

A VERDADE FORMAL: O (PRE)JUÍZO DA COGNIÇÃO EXAURIENTE ANTE A AUSÊNCIA DA PRODUÇÃO DE PROVA ORAL E PERICIAL NAS CORTES DE CONTAS



Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho/Portugal, com área de concentração em Direito Administrativo. Mestrado e Licenciatura em Fundamentos dos Direitos Constitucionais pela Universidade Federal de Alagoas/Brasil. Especialista em Direito Processual pela Faculdade de Direito de Maceió-AL/Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis-RJ/Brasil. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais/Brasil.

Os tribunais de contas brasileiros rechaçam a produção de prova oral e pericial em sede de processos de contas sob fundamentos variados, em especial: a) ausência de previsão orgânico-regimental; b) inversão do ônus da prova em desfavor do jurisdicionado (fatos desconstitutivos, modificativos ou extintivos) em face dos achados de relatórios de auditoria; c) as unidades técnicas internas fazem “às vezes” dos *experts* (peritos) por descrição fundamentada em seus relatórios de auditoria; d) rol de meios de prova “taxativos” previstos nos seus normativos orgânicos e internos; e e) ausência de estrutura material e física para produção de todos os meios de prova admitidos no Direito. Os Ministérios Públicos de Contas brasileiros como órgãos – remotamente – embrionários dos tribunais de contas onde atuam “junto”, em grande maioria por motivos da – ainda – dependência administrativa, orçamentária e financeira, sofrem “influência” dos “fundamentos” antepostos, por mais defasados e descolados da realidade constitucional que sejam. Aqui, o cidadão deve ser visto como o centro do mandamento do Estado Democrático de Direito, aplicando-se aos órgãos ministeriais, no que couber, seja em suas funções típicas (*custos iures* e *custos societatis*) seja em suas funções atípicas, as assertivas adiante esposadas.

Em relação à primeira ordem, os feitos de contas podem conter deliberações condenatórias (sancionatórias e ressarcitórias), baseadas numa verdade formal (mitigada) incompatível com os processos em que envolvam “os acusados em geral” (jurisdicionados), em flagrante violação de direitos e garantias fundamentais, a comprometer e trazer (pre)juízo a factualidade relevante que deve ser buscada nos juízos de cognição exauriente exercidos pelos magistrados de contas.

E de onde emergem tais vicissitudes procedimentais? Explico.

A Constituição Federal de 1988 (CR/88)¹ consagra a República Federativa do Brasil num Estado Democrático de Direito, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, perfaz força direta e normativa da norma magna e dos demais princípios nela esculpidos, garantindo-se a tutela dos direitos e das garantias fundamentais (vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança) de todo cidadão.

Sob a égide da Carta Magna de 1988, tem-se a garantia da igualdade no tratamento dos concidadãos, em especial, na tutela de seus direitos fundamentais (núcleo essencial), inclusive quanto ao direito de ação e de defesa, gravados em devido processo legal na busca da construção da Justiça e da pacificação social, tudo num contexto de valoração do homem e na concepção de seus direitos como centro normativo, reunidos que são na teoria moderna da dignidade da pessoa humana.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 5 out. 1988.

A realização do corolário do devido processo legal preserva a liberdade e os bens de todo cidadão, salvaguardando suas garantias por meio do Poder Judiciário, que, por sua vez, exercerá o poder que lhe foi atribuído nos limites previamente estabelecidos pela norma constitucional. O mesmo raciocínio é deferido aos processos que tramitam perante os tribunais de contas.

Desse modo, em sentido substancial, o devido processo legal limita o poder estatal, que não poderá ofender os princípios constitucionais do seu atuar, nem tampouco afrontar os fundamentos do Estado de Direito que seja erigido. Em sentido processual, obrigará o pleno respeito às garantias processuais (*due process of law*), com a realização dos princípios inderrogáveis da “ampla defesa” e do contraditório aos acusados em geral, exercidos por todos os meios admitidos em Direito, tudo para a obtenção de uma sentença estatal heterocompositiva justa.

