

DEFESAS NO TRIBUNAL DE CONTAS

Ivan Barbosa Rigolin

(set/18)

Homenagem ao amigo Flávio Correa Toledo Jr., pai da idéia

SUMÁRIO: Escopo. Competências. Elenco dos recursos. A sustentação oral. O recurso ordinário. O pedido de reconsideração. O agravo. Os embargos de declaração. A ação de revisão. A rescisão do julgado. Título V. Uniformização de jurisprudência. Incidente de inconstitucionalidade. Prejulgados. Súmulas. A importância de uma correta e atenta defesa. A defesa nos relatórios anuais da fiscalização. A defesa nas denúncias (casos específicos). Defesa prévia, produção de provas e defesa final. Irregularidades graves.

Escopo

I - Este tema é de permanente interesse a tantos quantos, advogados ou não, militem junto aos Tribunais de Contas na defesa de seus constituintes, sejam estes diretamente pessoas de direito público, sejam autoridades de variado nível e dos diversos Poderes ou de suas entidades vinculadas, todos em geral contratantes, sejam ainda, de outra parte, clientes particulares contratados, conveniados ou em outras associações negociais com o poder público.

Os negócios que o poder público celebra estão, como contas públicas que são, natural e invariavelmente sujeitos à apreciação dos Tribunal de Contas a que cada ente este contratante vinculado, e por vezes a mais de um, conforme seja a verba remuneratória provinda de ouro nível de governo.

Se uma despesa de um Município é paga em parte com recursos municipais e em parte como federais, então dois são os Tribunais que apreciarão essa conta, o do Estado e o da União, em principio independentemente.

Talvez fosse idéia originária dos Tribunais de Contas a cada exercício apreciar *todos* os contratos públicos de cada ente sujeito à sua jurisdição. Isso materialmente *já não foi possível*, porque mesmo que cada Tribunal tivesse estrutura dez vezes maior dificilmente daria conta desse recado, algo virtualmente muito acima da capacidade operacional mesmo das maiores organizações da fiscalização.

Trabalham os TCS, assim sendo, ou por amostragens ou atendendo a denúncias, que cada dia são mais freqüentes, de irregularidades em editais de licitação, em licitações, em contratos, ou já mesmo na execução de contratos. Tal é o volume das denúncias aliás, por vezes em escala quase industrial, que se conhecem episódios de profunda irritação das autoridades dos Tribunais, quando ficou evidente o abuso e a só persecução a adversários e a inimigos do denunciante, em peças desprovidas de conteúdo técnico.

Natural que assim seja, já que em um estado sério de direito não se admite a existência do *alegre denunciante*, execrável figura que prejudica a tudo e a todos, e faz por desacreditar da própria atitude de denunciar.

II - É absolutamente usual e freqüente que os mais variados negócios do poder público em dado momento sejam apontados como irregulares pelo Tribunal de Contas, quer por aquelas denúncias de maior, menor ou nenhuma respeitabilidade, quer por fiscalizações de rotina, sem que esse fato só em si represente detrimento ou implique culpabilidade por parte de quem quer que seja, como de resto é de regra em qualquer processo contraditório. É apenas ao final do processo administrativo - que por vezes consome longos anos - que ficará estabelecida aquela culpabilidade, total ou parcial, ou a inocência do acusado.

Mas por evidente os procedimentos de defesa, de petições e de requerimentos aos Tribunais de Contas não podem ser

exercitados informal ou despreocupadamente como num passatempo, mas apenas segundo normas estritas e austeras, todas estabelecidas na *lei orgânica* de cada Tribunal e, complementar e operacionalmente, em cada respectivo *regimento interno*.

Somente desse modo podem desenvolver-se validamente as postulações defensivas, porque mesmo o sagrado direito ao contraditório e à ampla defesa, garantias basilares da Constituição tanto no processo judicial quanto no administrativo, jazem debaixo de regras procedimentais estritas - e nem se imaginaria algo diferente ante o princípio da *formalidade* dos atos administrativos, como da solenidade que cerca o seu julgamento.

Existe no país uma sólida *cultura de contas*, reciprocamente adotada e reciclada, e sempre realimentada, pelos TCs dos três níveis de competência, e que, tirante particularidades locais, por estudado consenso vigora qual um norteamento institucional entre todos, e o qual muito os auxilia no próprio embasamento do seu trabalho tanto judicante quanto administrativo interno.

Por motivos logísticos fáceis de enxergar, mas também porque o muito bem estruturado Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, com sua sede central na Capital e suas 20 (vinte) Unidades Regionais distribuídas por todo o Estado, costuma ser reconhecido por todos os TCs do Brasil como modelar e referencial, é a esse Tribunal e às suas instituições que nos referiremos neste curto trabalho.

Competências

III - O TCE -SP rege seu trabalho de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado de São Paulo e de seus Municípios, excetuada a Capital, na forma da Lei Complementar estadual nº 709, de 14 de janeiro de 1.993, que desde logo fixa as competências da entidade no art. 2, incs. I a XXIX.

Mas a história se inicia na Constituição Federal, art. 75, parágrafo único, que manda que as Constituições do Estados disponham sobre seus TCs. Antes, fixou no art. 71, incs. I a XI, as competências do Tribunal de Contas da União. Mas a Lei Orgânica do TCU, a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1.992, ampliou o rol, e no art. 1º fixou 17 (dezesete) competências para o órgão.

A Constituição do Estado de São Paulo, arts. 31 a 36, dá a regulação básica do Tribunal e lhe fixa 14 (catorze) competências, mais portanto que as que a Constituição Federal estabeleceu para o Tribunal de Contas da União.

E completando este arcabouço o Regimento Interno do TCE -SP, a Resolução nº 4, de 24 de novembro de 2.010, discrimina as competências por órgão, num elenco ainda maior.

Temos então:

- Constituição Federal - 11 competências para o TCU;
- Lei Orgânica do TCU - 17 competências para o TCU;
- Constituição do Estado de São Paulo - 14 competências para o TCE - SP;
- Lei Orgânica do TCE -SP - 29 competências para esse Tribunal;
- Regimento Interno do TCE - SP - competências de cada órgão, analiticamente dispostas dentro daquelas fixadas para o Tribunal na LO.

Desde logo se percebe, nesse conjunto crescente de atribuições à medida em que desce o nível hierárquico do diploma fixador, que o elenco da Constituição Federal (para o TCU mas mandado aplicar aos TCs estaduais no que couber pela Constituição Federal) e também o elenco da Constituição do Estado restaram na prática mais ou menos *decorativos*, pois que pela sua generalidade pouco representam ante as outras duas listas de

competências do Tribunal, as quais constituem a inquestionável fonte de direito para o próprio Tribunal.

A Constituição pretendeu falar de todos os assuntos existentes - num papel sempre alardeado pela doutrina como simplesmente *ridículo*, que dá a exata idéia do infantilismo do constituinte brasileiro, que já vitima o país há trinta anos -, e bem por isso na prática poucos se lembram sequer *de que existem* Constituição Federal e Estadual para este efeito. É portanto institucionalmente na LO, e em nível operacional no RI, que se centra o próprio sistema de competências do TCE.

Elenco dos recursos

IV - A LO do TCE - SP contém todo um alentado Título (III) sobre os 5 (cinco) *recursos* existentes e exercitáveis dentro do seu âmbito, divisão essa que corre do art. 51 ao 71.

E não é só, porque a seguir outro Título (IV) disciplina as ações (administrativas) de *revisão* e de *rescisão de julgados*, nos arts. 72 a 77. Portanto, não será por sonegar o contraditório aos interessados que o TCE - SP será imolado no escrutínio da história.

Os recursos são os seguintes (LO, art. 52): I - recurso ordinário; II - pedido de reconsideração; III - agravo; IV - embargos de declaração, e V - pedido de reexame. A inspiração é nitidamente processual civil como se denota, no que atuou bem a LO.

Todos os recursos são necessariamente *escritos*, o que a lei entendeu despiciendo informar ante a obviedade; o princípio da *formalidade* o exige, já que também em sede de processo administrativo *o que não está nos autos não está no mundo*, princípio esse que existe em prol da segurança jurídica e da objetividade do julgamento.

Tal seria, aliás, que alguma alegação apenas oral pudesse produzir efeito probatório decisivo contra ou em favor de alguém nos processos, quando a própria formalidade se lastreia na certeza de que *verba volant, scripta manent*, ou seja as palavras voam, e os escritos ficam.

Nos julgamentos judiciais, como nos de contas públicas, todos sabem que ninguém ganha a causa *no grito*, nada obstante que o dito *jus spernandi*, expressão jocosa mas muito significativa em direito e materializado principalmente na sustentação oral, seja sempre, repita-se, um apreciabilíssimo instrumento de argüição.

A sustentação oral

V - Um muito importante instrumento de defesa de teses - *pró* alguém e *contra* alguém dependendo do caso e do lado em que o sustentador esteja - é a *sustentação oral*, que não consta da LO mas sim do RI, art. 104, *caput* e § 4º, e art. 208, inc. V. É de tradição em todos os tribunais permitir a sustentação oral tanto pela acusação quanto pela defesa dos indiciados, e não faria diferente o TCE - SP.

A primeira imagem que ocorre às pessoas quanto a defesa de alguém em tribunais, aliás, é a sustentação oral, que em matéria criminal tem importância máxima mas que na área civil e na esfera administrativa também desfruta de grande relevância, e que, por vezes, simplesmente *resolve a questão*.

Não se imagina produzir prova nova apenas na sustentação oral, porém um discurso adequado e percuciente pode reavivar a atenção dos julgadores para fatos constantes dos autos, porém já não tão presentes na memória, ou mesmo, e mais importante ainda, para permitir aos julgadores que não tiveram contato com o processo *saberem* de certos fatos, para que se for o caso peçam vista dos autos e possam emitir reservadamente seu voto, com maior conhecimento de causa e com a serenidade que nem sempre é viável no calor da sessão - o que pode influir drasticamente, e não raro influi, no resultado do julgamento.

A experiência ensina que *jamais se deve desprezar a oportunidade de produzir sustentação oral nos julgamentos*, porque o seu resultado pode surpreender.

