado Democrático de Direito e o significado da Constituição nele. Nesse sentido, importante construção argumentativa é apresentada por Neves (2012, p. 146-147):

Caso se pretenda continuar a falar de uma fundamentação moral do Estado Democrático de Direito na sociedade moderna, parece-me mais adequado, em vez de recorrer-se a um modelo consensualista que tem como padrão a discussão acadêmica, afirmar-se que ele se justifica enquanto constrói procedimentos abertos à pluralidade ética e ao antagonismo dos interesses, como também à autonomia das diferentes esferas sociais, absorvendo e intermediando equitativamente o dissenso estrutural, sem a pretensão de eliminá-lo ou evitá-lo. De acordo com isso, a Constituição do Estado Democrático de Direito não se apresenta como ‘fundamento do consenso’, mas sim como ‘um fundamento consentido do dissenso’.

Cabe, ainda, com objetivo de destaque à importância das previsões do Direito do ponto de vista social e da proteção aos direitos fundamentais políticos, firmar os papéis exercidos pelos direitos para a ordem social:

A right, after all, is neither a gun nor a one-man show. It is a relationship and a social practice, and in both those essential aspects it is an expression of connectedness. Rights are public propositions, involving obligations to others as well as entitlements against them. In appearance, at least, they are a form of social cooperation, no doubt, but still, in the formal analysis, cooperation (Michelman, 1991, p. 177-184).

Assim, a interpretação deve buscar uma proteção do direito enquanto instrumento de cooperação social, limitando o afastamento do indivíduo do exercício da democracia – o que ocorre por meio de normas que afetam a elegibilidade: as quais, por isso, devem ser interpretadas restritivamente.

Ao lado dos direitos humanos, Habermas (2021) coloca a soberania popular como marca do idealismo constitucionalmente ancorado.

Não se deve esquecer que a ideia de soberania popular – que se exerce mediante o voto – determina a própria autocompreensão dos Estados democráticos de direito: reside aqui uma histórica tensão entre facticidade e validade que se instala no direito, é dizer, entre a positividade do direito e a legitimidade por ele pretendida (Habermas, 2021, p. 142). Cabe uma breve transcrição:

Essa tensão não pode ser trivializada, muito menos ignorada, pois a racionalização do mundo da vida admite cada vez menos que a exigência de legitimação do direito posto, apoiado nas decisões modificáveis de um legislador político, seja satisfeita pelo uso da tradição e da eticidade consuetudinária. Gostaria de lembrar rapidamente o potencial de racionalidade liberado tanto pela cultura quanto pela socialização, cuja pressão é sentida de maneira crescente pelo direito desde as primeiras codificações do final do século XIX.

Em sintonia com esse entendimento, impõe-se sustentar a observância do direito ao devido processo legal como postulado necessário à concretização do Estado Democrático de Direito, particularmente em julgamento relevante do qual possa derivar a inelegibilidade de candidato. Essa é a tarefa a ser desenvolvida nas próximas seções, nas quais o impacto eleitoral do procedimento será mais bem esmiuçado.

5.2. Atuação do TCU na Elaboração da Lista de Responsáveis com Contas Julgadas Irregulares e Certidão

É curiosa a pouca importância dada às consequências eleitorais do julgamento de contas pela doutrina que se debruça sobre o controle externo da administração pública, sendo assunto que se encontra à margem dos tópicos centrais sobre controle da administração pública. Apesar da relevância para o sistema da política, por poder retirar candidatos da disputa eleitoral democrática, o sistema de controle cuida do assunto como mero tema marginal. Observa-se que obras de referência sobre o controle externo e o processo no Tribunal de Contas da União, cuidam das consequências eleitorais do julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, que são partes nos processos de contas, em pouquíssimas páginas.

Chaves (2009, 451-452) em pouco mais de uma página, incluído em seu capítulo sobre sanções aplicáveis pelo TCU, embora expressamente destacando que não se cuida de sanção aplicada pelo TCU, se limita a citar os dispositivos legais que regem a matéria e a apresentar precedentes da Corte de Contas e da Justiça Eleitoral sobre o assunto.

Outra obra de importância sobre procedimentos do controle externo (Zymler; Alves, 2023), em suas mais de seiscentas páginas dedicadas ao “Processo do Tribunal de Contas da União”, se limita a meia página – em seu capítulo sobre execuções das decisões do TCU – a abrir um último subitem intitulado “Demais efeitos das decisões condenatórias em processos de contas” para tratar desta função do TCU, que embora qualifique como importante, destaca que seria uma contribuição com “remessa de informações relevantes à Justiça Eleitoral”.

O que ora se aponta não representa crítica à doutrina especializada, mas mera observação objetiva sobre o relevo dado pelos estudiosos do controle externo da administração às consequências eleitorais da rejeição de contas – que influem tão severamente no sistema da política.

Do ponto de vista normativo, o tratamento se dá nos seguintes dispositivos:

Lei 8.443/1992

Art. 91. Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.

Regimento Interno do TCU

Art. 220. Para os fins previstos no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal, com a devida antecedência ou quando solicitado, enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à época em que forem realizadas eleições no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo aos processos em que houver recurso com efeito suspensivo cuja admissibilidade tenha sido reconhecida pelo relator.

Verifica-se que se cuida de competência de mera remessa de dados objetivos, sem qualquer tratamento sobre suas consequências, nem sobre elementos subjetivos da conduta que ensejou o julgamento da Corte de Contas pela irregularidade (rejeição) das contas.

Importa, mais uma vez, apresentar o teor do dispositivo legal:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

[...]

§ 4º-A. A inelegibilidade prevista na alínea “g” do inciso I do caput deste artigo não se aplica aos responsáveis que tenham tido suas contas julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados exclusivamente com o pagamento de multa.

[...]

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

Em sessão do Plenário do TCU realizada no dia 5 de junho de 2024, o Ministro Bruno Dantas, Presidente do tribunal, apresentou a seguinte comunicação da presidência:

COMUNICAÇÃO DA PRESIDÊNCIA

Senhores Ministros,

Senhora Procuradora-Geral,

Trago ao conhecimento deste Plenário o encaminhamento de um tema relevante, que tem sido objeto de questionamentos direcionados a esta Presidência, relacionado ao modelo das certidões negativas de contas irregulares para fins eleitorais, emitidas pelo Tribunal de Contas da União.

Como é do conhecimento de Vossas Excelências, atualmente o TCU emite certidões individuais, bem como consolida a Lista de Pessoas com Contas Julgadas Irregulares nos últimos oito anos e a encaminha ao Tribunal Superior Eleitoral (órgão responsável por declarar a inelegibilidade dos candidatos). Ocorre que a Lei Complementar nº 64/1990, que estabelece os casos de inelegibilidade – alterada pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) –, dispõe no art. 1º, inciso I, alínea g, que são inelegíveis, para qualquer cargo, aqueles que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta decisão houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos oito anos seguintes, contados a partir da data da decisão.

Diante desse cenário, o Tribunal tem analisado como pode aprimorar as informações apresentadas nas certidões negativas de contas irregulares para fins eleitorais, para o

efetivo cumprimento da legislação que trata do tema. Ante o exposto, informo a este Colegiado que determinei à Secretaria-Geral de Controle Externo que implemente, com a maior celeridade possível, novo modelo de certidão de contas irregulares para fins eleitorais, em que conste manifestação quanto à alusão de ato doloso na decisão condenatória, a fim de atender o disposto no art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 135/2010.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de junho de 2024.

MINISTRO BRUNO DANTAS
Presidente

Observa-se que em caminho similar ao tratamento lacônico dado pela doutrina especializada em controle externo da administração pública – no sistema de controle – às consequências eleitorais que geram seus julgamentos no sistema da política, o comunicado da presidência, apesar de reconhecer a relevância do tema, no que diz respeito ao elemento subjetivo da conduta julgada pelo TCU, se limita a determinar a setor de sua estrutura interna que providencia “novo modelo de certidão de contas irregulares para fins eleitorais”, no qual deve, agora, constar “manifestação quanto à alusão de ato doloso na decisão condenatória”, para com isso atender ao disposto no legislação eleitoral.

Assim, caso se requeira hoje certidão negativa quanto a contas julgadas irregulares no TCU, na hipótese de existir qualquer conta julgada irregular, independentemente da análise do elemento subjetivo, não será possível a emissão de certidão; conforme exemplo abaixo⁶⁴:

Figura 1 – Certidão de Contas Irregulares Fins Eleitorais

The screenshot shows the TCU system interface. At the top, there is a navigation bar with the TCU logo and the text "Seja bem-vindo ao Sistema de Contas Irregulares". Below this, there are links for "Lista de contas irregulares", "Lista eleitoral", "Emitir certidão negativa", and "Verificar certidão emitida". A green banner at the top of the main content area displays a checkmark and the text "Operação efetuada!". Below the banner, the main content area is titled "Certidão" and contains a blue button labeled "Voltar". The text in the main content area reads: "Não é possível a emissão de Certidão Negativa de Contas Julgadas Irregulares para fins eleitorais, pois o requerente possui contas julgadas irregulares por decisão deste Tribunal, nos termos do art. 16, inciso III, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), com trânsito em julgado nos oito anos que antecedem a eleição, tendo sido por isso incluído na Lista de responsáveis com contas julgadas irregulares com implicação eleitoral. A seguir são apresentados os registros do requerente localizados na Lista de responsáveis com contas julgadas irregulares com implicação eleitoral. Esclarecimentos podem ser obtidos junto à Ouvidoria do Tribunal de Contas da União (telefone 0800-644-1500, Opção 1 - Ouvidoria; E-mail: ouvidoria@tcu.gov.br; Portal do TCU: aba "Fale conosco", neste endereço: <http://portal.tcu.gov.br>).

Below the text, there is a section titled "Lista de pessoas com contas julgadas irregulares, para fins eleitorais" which contains a table with the following columns: "Ficha", "Nome ↑", "CPF", "UF", "Município", "Processo", "Deliberações", "Trânsito em julgado", and "Data final".

Fonte: TCU (2024)

⁶⁴ Pesquisa realizada no site do TCU em 15.7.2024.

Entretanto, a partir dos trabalhos da Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU em cumprimento à determinação do Presidente Bruno Dantas, comunicado ao Plenário – conforme destacado acima –, o TCU passou a emitir certidão positiva, na qual se manifesta sobre o elemento subjetivo da conduta.

Essas certidões positivas seguem o seguinte modelo – observável a partir de casos concretos que examinamos – quanto ao que interessa ao presente estudo:

Figura 2 – Modelo de Certidão Positiva



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

CERTIDÃO XXX/2024

O Tribunal de Contas da União **CERTIFICA**, para os devidos fins, a pedido, a partir de consulta aos autos e a sistemas informatizados do TCU na presente data, observado o disposto no art. 82, inciso II, da Resolução-TCU 259/2014, QUE, no âmbito do **TC XXX.XXX/20XX-X**:

a) o TCU, por meio do Acórdão XXX/20XX – TCU – 2ª Câmara, julgou **IRREGULARES as contas** do Sr. **XYZ, CPF XPTO**, imputando-lhe débito solidário, sendo tal condenação mantida pelos acórdãos 8.063/2018 e 10.701/2018, ambos da 2ª Câmara deste Tribunal; e **b)** após o trânsito em julgado, ocorrido em 28/12/2018, a condenação do responsável foi registrada no Cadastro de Contas Julgadas Irregulares pelo TCU (Cadirreg).

Ademais, considerando o disposto no art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar nº 64, de 1990, informa-se que não há menção a conduta dolosa do responsável nos fundamentos da decisão que julgou suas contas irregulares, uma vez que esse aspecto não foi objeto de análise pelo TCU.

Brasília/DF, em 6 de junho de 2024.

Assinado Eletronicamente

.....

Fonte: TCU (2024)

Esses documentos têm certificado que, apesar do julgamento pela irregularidade das contas, não há menção a conduta dolosa do responsável entre os fundamentos da decisão, pois esse aspecto não foi objeto de análise pelo TCU.

Essa constatação reforça a apreciação, que se baseia na natureza dos processos de contas e na competência do TCU, no sentido de que o processo que se desenvolve perante o TCU não é estruturado para o fim de uma defesa nem quanto à presença de dolo nem acerca da presença de improbidade.

Tal “aspecto”, além de não ser objeto de análise, não é submetido ao contraditório e ampla defesa, porque quem lá é citado não é instado a se manifestar sobre o elemento subjetivo de conduta improba.

Assim, como jamais foram concedidas oportunidades de exercício dos direitos ao devido processo legal e à ampla defesa quanto a esse ponto, não há elementos na decisão no TCU que sejam suficientes para que a Justiça Eleitoral decida sobre o tema.

Retornando à lista, constarão dela aqueles responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição, não existindo qualquer normativo legal que determine a obrigatoriedade de manifestação do TCU sobre elemento subjetivo de conduta de improbidade.

A tentativa de adequação do TCU à legislação eleitoral, embora parecer se fundar na relevância dada ao tema em processo judicial que avaliará o julgamento de contas que compete ao sistema de controle, não enfrenta a relevante dificuldade para que os processos de contas efetivamente se manifestem sobre ser o ato doloso e, ainda, para que venha a ter repercussão eleitoral, que se esteja diante de improbidade administrativa.

Para que o TCU tenha elementos para perquirir sobre serem dolosas as condutas que aprecia, seu procedimento precisaria passar por alterações que permitissem um contraditório pleno e o aproximassem do devido processo legal judicial. Ocorre que estaríamos diante de adaptação, com único objetivo de atender a legislação eleitoral, que desvirtuaria o processo de contas. Tal procedimento tem como objetivo recompor prejuízo ao erário, satisfazendo-se com a culpa (não o dolo) para tal finalidade.

Por mais que o procedimento do TCU possa se adequar para este desiderato, ainda não estaria afastada sua incompetência para julgar ato de improbidade, que compete ao Poder Judiciário.

Destacam-se, mais uma vez, as reflexões presentes no voto condutor do Tema 899 de Repercussão Geral do STF:

Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

As consequências desse raciocínio, que fundamenta importante decisão da Corte Suprema, precisam se irradiar para a inelegibilidade decorrente do julgamento de contas. Ora,

se está claro que a existência de ato doloso de improbidade administrativa não é objeto de julgamento pelo TCU e, ainda, não há decisão judicial sobre a existência de conduta dolosa de improbidade, não é possível ao imputado a defesa no sentido da ausência de elemento subjetivo perante o TCU. Tanto que, conforme a jurisprudência do STF, tais atos estão sujeitos à prescribibilidade, a proteger direito patrimonial (disponível) do cidadão, estando presente a necessidade de decisão judicial sobre a conduta supostamente improba – que tutela seu direito fundamental político (indisponível).

Zymler e Alves (2023, p. 419) destacam, nesse sentido, que:

Cuida-se de importante função do TCU, no sentido de contribuir com a remessa de informações relevantes à Justiça Eleitoral, a fim de que esta possa deliberar sobre condições de elegibilidade daqueles que registram sua candidatura, a cada pleito. Porém, é preciso lembrar que a competência para decretar a inelegibilidade dos candidatos é do Poder Judiciário, cabendo ao TCU apenas enviar a lista pertinente, nos termos da legislação.

Assim, dado que o Tribunal de Contas da União (TCU) não tem competência para julgar a existência de ato doloso de improbidade administrativa e, não havendo decisão judicial sobre tal elemento, o imputado não tem meios de defesa quanto à ausência de elemento subjetivo. Trata-se de estado de coisas inconstitucional, que necessita ser adequado de modo a preservar direito fundamental relevante (PAPA, 2023).

5.3. Ponderações sobre os Reflexos Eleitorais das Alterações de Lei de Improbidade Administrativa

As alterações no ordenamento jurídico promovidas pela entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, que realizou alterações substanciais para a matéria de improbidade administrativa, produziram impactos na matéria eleitoral – com relevo sobre o objeto em estudo.

Tem-se demonstrado nessa pesquisa que o processo do TCU, sem um devido processo legal pleno e garantias mais efetivas de defesa, não possui características suficientes para que se apure a presença de ato doloso, nem se desenvolve com esse escopo.

Acrescente-se a isso o fato de que não bastaria se perquirir sobre a presença de ato de improbidade, que pela modificação legislativa passou a apenas existir na modalidade culposa. Além dessa dificuldade, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) atualmente não se

contenta com mero dolo genérico, demandando maior esforço instrutório no sentido de que se comprove dolo específico.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral apenas exige o dolo genérico, conforme se pode observar pelo julgamento do REspE nº 060015086, (Relator Min. Luis Felipe Salomão, publicado em sessão, data 12/11/2020):

[...] para fim da inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC 64/90, não se exige dolo específico, mas apenas dolo genérico, que se caracteriza quando o administrador assume os riscos de não atender aos comandos constitucionais e legais que pautam os gastos públicos.

A mudança de jurisprudência, com a entrada em vigor da alteração legislativa, pode ser percebida no Recurso Ordinário Eleitoral nº 0600765-75.2022.6.24.0000 – Florianópolis – Santa Catarina, relatado pelo Min. Carlos Horbach, julgado em 22.11.2022, com a seguinte ementa:

ELEIÇÕES 2022. RECURSO ORDINÁRIO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. CARGO DE DEPUTADO ESTADUAL. INDEFERIMENTO. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS. CONVÊNIO. ORDENADOR DE DESPESAS. PREFEITO À ÉPOCA. ART. 1º, I, G, DA LC N. 64/90. INCIDÊNCIA. NÃO PROVIMENTO. 1. A rejeição de contas calçada em decisão irrecorrível, emanada do órgão competente, no exercício de cargo ou função pública, com nota de insanabilidade e por irregularidade que, em tese, constitui ato doloso de improbidade administrativa, desde que imputado débito, e não apenas sancionada com multa, atrai a inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC n. 64/90, salvo se suspensa ou anulada por pronunciamento judicial. 2. O advento da Lei n. 14.230/2021 alterou o panorama de incidência da inelegibilidade por desaprovação de contas públicas, passando a ser exigido o dolo específico, em superação ao dolo genérico (RO n. 0601046-26/PE, redator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, PSESS em 10.11.2022). 3. A rejeição do ajuste contábil em tomada de contas especial, diante da omissão do dever de prestar contas, com a imputação de débito e multa, porquanto não comprovada a execução do objeto de convênio, notadamente por descumprimento do núcleo da avença, e não meramente das obrigações marginais, revela conduta consciente e direcionada do gestor e preenche os requisitos da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC n. 64/90, inclusive no que tange à sua conformação com a prática, em tese, de ato de improbidade administrativa mediante dolo específico. 4. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

Com efeito, a Súmula nº 41 do TSE tem o seguinte teor: “Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”.