VI - É curto o disciplinamento regimental do TCE - SP sobre a sustentação oral, resumindo-se como acima se viu em apenas dois artigos regimentais, e o segundo deles apenas remetendo ao primeiro, a saber:

Artigo 104 - No julgamento ou apreciação dos processos, os interessados poderão fazer sustentação oral, por si ou por seu advogado, desde que o tenham requerido ao Presidente da sessão.

§ 1o - Na hipótese deste artigo, o interessado ou seu advogado falará antes ou depois do Procurador da Fazenda, conforme o caso, pelo prazo de 15 (quinze) minutos, sem apartes.

§ 2o - No caso de advogado de mais de um interessado, aplica-se o prazo previsto no parágrafo anterior.

§ 3o - Havendo mais de um interessado com advogados diferentes, o prazo previsto no § 1o deste artigo será duplicado e dividido em partes iguais entre estes.

§ 4o - Se no mesmo processo houver interesses opostos, observar-se-á, relativamente a cada parte, o disposto nos parágrafos anteriores quanto aos prazos para sustentação oral.

§ 5o - Quando se tratar de julgamento ou apreciação de processo em sessão reservada, os interessados terão acesso à sala de sessões ao iniciar-se a apresentação do relatório e dela deverão ausentar-se antes de começar a votação.

(...)

Artigo 208 - A defesa dos direitos dos interessados nos processos é assegurada pela forma seguinte, além de outras modalidades constantes deste Regimento Interno:

(...)

V - sustentação oral perante o Tribunal Pleno ou às Câmaras, na forma estabelecida no artigo 104 deste Regimento Interno.

Assim, de início seja registrado que não se compreende no *caput* do art. 104 a menção à *apreciação do processo* como a comportar sustentação oral, porque a única apreciação que a admite é aquela que ocorre na própria sessão de julgamento, sabendo-se que o processo sofre uma longa apreciação em diversas divisões do Tribuna antes de ser submetido ao Conselheiro Relator, cada qual delas sob um enfoque próprio e observada a hierarquia interna.

Desse modo na forma do *caput* do art. 104, requerendo-o por escrito ao presidente da sessão e por ele sendo deferida, a sustentação oral poderá ser produzida pelo interessado responsável pela conta em julgamento, sendo advogado ou não, ou por advogado que constitua, e apenas por uma dessas pessoas, não cabendo duas sustentações orais na mesma sessão sobre o mesmo caso, ainda que a sessão não se tenha completado em um só dia porque, por exemplo, um Conselheiro pediu vista do processo.

Poderá o presidente indeferir o pedido de sustentação oral por diversos motivos, como o de o recurso em causa não admitir sustentação, ou por haver excesso de inscritos - o que recomendaria adiar aquele julgamento ao qual o pedido se refere para não se cercear a defesa do requerente -, ou porque a sessão já foi iniciada e o relator já votou, ou ainda por outras eventuais razões.

Ou seja: o direito à sustentação oral não é imediato, absoluto ou incondicionado, mas apenas será exercido se deferido o pleito pelo presidente da sessão de julgamento. Os motivos do indeferimento são escassos, é bem verdade, mas o deferimento é requisito ao exercício daquele direito.

O presidente será um Conselheiro designado na forma regimental nos julgamentos pela Câmara, e será o presidente do Tribunal se for o órgão Pleno a julgar, tudo de acordo com a fase do processo.

Admite-se, apenas pelo texto do RI, uma sustentação

quando do julgamento pela Câmara, e outra quando do julgamento pelo órgão Pleno. De qualquer modo será justificável o segundo se contiver novos argumentos, ou nova técnica defensiva que não seja mera repetição da primeira.

Pelo § 1º, caso o Procurador da Fazenda estadual queira sustentar, fá-lo-á antes do defensor orador, ambos pelo prazo máximo de 15 (quinze) minutos - o que é muitíssimo considerável, e mesmo, caso haja por exemplo vinte sustentadores autorizados, imagine-se o tempo que consumirá.

Até por isso, compreensivelmente não há apartes nem réplicas - muita vez extremamente desejáveis pelo defensor -, e o presidente pode simplesmente cortar o som amplificado do orador que exceda o tempo da defesa, o que não costuma realizar sem antes cortesmente adverti-lo.

Pelo § 2º, se o mesmo advogado defender dois ou mais interessados o tempo continuará sendo de até 15 (quinze) minutos. E pelo § 3º se houver mais de um interessado com mais de um defensor inscrito o prazo será duplicado e dividido entre os defensores - mesmo que haja mais de dois, pois que o RI não permite outra leitura. Trinta minutos é o tempo máximo admissível, portanto, para a sustentação oral com mais de um defensor e mais de um interessado.

E pelo § 4º aplica-se a regra do § 3º ainda que os interesses dos defendidos se oponha - o que é usual ocorrer: o prazo total não excederá meia hora.

O § 5º menciona a sessão reservada, que é aquela em que se julgam contas em caráter sigiloso, os sejam aquelas cuja publicidade antecipada somente prejudica. Não é porque são reservadas as sessões que o indiciado é culpado, em absoluto; apenas não é prudente que seja público um julgamento cujo resultado poderá ser detrimtoso a alguém.

Todos os Poderes têm segredos, como o Judiciário tem o segredo de justiça como em casos de família, o Executivo tem decretos secretos se envolvida a segurança nacional e o Legislativo tem sessões secretas, como em concessão de títulos de cidadania. A idéia, própria de discurso de formatura de colegiais entusiasmados, de que não mais existe o segredo oficial

no país é um conto da carochinha divulgado, repita-se, por jejunos desse assunto.

O art. 208, inc. V, como se lê acima, apenas remete a sustentação oral ao disciplinamento que lhe deu o art. 104, sem dispor autonomamente sobre a matéria.

VII - Permitam-se agora algumas recomendações a quem pretenda sustentar oralmente, as seguintes:

a) a defesa das contas públicas é assunto técnico e basicamente *frio*, de modo que dificilmente cabem arroubos retóricos ou empolgamentos que de pouco em pouco, e quase certo, afastam-se do tema em pauta, como encenação teatral ou comício político que ninguém ali presente espera - nem merece - ouvir;

b) o foco da sustentação deve ser o conjunto dos fatos e sua justificativa, e não considerações sobre a pessoa do defensor ou sua carreira, ou ainda sobre a pessoa de algum julgador, porque de todo impertinente ao julgamento. Referências pessoais devem ser no máximo ao investigado, porém concisas e respeitantes à tese defensiva e não divorciadas do contexto probatório, nem com viés sentimental que, antes de exaltar a motivação e as virtudes do defendido, no mais das vezes o humilha e o degrada aos olhos dos presentes;

c) o tempo da sustentação deve ser distribuído com técnica e arte por todos os pontos a correr, de modo que um só ponto, ainda que o principal, não absorva quase todo o prazo da exposição e obrigue o defensor a encavalar os demais tópicos num furioso tropel que mutila e compromete a defesa - quando o presidente da sessão não se vê obrigado a cortar a fala do defensor... Administrar o tempo é essencial ao defensor, tanto quanto controlar a respiração o é ao cantor;

d) o tempo do defensor de fato exige programação, pois o que se visa é prestigiar a atenção dos julgadores, sempre abarrotados do que fazer e que nas sessões são mantidos em concentração absoluta, que no

mínimo merece respeito e informação filtrada e não inflamadas apresentações cênicas, de quê algumas são desprovidas de qualquer racionalidade expositiva.

É fato sabido que os julgadores de todo nível e esfera apreciam devidamente as boas sustentações, que a todos ensinam e ilustram, tanto quanto que *se arrepiam* com aquelas outras verdadeiras torturas fônicas, produzidas por defensores de fraco senso crítico;

e) ainda quanto a tempo, no TCE - SP o prazo máximo para a sustentação oral é de 15 (quinze) minutos, conforme RI, art. 104, § 1º. Certos objetos de defesa são porventura simples ao extremo, constituídos de um só ponto e cuja tese é linear e explícita por completo.

Cinco minutos de fala objetiva e direta, em casos assim, costumam ser mais do que suficientes para esgotar de modo adequado o objeto da defesa, de modo que não se justifica nem sequer a utilização de todo o tempo regimental, pois que até onde se sabe nos Tribunais de Contas uma falácia repetida *ad nauseam* não se torna uma verdade... de modo que não será a repetição maçante, nem mesmo adornada por eruditas citações, passagens e malabarismos oratórios que garantirá o êxito da defesa. *Não irritar o julgador*, eis aí uma idéia das mais oportunas;

f) amiúde nos discursos um adjetivo pesa um quilo, e um advérbio também. Como regra geral pouco dizem, e pouco acrescentam à mensagem pretendida, pois que se os substantivos que descrevem os fatos não convencem só em si dificilmente os adjetivos o farão.

Os substantivos (nomes) e os verbos por outro lado são informativos e precisos, e instruem de modo adequado e econômico a quem não dispõe de tempo para esbanjar. Não à toa a *Canção do exílio* de Gonçalves Dias, que a todos impacta pela limpidez da mensagem, não contém um só adjetivo nem um advérbio. O substantivo e o verbo informam; o adjetivo muitas vezes cansa, quando não enfastia;

g) instruir-se o defensor adequadamente sobre o processo, de modo a que eventualmente possa responder perguntas dos julgadores - o que não é muito regimental mas que vez por outra ocorre -, é

também fundamental. Um defensor pouco preparado, claudicante e que evidencie não dominar os fatos de que fala, ou ainda um que confia por demais em seu senso de improvisação e em sua criatividade, prejudica à grande o seu cliente.

O trabalho de preparar uma sustentação oral, cuja duração máxima é em geral de 15 (quinze) minutos, pode levar um dia ou mais, debruçadamente em papéis e documentos os mais diversos. Quem defende um, diz-se, deve saber dez, e o profissional que não se julgar com discernimento e técnica mnemônica suficientes para sustentar oralmente teses por vezes complexas e prenhes de detalhes, não deve aceitar esse encargo;

h) desaconselha-se, obviamente e com ênfase máxima, a qualquer defensor que, pelo motivo que for, patrocine clientes que sabe inidôneos em sua postulação, assim como teses ou documentação conhecidamente falsas, falaciosas, erradas, temerárias ou inconfiáveis, pois que o mal que a sua defesa pode ensejar é de se esperar que seja pior que a simples falta de sustentação. Trata-se daquelas oportunidades de silenciar que por vezes se perdem.

Desnecessário enfatizar sobre o antiprofissionalismo absoluto que seria o de defender tese mentirosa, ilegal, antijurídica ou por qualquer outro modo institucionalmente inadmissível. Ao profissional, consultado sobre se realizaria algo assim, cabe recusar-se imediata e peremptoriamente a fazê-lo, pois que pode arruinar-se em uma só sessão toda uma reputação arduamente erigida ao longo de anos ou de décadas, sem se dizer da quase certa mácula que advirá ao cliente;

i) a sustentação oral deve ser um prazer para quem fala e outro para quem ouve. Há de ser desassombrada, isenta de nervosismo patibular, sudorese em corredeiras, tremores convulsivos ou descoloração cadavérica, ou de despressurizações, hipoglicemias e hipotermias, bem assim de pânicos ou pavores em geral.

Quem for suscetível a tais síndromes evite a tribuna até que pela prática (por favor, alhures) as domine a contento, pois que elas

somente o atrapalharão em grande medida, e desservirão ao propósito defensivo, além de se revelarem simplesmente constrangedoras a quem assiste.

Quem não se sinta à vontade, e mesmo estimulado a iniciar sua sustentação, algo ainda precisa implementar ao seu ciclo de orador - tarefa bem mais factível do que parece, como o é aprender a andar de bicicleta.

A sustentação, sem ser infantil ou simplória, será desejavelmente coloquial, descomplicada na sua concepção e natural à fluência do orador tanto quanto possível.

Será leve em sua forma, transparente e linear em seu traçado, informativa em seu conteúdo, e indispensavelmente pronunciada em tom humilde e respeitoso - pois que isso apenas enaltece o defensor e não o inverso, mas sobretudo porque corresponde ao tratamento sempre respeitoso que o Tribunal empresta aos defensores e aos jurisdicionados.

Não deve ter pretensão à eternidade, nem a figurar em antologias de heróis da tribuna. Existem palcos melhores para esse exercício - como por exemplo o júri, comícios políticos ou discursos épicos.

Precisa crescer, construir, organizar, sistematizar, reintegrar o direito do cliente, e lhe cumpre valorizar a ciência jurídica e a arte da administração. Sua função primeira é a de prestigiar cliente e Tribunal, e nada diferente disso.

Após uma sustentação oral as partes, segundo se espera, não poderiam restar inalteradas nem muito menos diminuídas no que quer que fosse, nem os julgadores sentir-se *desafiados* - e se assim se sentirem é porque algo saiu bastante errado na sessão. Um defensor que desafia os julgadores, de que ali depende e com cujo favor conta, é uma espécie peculiar de asno.

Em suma, a sustentação oral não pode ser, nem pode ser tida como, um fulgurante exibicionismo a serviço de um ego. Quem de antemão a enxergar assim desejavelmente, e por fidalguia, melhor fará se permanecer bem longe do prosclênio.

O recurso ordinário

VIII - O recurso ordinário (arts. 56/7) tem efeito suspensivo sempre, ou seja, uma vez interposto interrompe a aplicação de medidas contra as quais se insurge. Um recurso que não tenha efeito suspensivo mas apenas devolutivo (o de devolver o conhecimento da matéria recorrida à instância julgadora) não impede que medidas decididas na instância originária sejam aplicadas, como por exemplo multas, devoluções de numerário ou suspensões, mas é isso exatamente que o efeito suspensivo visa impedir: a execução antecipada da decisão que impôs penas ou outras medidas prejudiciais ao recorrente.

Admite-se-o (I) das decisões singulares de um Conselheiro, quando é competente para fazê-lo segundo a matéria em exame, e (II) de alguma das duas Câmaras do Tribunal.

O prazo para recorrer é de 15 (quinze) dias, contados da publicação no Diário Oficial da decisão recorrenda. Atualmente esses dias são apenas os *úteis* e não mais os corridos como eram, porque o TCE -SP adotou a regra do Código de Processo Civil que manda contar os prazos processuais em dias úteis, ou sejam aqueles em que existe expediente administrativo nas repartições ⁽¹⁾.

Isso aumentou consideravelmente os prazos, porque existem durante o exercício inúmeros dias em que o poder público não trabalha, como os fins de semana, diversos feriados e pontos facultativos e ainda inúmeras *emendas*, não à Constituição mas a feriados contíguos a fins de semana, como feriados prolongados. O brasileiro devota um ódio cada vez mais encarniado ao trabalho, e isso se reflete também nos prazos processuais.

Conta-se o prazo como no processo civil, ou seja excluindo-se o dia da publicação e computando-se o último dia, e se iniciando a contagem no primeiro dia útil subsequente.

¹ Conforme o Comunicado GP nº 8/2016, de 27 de abril de 2016, assinado pelo então presidente o Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho.

O recurso ordinário, que será interposto sempre ao presidente do Tribunal, conterà o motivo do inconformismo do recorrente, com a descrição dos fatos, inclusive novos se os houver, e os fundamentos da irresignação, culminando com o pedido de reforma daquela decisão, quer total como é de regra, quer parcial. O presidente designa então o Conselheiro relator, que não poderá ser o mesmo prolator da decisão de que se recorre por motivo óbvio de suspeição.

Se o recurso foi da Fazenda do Estado ou então do Ministério Público de Contas, todos os interessados são notificados para, querendo, impugná-lo, ou contra-arrazoá-lo, em 15 (quinze) dias úteis.

A falta de qualquer notificação obrigatória, por prejudicar o direito de defesa de alguma parte costuma freqüentemente ensejar a anulação, pelo próprio Tribunal e a pedido da parte, de tudo quanto se deu no processo a partir do momento em que deveria ter acontecido a notificação.

O processo é então instruído com manifestações de diversas unidades do Tribunal. e após concluída a instrução é julgado em sessão previamente anunciada. Julga-o a Câmara à qual pertence o Conselheiro que proferiu a decisão recorrida, ou então o Tribunal Pleno se a decisão foi de uma Câmara. O recurso é portanto jurisdicionalmente hierárquico.

Nada impede a juntada de novos documentos no recurso ordinário, sobretudo se se tratar de fatos novos, ou de documentos cujo acesso só foi dado ao recorrente após expedida a decisão de que recorre.

Não é imprescindível que a defesa seja produzida por advogado, podendo sê-lo pela própria parte - que, regra geral que sofre honrosas exceções, terá longo tempo de vida para arrepende-se... O princípio da especialização de funções, segundo qual cada macaco é curial que se atenha à circunscrição do seu galho, recomenda que se constitua um advogado, e do ramo, para as defesas no Tribunal, mesmo que a lei a tanto não o obrigue.

Desnecessário recordar que causas tidas como perdidas, ou sabidamente difíceis, muita vez revertem aquela expectativa

negativa graças a uma eficiente defesa, quer realizada pelo interessado, quer por advogado ou procurador que constitua.

A sustentação oral, comentada na primeira parte deste artigo, tem aqui plena aplicação, e as recomendações sobre a sua técnica e a sua execução são cabíveis para o recurso ordinário, *mutatis mutandis* do oral para o escrito.

O pedido de reconsideração

IX - Pedido de reconsideração é outro recurso, figurante nos arts. 58 a 61 da LO - TCESP.

Cabe das decisões de *competência originária* do Pleno em razão da matéria, e não de decisões oriundas da sua competência recursal, e tanto quanto o RO tem efeito suspensivo. O prazo para sua interposição é o mesmo do RO, ou seja de 15 (quinze) dias úteis a contar da publicação da decisão no Diário Oficial.

Apenas uma vez se o pode interpor dentro do mesmo caso, ou processo, reza o art. 59, o que dá idéia de que os demais recursos, sem essa expressa restrição, podem ser repetidos... idéia estranha ante a sistemática da lei.

Será dirigido ao Conselheiro Relator do feito (art. 60), e, se no processo tiver havido mais de um, ao último, e após instruído será apreciado e decidido pelo Plenário.

As demais regras incidentes sobre o PR são as mesmas previstas para o RO, em tudo quanto materialmente caiba (art. 61).

Cabe RO, portanto, de decisão de Conselheiro singular, que será julgado pela Câmara, e também de decisão de alguma Câmara, que será julgado pelo órgão Pleno. E cabe PR apenas de decisão do Plenário em face da sua competência originária, ou seja aquela nata, que não depende de instância inferior. Existe o PR na LO para assegurar maior contraditório a alguém prejudicado por uma decisão (em matéria de competência originária) do

Pleno - mesmo que já tenha se defendido no próprio julgamento -, já que nesses casos não cabe o RO.

O agravo

X - O recurso seguinte, previsto nos arts. 62 a 65 da LO, é o agravo.

Inspirado diretamente no processo civil, destina-se a combater decisões interlocutórias, ou sejam aquelas que não decidem sobre o mérito, ou que não são terminativas de feito. Tem lugar contra decisão preliminar ou despacho do Presidente do Tribunal ou do Conselheiro Relator, sempre em processos de caráter jurisdicional, ou sejam os que decidem questões externas, relativas à atividade-fim do Tribunal e não a questões administrativas internas, em que não cabe.

Diferentemente dos dois primeiros, o agravo não tem efeito suspensivo, ou seja não paralisa o andamento do processo enquanto não é julgado e decidido.

Seu prazo (art. 63) é de 5 (cinco) dias úteis, a contar da publicação do ato agravando no DO ou, de outro modo, da ciência do ato pelo interessado - o que se dá, por exemplo, quando este requer e extrai cópias do processo, situação em que não pode alegar desconhecimento do mesmo ato.

O fundamento do agravo (art. 64) é exclusivamente um ou diversos dos quatro seguintes: *a)* ilegalidade ou imperfeita aplicação da lei; *b)* errônea ou imperfeita apreciação da prova dos autos; *c)* contradição com a jurisprudência do TC, e *d)* inoportunidade de providência determinada pela decisão preliminar ou despacho, sempre que a questão principal requerer, pela sua natureza, solução diversa.