A questão é que no que diz respeito à incidência da causa de inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art.1º da LC nº 64/90, o TCU só julga se as contas devem ser consideradas regulares, regulares com ressalva ou irregulares (rejeição de contas), nada decidindo sobre improbidade administrativa, uma vez que lhe falta competência legal para tanto.

Se considerávamos difícil para a Justiça Eleitoral decidir sobre a presença de dolo genérico baseando-se unicamente na análise do julgamento do TCU, a exigência de dolo específico torna inviável que essa questão seja avaliada em seus processos céleres.

O teor da Súmula nº 41 do TSE demonstra que a Justiça Eleitoral terá que aplicar a causa de inelegibilidade com base no que foi decidido pelo órgão competente do Judiciário e pelo TCU, não lhe cabendo aferir o acerto na rejeição de contas que tiver sido definitivamente decidido.

Ocorre que para o objeto da presente pesquisa, o que a Justiça Eleitoral tem feito é examinar os fundamentos da condenação, para a partir deles decidir pela incidência da causa de elegibilidade. Cumpre ao TCU apresentar à Justiça Eleitoral, para efeito de aplicação de lei eleitoral, o dispositivo da decisão, isto é, o mérito do julgamento pela rejeição das contas.

Entretanto, ao examinar o fundamento da decisão para a partir do que ali foi exposto definir sobre a presença de improbidade administrativa, a Justiça Eleitoral labora sobre elementos de um processo no qual não se examinou improbidade e não houve contraditório e ampla defesa sobre isso.

O que se está a defender, é que para efeitos da inelegibilidade estatuída na alínea g do inciso I do art.1º da LC nº 64/90, o que se pode considerar quanto ao julgamento do TCU se restringe à parte dispositiva da decisão, sendo o que lhe compete e que é previsto na lei de inelegibilidades.

Ou seja, a Justiça Eleitoral examina o acórdão, onde é definida a situação das contas como irregulares, regulares ou regulares com ressalva. No entanto, para concluir que a rejeição das contas (julgamento pela irregularidade) ocorreu em razão de um ato doloso de improbidade administrativa, a Justiça Eleitoral teria que analisar o conteúdo do voto e, com base em sua fundamentação, determinar se há improbidade administrativa.

Reitera-se, entretanto, que o cidadão não é chamado para se manifestar sobre essa questão nos processos de contas, de modo que não há contraditório nem ampla defesa (*rectius*, não há sequer um processo) sobre essa matéria.

Vale citação do seguinte trabalho (Freitas; Fernandes; Miranda, 2022, online):

Aliás, tratando da ‘nova’ Lei de Improbidade, dispõem Neves e Oliveira que a aplicação da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica encontra previsão, ainda, no Pacto de São José da Costa Rica, que não restringe a incidência do

princípio ao Direito Penal, motivo pela qual seria plenamente possível a aplicação às ações de improbidade administrativa.

Com essas constatações, as possibilidades que a Lei 14.230/21 abre para questionamentos em ações eleitorais são inúmeras, pois é possível a aplicação, nessas demandas, do princípio *in dubio pro suffragio*, que prestigia, em casos de fundadas dúvidas, a elegibilidade do agente e sua ampla participação política.

Assim, uma vez considerada a retroatividade da reforma na Lei de Improbidade — a qual já vem sendo reconhecida pela maioria da jurisprudência —, há plausibilidade para a alegação, perante o Juízo Eleitoral, da extinção da punibilidade quanto às condenações por atos de improbidade que tiveram como pena a suspensão dos direitos políticos, nos moldes delineados neste artigo.

Temos, assim, a aplicação do princípio do *in dubio pro suffragio*, favorável à elegibilidade daqueles que não tiveram suas condutas – supostamente ímprobas – sindicadas perante o órgão competente do Poder Judiciário.

Cumprе trazer, para se propor outra reflexão no mesmo sentido, artigo produzido por Papa (2023, online) sobre as alterações da LIA:

Assim, se de um lado não é factível a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade administrativa, de outro existe a possibilidade de um ato de improbidade atentatório, na forma do artigo 11, VI, da lei de regência, pautado na voluntariedade e consciência do agente em não prestar contas, e na ausência de comprovação do uso de recursos públicos, a denotar, com substância, o dolo específico do agente.

O que se está a defender é que suposta “voluntariedade e consciência do agente em não prestar contas, e ausência de comprovação do uso de recursos públicos” poderia – denotar – dolo específico de improbidade administrativa do agente.

O trabalho citado, que cuida dos reflexos das alterações da LIA no âmbito eleitoral, cita jurisprudência do TSE que caminha neste sentido, isto é, que seria possível à Justiça Eleitoral examinar a decisão do TCU e, a partir daí, determinar se os atos que deram ensejo à condenação com débito foram ou não atos de improbidade administrativa com dolo específico.

Apesar da respeitável posição e da própria consolidação da jurisprudência neste sentido, cabe academicamente nos questionarmos sobre o acerto desse entendimento do ponto de vista do respeito à Constituição.

Alguns fundamentos constitucionais nos levam a “desconforto epistemológico” com a solução empregada pela Justiça Eleitoral; esses fundamentos poderiam fomentar nova reflexão crítica sobre o entendimento hoje firmado.

Embora estejam – de maneira esparsa – em diversos trechos deste trabalho, retornaremos a eles neste momento de forma concentrada, pela importância para o presente tópico.

Primeiramente, é preciso destacar a impressão quanto à fragilidade que esse entendimento representa no que diz respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O processo do Tribunal de Contas da União não respeita um devido processo legal com as mesmas garantias do processo judicial, no qual há ampla defesa plena. Isso pode ser constatado pela análise das normas que regulam o processo de contas, apresentadas de forma analítica em outra parte deste estudo.

Quem autoriza a assim concluir é a própria jurisprudência do STF, bastando para tanto observar o teor do citado voto do Ministro Alexandre de Moraes, o qual conduziu a decisão referente ao Tema 899 de Repercussão Geral do STF.

Nesse julgamento, para fundamentar a conclusão no sentido de que “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”, o STF avalia as características do processo de contas.

O ministro relator ressalta que “não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo”. Destaca, ainda, que no processo do TCU “não se abriria a possibilidade do fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa”.

Além disso, o relator expressamente afirma que “não se apura existência do ato doloso de improbidade administrativa mediante devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa”.

Afirma também em seu voto que:

Em face de sua própria natureza, esses exames e análises das contas não observam as mesmas garantias do devido processo judicial, além de não preverem e não permitirem o contraditório e ampla defesa efetivos, anteriormente à formação do título executivo.

As constatações do STF sobre o processo de contas, até aqui expostas, são suficientes para fragilizar a posição do TSE no sentido de um exame pela Justiça Eleitoral – em

procedimentos que guardam a celeridade inerente às demandas eleitorais –, exclusivamente sobre o decidido pelo TCU, seria suficiente para expedir decisão que impacta direito fundamental eleitoral e que pode conduzir à inelegibilidade.

Acontece que além das fragilidades do processo de contas do TCU, é preciso se destacar – ademais – que o próprio objeto controvertido no TCU não se refere à improbidade administrativa, então não há formação de contraditório, nem mesmo possibilidade de ampla defesa, acerca de possível presença de improbidade na conduta de quem se defende perante a Corte de Contas.

Diversos precedentes do TCU destacam que em seus processos não se discute improbidade, logo sua presença não é objeto da citação que chama o responsável a se defender, então, não sendo objeto da citação nem da defesa, não pode a decisão decorrente de seu processo ser valorada quanto a algo que não foi tratado.

Alguns precedentes do TCU demonstram o que se está a argumentar:

Acórdão nº 1881/2014-Segunda Câmara, Rel. Min. José Jorge – ENUNCIADO: Não há amparo legal para condicionar o julgamento pela irregularidade de contas à ocorrência de ato de improbidade administrativa.

Acórdão nº 11228/2023-Primeira Câmara, Rel. Min. Jorge Oliveira – ENUNCIADO: O julgamento pela irregularidade das contas do responsável com condenação para que ele promova o ressarcimento de dano ao erário independe de ter havido ou não prática de ato de improbidade administrativa ou obtenção de vantagem pessoal em decorrência da gestão de recursos públicos, uma vez que a jurisdição do TCU é exercida de forma independente e autônoma à persecução eventualmente realizada pelo Ministério Público com base na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Acórdão 746/2020-Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro – ENUNCIADO: O julgamento pela irregularidade das contas do responsável com condenação para que ele promova o ressarcimento de dano ao erário independe de ter havido ou não prática de ato de improbidade administrativa ou obtenção de vantagem pessoal em decorrência da gestão de recursos públicos.

Sobre o tema, ainda cumpre colacionar excerto do relatório da decisão que fundamentou o Acórdão nº 1201/2024 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler:

Analisa-se, neste bloco, argumentação apresentada pelo Responsável⁶⁵, no sentido de que as recentes mudanças promovidas na Lei de Improbidade Administrativa sinalizariam uma intenção legislativa inequívoca de extirpar as hipóteses de responsabilização de agentes públicos advindas de conduta meramente culposa, para o que se passaria a exigir, necessariamente, a caracterização de dolo.

A argumentação não merece prosperar. A jurisprudência do TCU se encontra, de longa data, pacificada no sentido de que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o controle externo é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de culpa em sentido estrito, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa

⁶⁵ Excluiu-se o nome da parte – Responsável – que se defendia no TCU.

ou má-fé do gestor para que ele seja obrigado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário.

Nesse sentido, entre outros, os Acórdãos 2.391/2018 (Rel. Min. Benjamin Zymler) e 635/2017 (Rel. Min. Aroldo Cedraz), ambos do Plenário.

De outra parte, é seguro afirmar que as alterações introduzidas no regime de responsabilização por atos de improbidade administrativa, a partir da edição da Lei 14.230/2021, não acarretam qualquer reflexo à processualística em curso neste Tribunal, mesmo porque a ela não se aplicam.

Inclusive, observa-se que o entendimento antes manifestado permanece hígido mesmo após as alterações ocorridas na Lei de Improbidade Administrativa, podendo-se citar, nesse sentido, o Acórdão 2037/2022-TCU-Primeira Câmara (Rel. Min. Vital do Rêgo).

O exposto reforça o entendimento no sentido de que, como é desnecessária a caracterização de conduta dolosa e má-fé, essas não são objeto do processo e quem lá se defende não exerce defesa sobre isso, nem a instrução processual e a análise do TCU se voltam para tais elementos.

A partir de tal constatação, não parece condizente com o Estado Democrático Direito – e com os princípios constitucionais de índole processual – que a Justiça Eleitoral utilize a decisão do TCU como substrato fático para aplicar o direito e decidir sobre a elegibilidade de quem não se defendeu sobre o elemento subjetivo de sua conduta, nem teve oportunidade processual para demonstrar que a conduta não era impropria.

Outros precedentes permitem concluir desta forma, como o trecho do voto do Ministro Bruno Dantas condutor do Acórdão 1115/2017-TCU-Primeira Câmara, citado no Voto do Acórdão 6341/2017-TCU-Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, segundo o qual:

Neste caso concreto, não observo a conveniência e oportunidade de suspender-se o presente processo em razão da pendência do julgamento do referido recurso especial, uma vez que ele trata especificamente da prescrição das ações de ressarcimento referentes a atos de improbidade administrativa, que não necessariamente se confundem com os atos sob exame neste Tribunal.

Observa-se que em diversas oportunidades o TCU reitera a posição sobre a distinção entre o exame de atos de improbidade e os que são tratados em seus processos, que se volta e se concentram em mera culpa *lato sensu*.

Outro precedente emblemático, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, destaca em seu relatório (Acórdão nº 2391/2018 – TCU – Plenário):

41. Esclareça-se ao defendente, por fim, não se tratar o presente processo de apuração de improbidade administrativa, de natureza cível, tratado exclusivamente na via judicial. *In casu*, apura-se dano ao Erário, por meio de TCE, e que, por se tratar de recurso federal, atrai a competência do Tribunal de Contas da União, para fins de julgamento segundo o regramento da IN-TCU 71/2012.

Além de destacar que em processo de tomada de contas especial o que se apura é a existência de dano ao erário, a decisão do TCU reforça que improbidade administrativa é matéria a ser tratada em processo judicial.

5.4. Competência do TCU para Julgamento de Contas Relativas a Convênios – Entendimento do STF e Impacto Eleitoral

Questão que precisa ser abordada e esclarecida, pela relevância ligada à delimitação de tema desta pesquisa, diz respeito à competência do TCU para julgamento de prefeitos e demais responsáveis que tiverem recebido recursos por meio de instrumentos de descentralização, como os convênios.

Há decisão do STF proferida em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 848.826 (Tema 835), firmando o entendimento de que não caberia aos Tribunais de Contas o julgamento das contas dos prefeitos, sejam as contas de gestão sejam as contas de governo, para os fins de aplicação da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90.

Essa competência deveria, assim, como destaca Mendes e Branco (2023, p. 1.687): “[...] ser exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas Competentes, cujo parecer prévio só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores”.

O tema 835 de repercussão geral estabelece a seguinte tese quanto à definição do órgão competente – Poder Legislativo ou Tribunal de Contas – para julgar as contas de Chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas:

Tese:

Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea ‘g’, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.

Ocorre que tal incompetência dos Tribunais de Contas (estaduais, municipais ou dos municípios) não se aplicaria ao julgamento pelo TCU relativo à gestão de recursos públicos federais de forma descentralizada.

Nesse sentido, a jurisprudência do TCU assim se consolidou:

Acórdão 2024/2022-Primeira Câmara, Rel. Min. Weder de Oliveira – ENUNCIADO: A decisão do STF no RE 848.826 (Tema 835 da Repercussão Geral)

não alcança a competência do TCU para fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União a outros entes da Federação mediante convênio ou instrumentos congêneres, pois o julgado da Suprema Corte diz respeito à apreciação das contas de prefeitos para fins de inelegibilidade (art. 1º, inciso I, alínea g, da LC 64/1990), sem nenhuma relação com a competência do TCU estabelecida pelo art. 71, inciso VI, da Constituição Federal.

Ainda acerca da competência dos tribunais de contas para julgar, independentemente de atuação do Poder Legislativo, quando se tratar de recursos federais descentralizados, há o Tema 1.287 do STF de Repercussão Geral. No precedente, o STF decidiu ser “possível a condenação administrativa de Chefes dos Poderes Executivos municipais, estaduais e distrital pelos Tribunais de Contas, quando identificada a responsabilidade pessoal em face de irregularidades no cumprimento de convênios interfederativos de repasse de verbas, sem necessidade de posterior julgamento ou aprovação do ato pelo respectivo Poder Legislativo”:

Tema 1287 - Possibilidade, ou não, de imputação administrativa de débito e multa a ex-prefeito, pelos Tribunais de Contas, em procedimento de tomada de contas especial, decorrente de irregularidades na execução de convênio firmado entre entes federativos.

Relator(a): MIN. LUIZ FUX

Leading Case: ARE 1436197

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXXV, 29, 31, §§ 1º e 2º, 49, X, 71, I, II e VI, e 241 da Constituição Federal, se, para além do fato de a eficácia impositiva do parecer prévio do Tribunal de Contas estar sujeita ao crivo do parlamento, quando do julgamento das contas anuais do chefe do executivo, para fins de inelegibilidade (matéria já decidida pelo STF), é ou não possível que esses órgãos de contas possam, sem posterior confirmação ou julgamento pelo Legislativo, proceder à tomada de contas especial com a possível condenação a multa, a pagamento de débito ou outras sanções administrativas previstas em lei. Distinção quanto aos Temas 157 e 835 da repercussão geral.

Tese: No âmbito da tomada de contas especial, é possível a condenação administrativa de Chefes dos Poderes Executivos municipais, estaduais e distrital pelos Tribunais de Contas, quando identificada a responsabilidade pessoal em face de irregularidades no cumprimento de convênios interfederativos de repasse de verbas, sem necessidade de posterior julgamento ou aprovação do ato pelo respectivo Poder Legislativo.