Podem ser cumulados esses fundamentos, já que várias das hipóteses podem ocorrer sem qualquer embaraço lógico. Fora do elenco deste artigo não existem outros fundamentos do agravo, o qual deverá ser indeferido liminarmente se fundado em outro motivo.

Pelo art. 65, uma vez interposto o agravo em petição fundamentada - sob pena de indeferimento liminar em caso diverso -, e tendo sido endereçado à autoridade que praticou o ato recorrido, será:

a) decidido em 5 (cinco) dias úteis por essa autoridade *se for caso de provimento*, ou seja, a autoridade que praticou o ato pode dar provimento ao agravo e modificar, totalmente ou em parte, a decisão agravada, ou então

b) em caso de improvimento pela autoridade autora, será encaminhado para julgamento da Câmara respectiva se a autoridade tiver sido um Conselheiro, ou então ao Plenário se a autoridade autora tiver sido o Presidente do Tribunal. Não existe prazo legal para esse julgamento.

Observa-se quão cuidadosa foi a LO no assegurar amplo contraditório ao interessado neste caso do agravo, ainda que esse recurso pareça à primeira vista *muito menor* que os vistos anteriormente. Em verdade não existe recurso maior nem menor, pois que cada qual se presta a uma função própria e exclusiva, e nesse escopo é incontrastável.

Depende o agravo, tanto quanto qualquer petição ao Tribunal, de boa e esmerada técnica de defesa e de argumentação, pelo quê se recomendam os mesmos cuidados já declinados sobre a sustentação oral, o RO e o PR.

Os embargos de declaração

XI - Os embargos de declaração, referidos arcaica e desnecessariamente no plural como na tradição do direito processual, são o recurso seguinte ao agravo dentro do TCE - SP, e são disciplinados nos arts. 66 a 69 da sua LO.

Trata-se de um recurso inquestionavelmente menos pretensioso do que o agravo, e visa tão só tentar suprir (art. 66, I) obscuridade, dúvida ou contradição na decisão embargada, ou (art. 66, inc. II) omissão sobre ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado.

Cabem embargos de declaração contra decisões do Conselheiro Singular, da Câmara ou do Tribunal Pleno, e o prazo para sua interposição é de 5 (cinco) dias úteis da publicação da decisão no DO, em petição endereçada ao Conselheiro Singular ou ao Relator conforme o caso, com a precisa indicação do ponto de inconformismo, que haverá de estar dentro dos admissíveis na forma do art. 66, e fundamentado adequadamente.

No caso dos Tribunais de Contas não se opõem embargos apenas para prequestionar o tema de modo a liberar o caminho para um recurso extraordinário ou um recurso especial, ambos aos Tribunais superiores que inexistem no Tribunal de Contas, como se faz na advocacia comum. O propósito dos embargos é tão só esclarecer pontos da decisão que restaram omitidos, ou obscuros, ou duvidosos, ou contraditórios. Dizendo de outro modo, são interpostos para se tentar resolver omissões ou obscuridades na decisão, ou fundadas dúvidas que a mesma decisão enseja.

O âmbito, ou o escopo, deste recurso é bem diverso do do agravo, nitidamente de menor alcance que o daquele mas que tem igual relevância para os efeitos de uma defesa eficiente, e o seu resultado pode alterar significativamente o que se suceda no processo, e por isso jamais deve deixar de ser exercitado em situações usuais, se não por algum motivo significativo.

Pelo art. 68 o Conselheiro singular, se os embargos foram contra decisão sua, decidi-los-á em 15 (quinze) dias úteis, dando-lhes provimento total ou parcial, ou lhes negando provimento.

Apesar de os embargos não terem efeito suspensivo do andamento processual - *suspendendo apenas a interposição de outros recursos, na forma do art. 69* - parece sempre curial ao Tribunal prosseguir o andamento do processo apenas após a decisão dos embargos, que como se sabe pode alterar o rumo do julgamento. Com efeito, não se revela nada técnico decidir enquanto corre um recurso com potencial efeito sobre a matéria em discussão, sujeitando-se o julgador a eventualmente precisar rever sua deliberação.

De outro lado, existe uma discussão processual interminável sobre se os embargos hoje em dia, após a extinção dos anteriores *embargos infringentes*, podem ou não ter efeito infringente, ou modificativo da decisão embargada.

No processo civil por vezes a parte embarga com declarada pretensão infringente, e com isso modificativa, e tal é aceito pelos julgadores sem maior resistência, afeitos que estão ainda à passada tradição, e também ao fato de que a extinção de um instituto jurídico *não significa que direito se inverteu*, mas apenas que não mais disciplina o assunto - o que só em si e em princípio não proíbe um efeito que no passado era explícito. Para se inverter o direito é preciso dispor em sentido oposto, e não apenas excluir uma previsão expressa.

No Tribunal de Contas não é de praxe sequer levantar-se essa questão de modo declarado, porém não será irregular que a idéia seja exercitada com maior ou com menor explicitude, e provida a pretensão - na medida em que ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, inc. II).

O parágrafo único do art. 68 fixa que em se tratando de embargos de decisão colegiada (Câmara ou Pleno) o Relator os encaminhará para julgamento até a segunda sessão seguinte ao seu protocolamento, e quando do encaminhamento proferirá o voto. Refere-se o dispositivo ou a sessão da Câmara ou a sessão do Pleno, conforme seja a origem dos embargos.

O último artigo do Título, art. 69, como já se referiu determina que a interposição dos embargos suspende a interposição de outros recursos, mas não do próprio andamento do processo - ainda que pareça, repete-se, pouco recomendável decidir nos autos sobre algo que eventualmente dependa do resultado dos embargos. Mas a possibilidade formal existe.

O pedido de reexame

XII - Último recurso listado na LOM do TCE, consta dos seus arts. 70 e 71, e, de configuração original do Tribunal, não teve inspiração na legislação processual.

Destina-se a pedir a reforma do parecer prévio emitido sobre as contas do Governador ou dos Prefeitos paulistas, e tem efeito suspensivo, ou seja, uma vez interposto todo o processamento dos autos se suspende até a decisão desse recurso.

O pedido será formulado ao Conselheiro Relator do feito, que o instruirá conforme as regras regimentais e, após, o encaminhará ao Pleno para apreciação e julgamento, quando pautado pelo Presidente do Tribunal.

Apenas uma vez poderá ser interposto, e o prazo para tanto é de 30 (trinta) dias - úteis, como todos os demais prazos - a contar da publicação do parecer prévio no Diário Oficial. Esse prazo é dilatado em razão de que o parecer prévio poderá eventualmente abranger inúmeros aspectos das contas anuais, de que se recorra, o que sempre demanda muito consideráveis tempo e trabalho.

Não se confunde em absoluto este último recurso com qualquer dos anteriores, e naturalmente seu conteúdo é recomendável que contenha, se não fatos e argumentos novos, ao menos um enfoque original e até então não exercitado nos recursos anteriores, sabendo-se que se apenas repetir o que já fora terçado, por vezes insistentemente, em nada poderá ajudar a alterar o destino do responsável pelas contas.

Cada novo recurso em boa técnica deve conter *novidades* com relação ao que se escreveu anteriormente na defesa e nas justificativas, ou de outro modo não será pela reiteração dos mesmos argumentos que se logrará alterar o entendimento de nenhum julgador.

A ação de revisão

XII - Este Título IV cuida de duas ações administrativas que têm caráter de recurso: ação de revisão (arts. 72 a 75) e ação de rescisão de julgado (arts. 76 e 77).

O *nomem* ações impacta os profissionais da área jurídica pois que evoca ações judiciais, o que seria estranho ao âmbito do Tribunal de Contas, porém essa é mera impressão já que se trata de procedimentos administrativos tanto quanto os recursos, apenas que (I) a *revisão* cabendo contra decisões transitadas em julgado e com determinados fundamentos, e (II) a *rescisão* cabendo em outras hipóteses, com fundamento diverso dos da revisão. Onde couber revisão, portanto, não cabe a rescisão, a primeira excluindo a segunda.

A revisão pode ser pedida uma só vez em caso de decisões passadas em julgado, salvo se houver novas provas do alegado - quando poderá ser reiterada -, nas condições dos arts. 73 e seguintes.

O fundamento da revisão será um ou mais que um dentre os seguintes (art. 73):

inc. I - erro de cálculo das contas, a ser demonstrado pelo requerente pelos meios admissíveis em direito e nas normas de contabilidade;

inc. II - omissão ou erro de classificação de qualquer verba, na forma das regras de orçamento e de contabilidade públicos, também a ser demonstrado pela parte;

inc. III - falsidade de documentos em que se tenha fundado a decisão, igualmente a ser demonstrada pela parte requerente através de (I, art. 73, par. único) decisão judicial civil ou criminal definitiva, ou de (II, *idem*) dedução nos próprios autos da revisão, sempre assegurada ampla defesa a quem venha a ser acusado de alguma irregularidade. Dessa prova, se afinal produzida no âmbito do próprio processo de revisão, podem e devem resultar conseqüências civis e criminais muito pesadas aos responsáveis pela falsificação, crime que constitui, e

inc. IV - superveniência de documentos novos, com eficácia sobre a prova produzida. Inspirado diretamente no processo civil, este fundamento resguarda o direito da parte de ver a verdade esclarecida - ainda que depois de longo prazo - em seu favor. Os documentos podem ser realmente novos, ou seja produzidos após a decisão revisanda, ou antigos mas cujo acesso ao interessado só foi possível após pronunciada a decisão. Poderá o Tribunal, naturalmente, contestar a novidade ou o ineditismo do(s) documento(s), ou, de outro modo, a sua eficácia sobre a prova produzida e que gerou a decisão revisanda, e tudo voltará a ser matéria de demonstração.

Na forma do art. 74 o pedido de revisão será direcionado ao Presidente do TC, em petição fundamentada e documentada, pelas pessoas que enuncia, sejam o dirigente, o responsável pela conta ou o ordenador da despesa, ou ainda por seus herdeiros ou sucessores, ou pelos seus fiadores, ou ainda pela Procuradoria da Fazenda do Estado, ou finalmente por membro do Ministério Público, atualmente o de Contas.

Pressupõe a lei que se é pedido de revisão deve existir documentação nova, inexistente ao tempo do julgamento ora revisando. E é ampla a pletora dos possíveis autores do pedido, como se lê do *caput*. O autor deverá naturalmente demonstrar que é uma das pessoas relacionadas no *caput*, pena de indeferimento liminar do pleito.

O [§ 1º] diz o que seria óbvio, que petição que desatenda algum os requiito do artigo será desde logo indeferido pelo Presidente, porém melhor diria se previsse o *desconhecimento* do pedido e não o seu indeferimento, ato esse último que na tradição pressupõe o exame de mérito que na hipótese não ocorrerá.

O § 2º tenta sem sucesso remediar um pouco a situação, ao informar que “*deferido, será o pedido processado, facultando-se a produção de novas provas*” (destaque nosso). Observa-se que a lei neste artigo quis de fato referir o conhecimento ou o desconhecimento do pedido, e não propriamente o seu deferimento ou indeferimento. Má técnica sem dúvida alguma, que uma lei produzida hoje evitaria pois que não se admite confundir

conhecimento com deferimento, diferença essa que o próprio TCE deixa claríssima em seus julgamentos ao primeiro conhecer o recurso para só então julgá-lo.

O § 3º fecha este ciclo ao prever que o Pleno julgará o pedido de revisão, mantendo a decisão revisanda ou a modificando total ou parcialmente, sempre considerado o pedido como referência. Em qualquer caso determinará a seguir as providências demandadas pelo caso, sobretudo em caso de deferimento. Desnecessário enfatizar que qualquer descumprimento dessa ordem deve ser objeto de ação judicial, movida pelo interessado, visando assegurar o seu cumprimento.

O art. 75, encerrando o Capítulo, informa que o prazo para proposição da ação de revisão é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão respectiva. Observa-se apenas por esse elemento quão diverso é o escopo do pedido de revisão daquele dos recursos, cujo prazo, diante deste quinquênio, é exíguo. É que a revisão comporta elementos até então estranhos ao processo e aos autos, e tem caráter reparador, ou restaurador, do direito já tido como definitivo de até cinco anos antes, transcendendo em muito o alcance dos recursos administrativos movidos no Tribunal.

A rescisão de julgado

XIII - Outro tema de inspiração no processo civil - ação rescisória -, está contemplado nos arts. 76 e 77 da LO - TCESP.

Nos casos em que não couber pedido de revisão todas as inúmeras pessoas elencadas no *caput* do art. 76, e que não são mais que os interessados incluindo Procuradoria da Fazenda estadual e o Ministério Público, podem ingressar com pedido de rescisão de julgado no TCE. E, tal qual no processo civil, é muito difícil que tenha êxito o pleito, tão árdua que se constitui a prova do que se irá alegar.

As hipóteses de cabimento são em caso de

- (art. 76, I) a decisão ter sido proferida contra literal disposição de lei - e já se percebe quão remota é na prática essa possibilidade, custando imaginar que o TCER decida contra lei expressa;

- (II) a decisão estiver fundada em falsidade não alegada quando do julgamento. Idem, ibidem. Na fria prática essa hipótese é quase fantasiosa, algo como a *sonata quasi una fantasia* de Beethoven, também alcunhada *ao luar*, op. 27, nº 2. É simplesmente muito improvável que uma falsidade conhecida tenha sido desprezada pela defesa do interessado quando do julgamento, ou que, em outra hipótese, ele consiga provar que existiu, e

- (III) supervierem elementos novos, com eficácia sobre a prova produzida ou sobre a decisão proferida. Menos difícil de ocorrer que as duas primeiras, acontece quando o interessado consegue demonstrar a ocorrência de fatos novos importantes, que não existiam quando do julgamento mas que sobre ele muito provavelmente teriam influído.

Pouco importa o motivo pelo qual apenas depois do julgamento foi possível obter a prova desses fatos: demonstrando-os na petição, tem aí o interessado aberta a possibilidade de rescindir o julgado que o prejudica. A lei apenas exige que, tal qual na revisão, a demonstração da falsidade fundadora da rescisão se demonstre ou por decisão judicial ou nos próprios autos da rescisão (art. 76, par. único).

O art. 77 informa que a rescisão será julgada e decidida pelo Tribunal Pleno, e o prazo para o seu requerimento, tanto quanto o da revisão, é de 5 (cinco) anos, contados da publicação do julgado rescindendo. São ambos prazos prescricionais porque referentes à ação, e não decadenciais que seriam se dissessem respeito a algum direito substantivo.

O pedido de rescisão (art. 77, § 1º) não suspende a execução do julgado rescindendo, vale dizer: não tem efeito suspensivo. É considerado um pedido autônomo, não incidental ao, nem integrante do, processo principal, que contém a decisão rescindenda.

O § 2º, que encerra o Capítulo, Informa que somente diante de autorização do Tribunal poderá ser revisto administrativamente o ato

que deu causa ao pedido de revisão. Aparentemente confuso, em verdade está perfeito o dispositivo, porque se refere ao fato de que, mesmo que procedente a rescisão e anulada a decisão rescindenda, pode acontecer de o ato que deu fundamento à decisão, que depois se demonstrou indevida e foi rescindida, permaneça em vigor. Se isso ocorrer, então serão de esperar novas ações de rescisão sobre o mesmo tema que já fora decidido, o que será altamente antitécnico e contraproducente.

Então a lei fixa que, supostamente se houver pedido do autor da rescisão - ou mesmo que não haja, e o Tribunal atue *ex officio* -, o ato que ensejou a decisão que depois foi rescindida poderá ser revisado, ou seja alterado, para no mínimo se evitarem novas e rebarbativas ações rescisórias.

Sim, porque existem julgados rescindidos que se basearam em um ato emanado apenas para aquele efeito individual, e existem julgados rescindidos fundados em atos gerais e não para efeito sobre um indivíduo ou um caso específico - e para esses últimos foi concebido o § 2º deste art. 77.

Título V

XIV - Os arts. 78 a 84 compõem o Título V, *da uniformização de jurisprudência, dos incidentes de inconstitucionalidade, dos prejudgados e das súmulas de jurisprudência.*

Trata-se (I) de incidentes tribunalícios como os dois primeiros, e de (II) outras atividades próprias de cortes e auxiliares aos julgamentos, como as de interpretar normas ou procedimentos administrativos, e também de sumular, ou seja resumir em apertadas sínteses o entendimento da corte sobre questões colocadas em julgamento de modo reiterado, e esses são os dois últimos assuntos (prejudgados e súmulas).

Toda a matéria do Título naturalmente é importante, porém as súmulas de jurisprudência, dentro daquele conjunto, assumem de todos aqueles temas o papel mais relevante na orientação dos julgamentos do Tribunal,

uma vez que cada uma sintetiza o entendimento da Corte acerca de algum específico problema que sempre se repete.

E tal ponto são julgadas questões sobre matérias sumuladas que é raro haver sessão do Tribunal em que não se exercite ao menos alguma súmula, diferentemente dos demais incidentes que o Título abarca, os quais apenas eventualmente são suscitados e colocados em pauta.

Vejamos um a um.

Uniformização de jurisprudência

XV - De inspiração direta nas regras do processo civil, este incidente é em geral suscitado antes pela parte interessada do que pelo Conselheiro singular na sua Câmara. É que em geral aparece o interesse da parte que o do Conselheiro, por razões as mais compreensíveis: se a parte não persegue seu direito será de esperar menos interesse por quem quer que seja, inclusive pelo julgador.

O Conselheiro suscita o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 78) quando observa, por iniciativa própria ou por provocação, que alguma decisão foi tomada, ou por Conselheiro singular ou por uma Câmara, que contraria a jurisprudência de outra Câmara. Suscita então o incidente antes de pronunciar seu voto, e requer ao Presidente do Tribunal que o processe em caráter preliminar ao julgamento, para que o Tribunal decida qual a jurisprudência a adotar, e já a utilize nesse mesmo julgamento, como doravante.

Se for a parte a suscitante deverá fazer prova da divergência por certidão do acórdão divergente, ou então indicar as referências do acórdão n'algum repertório oficial de jurisprudência do próprio Tribunal, pena de merecer improvimento a provocação.

Prevê o art. 79 que o RI dará as normas procedimentais para o processamento do incidente, e o RI dispõe sobre o assunto nos arts. 115 a 119.

Informa por fim o art. 80 que da decisão plenária sobre o incidente de uniformização de jurisprudência cabe apenas o recurso do embargo de declaração, cujo objeto é esclarecer obscuridade, omissão ou dúvida na decisão, sem efeito modificativo salvo em circunstâncias muito especiais que conduzam os Conselheiros a decidir pela modificação parcial do que decidiram. Assim é também no Poder Judiciário.

Não é essa a regra entretanto, e mesmo que circunscrito ao seu objeto não costumam ser providos os embargos, por não concordarem os julgadores com a presença da falta alegada pelos recorrentes.

Incidente de inconstitucionalidade

XVI - Previsto unicamente no art. 81, este incidente ocorre quando em um julgamento por alguma Câmara esta der-se conta da inconstitucionalidade de alguma lei ou algum ato do poder público jurisdicionado, naturalmente com efeito sobre o caso, e que pode ter sido objeto de representação ou denúncia por terceiro, como pode ter sido detectado por iniciativa da própria Câmara.

Nesse caso se suspende o julgamento e os autos são remetidos ao Pleno para que preliminarmente decida sobre o incidente, sendo fácil concluir sobre a relevância dessa deliberação para o caso e até mesmo como precedente para casos análogos. Uma declaração de inconstitucionalidade naturalmente altera por completo o enquadramento de qualquer situação lastreada ou vinculada ao ato inconstitucional, e a seqüência do julgamento não pode ser a mesma que seria sem a irregularidade.