Impende destacar a posição do Ministério Público Eleitoral acerca do diferente tratamento entre contas de governo (art. 71, I, da CF/88) e contas de gestão (art. 71, II, da CF/88), assim resumida no relatório da decisão em exame:

6. O Ministério Público Eleitoral apresentou contrarrazões ao recurso ordinário (fls. 253-275), ocasião em que alegou existir uma diferença entre atos de governo, os quais possuem conotação política e traçam as linhas gerais da Administração Pública, que devem ser julgados pelo Parlamento, cabendo ao Tribunal de Contas tão somente a apresentação de parecer opinativo; e atos de gestão, os quais são capazes de gerir a máquina pública, viabilizando a condução diária da Administração e, por isso, o seu julgamento deve ser de competência dos Tribunais de Contas. Ressaltou que o caso se enquadra em julgamento de atos de gestão e que o Supremo Tribunal Federal não tem afastado esse entendimento, de modo que deve ser mantida a inelegibilidade do recorrente. Sustentou, ainda, que o Tribunal Eleitoral não está vinculado à presença ou ausência de nota de improbidade aposta pela Corte de Contas para decidir se os vícios apontados configuram ou não

irregularidades insanáveis e atos dolosos de improbidade administrativa e que, no caso, os atos praticados são dolosos e causadores de prejuízos ao erário. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 848.826 DISTRITO FEDERAL)

Alguns trechos dos debates dos ministros do STF, na sessão que apreciou o processo, são importantes para compreender as suas posições, a exemplo do seguinte excerto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pois é, então apenas para pontuar o que já acentuávamos lá atrás, e antes de ouvir o voto, sem embargo algum do meu voto que vai ser dado no momento próprio. Vossa Excelência enfatizou algo que nós enfatizávamos e que a doutrina enfatiza, quer dizer, o 71, que o Ministro Barroso releu na sessão passada e enfatizou, é que: 'Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional' - e vamos transportar isso para o tribunal de contas dos estados -, "será exercido com o auxílio... Como disse Vossa Excelência, 'auxílio' não significa que será exercido pelo tribunal de contas, será pelo órgão legislativo, 'auxiliado por'. E Vossa Excelência, portanto, está mantendo este entendimento que nós perfilhávamos lá. E o segundo dado é relativo a que o parecer só deixará de prevalecer, Ministro Barroso, Vossa Excelência afirmava assim: Logo, ele já tem força para prevalecer. Estou correta no entendimento? Ele já prevalece.

Com relação a tal consideração da Ministra Cármen Lúcia, ao tratar das competências do TCU a influir em suas consequências para elegibilidade, tema que precisa ser observado – porque tem identidade com o tratado neste trabalho – a ministra se manifesta no sentido de que as competências do artigo 71 da Constituição seriam exercidas pelo titular do controle externo, o Parlamento, e não pelo Tribunal de Contas.

A partir dessa posição, a ministra fundamenta sua decisão, embora o entendimento do STF e da doutrina especializada seja no sentido que as competências do artigo 71 da CF são do TCU, não do Poder Legislativo.

Não poderia, por exemplo, o Parlamento avocar ou diretamente exercer a competência tratada de maneira mais minudente neste trabalho, de julgar as contas de responsáveis que geriram recurso federais, com fundamento no artigo 71, inciso II, da Constituição.

Essa substituição no exercício da competência não está em consonância com a Constituição e com o Sistema de Controle. O Parlamento, enquanto titular do controle externo, tem outras competências, mas não significa que o fato do TCU auxiliar nesta atividade permita compreender que sua competência pode ser diretamente exercida pelo titular do controle externo.

No caso tratado no RE 848.826/DF (Tema 835), ora em comento, temos a competência do TCU de proferir parecer prévio, previsto no inciso I do art. 71 da CF, e a competência do Congresso Nacional de – a partir do parecer prévio do TCU e do parecer

definitivo da Comissão Mista de Orçamento e Finanças do Congresso Nacional – julgar as contas de governo prestadas pelo Presidente da República.

Ainda durante a discussão do RE 848.826/DF, no que diz respeito à necessidade de se prestigiar a democracia e a soberania popular advinda do voto, com as cautelas a influência do Sistema de Controle sobre o Sistema da Política, expôs-se o seguinte:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É que eu tenho a impressão, Ministro Barroso, de que a Ministra Cármen e eu não fazemos essa distinção. Eu até mantenho com mais firmeza esse meu ponto de vista desde os tempos do Eleitoral, porque eu, que fui notoriamente um dos defensores da Lei da Ficha Limpa, verifiquei que houve um exacerbamento hermenêutico com relação a essa Lei. E, hoje, o número de candidatos que se tornam inelegíveis por um parecer, um 'julgamento', porque tenho dúvidas se podemos chamar o pronunciamento do Tribunal de Contas de julgamento; quer dizer, o número de políticos, notadamente de prefeitos, que se tornam inelegíveis por uma decisão de um órgão de natureza eminentemente administrativa vem crescendo de forma exponencial. Esta é uma preocupação que eu quero expressar. E por isso que eu acho que nós temos que prestigiar, *data venia*, a democracia, a soberania popular. Se as câmaras não estão funcionando a contento, eu tenho esperança, tenho fé de que, com a evolução histórica e o futuro – que entendo sempre promissor – de nosso País, os costumes políticos certamente evoluirão e nós teremos representantes do povo cada vez mais capacitado.

Nesse trecho da discussão, quando o Ministro Lewandowski expressa preocupação com os pronunciamentos do Tribunal de Contas, uma deliberação administrativa, influir na democracia e na soberania popular, encontra-se uma robusta reflexão que animou a presente pesquisa.

Em sentido similar, é o voto do Ministro Edson Fachin neste emblemático e importante julgamento:

Portanto, pedindo todas as vênias ao Ministro Luís Roberto Barroso, compreendo a dimensão que justifica uma elogiável superlativação dos elementos atinentes à moralidade administrativa e das dificuldades visíveis e cognoscíveis existentes nos milhares de municípios brasileiros, compreendo, comungo dessas preocupações, mas entendo que os males da democracia, como já se disse, são curáveis no âmbito da própria espacialidade da democracia e da soberania popular. (RE 848.826)

Mais à frente na discussão, há outra importante reflexão do Ministro Ricardo Lewandowski durante o mesmo julgamento:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite um aparte? A dúvida, para mim, está em interpretar exatamente o dispositivo que Vossa Excelência agora acabou de ler. O que é decisão irrecurável? De que órgão? Qual é o órgão competente? Nós estamos entendendo que é decisão irrecurável e o órgão competente é a Câmara municipal, porque a decisão é da Câmara, não é do Tribunal de Contas, porque o Tribunal de Contas, salvo melhor juízo, não dá decisão irrecurável.

Aqui discute-se a interpretação da alínea “g”, do inciso I, artigo 1º, da LC 64/90. Esse dispositivo merece ser exposto mais uma vez:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

É preciso – quanto à essa inelegibilidade –, também no sentido tratado neste trabalho, interpretar se o TCU e a Justiça eleitoral são “órgãos competentes” para apreciar se as condutas objeto de julgamento perante o TCU são ímprobas e se eles podem – TCU e Justiça Eleitoral – “decidir definitivamente” especificamente sobre isso.

Assentou-se, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578, o seguinte entendimento com base no voto do Ministro Gilmar Mendes:

A apreciação das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo - que é a expressão visível da unidade institucional desse órgão da soberania do Estado - constitui prerrogativa intransferível do Legislativo, que não pode ser substituído pelo Tribunal de Contas, no desempenho dessa magna competência, que possui extração nitidamente constitucional.

O voto apresentado pelo Ministro Teori, reforça a existência de um Sistema de Controle Externo delineado na Constituição Federal. Quanto ao ponto em discussão no RE 848.826, trouxe Sua Excelência importantes consideração quanto as contas de governo e suas distinções em relação às contas de gestão:

[...] o sistema de controle externo delineado na Constituição Federal. De fato, ao estabelecer a matriz de competências do Tribunal de Contas da União – aplicáveis por extensão às Cortes e Conselhos de Contas estabelecidos em todos os níveis da federação (art. 75) – o art. 71 da Constituição distinguiu diferentes ‘categorias de contas’. Especificou, em seu inciso I (‘apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contas de seu recebimento’), uma tipologia particular, correspondente às ‘contas de governo’, prestadas anualmente, conceito que está presente em outras passagens do texto constitucional (§§ 2º e 3º do art. 31; inciso IX do art. 49; e inciso XXIV do art. 84).

É que as contas de governo trazem uma competência distinta da prevista quando há de fato um “julgamento” pelo Tribunal de Contas (nos termos do inciso II, do artigo 71, da Constituição). Nas contas de governo, quanto ao TCU, esse aprecia por parecer prévio, ainda submetido a parecer definitivo no Legislativo, que realiza o julgamento. Assim está posta a construção normativa sobre a matéria:

Constituição Federal

Artigo 31 A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

[...]

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

[...]

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

[...]

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

I: apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contas de seu recebimento.

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

No voto da Ministra Cármen Lúcia encontra-se posição que se comunica com questão importante, que faz parte das reflexões deste trabalho, sobre a natureza da competência do TCU de “julgar” contas. Afirma-se isso porque o Brasil adota sistema de jurisdição una, no qual cabe ao Judiciário o exercício da jurisdição na dicção precisa da doutrina de direito processual, razão pela qual a atividade de julgamento da Corte de Contas está sujeita a limitações como, por exemplo, o respeito ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CF), podendo ser revisto pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, destaca-se a posição apresentada pela ministra em seu voto durante o julgamento do RE 848.826:

Na interpretação do art. 71, como feito por Vossa Excelência, leio sempre que ao se ter, na dicção constitucional, que o ‘controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União’, tem-se a indicação de uma função auxiliar. Interpreto os incisos de acordo com o que se fixa no caput. Então, realmente, é para auxiliar. Logo, mesmo a expressão “julgar” não me parece dotar-se de significado de que haveria um julgamento judicial, como é certo, mas um exame administrativo sobre as contas. Até porque, se concluirmos de outra forma, vamos ter que nos debruçar sobre a nossa jurisprudência, consolidada no sentido de que os tribunais de contas não julgam - já afirmamos isso com relação à declaração de inconstitucionalidade. Então, esse o primeiro dado a se enfatizar do que Vossa Excelência pôs no seu voto.

Sobre a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas, ao votar também no referido Recurso Extraordinário, o Ministro Celso de Mello faz considerações sobre a gravidade do reconhecimento da inelegibilidade, que precisa ser apreciada, assim, de forma extremamente cuidadosa, pela restrição a direito fundamental:

Não se desconhecem as sérias consequências que derivam do reconhecimento da inelegibilidade, pois esta, por qualificar-se como gravíssima sanção restritiva da capacidade eleitoral passiva do cidadão, afeta-lhe, diretamente, o direito fundamental de participação política. Desse modo, na hipótese singular de omissão legislativa no exame do parecer prévio do Tribunal de Contas, não há como inferir inelegibilidade da inércia da Câmara de Vereadores nem presumir a ocorrência, por mera ficção, dessa gravíssima limitação à cidadania passiva do Prefeito Municipal. Portanto, sem expressa rejeição de contas públicas, por parte da Câmara Municipal, não há como reconhecer possível a configuração da situação de inelegibilidade a que se refere o art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90, na redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010. (destaques no original)

A restrição à capacidade eleitoral passiva do cidadão, por influir em direito fundamental de participação política, deve, como defendemos em outro tópico deste trabalho, ser interpretada de maneira restritiva.

Impende destacar que no julgamento do RE 848.826, de relatoria do Ministro Barroso, o placar foi apertado, pois apesar do provimento ao recurso, por maioria, ficando vencidos o Ministro Relator Roberto Barroso, o Ministro Teori Zavascki, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Luiz Fux e o Ministro Dias Toffoli.

Esse fato revela que a temática ligada às consequências eleitorais do julgamento de contas, tema deste trabalho, além de controvertido, é pujante na Suprema Corte, atraindo posições em diversos sentidos. Avalia-se, pelo teor dos votos – parte dos quais apresentamos nos excertos – que as consequências à restrição à soberania popular, com influência sobre a democracia e sobre direito fundamental político, motivam e alimentam tal controvérsia.

Por esse motivo a decisão é parte constante desta tese, uma vez que reflexões ali empregadas podem ser analogicamente aproveitadas à interpretação do texto constitucional no que diz respeito à outra consequência eleitoral do julgamento pela irregularidade de contas – decorrente do mesmo art. 71, inciso II, da CF – que em última análise pode ser aplicada até mesmo ao prefeito, quando esse pactua, por exemplo, um convênio com a União.

É dizer, embora não possa ficar inelegível por apreciação de tribunal de contas local quanto a suas contas de gestão, apesar da inteligência do Tema 835 de Repercussão Geral do STF, o prefeito pode ficar inelegível por julgamento de suas contas relativas a recursos federais descentralizados, sem que haja qualquer interveniência do Poder Legislativo.

Assim, em reforço argumentativo dos fundamentos deste trabalho, não apenas para a inelegibilidade do prefeito, mas de qualquer gestor público, não nos parece aderente aos

fundamentos da decisão em estudo, uma inelegibilidade que decorra unicamente da decisão de um órgão que não integra o Poder Judiciário.

Por mais que a avaliação e declaração de inelegibilidade sejam feitas por órgão especializado do Poder Judiciário, esse avalia decisão meramente administrativa (*rectius*, controladora), sem que o processo e a decisão sejam submetidos a um controle judicial e, nos parece mais grave, sem que haja competência ou devido processo legal – com ampla defesa e contraditório – acerca do elemento subjetivo da conduta supostamente improba.

Por fim, é relevante destacar uma decisão que aborda a questão da competência, cujos fundamentos se aplicam ao caso em análise, considerando que tanto o TCU quanto a Justiça Eleitoral não possuem competência para decidir sobre a existência de conduta de improbidade. No Recurso Ordinário n. 225.295 (DJe 14.12.2010), sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, há uma manifestação que trata da competência dos órgãos e suas implicações no contexto eleitoral:

A alínea g do inc. I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, com a alteração pela Lei Complementar n. 135, de 4.6.2010, estabelece: ‘Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição’ . 14. A jurisprudência deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que a inelegibilidade prevista no art. 1º, inc. I, g, da Lei Complementar n. 64/90 está caracterizada quando presentes três pressupostos, a saber: a) contas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa; b) decisão irrecorrível do órgão competente e c) ausência de provimento judicial afastando os efeitos da decisão que rejeitou as contas.

Assim, considerou-se que a inelegibilidade prevista no dispositivo depende do atendimento de três condições: rejeição de contas por irregularidade grave passível de ser caracterizada como ato doloso de improbidade; decisão definitiva do órgão competente; e inoportunidade de decisão judicial afastando os efeitos da rejeição das contas.

5.5. Processo na Justiça Eleitoral para Declaração da Inelegibilidade

A competência para julgamento do processo no qual é declarada a inelegibilidade é da Justiça Eleitoral, cabendo ao TCU unicamente, após julgamento definitivo das contas de determinado responsável, incluir seu nome na lista de responsáveis que tiveram suas contas julgadas irregulares e as encaminhar à Justiça Eleitoral.

A questão é disciplinada no Regimento Interno do TCU, nos seguintes termos:

Art. 220. Para os fins previstos no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal, com a devida antecedência ou quando solicitado, enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à época em que forem realizadas eleições no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo aos processos em que houver recurso com efeito suspensivo cuja admissibilidade tenha sido reconhecida pelo relator.

Com fundamento nesta lista, pode haver ação de impugnação de registro, que será proposta pelo Ministério Público Eleitoral, por partido político ou por candidato, o qual seguirá o rito exposto neste tópico.

Quanto à inelegibilidade por rejeição de contas, a partir do teor do dispositivo legal que rege a matéria, Gonçalves (2024, p. 78) elenca os seguintes requisitos para que ocorra essa espécie de inelegibilidade: “a) Rejeição de contas pelo órgão competente, em caráter definitivo; b) presença de irregularidade insanável; c) configuração de ato doloso de improbidade”.

Gonçalves esclarece, no mesmo trecho, que a Lei Complementar 184/2021 excluiu a inelegibilidade nos casos de rejeição de contas sem a imputação de débito, quando há rejeição da contas e aplicação apenas de multa.

Observa-se que a alteração legislativa mencionada pelo autor procura preservar a capacidade política passiva, protegendo o direito fundamental político, impondo inelegibilidade apenas em hipóteses mais gravosas.

Portanto, se for constatado o descumprimento das normas do sistema jurídico que protegem as finanças públicas no âmbito do direito financeiro, mas sem que isso tenha causado prejuízo ao erário, as contas serão consideradas irregulares, sem débito — uma vez que não há valores a serem ressarcidos. Nessa situação, é possível a aplicação da sanção de multa conforme o artigo 58 da Lei Orgânica do TCU; no entanto, esse fato não pode mais resultar na inelegibilidade em questão.

O próprio Gonçalves (2024, p. 84) sustenta que menção a ato doloso de improbidade administrativa seria equivocada, razão pela qual deveria ser interpretada como se a lei ‘falasse’ em aplicação desta inelegibilidade em hipóteses de irregularidades graves e insanáveis. Destaca o autor:

A menção a ato doloso de improbidade, como requisito para que a rejeição de contas gere inelegibilidade é equivocada. Atrai o debate sobre a correspondência entre alínea ‘g’ e a alínea ‘l’, que fala em condenação por improbidade e propicia a alegação de que é injusta a restrição às candidaturas se, após a rejeição das contas, não houve ao menos proposição da ação de improbidade. Melhor seria que o

dispositivo da Lei das inelegibilidades falasse em ‘irregularidades graves e insanáveis’.

Ocorre que a consideração de que melhor seria que a lei falasse em irregularidades graves e insanáveis, esbarra no fato de que o texto da lei fala expressamente em contas “rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa”. Desta forma, decidir em sentido contrário seria julgar contra o texto legal posto.

Ademais, no existe a eventual aporia presente na suposta correspondência entre as alíneas “g” e “l” do inciso I, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 64/1990.

Precedentes da Justiça Eleitoral (a exemplo do Recurso Especial Eleitoral nº 213-21.2016.6.13.0019 - CLASSE 32— AREADO—MINAS GERAIS), ao diferenciar essas inelegibilidades, afirmam que:

1. O art. 1, 1, g, do Estatuto das Inelegibilidades reclama, para a sua caracterização, o preenchimento, cumulativo, dos seguintes pressupostos fático-jurídicos: (i) o exercício de cargos ou funções públicas; (ii) a rejeição das contas pelo órgão competente; (iii) a insanabilidade da irregularidade apurada, (iv) o ato doloso de improbidade administrativa; (v) a irrecorribilidade do pronunciamento.
2. O art. 1º, 1, é da Lei Complementar nº 64/90, pressupõe o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) a condenação por improbidade administrativa, transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, (ii) a suspensão dos direitos políticos, (iii) o ato doloso de improbidade administrativa e (iv) a lesão ao patrimônio público e (v) o enriquecimento ilícito.