Tendo o Pleno recebido os autos gravados com o incidente, na primeira sessão o Relator exporá o caso e o Tribunal ali mesmo deliberará sobre o suscitamento, que pode ser confirmado ou rejeitado. E apenas após ter sido proferida e publicada a deliberação plenária os autos serão devolvidos à Câmara de origem para que prossiga o julgamento, agora sob nova matriz de fundamento se alguma inconstitucionalidade foi declarada, ou sem novidade alguma se não o foi.

Essa eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Contas produz efeito no âmbito administrativo mas não faz coisa julgada verdadeira e *erga omnes*, na medida em que a jurisdição do Tribunal de Contas é apenas administrativa. Poderá uma tal declaração ser contestada no Poder Judiciário, e eventualmente até mesmo declarada sem efeito se provida uma competente ação movida pelo interessado.

Sempre pesa na consciência e no julgamento por quaisquer autoridades uma declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal de Contas através de seu Órgão Pleno, porém existe esta mencionada e natural limitação dos seus efeitos.

Prejulgados

XVII - Os arts. 82 e 83 tratam dos prejulgados do Tribunal. A inspiração parece ser da Justiça do Trabalho, que ao longo da história tem derivado de *súmulas* para *prejulgados*, e daí para *enunciados*, e vez que outra transforma um enunciado em súmula como recentemente quanto à Súmula TST nº 331, tudo aparentemente ao sabor da moda do momento e das cambiâncias do gosto institucional.

Nesse sentido anda meio fora de moda o prejulgado, que dá a impressão de julgamento antecipado ou preconcebido, o que, também segundo o discurso da moda, é insuportável numa democracia pluralista e consolidada como a nossa - ao menos até a moda mudar. Com efeito, se mesmo nas democracias ninguém resiste à ditadura da moda, por que somente o direito resistiria ?

Seja como for, a LO do TCE - SP mantém a figura do prejulgado, que na forma do art. 82 é a pronúnciação do Pleno que dê a interpretação de norma jurídica ou procedimento administrativo sobre o qual ou o Presidente do Tribunal, ou alguma Câmara, ou um Conselheiro singular suscita divergência de entendimento entre Câmaras e julgadores singulares.

Em outras palavras, é o resultado da interpretação oficial do Tribunal sobre matéria controvertida entre Câmaras e julgados

singulares, tendo sido suscitada por qualquer daqueles órgãos ou o Conselheiro singular.

Se o suscitante for o Presidente do Tribunal será o relator da matéria, segundo o parágrafo único do art. 82.

E o art. 83 fixa que o RI disporá sobre este o procedimento da Corte quanto a este tema, e o RI o faz de fato nos seus arts. 122 a 124, contemplando inclusive sobre a revogação do prejudgado e sobre a figura do Auditor de Contas, inexistente ao tempo da edição da LO.

Súmulas

XVIII - Esta matéria de capital importância vem sumariamente tratada no art. 84 da LO, e depois, operacionalmente, no RI, arts. 125 a 131, ambos do TCE. Merecia, a nosso ver, muito mais destaque na lei do que teve.

Súmula é a condensação do pensamento de um tribunal acerca de um tema. Resume, antecipa, esclarece e sintetiza o que pensa o ente julgador sobre dada questão, dentre as que são freqüentes e repetitivas. Previne, com isso, aventuras e temeridades descompromissadas ou mesmo irresponsáveis, em pleitos cujo resultado já se conhece de antemão.

O Supremo Tribunal Federal tem uma tradição de mais de meio século no editar suas súmulas, as quais servem de paradigma a todo o direito: doutrina, jurisprudência e orientação acadêmica. Atualiza-as de quando em vez, e algumas são por vezes tornadas insubsistentes pelas novas Constituições que se promulgam e que dispõem em sentido inverso o seu conteúdo.

Exemplo foi a súmula STF pela qual uma reclassificação de cargos, mesmo que silente quanto a isso, aproveita aos inativos. Com a Carta de 1.988 apenas por expressa previsão legal é que aproveitará, de modo que a súmula não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, e com isso não mais pôde ser invocada.

Não sendo atos administrativos nem normas mas apenas síntese do entendimento do tribunal expedidor sobre um ou outro tema, as súmulas de jurisprudência não são suscetíveis de serem declaradas inconstitucionais. Tornam-se vez que outra insubsistentes como se disse, ou de outro modo são revogadas pelo tribunal respectivo em face de motivo relevante, mas não se prestam a sofrer ações de inconstitucionalidade.

A idéia da sua concepção é das mais inteligentes, porque poupa imenso tempo aos julgadores, e porque desencoraja desde logo aventuras, sabidamente ou não inviáveis, com boa ou com má fé, de perseguição ao impossível. Dentre as medidas que racionalizam a arte de julgar talvez as súmulas sejam as mais meritorias e elogiáveis. Pudessem ser em maior número, os julgadores de todo nível e natureza não desperdiçariam tão desabridamente o seu tempo.

XIX - O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem editadas suas Súmulas nºs 1 a 51, das quais 4 estão canceladas; são portanto 47 Súmulas de jurisprudência em vigor, na forma da Resolução nº 10/2016 daquela Corte, datada de 14/12/16 e publicada no DOE de 15/12/16.

A maior parte das Súmulas cuida de cláusulas restritivas da competitividade em licitações, tema particularmente relevante para as funções do TCE. Comentando-as publicamos o artigo *As súmulas de jurisprudência sobre licitação, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo* ⁽²⁾, reunindo 36 delas, das 47 em vigor.

O tema é tão decisivo que um advogado, se demonstrar que a matéria está sumulada no sentido do interesse de seu cliente, então a causa já deverá estar ganha pois que resta virtualmente inimaginável que o Tribunal decida contra matéria que sumulou. E rapidamente, porque matéria sumulada dispensa discussão, discursos e retórica.

O art. 84 informa apenas que

² In *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ed. Fórum, nº 198, jun./2018, p. 26.

a) será inscrita na Súmula a jurisprudência que o Tribunal tenha por predominante e firme, embora com voto vencido (*caput*). Nesta acepção *súmula* significa o conjunto dos enunciados plasmados em súmulas numeradas, e nessa mesma concepção em geral se utiliza a palavra *suma*, que seria então o conjunto das súmulas numeradas, ou dos enunciados chamados de súmulas e numerados;

b) a inscrição dos enunciados na Súmula (conjunto genérico) será deliberada pelo Plenário, por proposta de qualquer Conselheiro (§ 1º). O Regimento Interno, art. 126, inclui os Auditores dentre as autoridades competentes para propor a edição de súmula (individual), ou, dizendo de outro modo, a inscrição de enunciado na súmula (agora em sentido genérico e coletivo). E também a revisão da súmula, ou do enunciado, poderá ser proposta por qualquer daquelas autoridades (RI, art. 127);

c) o RI disporá sobre a operacionalização da inscrição (§ 2º), e o faz como acima descrito.

Pouco mais reza o RI, e o importantíssimo assunto fica restrito a estes dispositivos. Mesmo assim é de capital importância para a realização de defesas no Tribunal saber se a matéria está sumulada: se a favor do interesse a sustentação deverá triunfar com facilidade, e se contra deverá naufragar com a mesma simplicidade, constituindo na maior parte das vezes, nesses casos, pura e sabida perda de tempo.

A importância de uma correta e atenta defesa

XX - Este artigo se presta a compartilhar a experiência de defesas no Tribunal de Contas. Assim, visto e reiterado o que já se escreveu sobre a *sustentação oral*, que constitui apenas uma parte dos meios defensivos, formulam-se algumas recomendações sobre o restante campo da defesa, escrito:

- não se deve perder o defensor em longos e detalhísticos escorços históricos da situação do cliente, que já foi mais do que descrita e é mais do que conhecida nos autos para quem os queira examinar. É

geralmente trabalho e tempo perdido pelo defensor, e abuso à paciência dos técnicos que opinam sobre as peças de defesa, e a seguir dos julgadores. Ao invés de robustecer a defesa exaspera os julgadores sem proveito nenhum ao cliente. História é um assunto, e defesa técnica com base em fatos e raciocínios, geralmente, é outro, e o que afinal importa;

- não deve o defensor, também, perder-se em peças retóricas ou em discursos, ainda que bem ajambrados, se afinal se distanciarem dos pontos a atacar. Considerações políticas, sociológicas, historiográficas, humanísticas, filosóficas ou antropológicas, se não direta e objetivamente ligadas aos temas a defender, cansam e aos poucos exaurem a capacidade de atenção de quem ouve.

Um julgador de contas aguarda elementos técnicos a considerar e a embasar sua decisão, e não eloqüentes verberações - muito embora até agradáveis de ler -, se desprovidas de conteúdo informativo que acrescente aos elementos já conhecidos do processo. Ao menos alguma originalidade ilustrativa a peça de defesa precisa conter, ou se terá desviado de sua finalidade;

- não deve também a peça defensiva exagerar nas referências numéricas de processos, leis, decretos ou quaisquer outros atos de relevo, a tal ponto que desvie a atenção do julgador do que mais importa considerar que é o exame das contas que julga ante as circunstâncias trazidas pela defesa, e não uma infundável reportagem de números.

E o mesmo se diga de estatísticas riquíssimas mas intermináveis, que se a princípio impressionam, na seqüência e como as visitas que demoram mais que três dias, tornam-se intragáveis. Ninguém se olvide de que um remédio em exagero se converte num veneno pior que a doença;

- a jurisprudência do Tribunal paulista e de outros Tribunais de Contas - e em particular a judicial - é sempre muito desejável e relevante, e com freqüência tem peso decisivo para o julgamento, porém a sua transcrição deve ser sucinta e leve, contendo apenas a parte dispositiva sobre o assunto a abordar e não, ou quase nunca, a íntegra do acórdão referido, ou mesmo, digamos, de metade dele.

Muito do que se transcreve das decisões em geral é rigorosamente desnecessário para orientar a convicção do julgador, sempre afeito ao seu começo (descrição do caso) e à final deliberação. As decisões colegiadas muito amiúde, e respeitosamente, *falam muito mais do que precisariam*;

- as fontes da jurisprudência a seu turno devem ser confiáveis a toda prova, o defensor devendo antever julgadores zelosos e curiosos que queiram aprofundar-se na informação, como seria sua obrigação sempre.

Costuma ser nefasto citar da citação da citação da citação e sem conferir a fonte originária, o que freqüentemente desacredita o defensor que não o faz e é pego no contrapé de uma reportagem inverídica - e para profissionais responsáveis, que zelam pelo nome, nada mais é preciso dizer;

- importantíssimo lembrete: nos dias de hoje em repartição alguma, e mesmo dentro da iniciativa privada na área que for, *nada favorece* a prolixidade, a extensão pela extensão e à guisa de substancialidade, o historicismo exibicionista, a erudição sem outro fim, o trabalho rebarbativo e repetitivo, as grandes digressões nos textos se não for rigorosamente necessária.

Se no passado a dilação exuberante tinha maior acolhida porque os profissionais detinham no mínimo mais tempo para escrever e depois para ler, nos dias de hoje para bem ou para mal o quadro se inverteu, e o sintetismo passou a ser o ideal aguardado de quem escreve ⁽³⁾. Lembrar-se disto haverá no mínimo de ser útil;

- ao lado do conteúdo imprescindivelmente técnico da defesa e sem pretender defender um excessivo tecnicismo, o que se ousa recomendar ao defensor é vez por outra examinar os livros técnicos, de ciências exatas, por exemplo norteamericanos: se o livro tiver quatrocentas páginas

³ E o gentil leitor desde já nos perdoe a (bem intencionada) extensão deste artigo, supedaneado na escola do *faça o que eu digo, não faça o que eu faço*.

deverá ser muito difícil encontrar meia linha de texto inútil ou gratuito, que não estritamente informativo.

Não é dessa medida a austeridade que se recomenda para defesas nos Tribunais de Contas - como em qualquer tribunal -, porém ela ilustrará dramaticamente o que significa *bem utilizar o tempo*, ao menos a quem sabe que a única ambição permitida ao homem é, exatamente, a do tempo.

A defesa nos relatórios anuais da fiscalização

XXI - Os relatórios anuais da fiscalização do Tribunal de Contas, que a cada novo ano estão mais volumosos, detalhados e abrangentes, e que abarcam áreas cada vez mais extensas províncias da matéria administrativa interna dos entes fiscalizados, constituem o trabalho central daquela Corte, sobre o qual deve concentrar-se toda atenção de quem defenderá aquelas contas.

Dividido em setores conforme a matéria, e sendo cada setor cuidadosamente itemizado, o relatório naturalmente observa um roteiro preexistente, acrescido de quando em vez por novos tópicos que são instituídos pela legislação como obrigações do poder público, sobremaneira em questão financeira - sobre a qual todos os olhos do mundo estão colocados.

É visível o incremento do vigor fiscalizatório de entes como o Ministério Público, que no mais das vezes atuam por provocações de variada natureza, e os Tribunais de Contas, cujo papel nato já é o de fiscalizar e esquadrihar contas públicas e seus responsáveis, além de que também atende a freqüentíssimas denúncias e representações.

Quanto aos relatórios anuais, resta evidente já à primeira leitura que contêm desde os apontamentos mais graves e sérios, os quais se não sanados na defesa podem ensejar a rejeição das contas com todas as suas nefastas conseqüências contra os responsáveis, até aqueles desprovidos daquela gravidade, muita vez devidos a falhas formais e não materiais, e que não ensejaram prejuízos públicos nem particulares.

Estes últimos vícios, se de fato ocorreram como pode a defesa demonstrar que não, são por evidente mais simples de defender e

justificar, nada obstante mereçam todo cuidado e dedicadas demonstrações do que se alega em defesa. Outras falhas, se não demonstrada a improcedência do apontamento, têm conseqüências em geral fatídicas a pretensões políticas dos responsáveis, como se examinará adiante, e fulmina carreiras de outro modo promissoras.

A defesa dos apontamentos constantes dos relatórios anuais costuma ser matéria multidisciplinar, exigindo a participação do advogado, do orçamentista e do contabilista e do atuário, do economista, do educador, da engenharia de obras e de serviços, da assistência social, das autoridades da segurança, do setor médico, do setor viário, do urbanista e do planejador, dentre outros setores. E amiúde também do político, que com seus olhos peculiares enxerga o que passa ao largo da maioria das pessoas, ainda que técnicas e instruídas.

Não se concebe que somente um advogado, ou somente um contador, ou somente um planejador, seja encarregado de produzir toda a defesa do ente público em tão vasto leque de especialidades que, quase sempre, são questionadas nos relatórios anuais.

Seja a defesa produzida pelos próprios servidores da entidade, seja contratada a terceiros especialistas, seja um combinado disso, o que não se concebe é a leviandade ou o deletério comodismo de entregar a produção de peças apertadamente técnicas a estranhos a cada assunto envolvido, desse desleixo somente se podendo esperar o pior para o responsável pelas contas, e o interesse público.

O princípio da especialização de funções abomina uma tal grosseria, que, *data venia*, nenhuma carência de recursos justifica. Em linguagem não-euclidiana chama-se a isso *economia porca*, que induz resultados equivalentemente *suínos* ao poder público, dos quais a autoridade não se esquecerá.

Não é raro que os Tribunais - inclusive e sobretudo os judiciários - conheçam a situação reportada pelo ente público que se defende *melhor do que o próprio ente parece conhecer*, e mesmo assim, diante da defesa

esdrúxula e inepta, vêm-se impedidos de deferir pleito tão mal formulado e torto, por falta de qualquer base ou fundamento para decidir favoravelmente.

XXII - Cada apontamento do relatório anual, óbvia e evidentemente, deve ser rebatido e justificado com os argumentos que o fiscalizado tiver, e os que possa então produzir. Uma dedicação específica para cada específico apontamento, é o que a decência profissional mínima requer - tanto quanto, de resto, que o julgador, se for para indeferir o peito da defesa, fale sobre cada ponto defendido e justifique cada indeferimento, e não os englobe de forma genérica e complessiva.

Não existe nem nunca existiu a figura da "negativa geral" de que se ouvia falar há algumas décadas quanto a algumas defesas trabalhistas da pior espécie, algo que só em si já constituía uma piada de mau gosto, invencionice daqueles rematados preguiçosos que, como se sói afirmar, somente esperam que o mundo acabe em um barranco, para poderem morrer encostados. E que se um dia divisarem quem instituiu o trabalho o estripam ou o empalam imediatamente.

Tanto quanto a sustentação oral - e em verdade até antes, porque a defesa escrita precede a oral quando esta é realizada - a defesa escrita deve ser sinteticamente expositiva dos seus motivos e dos seus fundamentos. Não pode ser tão sintética que abrevie até a exposição indispensável dos fatos, mas de outro lado não deve perder-se em minúcias tais que, longe de as enriquecer, apenas exasperem os julgadores.

É fato sabido que os juízes, e os Conselheiros e os Ministros dos Tribunais de Contas, neste momento da história esperam ler fatos e fundamentos, *e não doutrina nem empoladas exibições literárias*. Se isso é tecnicamente bom ou se é mau, ocorre que é um fato.

A própria jurisprudência sabidamente, como se disse, no mais das vezes é lida em seu cabeçalho e em sua conclusão, porque, repita-se à exaustão, é escasso o tempo daquelas autoridades, e também, e sobretudo, porque *já devem ter visto a novela antes...*

Assim, apela-se ao melhor sentido de síntese e de objetividade ao autor das defesas escritas, que em suma devem ater-se a acontecimentos rapidamente e bem expostos, que conduzem a pedidos de igual conformação. Boa defesa hoje em dia é tida como aquela *curta e grossa*.

A defesa nas denúncias (casos específicos)

XXIII - Não difere na essência a defesa nos relatórios anuais daquela realizada quanto a fatos que ensejaram denúncia ou representação, por quem quer que tenha sido, ao Tribunal de Contas. Apenas, essa defesa será concentrada no episódio denunciado e não se espriará por uma gama por vezes extensíssima de ocorrências, contratos, constatações e apontamentos como nos relatórios anuais, cada qual a merecer contestação pontual.

Denunciantes e representantes não faltam neste país de coitadinhos e de moralistas quando a moralidade é com os outros; a tal ponto chegou a indústria de representações no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo há poucos anos que ficou evidente o seu artificialismo e a má fé dos autores, em geral perseguindo opositores políticos que não terão consentido em pagar a propina do silêncio, ou em compor patifaria tão escabrosa quanto isso.

Se existe algo verdadeiramente temível dentro da população é a figura do denunciante contumaz, em geral covarde anônimo, hipócrita pós-graduado, moralista de fachada e que se esgueira nas sombras da anomia. E, não raro, um rematado corrupto.

No TCE o direito de denúncia está rapidamente disciplinado nos art. 110 a 112 da sua Lei Orgânica, e (art. 111) não se admite a denúncia anônima - o que é bom, não elimina a odiosa figura do *laranja*, vendilhão que não vale o ar que respira mas que toma muito tempo das autoridades que recebem as denúncias e as representações.

Denunciante é, quase sempre, o ser que só enxerga o erro alheio, e não tem espelho em que possa contemplar o fracasso da sua existência - mas com isso por força da lei têm de lidar os Tribunais de Contas,

como quem, de outra forma e no dizer corrente, *bate palmas para maluco dançar*.

Esses fatos, arquiconhecidos, têm de ser explorados, entendemos, nas defesas escritas. Os riscos de se acatarem ou mesmo de se prestigiarem denúncias que logo se revelam temerárias, irresponsáveis, fúteis, maliciosas e perniciosas são evidentes e altamente prejudiciais a negócios públicos, autoridades, empresas licitantes ou contratadas, servidores públicos e, o principal, ao interesse público diretamente.

Existem denúncias sérias - não é a regra. O que está quase sempre por trás são *interesses contrariados*, sobretudo em licitações. A defesa do denunciado, pensamos, precisa incidir fortemente sobre isso quando o constatar, e costuma ser muito fácil constatá-lo.