Isso porque quando o Legislador prevê, na mencionada alínea “l”, a inelegibilidade em caso de trânsito em julgado ou decisão proferida por órgão judicial competente, ocorrerá na hipótese de condenação judicial por improbidade administrativa que condene o cidadão à suspensão dos direitos políticos, que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Neste sentido:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

- l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Desta forma, não há a alegada correspondência entre a alínea “g” e a alínea “l”; em uma basta rejeição de contas pelo TCU e condenação judicial por improbidade administrativa; na outra não há rejeição de contas pelo órgão competente, bastando decisão judicial, entretanto havendo a necessidade de a condenação aplicar suspensão dos direitos políticos e o ato de improbidade importar lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

Não será em todos os casos que a suspensão dos direitos políticos será aplicada, pois o artigo 12 da LIA estabelece que as sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente (Gonçalves, 2024, p. 88-89).

Além disso, ainda que estivesse presente a correspondência entre os dispositivos legais, essa eventual falha deveria ser corrigida pelo sistema da política, por meio de alteração legislativa.

Cumprido, nesse trecho do trabalho, destacar mais uma dificuldade para que a Justiça Eleitoral avalie – sem uma decisão judicial sobre a presença de ato de improbidade – diretamente o julgado pelo TCU e decida, apenas a partir daí, sobre a incidência de tal inelegibilidade. Essa dificuldade reside no entendimento de que a inelegibilidade por rejeição de contas passou a exigir dolo específico. Nesse sentido temos o RO Eleitoral n. 0600765-75, Florianópolis-SC, Rel. Min. Carlos Horbach, j. 22.11.2022:

2. O advento da Lei n. 14.230/2021 alterou o panorama de incidência da inelegibilidade por desaprovação de contas públicas, passando a ser exigido o dolo específico, em superação ao dolo genérico (RO n. 0601046-26/PE, redator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, PSESS em 10.11.2022)

Essa maior dificuldade decorre da alteração legislativa, em face de um âmbito mais limitado para incidência da Lei de Improbidade Administrativa a partir da alteração legislativa, que culminou na modificação da jurisprudência. O processo de contas não é capaz de produzir um julgado administrativo que ofereça à Justiça Eleitoral elementos suficientes para a apreciação quanto à presença de dolo específico de improbidade.

Para configurar dolo específico, segundo a própria Justiça Eleitoral, precisa restar demonstrado um fim específico de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem. É o que se observa no Recurso Ordinário Eleitoral nº 0601046-25, Recife, de 10.11.2022, relatado pelo Ministro Lewandowski:

[...] devido à nova redação legal, a conduta do administrador somente caracterizará ato de improbidade administrativa se contiver o fim específico “de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”, de modo que as ações evitadas de dolo genérico, agora, não consubstanciam atos de improbidade, deixando de ensejar a incidência da Lei das Inelegibilidades.

Ocorre que no processo de contas perante o TCU, a parte que lá se defende, denominada tecnicamente como – Responsável –, não é citada quanto a tais elementos, deles não se defendendo. Quando a Corte de Contas notifica alguém a se defender, restringe esse chamamento à demonstração que interessa à esfera de gestão financeira pública, isto é, à demonstração da boa e regular gestão dos recursos públicos.

Assim o faz porque a competência do TCU e seu processos são historicamente formatados para esse desiderato, contentando-se com a demonstração de culpa *lato sensu*, mais modernamente adotando a culpa grave ou erro grosseiro para consideração de responsabilidade⁶⁶.

Tanto é assim que as certidões positivas quanto ao julgamento pela irregularidade de contas, conforme observação empírica decorrente da experiência profissional deste pesquisador, na quase totalidade das vezes manifesta que:

[...] não há menção a conduta dolosa do responsável nos fundamentos da decisão que julgou suas contas irregulares, uma vez que esse aspecto não foi objeto de análise pelo TCU⁶⁷.

Questiona-se como algo que nem sequer é “objeto de análise pelo TCU” pode ser avaliado pela Justiça Eleitoral. Essa posição viola os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, comprometendo o direito fundamental à participação política e interferindo na soberania popular.

Interessante atentar para o teor da Súmula nº 41 do TSE:

Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade.

O acerto ou desacerto da decisão do TCU restringe-se à rejeição de contas, pois como demonstrado a configuração como ato de improbidade não é objeto do processo. A única prova que pode ser constituída a partir das decisões do TCU, no que diz respeito à inelegibilidade em estudo, é quanto à irregularidade das contas.

Quem poderá produzir prova – a ser valorada na Justiça Eleitoral – sobre constituir o ato sob análise improbidade administrativa, é órgão competente do Poder Judiciário. Assim, a partir dessa decisão judicial definitiva, poderá a Justiça Eleitoral, sem discutir sobre o acerto ou desacerto da decisão judicial que considerou a conduta improba, avaliar a elegibilidade do cidadão.

⁶⁶ Tema desenvolvido em tópico próprio deste trabalho.

⁶⁷ Conforme modelo de certidão positiva de julgamento de contas irregulares pelo TCU, adotada na quase totalidade dos casos observados na experiência empírica do pesquisador, que se dedica há mais de uma década à advocacia nesta área.

5.5.1 Ação de Impugnação ao Pedido de Registro de Candidatura

O artigo 11 da Lei das Eleições – Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 – disciplina o pedido de registro de candidatos, que devem ser formulados até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.

É após o registro que são verificadas as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, na forma do § 10 do artigo 11 da Lei nº 9.504/97. Publicado o pedido de registro⁶⁸, os legitimados ativos terão cinco dias para impugná-lo judicialmente (art. 3º da LC nº 64/90).

A competência, dentro da estrutura da Justiça Eleitoral, para a apreciação da Ação de Impugnação ao Pedido de Registro de Candidatura (AIRC), depende do cargo postulado. Assim, será competente: i) o juiz eleitoral no caso de candidaturas para prefeito e vereador; ii) os Tribunais Regionais Eleitorais para os cargos de Governador, Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital; iii) O Tribunal Superior Eleitoral para a disputa à Presidência ou Vice-Presidência (Gonçalves, 2024, p. 119).

Quanto à legitimidade ativa para essa ação (a AIRC), a Lei Complementar nº 64/90 prevê o seguinte:

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

O cidadão, na condição de eleitor, tem o direito de apresentar à Justiça Eleitoral uma “notícia de inelegibilidade”. No entanto, essa comunicação não possui a natureza de uma Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), nem se configura como qualquer outra ação judicial.

Caso o candidato seja declarado inelegível, ele poderá ser substituído pelo partido político ou coligação, conforme previsto no artigo 13 da Lei nº 9.504/97.

Ademais, a AIRC tem como objeto a ausência de condições de elegibilidade (art. 11 da Lei nº 9.504/97), podendo também abranger a presença de uma inelegibilidade, como ocorre nas situações em que se alega a rejeição de contas por conduta ímproba – que estamos a pesquisar neste trabalho.

⁶⁸ Conforme a Resolução 23.609/2019 essa publicação ocorre no Diário da Justiça Eletrônico (DJe).

O prazo exíguo para o julgamento das ações eleitorais ligadas ao registro são mais um indicativo do prejuízo à ampla defesa e da ausência de um rito que constitua – de fato – um devido processo legal na Justiça Eleitoral quanto a presença de conduta dolosa de improbidade. Nesse sentido, destaca a obra de Gonçalves (2024, p. 126) que a “corrida contra o tempo, porém, prossegue: nos termos da Lei nº 9.504/97 há prazo estrito para o julgamento das ações relacionadas ao registro”.

O mencionado autor se refere ao prazo previsto no artigo 15 da Lei nº 9.504/97:

Art. 16. Até vinte dias antes da data das eleições, os Tribunais Regionais Eleitorais enviarão ao Tribunal Superior Eleitoral, para fins de centralização e divulgação de dados, a relação dos candidatos às eleições majoritárias e proporcionais, da qual constará obrigatoriamente a referência ao sexo e ao cargo a que concorrem.

§ 1º Até a data prevista no *caput*, todos os pedidos de registro de candidatos, inclusive os impugnados e os respectivos recursos, devem estar julgados pelas instâncias ordinárias, e publicadas as decisões a eles relativas.

§ 2º Os processos de registro de candidaturas terão prioridade sobre quaisquer outros, devendo a Justiça Eleitoral adotar as providências necessárias para o cumprimento do prazo previsto no § 1º, inclusive com a realização de sessões extraordinárias e a convocação dos juízes suplentes pelos Tribunais, sem prejuízo da eventual aplicação do disposto no art. 97 e de representação ao Conselho Nacional de Justiça.

Assim, a Justiça Eleitoral dispõe de poucas semanas para julgar as impugnações e os respectivos recursos. Ora, considerando a data de 15 de agosto para o registro das candidaturas e os prazos para publicação e impugnação, bem como o limite de vinte dias antes das eleições (que em 2024, por exemplo, se dá em 6 de outubro), constata-se que há menos de um mês para esse trâmite processual eleitoral de julgamento dos registros.

Gonçalves (2024, p. 126) observa que o artigo 16 da Lei nº 9.504/97 estabelece um prazo mais rigoroso do que o previsto no artigo 97-A da Lei das Eleições. Este último dispõe que a duração razoável do processo, em ações que possam levar à perda de mandato eletivo, deve ser de um ano, considerando todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 64/90 estabelece o procedimento para AIRC, denominado como rito ordinário. O artigo 4º da mesma lei fixa um prazo de sete dias, a partir da notificação, para contestar os termos dessa ação. Nesse período, o candidato, partido político ou coligação poderá apresentar contestação, acompanhada de pedido de juntada de documentos, indicação de testemunhas e requerimento de outras provas.

No art. 5º da LC nº 64/90 encontramos que após o prazo de contestação, caso a questão não envolva apenas matéria de direito e tenha sido requerida prova considerada pertinente, serão agendados os quatro dias subsequentes para a oitiva das testemunhas de

ambas as partes. Após a eventual produção dessas provas testemunhais o juiz, ou relator, terá cinco dias para demais diligências determinadas pelo juízo, de ofício, ou requeridas pelas partes (Gonçalves, 2024, p. 128).

Após o encerramento dessa expedita fase de dilação probatória, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações finais dentro do prazo comum de cinco dias, conforme disposto no art. 6º da LC nº 64/90. Quando o Ministério Público atuar na condição de *custos legis*, em ação proposta por outro legitimado, ele disporá de prazo próprio de dois dias para apresentação de parecer, o qual se iniciará após o prazo das partes (Gonçalves, 2024, p. 129). Concluída essa etapa, os autos “serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal” (art. 7º da LC nº 64/90).

O rito da AIRC estabelece um prazo de três dias para a decisão judicial, aplicável tanto ao juiz eleitoral quanto aos Tribunais Regionais Eleitorais e ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), conforme suas respectivas competências e de acordo com o cargo disputado pelo candidato cujo registro foi impugnado. Essa conclusão resulta da interpretação conjunta de diversos normativos específicos da Justiça Eleitoral, como os artigos 8º e 13 da Lei Complementar nº 64/90, além do artigo 60 da Resolução nº 23.609 do TSE.

Prosseguindo com o exame da fase recursal na Justiça Eleitoral, é pertinente abordar os recursos cabíveis nas ações que contra o registro de candidaturas. Para tanto, serão apresentados os requisitos recursais específicos na seara eleitoral:

- i) O interesse, vindo da sucumbência total ou parcial e da utilidade da pretensão de reforma da decisão; ii) a legitimidade diante daquela feito ou controvérsia; iii) a apresentação tempestiva e fundamentada da irresignação; iv) a representação processual por advogado (salvo no caso dos membros do Ministério Público); e v) a tipicidade recursal, ou seja, o uso do meio correto para a irresignação (Gonçalves, 2024, p. 425)⁶⁹.

No que se refere à fase recursal, o art. 8º da Lei Complementar nº 64/1990 estabelece o prazo de três dias para a interposição de recurso ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE) contra decisão proferida pelo Juiz Eleitoral. O dispositivo legal também prevê o mesmo prazo de três dias para a apresentação de contrarrazões pelo recorrido.

Existe controvérsia quanto ao cabimento do Agravo de Instrumento, dada a regra de irrecurribilidade das decisões interlocutórias, corroborada pela Resolução nº 23.478/2016.

⁶⁹ Gonçalves observa que, para o exercício da faculdade recursal, não se exige o pagamento de valores, procedimento este tecnicamente denominado de preparo recursal.

Art. 19. As decisões interlocutórias ou de caráter definitivo proferidas nos feitos eleitorais são irrecorribéis de imediato por não estarem sujeitas à preclusão, ficando eventuais inconformismos para posterior manifestação em recurso contra a decisão definitiva de mérito.

A doutrina defende tal irrecorribilidade⁷⁰, com fundamento na particular celeridade do processo eleitoral:

Entendemos que não há a chamada “compatibilidade sistêmica”, pois o rito acelerado do processo eleitoral é tendente a produzir a decisão definitiva em tempo ótimo, provavelmente de forma mais rápida do que o tribunal ao examinar o eventual recurso da decisão que, afinal, é mesmo interlocutória. (Gonçalves, 2024, p. 429)

Dado esse rito, caracterizado pelo doutrinador como acelerado, entende-se que não é possível um exame aprofundado acerca da presença de ato doloso de improbidade, conforme argumentado neste estudo.

Vale destacar que existem doutrinadores que defendem a recorribilidade das decisões interlocutórias, principalmente quando se trata de decisões monocráticas proferidas em órgão colegiados, em respeito ao princípio da colegialidade:

Já no âmbito dos tribunais, “contra decisão proferida pelo relator” pode-se cogitar o cabimento do agravo interno previsto no art. 1.021 do CPC. O fato de esse dispositivo não prescrever ressalvas induz à conclusão de que quaisquer decisões interlocutórias proferidas monocraticamente pelo relator são agraváveis. Isso é compreensível especialmente ante o princípio da colegialidade, pois, ao decidir monocraticamente uma questão, o relator apenas exerce, por delegação, competência própria do órgão colegiado a que pertence, sendo mais do que razoável a abertura da via recursal para que o próprio órgão colegiado, desde logo, conheça e decida questão que originariamente lhe pertence. (Gomes, 2023, p. 346-347)

Na Justiça Eleitoral, o prazo comum para a interposição de recursos é de três dias, conforme disposto no artigo 258 do Código Eleitoral. Além de sua brevidade em comparação com os prazos previstos em outros processos judiciais, é importante ressaltar que os prazos eleitorais são peremptórios, não se suspendendo aos sábados, domingos e feriados, conforme estabelecido no artigo 16 da Lei Complementar nº 64/1990.

No âmbito eleitoral, os Embargos de Declaração são admitidos nas hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, observando-se o prazo de três dias estipulado pelo artigo 275 do Código Eleitoral. Esse recurso terá, ainda, efeito interruptivo em relação ao prazo dos demais recursos cabíveis.

⁷⁰ Existem doutrinadores que defendem a recorribilidade, a exemplo de José Jairo Gomes

Caso verifique a possibilidade de acolhimento dos Embargos de Declaração com consequente modificação substancial do conteúdo da decisão embargada, o magistrado deve intimar a parte embargada para apresentar contrarrazões no mesmo prazo de três dias, em observância à garantia do contraditório. Nesse sentido:

É norma aplicável pela garantia que traz o contraditório, embora não haja previsão expressa no art. 275 do Código Eleitoral. O prazo, porém, deve ser de três dias, compatível com a celeridade exigida do processo judicial eleitoral e compatível com o prazo para a apresentação do recurso. (Gomes, 2023, p. 437)

Com relação à possibilidade de impugnação em face de causa de inelegibilidade superveniente ao momento do registro, aplica-se o teor do seguinte dispositivo do Código Eleitoral:

Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.

§ 1º A inelegibilidade superveniente que atrai restrição à candidatura, se formulada no âmbito do processo de registro, não poderá ser deduzida no recurso contra expedição de diploma.

§ 2º A inelegibilidade superveniente apta a viabilizar o recurso contra a expedição de diploma, decorrente de alterações fáticas ou jurídicas, deverá ocorrer até a data fixada para que os partidos políticos e as coligações apresentem os seus requerimentos de registros de candidatos.

§ 3º O recurso de que trata este artigo deverá ser interposto no prazo de 3 (três) dias após o último dia limite fixado para a diplomação e será suspenso no período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, a partir do qual retomará seu cômputo.

Este tópico do trabalho teve como objetivo demonstrar a rapidez dos procedimentos eleitorais na análise do registro de candidatura, a fim de avaliar a efetiva oportunidade processual para a verificação da existência de ato doloso de improbidade. Conclui-se que esses procedimentos eleitorais não conseguem assegurar um devido processo legal adequado para o tratamento aprofundado dessa questão, diante da exiguidade dos prazos assinalados para defesa, instrução e adequada decisão do feito.

5.6. O risco de Ativismo de Contas do TCU na apuração de improbidade: uma análise a partir da teoria dos sistemas

É importante destacar o risco de que a apuração de atos de improbidade administrativa pelo TCU, sem uma consideração adequada sobre os limites de sua competência e sem a devida garantia dos direitos ao devido processo legal e à ampla defesa, possa resultar em uma postura ativista do órgão.

O ativismo judicial é amplamente estudado na pesquisa acadêmica, podendo ser compreendido dentro de um campo mais abrangente de investigação: o ativismo jurídico. Este conceito não se limita à atuação do Poder Judiciário, mas se estende a outros poderes do Estado e a diversas esferas. No contexto do controle externo, por exemplo, o estudo do ativismo de contas adota o paradigma do ativismo judicial, entendendo-se que esta forma de ativismo faz parte do estudo mais amplo sobre o ativismo jurídico.