Licitações importantíssimas são muita vez paralisadas de modo que no início parece pouco compreensível, e que mais à frente amiúde resta *absolutamente incompreensível*. E não é justo obrigar a autoridade idônea a gastar com defender-se e aos seus procedimentos negociais, e a paralisar negócios fundamentais ao ente que dirige em função daquelas desprezíveis manifestações provindas de seres desprezibilíssimos - e a defesa precisa enfatizar esse ponto, se o denota.

O cidadão brasileiro consegue em pouco tempo desmoralizar, vulgarizar e putrefazer completamente instituições de origem respeitável e necessária como são a ação popular, a denúncia, a representação e o direito de petição aos poderes públicos. Cumpre aos defensores demonstrá-lo, e rebater as infâmias que divisar pela frente.

Ocorre porém, e todos o sabem, que por pior que seja a motivação mediata da denúncia - perseguição, inimizade, vingança, despeito, inveja, disputa de influência, ou mesmo canalhice pura e simples -, pode ela reportar irregularidades verdadeiras e detrimntosas ao denunciado, e isso jamais pode passar ao largo de apreciação pelo Tribunal que a recebeu.

No mais, evidentemente nem toda denúncia é mal intencionada. Em nosso sentir, apenas cerca de noventa por cento, talvez um pouco mais. Vale dizer, como Millôr Fernandes diria: não se pode generalizar.

Defesa prévia, produção de provas e defesa final

XXIV - Nem a LO do TCE - SP nem o seu RI são roteiros muito seguros para o trabalho do defensor. Ambos hoje se afiguram lacunosos, assistemáticos e desatualizados ante as práticas cotidianas adotadas na Corte, muito mais completas e consentâneas com os princípios informativos da ampla defesa e de contraditório preconizados na Constituição e nas leis processuais.

Com base antes em provimentos, atos internos e normações administrativas, todos os mais providenciais e oportunos, atualmente no TCE o trabalho de defesa, em síntese extrema, processa-se pela oportunidade de apresentação de

(I) defesa prévia, ou razões iniciais de defesa, sobre os apontamentos do relatório anual, ou de denúncia ou representação. É o momento de *colocar o Jabaquara em campo*, ou de juntar todos os elementos relevantes e sistematizá-los na peça defensiva, formulando um pedido que se for deferido pela Corte já encerrará a necessidade de mais defesa escrita; isso não costuma ocorrer com facilidade;

(II) produção ao longo do processo, por petição espontânea e não provocada ou facultada expressamente, de novas provas, ou juntada de novos documentos, ou anexação de material instrutório da defesa mesmo após apresentadas as razões iniciais, se a defesa o entender necessário ou recomendável;

(III) oportunidade de apresentação de razões finais de defesa quando a circunstância o recomenda ou exige a critério do Tribunal;

(IV) sustentação oral na(s) sessão(ões) de julgamento, se requerida(s) pela parte e deferida(s) pela Corte, observadas as restrições legais e regimentais;

(V) recursos na forma da LO, arts. 51 a 69;

(VI) ações administrativas de revisão e de rescisão de julgado (LO, arts. 72 a 77).

XXV - O TCE - SP é por convicção e por tradição bastante liberal quanto a aceitar petições e manifestações ao longo do processo, de modo a não restringir o direito a ampla defesa. E essa aliás tem sido a tendência dos julgadores de maneira geral no país, temerosos de que venha a ser anulada a parte do processo a partir da qual um direito de defesa foi pedido e indeferido sem motivo incontornável.

Fazem todos muito bem: quem quer um resultado rápido deve dar toda oportunidade de defesa ao interessado, por vezes e se possível até mesmo com ultrapassamento do respectivo prazo, de modo a evitar que em dado momento o trabalho ande para trás por ter sido incompleto na sua instrução ⁽⁴⁾.

E, de resto, é proverbial dever de ofício que o defensor *esgote toda oportunidade defensiva* que formal e informalmente lhe é aberta. Se o êxito é pouco provável mas formalmente possível, então precisa o defensor agir. Uma acusação de desleixo e desinteresse na defesa do cliente é um *coice mortal* na consciência de um profissional que leve a sério o seu mister, algo com uma vergonha profissional.

Existem irregularidades inquestionavelmente sanáveis e releváveis se demonstrada a boa fé do agente e a inexistência de prejuízo público e privado, ou então a inexigibilidade de conduta diversa pelo agente responsável, ou ainda a escusável ignorância institucional, ou mesmo a falta de meios para a ter evitado.

Além de materialmente *leves*, aquelas faltas sem má fé e sem lesão pública e privada têm como ser justificadas, mas que não se repitam ano após ano ou então cai por terra a boa fé e se desmoraliza a tese

⁴ Tal qual o motorista inteligente - malandro esperto que é honesto por velhacaria - que para chegar rapidamente em casa anda devagar.

defensiva, pois que a reiteração das mesmas faltas leves configura faltas graves, e nessa medida injustificáveis.

Irregularidades graves

XXV - O grande problema entretanto, e como é de esperar, não reside nas falhas leves mas naquelas consideradas graves, com freqüência referidas, grosso modo, como *imperdoáveis*. Importa ao político ter presente a *lei da ficha limpa* (LC nº 135, de 4/6/10), que deu nova redação ao art. 1º, inc. I, al. g, da *lei das inelegibilidades* (⁵) de modo a que contas rejeitadas por irregularidade insanável e irrecurável tornam-se inelegíveis.

Algumas dessas graves irregularidades são as seguintes - e o TCE - SP sobre elas discorre ampla e sistematicamente nos seus manuais de orientação aos gestores de contas estaduais e municipais, freqüentemente revisados e atualizados:

- *falta de aplicação* do percentual constitucional mínimo dos impostos na *educação* e na *saúde*. Neste caso a defesa deverá prioritariamente - é sempre assim... - demonstrar que o critério, da fiscalização do Tribunal, de apropriação de certas despesas não foi o melhor, e, se for outro que a defesa defende, a aplicação mínima estará atendida. Em não sendo assim dificilmente na prática a conta tem merecido parecer favorável;

- *déficit da execução orçamentária*, algo que compete aos diretos executores do orçamento segundo o planejamento prévio, em combinação com o setor fazendário, que administra as receitas e que informa o primeiro. Problema difícil na prática de prevenir e contra o qual as vacinas não são muito eficazes. A defesa aos apontamentos terá um vasto leque de argumentos a desfilar, mas por óbvio precisará fazê-lo com ordem e ponderabilidade, e não tentando esquivar-se de realidades demonstráveis;

⁵ Verbis: "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".

- *inversão da ordem cronológica* no pagamento de precatórios, salvo nas hipóteses constitucionais. Muito compreensível o rigor quanto a esta fiscalização, uma vez que os já historicamente *bigodeados* credores de precatórios não pode, além disso, ver-se à mercê de discriminações anti-isonômicas e inconstitucionais no seu direito a receber segundo a ordem dos precatórios;

- *falta de pagamento de ao menos 10 % do estoque de precatórios* no exercício em questão. Esse percentual resulta da aplicação de uma emenda constitucional, a terceira ou a quarta que visou institucionalizar o *calote oficial e vergonhoso* que o poder público aplicou, aplica e pelo visto continuará aplicando nos credores de precatórios desde o advento da Constituição em 1.988, e tudo graças a eleitoreiras, irresponsáveis e quase criminosas despesas públicas do passado, antes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A defesa em caso de descumprimento dessa obrigação quase sempre malha a tecla da falta de recursos, muita vez real e ponderável porém que precisava já ser conhecida pelo candidato que foi eleito Prefeito, e que se for exercitada mais de uma vez não deverá comover o julgado - se é que na primeira vez comoveu;

- *excesso nos repasses à Câmara Municipal*, quando se evidencia que o Legislativo não necessitava aquele volume de recursos para atender suas finalidades institucionais. Se ao final do exercício a Câmara devolve polpudas verbas ao Executivo, com esse só ato evidencia aquela irregularidade;

- *excessivo número de cargos em comissão*, defeito presente nas contas da Câmaras Municipais acentuadamente mais do que nas dos Executivos, e que se se perpetua bom resultado não ensejará aos responsáveis;

- *ultrapassamento dos limites de despesa com pessoal*, estabelecidos na forma e segundo o critério da Lei de Responsabilidade Fiscal - algo a esta altura dificilmente deglutível, após quase duas décadas de editada aquela lei. Capriche, portanto, a defesa;

- *insuficiente ou inexistente repasse ao sistema previdenciário*, seja o próprio, seja o do INSS - e aqui a alegação também

costuma ser falta de recursos, algo igualmente difícil de aceitar em face da arquiconhecida obrigação patronal que já conta mais de meio século;

- o TCE em 2.012 em seu manual *O Tribunal e a gestão financeira dos Prefeitos* indicou também como falha grave a *incorreta aplicação das multas de trânsito*, o que desse modo também precisa ser considerado com muita atenção pela defesa em face da gravidade que o Tribunal lhe empresta.

XXVII - Qualquer defensor precisa, antes de tudo e na medida do possível, incumbir-se do papel de *orientar o cliente para o futuro*, de molde a evitar ao máximo que repita esta ou aquela falha, amiúde são facilmente controláveis antes de serem cometidas, e cuja reiteração não se pode racionalmente compreender. Alguém saber que errou e persistir errando não se justifica, e julgador nenhum o tolera.

Vale mais, no mais das vezes e no frio sopesamento dos valores, uma orientação cuidadosa e sistemática que ao máximo previna males futuros ainda que se avizinha uma derrota neste momento, que tentar em infrutífero desespero remediar um mal presente. Melhor é sempre ensinar a pescar que ter sempre de dar o peixe, como se sabe há alguns milênios.

Por fim, enfatiza-se como imprescindível um muito rigoroso acompanhamento do andamento processual por parte dos defensores, o que nos dias que correm foi extremamente facilitado pela virtualização eletrônica do processo, de modo a não se perderem prazos - também atualmente beneficiados com a contagem apenas em dias úteis.

E não se deixar o protocolamento das peças para a undécima hora como é da triste tradição tupiniquim, mas observar a máxima napoleônica de que nada é mais eficaz para se vencer uma batalha do que chegar meia hora antes.

Boa defesa a todos.