No artigo em que discute o ativismo de contas, Cabral (2021) ressalta a importância de investigar e analisar as práticas do Tribunal de Contas da União para alcançar uma compreensão mais aprofundada de como esse órgão exerce suas funções. O objetivo é examinar criticamente o desempenho do TCU, identificando possíveis falhas e buscando aprimorar o controle sobre a Administração Pública, além de avaliar se suas ações podem ser qualificadas como ativismo de contas. Assim, o estudo de Cabral foca em duas questões principais: i) as características e a definição do conceito de "ativismo de contas" e ii) se o TCU adota práticas que poderiam ser classificadas como ativistas.

Nesse contexto, o autor relaciona manifestações do STF que, segundo pesquisas, são identificadas como expressões de ativismo judicial (Cabral, 2021, p. 5):

Na mesma toada, coligindo os critérios e compreensões apresentados por diversos autores, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, analisando a atuação do Supremo Tribunal Federal, aponta as seguintes manifestações ativistas: a) utilização de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal comum do dispositivo normativo interpretado; b) atuação processual amplificada; c) interferência incisiva no comportamento dos demais Poderes, em particular em questões envolvendo políticas públicas e sociais; d) ausência de deferência às decisões político-normativas dos demais Poderes Estatais, mesmo nas hipóteses em que não se mostra uma evidente violação da Constituição; e) redução dos espaços de atuação da Jurisdição ordinária com a consequente concentração do poder em seu favor; f) avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de o caso julgado prescindir das mesmas, acabam por “decidir” casos futuros também; e g) afirmação de sua posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como o único.

A expressão “ativismo” do controle externo também é empregada por autores que destacam a insegurança jurídica associada à atuação do TCU em relação aos gestores públicos, conforme apontam Marques Neto e Freitas (2019, p. 131-132):

A referida Corte de Contas, em diversas decisões, sancionou administradores públicos que não adotaram posturas dotadas de diligência, cautela e lealdade, que integram o conceito de ‘administrador médio’ por ela criado. Cuida-se de conceito dotado de absoluta indeterminação, e que, por conseguinte, importa na mais completa insegurança jurídica para o exercício da função pública. Foi o que se passou, recentemente, por ocasião da prolação do Acórdão nº 1.628/2018, plenário, da relatoria do (Exmo. Ministro Benjamin Zymler), que teve por objetivo avaliara responsabilidade de gestores municipais do SUS, em Balneário Camboriú. No

referido julgamento, o responsável pela homologação do certame foi responsabilizado, pois que sua conduta teria destoado da do 'administrador médio', cuja diligência, cautela e lealdade teriam impedido a ocorrência de certas falhas. Nesse contexto, bem-vindo, pois, o art. 28 da Lei nº 13.655/2018, de acordo com o qual 'o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro'. Um antídoto ao 'apagão das canetas'.

É necessário examinar o risco potencial de ativismo em julgamentos que são particularmente relevantes para as instituições democráticas. Utilizando como referencial teórico as construções de Niklas Luhmann e sua teoria dos sistemas sociais, é fundamental avaliar o papel institucional do TCU para entender o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, especialmente no que se refere à inelegibilidade resultante de decisões de rejeição de contas.

Na apresentação feita por João Pissara ao livro *A Improbabilidade da Comunicação* (Luhmann, 2006, p. 6), argumenta-se que a obra de Luhmann representa uma continuidade direta da Sociologia Estrutural e Funcional de Talcott Parsons, que foi professor de Luhmann em Harvard e cuja abordagem serviu como ponto de partida para o desenvolvimento do modelo intelectual próprio de Luhmann. Segundo Luhmann:

No plano dos sistemas sociais, Parsons refere, como meios desse tipo, o dinheiro, o poder, a influência e os compromissos morais. Eu acrescentaria a verdade no âmbito das ciências e o amor no das relações íntimas. Os diversos meios abarcam os principais setores civilizadores dos sistemas sociais e suas subestruturas primárias na sociedade atual. É claramente visível até que ponto o aumento das possibilidades de comunicação do processo de evolução conduz à formação de sistemas e como deu lugar à diferenciação dos sistemas próprios para a economia, a política, a religião, a ciência, etc (Luhmann, 2006, p. 47).

O procedimento do TCU durante o julgamento das contas reveste-se de linguagem e características técnicas próprias do sistema do direito, ainda que seja órgão sujeito a ruídos do sistema político – até em virtude de os ministros majoritariamente serem indicados a partir do sistema da política, isto é, pelo Parlamento.

A esse respeito, é importante ter atenção às considerações feitas por Luhmann sobre a influência que o sistema da política sofre da opinião pública, o que pode representar sua maior vulnerabilidade a ruídos, acerca da qual o sistema do direito precisa se proteger, sob risco de desdiferenciação funcional:

Muito mais que outros sistemas de funções, o sistema político depende da opinião pública. Para a política, a opinião pública é um dos mais importantes sensores cuja observação substitui a observação direta do ambiente. Os temas da opinião pública, as notícias e os comentários na imprensa e no audiovisual têm uma óbvia importância para a política e ao mesmo tempo escondem com a sua evidência o que é realmente importante. Tem simplesmente que aparecer nos jornais. (Luhmann, 2006, p. 85)

O processo de contas no TCU é influenciado pelo código lícito/ilícito do sistema jurídico, mesmo porque seus julgamentos são disciplinados pela lei. Contudo, o julgamento de contas do tribunal se especializa como um sistema de controle externo, o qual adota – mais precisamente – o código regular/irregular, estabelecendo critérios distintos dos tradicionalmente aplicados pelo sistema jurídico.

No entanto, como o TCU é um tribunal administrativo vinculado ao Poder Legislativo, seus julgamentos podem influenciar a dinâmica do sistema da política, afetando o funcionamento do código poder/não poder (ou, segundo parte da doutrina, governo/oposição). A inelegibilidade, uma possível consequência da rejeição de contas com base na alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, pode resultar na exclusão de candidatos do processo democrático, como já mencionado. No entanto, o procedimento administrativo realizado pela Corte não observa o devido processo legal judicial, que é dotado de garantias mais robustas, conforme indicam precedentes do STF e posições de parte da doutrina.

Em outra parte deste trabalho, demonstramos que a Justiça Eleitoral realiza uma verificação superficial sobre os julgamentos em processos de contas conduzidos pelo TCU. Considerando a natureza e o objeto desses processos, que estão alinhados às competências do tribunal, o TCU não avalia se a conduta que levou à rejeição das contas configura um ato doloso de improbidade administrativa. Dessa forma, o candidato nunca teve a oportunidade de exercer plenamente seu direito de defesa, quanto a esse ponto no âmbito do processo de controle externo.

Pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (Viana, 2015) temos que os sistemas sociais são autopoieticos, ou seja, se autoproduzem e se reproduzem por meio de suas próprias operações. Os sistemas sociais são fechados em relação ao seu ambiente, mas se acoplam estruturalmente a outros sistemas sociais.

O TCU é um órgão híbrido e *sui generis* que se encaixa melhor no sistema de controle, operando com o código de regular/irregular. Por um lado, ele atua como um órgão de controle externo do Estado, vinculado ao Poder Legislativo, com a função de fiscalizar a administração pública. Por outro lado, suas decisões no âmbito da esfera administrativa controladora, por meio da aplicação de leis (sistema jurídico), podem impactar o sistema da política ao julgar contas e potencialmente excluir candidatos que poderiam participar da disputa democrática

para alcançar o poder e, a partir daí, se inserir dentro dos códigos da política (poder/não poder).

Essas duas características do TCU tornam o órgão um importante ponto de intersecção entre os sistemas do direito e da política. A atuação do TCU pode influenciar o sistema da política ao gerar efeitos políticos, como a inelegibilidade de um candidato.

Caso tenha suas contas julgadas irregulares, o responsável (parte no processo do TCU), entrará na lista de responsável com contas julgadas irregulares, que é encaminhada à Justiça Eleitoral; em razão disso, o Poder Judiciário, com sua justiça especializada – Justiça Eleitoral, pode tornar o candidato inelegível com fundamento na alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990.

Essa inelegibilidade decorrente da decisão do TCU é objeto de pesquisa neste trabalho, sendo que no presente tópico indagamos sobre a existência de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política – com fundamento na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

A decisão do TCU, como destacado, é baseada no código regula/irregular, que defender ser uma especialização dentro do código específico do sistema do direito (lícito/ilícito). No entanto, a consequência desta decisão – a inelegibilidade – pelo impacto em um direito fundamental político, com seu claro impacto no sistema da política, por impedir que um candidato participe da disputa eleitoral, não poderia automaticamente decorrer da decisão em um processo administrativo no qual não estão presentes todas as garantias do devido processo legal judicial (Tema 899 de Repercussão Geral, conforme voto do Relator Ministro Alexandre de Moraes, já exposto) e, ainda, sem que jamais tenha havido sequer oportunidade de defesa quanto à presença de ato doloso de improbidade.

Para incidência da inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, além rejeição pelo TCU por decisão irrecurável em face de irregularidade insanável das contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, deve estar configurado ato doloso de improbidade administrativa.

Entretanto, no processo perante o TCU tanto doutrina como jurisprudência demonstram que não se perquire sobre se a conduta configurou ato doloso de improbidade administrativa, pois para o julgamento pela irregularidade das contas e condenação ao

ressarcimento de eventual prejuízo à fazenda pública (débito), basta a presença de culpa lato senso.

Faz necessária, assim, uma mudança de compreensão quanto aos contornos teóricos do objeto em análise, Luhmann ressalta (2006, p. 95), sobre avanços científicos, o seguinte:

Os grandes saltos científicos têm origens imanentes e externas. Os avanços na teoria são causados pelos problemas, concepções e premissas contestáveis de teorias preexistentes bem como por encontros suplementares com a realidade. Isto é universalmente verdadeiro. No caso especial da teoria social, o objeto sob investigação é um sistema envolvente, sujeito a desenvolvimentos e evoluções posteriores. Como resultado, o crescimento do conhecimento nesta área é ainda mais complexo.

Retornado às especificidades do tema, é certo que sequer é objeto a apuração a presença de ato doloso de improbidade, seja porque, como destacado, é suficiente a constatação de conduta culposa, seja porque a apreciação quanto à moralidade administrativa não se insere entre as competências das contas de contas, sendo objeto de ação judicial de improbidade administrativa.

Exatamente em razão disso o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 636.886/AL⁷¹, paradigma do Tema 899 de Repercussão Geral, decidiu pela prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário nos processos do TCU:

Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritebilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

⁷¹ **Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 899 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição, nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas". Os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Gilmar Mendes acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pela recorrente, a Dra. Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União; e, pela recorrida, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020.

Assim, como o processo administrativo controlador de controle externo – processo de contas – no TCU não garante o devido processo legal judicial, com todas as garantias, para que a decisão de rejeição de contas tenha como consequência a inelegibilidade caracterizada por uma conduta dolosa de improbidade administrativa, há necessidade de que efetivamente se desenvolva um processo judicial no qual que teve suas contas julgadas irregulares pelo TCU seja chamado e tenha todas as oportunidades de defesa de demonstrar que, apesar de tal julgamento administrativo, em sua conduta não há dolo de improbidade administrativa.

E quanto à necessidade de um processo judicial, não entendemos ser suficiente a utilização da decisão do TCU para que – na Justiça Eleitoral – se conclua, meramente do que foi produzido no julgamento da Corte de Contas, que a conduta caracterizaria ato doloso de improbidade.

Há necessidade de um processo com todo o devido processo legal *judicial* (conforme voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE 636.886/AL), ampla defesa, ônus da prova por parte de quem acusa (no TCU quem se defende tem o ônus de comprovar a regularidade de sua conduta), recurso perante o Poder Judiciário (uma vez que no TCU os procedimentos não contemplam um duplo grau de jurisdição com procedimentos que contemplem todas as garantias do devido processo legal judicial).

Apenas após decisão judicial *definitiva*, por juízo competente, sobre ser a conduta dolosa de improbidade administrativa, poderá incidir artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/1990. Defendemos isso com apoio no próprio texto legal:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

Precisamos, assim, interpretar esse dispositivo legal que prevê a incidência de tal inelegibilidade apenas na hipótese de decisão irrecorrível pelo órgão competente, que: i) rejeite as contas por irregularidade insanável, e; ii) essa rejeição seja por conduta que configura ato doloso de improbidade administrativa.

A decisão irrecurável por órgão competente está presente, quanto à rejeição de contas, quando não couber mais recurso perante o TCU⁷² contra a decisão que julgou irregulares as contas⁷³.

Ocorre, entretanto, que além disso, para incidência da inelegibilidade precisa haver decisão irrecurável por órgão competente sobre a configuração do ato como doloso de improbidade administrativa, e o TCU não é competente para julgar se o ato é doloso de improbidade administrativa.

Assim, pela interpretação do dispositivo da Lei Complementar nº 64/1990, apenas após decisão irrecurável pelo órgão competente para apreciar ser o ato doloso de improbidade (Poder Judiciário) poderá, somado ao julgamento irrecurável pelo TCU, ser aplicada a inelegibilidade ora em estudo e, assim, respeitado o devido processo legal, o direito fundamental político será legitimamente afetado.

Além do direito de disputar as eleições, como direito político, ser um direito fundamental de quem responde e se defende em tal procedimento (direito político passivo), dentro da doutrina dos quatro *status* – desenvolvida por Jellinek ainda no final do século XIX –, ligada às funções dos direitos fundamentais, cogita-se também sobre um quarto estágio denominado de ativo por Jellinek, que se representa como uma garantia do indivíduo de influir na formação da vontade do Estado (Mendes, Branco, 2023, p. 123). Tais direitos fundamentais de participação, nessa abordagem, são orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade política, consubstanciando os direitos políticos previstos na Constituição (Mendes; Branco, 2023, p. 132)⁷⁴.

Cita-se, nesse sentido, Mendes e Branco:

A partir dessa teoria, que foi recebendo depuração ao longo do tempo, podem-se decalcar as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas – direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos de prestação (ou direitos cívicos). A essas duas espécies alguns acrescentam a dos direitos de participação. (Mendes; Branco, 2023, p. 123)

⁷² Segundo a jurisprudência, o cabimento de recurso de revisão perante o TCU, que conforme disposição normativa tem natureza jurídica de ação rescisória e não tem efeito suspensivo, não afasta a incidência da inelegibilidade em estudo.

⁷³ Ainda com imputação de débito, conforme § 4º-A da Lei Complementar 64/1990, segundo a qual: A inelegibilidade prevista na alínea “g” do inciso I do caput deste artigo não se aplica aos responsáveis que tenham tido suas contas julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados exclusivamente com o pagamento de multa.

⁷⁴ Os autores fazem referência a divergência doutrinária, pois Canotilho e Alexy situam os diversos direitos políticos, de acordo com suas características, como direitos a prestação ou entre os de defesa.

Desta forma, ao tornar alguém inelegível e retirar um possível candidato da disputa democrática, há inequívoca repercussão nesse quarto estágio ativo dos direitos fundamentais, na medida em que influi no direito político ativo (direito de votar) dos cidadãos e no direito político passivo (direito concorrer e eventualmente ser eleito) do candidato.

Tal cenário traz o risco de que, fundada em um exame precário da prática de atos de improbidade, os direitos fundamentais concernentes à participação política se tornem meramente simbólicos. A respeito da prevalência indevida da função simbólica da legislação (ou mesmo dos direitos), cita-se a seguinte passagem de Neves:

Evidentemente, a distinção entre função instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente: na prática dos sistemas sociais estão sempre presentes essas três variáveis. Porém, quando se afirma que um plexo de ação tem função simbólica, instrumental ou expressiva, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua exclusividade. Assim, “legislação simbólica” aponta para o domínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental (Neves, 2011, p. 23).

Sobre a função simbólica, Neves ainda destaca as consequências do risco de prevalência da função simbólica do direito sobre sua função jurídico-instrumental de garantia dos direitos:

Essa função simbólica do direito seria predominante, sobrepondo-se à sua função instrumental: ‘o observador deve sempre ter presente que a função do direito não reside tanto em guiar a sociedade quanto em confortá-la’⁷⁵. Embora possa levar tanto à obediência quanto à revolta ou revolução, a crença no “reino do direito” teria comumente a função de ‘produzir a aceitação do status quo’. Inclusive a ciência do direito estaria incluída nesse mundo onírico, servindo para encobrir-lhe as contradições e a irracionalidade, apresentando-lhe retoricamente como um mundo governado pela razão, sem contradições (Neves, 2011, p. 26).

A Constituição de 1988, no que tange ao controle externo, ampliou significativamente as competências do Tribunal de Contas da União (TCU). Nesse cenário, de fortalecimento das atribuições do TCU, é patente o risco de que, em certas situações caracterizáveis como ‘ativismo de contas’, os limites e contornos constitucionais a suas competências se tornem mera referência simbólica.

Daí a importância de as decisões do TCU que excedam os limites da legalidade sejam submetidas à revisão pelo Poder Judiciário. Isso se faz necessário para garantir que tais decisões permaneçam dentro dos parâmetros estabelecidos pelo texto constitucional.

⁷⁵ Citando Arnold, 1971, p. 48.

Cumpra destacar que Neves (2011) deixa claro, em várias passagens de sua obra, o fato de que toda atividade jurídica, tanto prática quanto teórica, seria primariamente simbólica. Entretanto, é importante que as instituições zelem pela observância funcional das normas jurídicas, evitando a hipertrofia de sua função simbólica sobre a função instrumental⁷⁶.

Conforme Neves expõe com precisão:

Desde as duas últimas décadas do século XX, tem-se discutido cada vez mais a situação paradoxal do aumento dos encargos do Estado em conexão com a redução da capacidade do direito de dirigir a conduta social.

[...]

Considerando-se que a atividade legislativa constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidade políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (Neves, 2011, p. 29)

A preocupação com uma hipertrofia da esfera controladora e das consequências de suas decisões pode se fazer sentir em estudos sobre o denominado “direito administrativo do medo” ou “apagão das canetas”, que reforçam a necessidade de um controle do judiciário sobre a legalidade na atuação da Corte de Contas, com contenção a abusos e expansão de suas competências em dimensões não suportadas pelo texto da constituição.

Sobre esses efeitos colaterais – aqui tomados como negativos no mesmo sentido negativo do ativismo de contas – vale a seguinte transcrição de Neves: “Enfim, as consequências indiretas ou, em outras palavras, os ‘efeitos colaterais’ da legislação desempenham um papel relevante em todas as relações intersistêmicas” (Neves, 2011, p. 49).

A questão da constitucionalização simbólica ganha importância diante de cenários de degradação dos direitos fundamentais. Vale questionar se o ataque a um direito fundamental político, de concorrer em um processo democrático, pode ser consequência direta – e quase imediata – de um processo com essas características administrativas controladoras que revelam, como reconhecido pelo STF, uma fragilidade no exercício da defesa e diante de um processo jurídico-administrativo sem as garantias de um devido processo legal judicial.

No prefácio da obra de Viana (2015, p. 11-12), Ferraz Junior expõe pontos a partir da obra de Luhmann que são aplicáveis à esfera controladora exercida pelos Tribunais de Contas

⁷⁶ O mencionado autor também pondera que a supervalorização da função instrumental do direito seria fator e produto de uma ilusão sobre a capacidade do comportamento ser dirigido normativo-juridicamente.

enquanto órgão responsável pelo controle, no exercício de atividade ligada ao código do direito (lícito/ilícito), que em seus processos se desenvolvem a partir de uma variação pelo código regular/irregular:

Na verdade, observa-se que, na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realizado, mas como se realizará. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um “julgamento” do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção de sentido do direito para o futuro, para sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento, no campo jurídico, do chamado estado do pós-moderno.

A questão do controlar o desempenho comportamental com atenção ao que foi realizado e ao que se realizará também está muito presente na esfera controlado desempenhada pelo TCU, e a reflexão de Ferraz Junior aproveita a esse subsistema (ou sistema interno) controlador do sistema jurídico.

Em muitas de suas atividades a ser decidido pelo intérprete do direito no âmbito decisório administrativo (controlador) desse órgão de controle externo da administração pública traduz a escolha dentro de um conflito fundamental entre o que é correto e aquilo que é bom. Tal dicotomia, tal como analisada pela filosofia moral na divisão entre teorias deontológicas e teleológicas; a primeira correspondendo ao ideal de vida humana consistente em agir corretamente segundo as regras e princípios morais, onde as ideias de dever e correção (justiça formal) são os temas centrais e, de outro lado, teorias teleológicas que se ligam ao ideal da vida humano, no sentido de uma tentativa de satisfação de determinados fins entendidos como bons, onde a ideia do justo é o tema central (Ferraz Jr., 2007).

5.7. Consequencialismo jurídico e repercussão eleitoral da decisão do TCU

Podemos identificar uma conexão entre o subtópico anterior, que discute o ativismo jurídico sob a perspectiva do ativismo de contas, e o trecho atual, que abordará o consequencialismo como uma das manifestações do ativismo jurídico. Essa relação se dá na medida em que ambos os fenômenos refletem uma interpretação jurídica que se distancia do texto legal e se aproxima de uma abordagem mais subjetiva, influenciada por considerações

pragmáticas e pela busca de resultados percebidos pelo intérprete como socialmente desejáveis.

Essa é a linha defendida por parte da doutrina, que enxerga a existência de um ativismo puramente consequencialista, caracterizado pela tentativa de domínio da comunicação dentro do sistema jurídico por elementos de outros sistemas, como a economia e a administração. Exemplo desse consequencialismo seria uma busca pela eficiência:

No presente trabalho, centraremos nossos esforços em analisar aquilo que lá chamamos de ativismo puramente consequencialista. Essa modalidade de ativismo é marcada por uma colonização da argumentação jurídica pelo discurso eficientista, pragmático ou congênere que, de algum modo, coloque no centro da atividade decisória a realização de determinadas consequências práticas, no mais das vezes pouco ou nada lastreadas em elementos empíricos. (Abboud, 2019, p. 1)

A procura por consequências práticas alicerçadas em idealizações e objetivos pouco amadurecidos no discurso do direito, representa risco ao sistema jurídico. Entretanto, não se pode negar que a análise de consequências assume uma função significativa no consequencialismo jurídico, influenciando o processo de tomada de decisões dos juízes (Abboud, 2019, p. 1-2). O exame das consequências também assume particular importância no processo decisório dos juízes de contas – como dos ministros e conselheiros dos tribunais de contas – cujas deliberações abrangem uma ampla diversidade de temas, incluindo administração, finanças públicas, contabilidade, economia, direito e política.

Abboud (2019, p. 2), alinhando-se ao pensamento de Dworkin, argumenta que a concepção do direito como integridade asseguraria a previsibilidade das decisões, promovendo assim segurança jurídica:

É nesse sentido que defendemos a análise das consequências pelo juiz como forma de manutenção da coerência e integridade da jurisprudência. Ainda que, por óbvio, o compromisso do juiz seja sempre com a decisão em maior conformidade com a Constituição, uma quebra na cadeia de sentidos impõe a ele um ônus argumentativo ainda maior.

Retomando o objeto central deste estudo e utilizando o argumento de Abboud mencionado, observa-se que ocorre uma evidente “quebra na cadeia de sentidos” quando um conceito jurídico estabelecido no ordenamento, como o ato de improbidade administrativa, é interpretado como uma mera tutela genérica à probidade.

Adotando tal interpretação que quebra a cadeia de sentidos do ordenamento, Gonçalves (2024) defende que melhor seria se a norma⁷⁷ “falasse em ‘irregularidades graves e insanáveis’”. Nesse contexto, o autor, em consonância com a jurisprudência eleitoral contemporânea, propõe que a menção a ato doloso de improbidade administrativa, como requisito para que a rejeição de contas gere inelegibilidade, seria “equivocada” (Gonçalves, 2024, p 84).

Como defendemos em outra passagem deste trabalho, tal interpretação nega o ponto de partida, isto é, a própria norma posta; e o faz em desconformidade com a Constituição e com a tutela de direitos fundamentais. Isso representa “quebra na cadeia de sentidos”, sem enfrentamento robusto do ônus argumentativo que seria necessário para assim se decidir.

Em seu estudo sobre as funções da análise de consequências em direito, Abboud (2019, p. 2) ainda trabalha com a ideia de consequências normativas, que seriam “os reais efeitos – no plano da norma – que determinada decisão produz na aplicação de um dispositivo, seja ele constitucional ou infraconstitucional”.

O autor defende que a definição de consequência da norma seria axiologicamente neutra, uma vez que meramente descritiva. A consequência normativa poderia ser positiva, quando, por exemplo, ocorre uma mutação constitucional que atualize o sentido do texto normativo a um novo momento histórico. De outro lado, a consequência normativa seria negativa quando contrária ao direito. Assim:

A consequência normativa pode ser também negativa, ou seja, contrária ao direito. Ao interpretar o dispositivo de determinada forma, o juiz acaba por efetivamente negar vigência ao dispositivo interpretado. Essa forma negativa é frequentemente consecutória de uma atuação judicial consequencialista. Ou seja, no afã de produzir determinadas consequências práticas, o intérprete efetivamente deseficacia o dispositivo interpretado. (Abboud, 2019, p. 3)

Isso parece ocorrer com a interpretação atualmente adotada da alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, que aparenta basear-se em um impulso moralizador de natureza consequencialista, contrário aos direitos fundamentais.

Entendemos que tal interpretação contraria o texto legal, esvaziando-o no plano da norma, por atribuir competências ao TCU e à Justiça Eleitoral que não lhes são conferidas pelo ordenamento jurídico.

⁷⁷ Fala-se da alínea g do inciso I do artigo 1º da LC nº 64/1990.

A partir do estudo conduzido até o momento, ao analisar as características do processo de contas no TCU e do processo eleitoral que avalia a elegibilidade, parece-nos que a decisão da Justiça Eleitoral, ao se basear na apreciação de contas realizada pelo Tribunal de Contas para determinar se a rejeição de contas decorre de conduta ímproba, revela um grave déficit de fundamentação. Em primeiro lugar, porque se fundamenta em deliberação proferida em um procedimento controlador (administrativo) cujo objeto não incluiu a verificação de conduta ímproba; em segundo lugar, porque não compete à Justiça Eleitoral decidir sobre a existência de conduta ímproba.

Importante é a constatação de Abboud (2019, p. 4) sobre a utilização do consequencialismo como subterfúgio para substituir o direito vigente pela subjetividade do intérprete. O ativismo judicial de caráter consequencialista, em vez de priorizar uma resposta estritamente jurídica baseada no direito vigente, busca promover aquelas soluções que supostamente gerem melhores resultados práticos, sejam eles de ordem econômica, social ou política.

Na jurisprudência brasileira, tal ativismo frequentemente se configura como um artifício retórico que substitui o direito posto pela interpretação subjetiva do magistrado (Abboud, 2019, p. 4). Entretanto, como observado por MacCormick (2005, p. 101), a justificativa das decisões com base em suas consequências deve ser condicionada à demonstração de que estas não contradigam o direito vigente.

Ao discorrer sobre o ativismo consequencialista nas decisões do STF, Abboud (2019, p. 5) menciona um critério — ou “régua” — que também identificamos frequentemente em decisões ativistas do TCU e da Justiça Eleitoral, especialmente quando esta recorre à proteção da moralidade ao aplicar a alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90. Esse critério busca respaldo em uma alegada maior eficiência no “combate à corrupção e à impunidade”:

A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 93715, representa um claro exemplo do ativismo judicial consequencialista. A partir desse julgamento fixou-se o entendimento de que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e a ele relacionados, em uma tentativa de racionalizar o “combater a impunidade”, seja pelo fato de as instâncias inferiores estarem supostamente submetidas a menores pressões políticas ou pela primazia de uma tramitação mais célere dos processos. Aqui a régua do “combate à corrupção” não combinou com a Constituição Federal, que não deu ao foro por prerrogativa de função o desenho pretendido pela maioria vencedora do Supremo. Ou seja, o STF alcançou resultado interpretativo distinto do texto constitucional, com o argumento efficientista de que haveria aí maior eficiência no combate à corrupção.

A retórica da eficiência não deve se sobrepor ao direito estabelecido, especialmente considerando que a jurisprudência consequencialista⁷⁸ frequentemente carece de fundamentação em dados empíricos que possam sustentar as consequências previstas (Abboud, 2019).

É fundamental que a independência decisória seja assegurada com base na autonomia do direito, pois qualquer interferência externa que comprometa essa autonomia pode resultar na distorção da legitimidade da decisão (Abboud, 2019). Segundo Barroso (2023), a independência judicial é um dos pilares essenciais para a preservação do Estado de Direito e a garantia dos direitos fundamentais. A aplicação do direito deve ser orientada por princípios e normas jurídicas estabelecidas, evitando-se interpretações que dependam excessivamente de considerações externas ou consequencialistas, que não possuem suporte empírico sólido. Dessa forma, a autonomia do direito preserva tanto a imparcialidade quanto a previsibilidade das decisões judiciais, fortalecendo a segurança jurídica e a confiança pública nas instituições.

Barroso (2023, p. 233-234) apresenta um criativo paralelo entre a interpretação de uma composição musical e a interpretação de um texto legal, para argumentar que “a interpretação jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado”. E segue:

A execução de uma peça musical – popular ou clássica – é uma boa imagem para compreender o fenômeno da interpretação das hipóteses em que, entre a obra e o público, impõe-se um intérprete, alguém com o poder de expressar a sua compreensão do trabalho do autor. Como é o caso do Direito, âmbito no qual sempre haverá, em meio a outros elementos, uma norma (obra alheia), um intérprete e um ou mais destinatários da interpretação. O intérprete não está legitimado a criar ou a inventar livremente o que melhor lhe aprouver; ao contrário, deve fidelidade à partitura preexistente, à obra original. Mas, por outro lado, não existe uma única maneira de expressá-la, e, portanto, o ambiente externo, a plateia e as contingências do intérprete sempre farão diferença.

O intérprete deve manter-se fiel à "partitura" fornecida pelo texto legal; assim, quando uma decisão judicial consequencialista assume uma postura ativista, desconsiderando o texto legal e a autonomia do direito, temos o que Neves (2012, p. 241), fundamentado na teoria dos sistemas de Luhmann, denomina "corrupção sistêmica". Essa corrupção ocorre quando a “concretização jurídica é violada por códigos de preferência os mais diversos”, permitindo que ruídos de outros sistemas influenciem indevidamente no interior do sistema jurídico.

Isso se dá pela interferência inadequada de outros sistemas sociais, como a economia, a política ou a religião, sobre o sistema jurídico, comprometendo a autonomia do direito e a

⁷⁸ Neste trecho, o autor mencionado faz referência à análise da jurisprudência do STF sobre o tema.

imparcialidade das decisões judiciais. Nesse contexto, a subjetividade do julgador pode passar a prevalecer sobre o direito posto, minando a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões.

Propomos uma abordagem pós-positivista para analisar a interpretação do texto legal da alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90:

Uma abordagem pós-positivista do direito não pode prescindir de uma teoria pós-positivista da norma jurídica. Afinal, desde a virada linguística se sabe que a linguagem é constitutiva do mundo, e, se assim é, não podemos nos prender mais a dualismos que a separem do mundo ‘dos fatos’ ou da ‘realidade’.¹ Sob a ótica positivista, a norma, elemento central do direito, forma-se à revelia do contexto fático, ao qual se aplica via subsunção. O pós-positivismo, nos trilhos do giro linguístico, relega aos fatos papel ativo na construção da norma. Com efeito, existe uma necessária diferença entre texto e norma; a norma, à diferença do texto, não nasce antes do, mas apenas perante o caso a ser solucionado (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 2).

Tratando do positivismo normativista, o citado autor destaca o seguinte:

O que nos importa brevemente analisar é como o positivismo normativista, para além de suas valiosas contribuições, difundiu a ideia de discricionariedade judicial que ainda ronda o pensamento jurídico brasileiro e que será objeto de grande parte das críticas lançadas pelo pós-positivismo. (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 5)

A discricionariedade não é uma opção viável para o intérprete dentro de um modelo de interpretação pós-positivista, pois, conforme Abboud, Santos e Matthaus (2022, p. 8), “se os princípios existem e também são fonte de obrigações, mesmo quando as regras se esgotam, o julgador continua vinculado a um padrão jurídico e não pode, arbitrariamente, escolher parâmetros conforme sua livre discricção”. Portanto, a interpretação da alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 não pode ignorar o conceito jurídico de ato doloso de improbidade administrativa e basear-se apenas em indícios de imoralidade presentes na decisão do TCU para, por meio de uma interpretação extensiva de uma lei que impacta direitos fundamentais, decidir pela inelegibilidade.

Tal postura decisória, se adotada pela Justiça Eleitoral, se encaixaria no que este tópico do estudo qualifica como uma abordagem consequencialista e ativista. Essa prática não apenas extrapola os limites do texto legal, mas também utiliza critérios subjetivos e finalísticos que podem comprometer a segurança jurídica e a proteção de direitos fundamentais.

O consequencialismo desempenha um papel fundamental na calibragem das decisões judiciais, integrando-se de maneira inevitável à busca pela melhor resposta (Dworkin), pois

oferece subsídios sobre como certos aspectos da realidade devem influenciar o ato de decidir (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 9).

Destaque-se ainda que:

A circunstância de que as decisões judiciais, por vezes, podem provocar consequências indesejadas não é, de forma alguma, desconhecida pelo direito positivo brasileiro. Por aqui, sabe-se, de há muito, que o consequencialismo, ainda que o ordenamento tenha tardado a adotar a nomenclatura, é uma ferramenta indispensável para evitar que determinados provimentos violem direitos fundamentais. (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 12)

Assim, em vez de o consequencialismo levar à exclusão de candidatos que tiveram contas rejeitadas sob o argumento de proteção à moralidade, a consideração das consequências da decisão no contexto do exercício da soberania popular, em respeito à democracia, deve conduzir à proteção dos direitos fundamentais, especialmente diante das graves implicações que uma interpretação contrária poderia causar.

Abboud ainda pontua, com base em Streck, que:

Recorreremos, novamente, a Lenio Streck, que bem coloca a questão nos seguintes termos: ‘a autonomia do Direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro’. Num apanhado: continuar apostando na indeterminabilidade dos sentidos em Direito e utilizá-la como justificativa para colocar o centro da atividade decisória na vontade do sujeito cognoscente (juiz) representa um gravíssimo déficit democrático, justamente por alijar a decisão de qualquer possibilidade de controle. Se partimos da premissa de que o Direito possui sentidos indetermináveis podemos apenas julgar a decisão como incorreta, mas não como desobediente. (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 6)

[...]

Martin Heidegger igualmente nos dizia que ‘Das significações brotam palavras. As palavras, porém, não são coisas dotadas de significado’. Ou seja, o discurso comunica sobre algo, fornece o acesso às coisas e não possui em si significado descolado dos entes aos quais se refere. Ao fim, entre a linguagem e a realidade existe uma incontornável dialeticidade: o mundo só é se intermediado pela linguagem e a linguagem só existe enquanto medium do mundo. É esse o ponto central da profunda incompatibilidade entre o esquema surgido com a viragem linguística e a hermenêutica jurídica tradicional, que busca no sentido das palavras descolado das coisas a solução de todos os problemas jurídicos, como se tais palavras não se manifestassem por discursos, necessariamente enunciados por sujeitos que participam do mundo desde uma determinada situação existencial e, por isso, carregam consigo pré-compreensões.

No esquema sujeito-sujeito, o objeto deixa de ser um mero intermediário e passa a ser condição de possibilidade em uma ‘comunidade de sujeitos em interação’. Não mais se trata da centralidade no sujeito moderno atribuidor de sentido ou na essência da coisa em si a ser descoberta pelo filósofo, mas, sim, das “condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo”. (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 7)

[...]

A relação entre democracia e direito ficou ainda mais estreita e evidente a partir do século XX. Isso porque foi então que a maioria das civilizações ocidentais passou a adotar algum tipo de modelo político que combinava um elemento democrático (e, portanto, majoritário) e um elemento contramajoritário (garantidor dos direitos fundamentais): as constituições. A função de garantidor do direito na democracia se

evidenciou como nunca, e como nunca se atentou para o fato preciso de que o desvirtuamento do segundo não tem outra consequência que não o colapso da primeira.

São essas as principais razões pelas quais entendemos insuficiente a postura discricionária para abordar o fenômeno jurídico no contexto do Estado Constitucional, seja pela impossibilidade de se conceber qualquer poder ilimitado (decisão arbitrária), seja pela necessidade de absorção do giro linguístico.⁵⁸ Esses novos paradigmas filosóficos, aliados às novas necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa, constituem o cerne do pós-positivismo jurídico e de suas preocupações com a decisão judicial. (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 8)

[...]

Aliás, Lenio Streck, ao tratar sobre a temática da resposta correta, lembra-nos que ‘Perguntas implicam o estabelecimento de critérios para encontrar respostas adequadas’. Nesse sentido, a indagação consequencialista é só mais uma dentre tantas outras perguntas a serem feitas pelo julgador para que chegue à resposta constitucionalmente mais adequada: afinal, quais as consequências materiais e institucionais da solução a ser aplicada? Quais os direitos privilegiados e quais aqueles restringidos? Há permissão constitucional e fundamentação adequada a essa restrição? Estaria o Judiciário, ao decidir assim, influenciando de forma negativa na esfera de outro Poder ou, de forma positiva, abrindo uma via de diálogo? A decisão tomada poderia ser aplicada a casos análogos? (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 9)

[...]

Apenas mediante análise atenta das consequências é que saberemos quais limitações a direitos fundamentais serão impostas por determinada decisão, se elas são ou não constitucionalmente autorizadas ou se, por outro lado, se trata de questão não normatizada à exaustão pela Constituição, devendo a decisão judicial permanecer aberta ao aprendizado constante, nos moldes do intitulado paradigma da proceduralização. (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 9)

(...)

A LINDB 20 prevê expressamente que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Em nosso modo de entender, o legislador traz especificamente para o plano legislativo as preocupações sobre as quais discorremos anteriormente; ele buscou trazer para a norma individual resolutiva (decisão judicial) justamente a apreensão da realidade na forma de consequências que defendemos ao longo deste artigo. (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 14)

A interpretação no sentido da possibilidade de conclusão pela presença de improbidade administrativa sem um processo para isso é contrária tais parâmetros interpretativos.

O julgamento pela regularidade ou irregularidade, embora se valha do sistema do direito com fundamentação para suas decisões, tal qual ocorre com as normas que regem a inovação no ordenamento jurídico pelo sistema político, relaciona-se a um outro sistema diferenciado a partir de sua função, que é o sistema de controle.

Para Abboud (2021, p. 511), ao tratar sobre soberania popular, que deve ser norte interpretativo para a análise da inelegibilidade pontua sobre sua importância para democracia, na linha defendida em outra passagem deste trabalho:

Não obstante o dissenso absurdo que caracteriza a contemporaneidade, a soberania popular configura elemento essencial da democracia. A soberania popular determina

que a vontade do povo é fonte de legitimidade da autoridade do poder. Aqui se coloca uma tensão constante entre representação e participação na democracia e, conseqüentemente, os mecanismos de aperfeiçoamento dos instrumentos democráticos.

Abboud (2024, p. 34) trata da garantia da diferenciação funcional dos demais sistemas, para que o sistema jurídico possa, a partir de seus próprios critérios, cumprir sua função dentro da sociedade:

Em primeiro lugar, a de que o direito não existe isoladamente na sociedade; antes, ele cumpre papéis sociais relativos essencialmente, nos termos da sociologia de Niklas Luhmann, à garantia da diferenciação funcional dos demais sistemas sociais para que possam operar adequadamente a partir de seus próprios critérios, e, com isso, cumprir suas funções dentro da sociedade.

E mais à frente:

Segundo a concepção Luhmanniana, as Constituições são “a forma pela qual o sistema jurídico reage a sua própria autonomia”.

Portanto, a partir do momento em que o direito se diferencia de outros sistemas funcionais, tais como a moral ou a religião, ele precisa encontrar critérios internos próprios de criação e aplicação das suas regras, o que é atribuído às Constituições; daí dizer-se que a constitucionalidade é a mais abrangente reflexividade do sistema jurídico. (2024, p. 42)

Para Dworkin, em evolução de suas preposições anteriores, temos que, conforme destaca Abboud:

A saída foi considerar o Direito como um ramo específico da moral política, que é, por sua vez, uma ramificação da moral em geral. Não se trata mais de dois sistemas apartados, mas, antes, do fenômeno jurídico como questão de moral política. (Abboud; Santos; Matthaus, 2022, p. 9)

Tema 1.304 de Repercussão Geral do STF, segundo o voto de Relator Ministro Gilmar Mendes:

Já segundo a hipótese do art. 71 da Constituição, a competência conferida ao Tribunal de Contas é de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, CF/88).

Nesse último caso, os atos administrativos apreciados são analisados de forma técnica, para averiguar se houve violação a preceitos normativos ou regulamentares de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial e se atenderam aos princípios da administração pública, insculpidos no art. 37 da Constituição. Cuida-se, aqui, de desempenho de função jurídica pelo Tribunal de Contas, consistente no exercício de típica atribuição deliberativa.

[...]

Nos termos do postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Como já destaquei em obra doutrinária, também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição.

Na doutrina menciona-se, frequentemente, a frase de Cooley: “*The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect*” (Thomas M. Cooley, *A treatise on the constitutional limitations*, cit., p. 228. Cf. também Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 93).

Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional (Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, cit., p. 93).

Há muito se vale o Poder Judiciário brasileiro da interpretação conforme à Constituição. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

No presente caso, além da interpretação sistemática do texto constitucional, a justificação apresentada na proposição do Projeto de Lei Complementar 9/2021, de autoria do Deputado Lucio Mosquini, que deu origem à Lei Complementar 184/2021, já indica que a inovação fora então proposta para ser aplicada aos julgamentos pelos Tribunais de Contas. O objetivo era evitar que agentes públicos fossem considerados inelegíveis pelo cometimento de infrações meramente formais, com pequeno potencial ofensivo e que não tivessem causado dano ao Erário nem enriquecimento ilícito.

Observa-se que a alteração legislativa implementada pela Lei Complementar nº 135/2010 veio a incluir a necessidade de que a rejeição de contas tenha se dado por ato doloso de improbidade, previsão não existente na redação original do dispositivo, o qual estabelecia e inelegibilidade da seguinte forma:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

O entendimento jurisprudencial consolidado no Tribunal Superior Eleitoral, segundo o qual o julgamento no âmbito judicial comum repercute na análise da inelegibilidade na esfera eleitoral, corrobora as conclusões sustentadas nesta tese. Isso ocorre porque, uma vez proferida a sentença judicial, a possibilidade de discussão acerca do ato de improbidade na esfera eleitoral fica superada. Vejamos:

ELEIÇÕES 2016. RECURSOS ESPECIAIS. REGISTRO DE CANDIDATURA. CARGO. PREFEITO. DEFERIMENTO. ART. 1º, I, G, DA LC Nº 64/90. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS. DIVERGÊNCIA QUANTO À OCORRÊNCIA DO DOLO. REJEIÇÃO DE CONTAS PELO TCU ASSENTANDO A PRESENÇA DE ELEMENTO VOLITIVO NA PRÁTICA DAS IRREGULARIDADES APURADAS. ACÓRDÃO DA JUSTIÇA COMUM CONSIGNANDO AUSÊNCIA DO DOLO. CENÁRIO DE DÚVIDA RAZOÁVEL OBJETIVA ACERCA DO ESTADO JURÍDICO DE ELEGIBILIDADE. EXEGESE QUE POTENCIALIZE O EXERCÍCIO DO IUS HONORUM COMO CRITÉRIO NORTEADOR DO EQUACIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INELEGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. CONDENAÇÕES DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS EM AÇÕES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE DE SOMA DOS PRAZOS DAS SANÇÕES POLÍTICAS PARA FINS DE RECONHECIMENTO DE CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. RECURSOS ESPECIAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.1. O art. 1º, I, g, do Estatuto das Inelegibilidades reclama, para a sua caracterização, o preenchimento, cumulativo, dos seguintes pressupostos fático-jurídicos: (i) o exercício de cargos ou funções públicas; (ii) a rejeição das contas pelo órgão competente; (iii) a insanabilidade da irregularidade apurada, (iv) o ato doloso de

improbidade administrativa; (v) a irrecorribilidade do pronunciamento que desaprovava; e (vi) a inexistência de suspensão ou anulação judicial do aresto que rejeitara as contas. 2. O art. 1º, I, 1, da Lei Complementar nº 64/90, pressupõe o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) a condenação por improbidade administrativa, transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, (ii) a suspensão dos direitos políticos, (iii) o ato doloso de improbidade administrativa e (iv) a lesão ao patrimônio público e (v) o enriquecimento ilícito. 3. A cognição realizada pelo juiz eleitoral depende do elemento do tipo eleitoral analisado, ampliando-a ou reduzindo-a, de ordem a franquear a prerrogativa de formular juízos de valor acerca da ocorrência *in concreto* de cada um deles. 4. A apuração do dolo se situa entre os requisitos que habilitam o magistrado eleitoral a exarar juízo de valor concreto, de forma a ampliar a sua cognição, notadamente nas hipóteses em que o acórdão de rejeição de contas for omissivo acerca da ocorrência desses elementos ou sempre que os assentados de forma açodada, sem perquirir as particularidades das circunstâncias de fato, sendo certo que a assertiva é pertinente tanto na alínea g quanto na alínea l. 5. A autoridade competente para julgar as contas de convênio, para fins de incidência da alínea g, é a Corte de Contas da União, ex vi do art. 71, VI, da Constituição de 1988, e da remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior, nos casos de convênio firmado entre Município e União (REspe nº 4682/PI, Rel. Min. Herman Benjamin, PSESS em 29.9.2016 e AgR-REspe nº 101-93/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, PSESS em 21.11.2012). 6. A Justiça Comum detém competência para processar e julgar ações de improbidade administrativa, para fins de aplicação da alínea l. 7. As restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, consoante lição basilar da dogmática de restrição a direitos fundamentais, axioma que deve ser trasladado à seara eleitoral, de forma a impor que, sempre que se deparar com uma situação de potencial restrição ao *ius honorum*, como sói ocorrer nas impugnações de registro de candidatura, o magistrado deve prestigiar a interpretação que potencialize a liberdade fundamental política de ser votado, e não o inverso. 8. *In casu*, a) Há dois pronunciamentos divergentes sobre um ponto específico e essencial para a configuração da causa restritiva ao exercício do *ius honorum*, que é a presença do dolo, não obstante a desaprovação da conduta reputada como ímproba (i.e., construção e aparelhamento de unidade de saúde do município). b) De um lado, o Tribunal de Contas da União assentou o dolo da conduta ímproba, ao consignar que "os atos danosos, ao contrário do alegado pelo recorrente, decorrem, sim, dos seus atos de vontade, pois, como gestor dos recursos, deveria ter atentado que em sendo aumentado o volume da obra deveriam ser revistos o plano de trabalho e o projeto básico perante o concedente, o que não foi verificado" (fls. 218)" (trecho do voto vencido do relator no TRE/MG, fls. 387). c) Por outro lado, o TRE/MG, ao debruçar-se sobre o arcabouço fático-probatório dos autos, concluiu pela ausência do dolo, emprestando proeminência ao pronunciamento exarado pela Justiça Comum (TJ/MG) que – em sede de ação de improbidade administrativa envolvendo os mesmos fatos examinados pela Corte de Contas – constatou que a conduta ímproba deu-se na modalidade culposa, de maneira a elidir a incidência da causa restritiva do *ius honorum* do Recorrido e deferir seu registro de candidatura. d) A exegese que maximiza o exercício da cidadania passiva é a incidente nas hipóteses em que os pronunciamentos exarados pelas autoridades dotadas de competência, cada qual dentro de suas respectivas esferas de atuação, são antinômicos. e) Deveras, entendimento oposto, segundo o qual o exame das alíneas g e l deve ser feito de modo isolado e estanque, criaria um paradoxo insanável que desafiaria a racionalidade sistêmica, a coerência nos pronunciamentos judiciais e o bom senso: a Justiça Eleitoral declararia a inelegibilidade do Recorrido por uma específica causa restritiva, e a elegibilidade por outra hipótese, apurando exatamente as mesmas irregularidades (i.e., construção e aparelhamento de unidade de saúde do município). f) Juridicizando a afirmação, forçoso sustentar a inexistência de vínculo lógico entre a privação do *ius honorum* e a finalidade almejada pela inelegibilidade (razoabilidade interna). g) O postulado da razoabilidade, em sua faceta como razoabilidade externa, resta *in casu* violado, porquanto desconsiderar a análise de circunstâncias concretas (tais como absolvição do pretense candidato na Justiça Comum ou o arquivamento do processo instaurado) não se afigura consentâneo com

a axiologia constitucional e com o Estado Democrático de Direito, que repudia o paternalismo judicial não justificado, bem como uma moralização desmedida e irresponsável do processo político. h) A dúvida razoável objetiva, materializada na prolação de juízos antinômicos sobre a existência do dolo por órgãos competentes e sobre fatos idênticos, conduz à conclusão inescapável de que o estado jurídico de elegibilidade deve manter-se incólume com o, conseqüente, registro de candidatura deferido. 9. Recursos especiais desprovidos. Recurso Especial Eleitoral nº21321, Acórdão, Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, 05/06/2017. <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/256349>

O que se está a defender é que para incidência do art. 1º, I, g, do Estatuto das Inelegibilidades seria necessário o preenchimento, cumulativo, dos pressupostos fático-jurídicos reconhecidos pela jurisprudência, contudo com a inclusão de um outro requisito, que seria seu quinto requisito.

Assim teríamos os seguintes requisitos: (i) o exercício de cargos ou funções públicas; (ii) a rejeição das contas pelo órgão competente; (iii) a insanabilidade da irregularidade apurada, (iv) o ato doloso de improbidade administrativa; (v) a irrecorribilidade do pronunciamento que desaprovava; (vi) a inexistência de suspensão ou anulação judicial do aresto que rejeitara as contas; e (v) a condenação por improbidade administrativa, transitada em julgado.

Diferente da alínea I do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990 não teríamos as exigências dos requisitos de suspensão dos direitos políticos, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Contudo o trânsito em julgado de decisão judicial que analise se o motivo da rejeição e contas configura ou não improbidade administrativa nos parece, em face de tudo que se demonstrou neste trabalho, imprescindível.

Conforme precedente recente do STF, em matéria examinada em outras oportunidades, a interpretação conforme a Constituição não pode desconsiderar a literal disposição do texto normativo interpretado. Nesse sentido é a conclusão do voto do relator no Tema 1.304 de Repercussão Geral do STF:

Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional (Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, cit., p. 93).

Há muito se vale o Poder Judiciário brasileiro da interpretação conforme à Constituição. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

A alínea g estabelece de forma expressa a exigência de que haja a prática de ato doloso de improbidade, o qual possui uma definição precisa no âmbito do direito e deve ser apreciado por autoridade competente. Ademais, considerando que qualquer restrição a um direito fundamental deve ser interpretada de maneira restritiva, não é possível admitir uma posição que conceda à Justiça Eleitoral a liberdade irrestrita para examinar essa questão.

Atualmente, a interpretação realizada no âmbito da Justiça Eleitoral, apesar da exigência expressa de dolo específico para a caracterização do ato de improbidade, tem sido conduzida de forma genérica. Essa abordagem amplia o alcance da análise, desconsiderando a necessidade de um exame detalhado sobre a intenção deliberada do agente, o que pode gerar implicações jurídicas indevidas e contrárias ao princípio de interpretação restritiva de restrições a direitos fundamentais. Nessa linha é a seguinte sentença proferida em setembro de 2024:

Não se pode deixar de mencionar que o candidato, enquanto ordenador de despesas, não comprovou a execução dos serviços de agentes de segurança, parte dos serviços de recepcionistas, além da apresentação de parte dos artistas contratados, nos termos do Acórdão 4710/2018. Vislumbro que tais fatos não se enquadram como meras irregularidades marginais, mas que afetaram o cerne/objeto do pacto, descumprindo as formalidades que requer um licitação que envolve recursos públicos, ainda mais um volume tão expressivo aos serviços de apresentação artística totalizando o valor de R\$ 106.432,21, o que se demonstra a robustez da malversação de recursos públicos. Ademais, os procedimentos licitatórios realizados ao arrepio da lei deveriam ser supervisionadas pelo ordenador de despesas, pela Procuradoria do Município e pelo Controle Interno, não havendo sequer qualquer demonstração pela defesa que houve providências para corrigir as irregularidades apontadas na tramitação dos referidos procedimentos, não cabendo em sede de registro de candidatura reexaminar o mérito ou acerto ou desacerto do que restou decidido pela corte de contas. A ausência de indícios de que os responsáveis tenham agido de maneira diligente ou adotado quaisquer medidas para resguardar o erário demonstra, por si só, a má-fé do ordenador despesas, ora candidato, na gestão de recursos públicos. Conforme precedentes do TSE, “É despicienda a menção expressa, pela Corte de Contas, acerca da prática de atos de improbidade, bastando que essa circunstância possa ser extraída do teor do decisum em que rejeitado o ajuste contábil” (TSE, AgRRO-El nº 060072625 Acórdão VITÓRIA – ES, Relator(a): Min. Benedito Gonçalves, Julgamento: 03/11/2022 Publicação: 03/11/2022). Não se pode deixar de mencionar que para o TSE “É possível inferir o dolo in concreto, pois, conforme consignou a Corte de Contas, cabia ao gestor, enquanto signatário do convênio e ordenador de despesas, "supervisionar os trabalhos e adotar as providências necessárias para corrigir as distorções", o que, todavia, não ocorreu, acarretando a um só tempo prejuízo ao erário e ao público alvo, que deixou de ser beneficiado pelas ações de capacitação” (TSE, AgR-RO-El nº 060072625 Acórdão VITÓRIA – ES, Relator(a): Min. Benedito Gonçalves, Julgamento: 03/11/2022 Publicação: 03/11/2022). Deste modo, a rejeição de contas pelo uso de modalidades inadequadas de licitações em afronta a lei de licitações, o dano ao erário apontado expressamente pelo TCU, a não comprovação da utilização e do bom e regular emprego dos recursos provenientes do Convênio 15/2010 e a imputação de multa no valor de R\$ 13.000,00 e débito no valor expressivo de R\$ 133.377,15, levam-me a concluir que o caso em tela amoldase a prática de ato de improbidade administrativa mediante dolo específico, não havendo alteração do status de irrecorribilidade, insanabilidade e definitividade do que restou decidido pelo TCU. ISTO POSTO, julgo procedentes as impugnações apresentadas pelo Ministério Público Eleitoral e

pelo PL - Partido Liberal para declarar INELEGÍVEL o candidato NIVALDO ANTÔNIO DE MELO, nos termos do art.1º, I, "g", da Lei Complementar n. 64/1990, até o dia 28 de julho de 2026, nos termos da Decisão definitiva do TCU, transitada em julgado em 28 de julho de 2018 (Acórdão 4.710/2018–TCU–2ª Câmara), e assim, INDEFIRO o pedido de registro de candidatura de NIVALDO ANTÔNIO DE MELO, para concorrer ao cargo de Prefeito. Proceda-se à anotação de inelegibilidade (ASE 540) no histórico do eleitor NIVALDO ANTÔNIO DE MELO. Registre-se. Publique-se. Intime-se. Pirenópolis, 04 de setembro de 2024.

A interpretação nesse sentido conduz a um absurdo, pois embora a Justiça Eleitoral entenda que não é necessário o julgamento de ação de improbidade para configurar tal inelegibilidade, uma vez julgada prevalece o entendimento do Juízo Comum que julgou especificamente ação de improbidade. Assim, como é mais difícil a demonstração de dolo específico em ação de improbidade, chega-se à conclusão absurda de que será melhor para o cidadão que ele tenha respondido ação de improbidade, pois lá poderá se defender quanto ao dolo específico de improbidade e o julgamento da ação de improbidade será acatado pela Justiça Eleitoral. De outro lado, se não houver tal julgamento, a Justiça Eleitoral terá liberdade para examinar a decisão do TCU e considerar se aquela conduta configura dolo específico de improbidade.

CONCLUSÃO

Uma impressão inicial animou a presente pesquisa: a de que o processo de contas tem um impacto no processo eleitoral que merece ser discutido de maneira mais profunda, uma vez que, pela observação empírica construída a partir da experiência profissional do pesquisador, pareceu que o tema específico de pesquisa não foi ainda devidamente enfrentado pela doutrina. Assim, o resultado da pesquisa poderia representar um constrangimento epistemológico que eventualmente venha a fazer com que os tribunais eleitorais revisitem a matéria, a partir dos fundamentos da pesquisa.

Ao desenvolver a pesquisa, encontramos fundamentos de índole constitucional – ligados ao devido processo legal e à proteção aos direitos fundamentais – que demonstra não ser possível, apenas com a decisão do TCU, sem a submissão da questão a um processo judicial específico sobre o tema, se chegar à conclusão de que a rejeição de contas se deu por ato doloso de improbidade, e assim tornar um cidadão inelegível.

O exame da jurisprudência – em particular a do STF –, serviu de base à pesquisa e reforçou a conclusão. Há manifestação expressa do STF no sentido de que o Tribunal de Contas da União não tem competência para apreciar improbidade administrativa e, ainda, que não vigora na Corte de Contas um devido processo legal apto à defesa quanto a elemento subjetivo de improbidade.

A distribuição de competências entre Poderes estatais e entidades da Administração Pública, tanto pela Constituição quanto pelas leis infraconstitucionais, também representam fundamento à conclusão contrária à declaração de inelegibilidade sem intervenção do Poder Judiciário – por meio de processo que tenha por fim o exame de eventual conduta ímproba –, com exercício de ampla defesa exauriente quanto a isso.

Assim, a aplicação da inelegibilidade estatuída na alínea g do inciso I do artigo 1º da LC nº 64/1990 demanda que haja tanto julgamento dos tribunais de contas que rejeite as contas, bem como uma ação de improbidade com condenação definitiva na esfera judicial, sob pena de desrespeito a direitos fundamentais do cidadão.

Retornando aos problemas e hipóteses presentes na introdução deste trabalho, concluímos que improbidade administrativa tem um sentido definido na legislação, não sendo

nem o TCU nem a Justiça eleitoral munidos de competência ou mesmo procedimento para decidir sobre a presença de improbidade.

A alteração legislativa implementada pela Lei Complementar nº 135/2010 incluiu a necessidade de que a rejeição de contas tenha se dado por ato doloso de improbidade, exigência não presente na redação original do dispositivo.

Ademais, como se verificou, nos processos de contas do TCU se busca a reparação de eventual prejuízo ao erário, sequer existindo tradicionalmente em seu procedimento oportunidade para uma defesa quanto a dolo e, ainda mais, dolo específico de improbidade.

O dolo no TCU pode fundamentar a aplicação de sanção, mas para imputação de débito basta a culpa em sentido amplo.

A alteração legislativa ocorrida na LINDB trata de erro grosseiro e culpa grave, contudo hoje o TCU as avalia, segundo sua jurisprudência, para efeitos de sanção, contudo o débito é responsabilidade civil, não sanção. Assim, na linha do parágrafo 4º-A do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, observa-se que a sanção não é considerada para efeitos de inelegibilidade, mas apenas o débito – assunto que foi objeto do recente Tema 1.304 de Repercussão Geral do STF.

Constata-se que na época da alteração legislativa que incluiu a necessidade de dolo de improbidade para a inelegibilidade, ainda fazia sentido falar no termo, entretanto, após a alteração legislativa empreendida na lei de improbidade, ato doloso de improbidade se tornou expressão pleonástica, pois só será improbidade se for ato doloso.

O maior rigor que o sistema da política impôs ao sistema jurídico, por meio dessas modificações normativas, precisam ser consideradas pela jurisprudência. Se é certo que há dificuldades de se examinar a presença de improbidade administrativa a partir de uma simples análise da decisão do TCU, tal situação fica ainda mais clara a partir da posição, reconhecida hoje pela jurisprudência do TSE, da necessidade de dolo específico de improbidade administrativa.

Precedentes do STF, seja o Tema 899 de Repercussão Geral – sejam os Temas 835, 1.287 e 1.304 – oferecem critérios sólidos para uma interpretação acerca das consequências das decisões do TCU na análise de capacidade política passiva dos candidatos e na

necessidade de interpretação restritiva quando estamos diante de exame de direitos fundamentais, principalmente ligados à soberania popular e à democracia.

Encontramos importantes elementos de reflexão na obra de Lourenço (2022, p. 174-175), a apontar por dificuldades quanto ao devido processo legal, à competência institucional e à tutela de direitos fundamentais, que adviria de um julgamento pela Justiça Eleitoral com base, apenas, na análise do *obter dictum* do julgamento pelas Cortes de Contas. A *ratio decidendi* da decisão do TCU não enfrenta improbidade administrativa nem elementos subjetivos da conduta.

Quando examinamos nesse trabalho o processo no qual se impugna o registro de candidatura perante a Justiça eleitoral, podemos ver que a celeridade daquele procedimento torna clara a dificuldade para uma ponderação madura, principalmente considerando-se apenas o que foi decidido pelo TCU.

Essa fragilidade é indisfarçável diante da pesquisa empreendida e dos fundamentos trazidos neste trabalho e, assim, qualquer tentativa de “remendo” com objetivo de privilegiar uma suposta deferência institucional, esbarraria em flagrante violação à garantia fundamental de um processo justo sobre a matéria: não há deferência sem competência e processo.

O processo de contas e processo da Justiça Eleitoral não fornecem ampla defesa quanto a um possível dolo específico de improbidade, assim, deve-se privilegiar o direito fundamental contra um interesse público secundário de punir o cidadão.

Vale lembrar a citação do voto do Ministro Gilmar Mendes no emblemático julgamento do Tema 899 de Repercussão Geral, tão relevante para as reflexões desta pesquisa, no sentido de que a obra de Renato Alessi – que distingue o interesse público secundário (instrumental ou derivado), relacionado ao interesse da Administração enquanto organização, do interesse público primário, voltado à satisfação do interesse geral da sociedade – ressalta que o ordenamento jurídico não pode privilegiar o interesse público secundário, ligado ao ressarcimento ao erário (aqui a inelegibilidade), em detrimento da segurança jurídica (direito fundamental à elegibilidade).

O paralelo entre o interesse público secundário, relacionado à inelegibilidade, e o interesse público primário, que visa proteger direitos fundamentais, é ainda mais evidente neste contexto do que no Tema 899 de Repercussão Geral. No Tema 899, a discussão girava

em torno da prescrição de dívida proveniente de decisões do TCU, enquanto aqui está em jogo a elegibilidade do cidadão, que envolve diretamente a garantia de direitos fundamentais e o equilíbrio entre o controle administrativo e a proteção das liberdades individuais.

Concluimos que ao se decidir sobre a inelegibilidade da alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, da forma como hoje a jurisprudência decide, temos afronta quanto a um devido processo legal sobre a presença de ato de improbidade.

As recentes decisões judiciais que afirmam que prevalece a decisão da justiça comum competente para julgar improbidade, citadas no trabalho, conduzem a uma interpretação absurda, que deixa à alea e ao acaso a análise sobre tal inelegibilidade, pois se o cidadão tiver sofrido processo de improbidade, ele terá oportunidade de se defender e tentar demonstrar que não houve dolo específico de improbidade. De outro lado, sem o acaso deste processo, a Justiça Eleitoral examinará elementos comuns da decisão do processo de contas e, a partir disso, concluirá sobre dolo específico de improbidade.

O direito fundamental está premido por circunstância aleatória e uma interpretação neste sentido não pode prosperar.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 108, n. 1009, 2019. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/137338>. Acesso em: 01 jul. 2024.

ABBOUD, Georges, **Parecer sobre Prescrição Quinquenal no TCU**, 6 de dezembro de 2021. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges. **Pareceres**. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ABBOUD, Georges; FREITAS, Elísio de Azevedo. Evolução na visão do STF sobre prescrição no TCU. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/freitas-abboud-evolucao-visao-stf-prescricao-tcu/>. Acesso em: 03 ago. 2024.

ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzide Albuquerque; MATTHAUS, Kroschinski. Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 1038/2022, p. 249 – 279. Abr/2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/165864>. Acesso em: 22 jun. 2024.

ABBOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ABBOUD, Georges; FREITAS, Elísio; SIMÕES, Luiz Felipe. Mais previsibilidade e menos subjetividade ao conceito de erro grosseiro. 2023. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-04/opiniao-subjetividade-conceito-erro-grosseiro/>. Acesso em: 18 ago. 2024.

ABBOUD, Georges; SILVA, Francisco de Assis e; GAVAZZONI, Antonio. **Arbitragem Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; CUNHA, Estevão dos Santos. **Curso de Controle Externo**. Brasília: Obscurus Editora, 2009.

ALESSI, Renato. **Sistema Institucionale Del Diritto Amministrativo italiano**. Milano: Dott Antonio Giuffrè Editore. 1970.

AMEY, Claude. **Experiência, Estética e Agir Comunicativo: em torno de Habermas e estética**. In: Novos Estudos Cebrap, n. 29, p. 131-147. mar 1991.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo-SP. Malheiros Editores, 2012.

BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 de nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Lei nº 8.443/1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-ordinarias/lei-nb0-8.443-de-16-de-julho-de-1992>. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Evolução histórica e administrativa**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 22.801**. Rel. Min. Menezes Direito. Julgamento em 17/12/2007. DJe de 14/03/2008

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos tribunais de contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 9, dez., 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. **Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. In: SOUZA, Alfredo José de et. al. O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Ativismo De Contas Do Tribunal De Contas Da União (TCU)** Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. v. 16. p. 215 – 257. Jan - Mar / 2021 DTR\2021\3142.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. **Improbidade Administrativa: novas disposições, novos desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 22. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *In* Claus-Wilhelm Canaris. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa, 2002.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glossário sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, nº 94. p. 183-198. abril-junho/1987.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, 12. ed., v. 1. Salvador: Juspodivm, 2010

DOBINSON, Ian; JOHNS, Francis. Qualitative Legal Research. In: McCONVILLE, Mike; CHUI, Wing Hong. **Research Methods for Law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.

FAGUNDES, Seabra, **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FAVRETTO, Rogério; KLANOVICZ, Jorge Mauricio. **Precisamos pensar mais sobre nossas capacidades institucionais**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-06/favreto-klanovicz-conceito-capacidades-institucionais/>. Acesso em: 18 jul. 2024, às 19:15.

FERRAZ, JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS, Daniel Santos de; FERNANDES, Priscila Lima Aguiar; MIRANDA, Fátima Cristina Pires. A "nova" Lei de Improbidade e seus reflexos no Direito Eleitoral. **Consultor Jurídico**, 29 maio 2022, 9h14. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-29/opinio-lia-reflexos-direito-eleitoral/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

FREITAS, Elísio de Azevedo. **O controle do STF sobre o exercício das competências constitucionais**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346464/o-controle-do-stf-sobre-o-exercicio-das-competencias-constitucionais>. Acesso em: 10 jul. 2024.

FREITAS, Elísio; ABOUD, Georges. Evolução da visão do STF sobre prescrição no TCU. **Consultor Jurídico**, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/freitas-Abboud-evolucao-visao-stf-prescricao-tcu/>. Acesso em: 23 ago. 2024.

GADAMER, Hans-Georg. **A Atualidade do Belo**: a arte como jogo, símbolo e festa. São Paulo: Atualidade brasileira, 1985.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petropolis: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Acotaciones Hermenéuticas**. Madri: Trotta editorial, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. v. II, Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 19. ed., rev., atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2023.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Ações eleitorais contra o registro, o diploma e o mandato: aspectos materiais e processuais**. 2. ed. São Paulo: M. Amaro – Textos Acadêmicos e Jurídicos, 2024.

GUALAZZI, Eduardo Lopes Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Ação Comunicativa**. São Paulo: Unesp, 2023.

JARDIM, Carlos Henrique Caldeira; VALLADÃO, Luís Ademilton Alves. **Apostila – Processo no TCU: base e sistematização**. 2020, p. 36.

LEITÃO, Rômulo Guilherme; DE PAULA LIMA, Renan Saldanha. Presunção da verdade: Reflexões jurídicas e epistemológicas ao ônus da prova nos processos de contas perante o Tribunal de Contas da União. **Ius Gentium**. Curitiba, v. 9, n. 1, p. 211-235, jan./abr. 2018.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **L'informazione nell'economia e nel diritto**. Osservatorio "Giordano Dell' Amore", Milano, Cariplo, n. 6, p. 27-45, 1989.

LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871>. Acesso em: 18 jul. 2024.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Trad. John Bednarz e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Barcelona: Anthropos, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**. 4. ed. João Pissarra Editor, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institución**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2010.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In:

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários À Lei Nº 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 120. p. 203-236. jan./jun. 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. **Sociologia do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 23. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MENDES, Sérgio da Silva. **O Transcendente e o Pragmático: sobre o método dual, a redução pragmática e a veracidade a partir do pensamento de Habermas**. São Paulo: Dialética, 2022.

MICHELMAN, Frank. **Justification (and Justificability) of Law in a Contradictory World**. *Nomos*, v. 28, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. v. 7.

MOELLER, Hans-Georg. **The Radical Luhmann**. New York: Columbia University Press, 2012.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NETO, Giuseppe Giamundo. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União: Princípios constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa**: direito material e processual. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre a Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas; tradução do autor. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA, Odilon. **Direito do Controle Externo Sancionador**: pressupostos da responsabilização nos tribunais de contas, considerada a sua autonomia constitucional. Tese de Doutorado apresentada no Uniceub. 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PAPA, Douglas da Barros Ibarra. **O dolo específico em improbidade**: reflexos em matérias de inelegibilidades. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-05/douglas-ibarra-dolo-especifico-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020

REsp n. 1.566.221/DF, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 6/12/2017

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SANTAELLA, Lucia. **O Método Anticartesiano de C. S. Peirce**. São Paulo: Unesp, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**: v. 1. 28. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUSA, Raphael Andrade. **Novas considerações acerca do interesse público primário sobre o interesse público secundário: uma releitura à luz da doutrina italiana**. Disponível em: <https://aluno.facha.edu.br/pdf/revista-direito-5/artigo1.pdf>. Acesso em 02 ago 2024.

SOUZA NETO, C. P. D.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional**: Teoria. História e Métodos de Trabalho. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Brasília: UnB, 1999. 2 v.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Processo do Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.