Estes princípios mandamentais garantem a todos os sujeitos do processo condições concretas de se manifestar, colaborar e participar, de forma efetiva, da construção do juízo de cognição excertos das decisões de mérito a serem proferidas pelo juízo competente. Decerto, nesse ínterim, não é suficiente uma simples e limitada possibilidade de manifestação das partes. É necessário que sejam tuteladas garantias fundamentais e permitido o exercício de métodos jurídicos por meio de prova, para que o contraditório e a ampla defesa sejam exercidos em plenitude e a contento pela defesa do jurisdicionado.

Nesse diapasão, é direito incontestável e irrestrito às partes a oportunidade de produção de qualquer meio de prova e a participação em toda atividade probatória produzida no processo, possibilitando refutá-la – a tempo e modo – por todos os meios admitidos em Direito.

O vocábulo constitucional da “ampla” defesa estatui o alargamento do exercício da defesa, que não se dessume por escolha do julgador, exceto quando – fundamentadamente – imprestável para o deslinde da causa.

De todo modo, verifica-se que os litigantes e os acusados em geral detêm o direito de valer-se de todos os meios de prova admitidos em Direito para demonstração da verdade (material) dos fatos que lhe são imputados ou para exercício da ampla defesa, a “influenciar” – de maneira eficaz – a formação da cognição exauriente expressa nos fundamentos racionais da decisão a ser erigida.

Logo, é imprescindível que seja oportunizada ao jurisdicionado – motivada até a exaustão pelo decisor – a demonstração da verdade material (histórica) em processos de contas que possuam probabilidade de desfecho condenatório (sancionatório e/ou ressarcitório), tudo sob presidência do magistrado de contas, com a produção de todas as provas que entender necessárias para a resolução justa do conflito, em especial, de modo a assegurar a efetividade da garantia de acesso à jurisdição de contas e a realização do devido processo legal, tanto na sua faceta formal quanto na sua faceta material.

Aqui reside a imperiosidade da produção da prova oral ou pericial requerida pelo jurisdicionado se entender indispensável ou *ex officio* pelo julgador, a possibilitar a refutação da imputação feita pelo órgão estatal de contas públicas.

Neste particular, os tribunais de contas brasileiros exercem função dúplice, isto é, ao passo que fiscalizam e investigam pelas suas unidades técnicas internas, exercem também jurisdição de contas a se debruçar sobre o mérito de (ir)regularidade dos achados de suas próprias auditorias, podendo sancionar ou condenar seus jurisdicionados ao ressarcimento aos cofres públicos por ilicitude comprovada.

É nessa perspectiva que se verifica a (in)observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, caracterizando-se, em cerceamento de defesa e conseqüente violação do devido processo legal, o acórdão proferido pela Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União (TC 028.814/2011-8), quando deliberou pela não autorização de produção da prova oral e pericial em Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial), sendo esses meios de prova totalmente admitidos em Direito e já regulamentados pelo Código de Processo Civil brasileiro, aplicável subsidiariamente às cortes de contas brasileiras.



Numa breve explicação, tem-se que a Tomada de Contas Especial em questão – em sede de apelo recursal – foi instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) em desfavor do ex-prefeito do município de Gentio do Ouro/BA (gestão 2005-2008), à vista da impugnação total das despesas realizadas com os recursos do Convênio nº 4.970/2004 (SIAFI 520911), tudo em razão da não apresentação da prestação de contas a tempo e modo, bem como irregularidades registradas no Relatório de Verificação (Auditoria) nº 69-1/2006, de 11 de maio de 2007.

Encaminhados os autos à análise daquele tribunal, foram condenados o ex-prefeito e a sociedade empresária contratada pela municipalidade, por débito correspondente à parte não executada do convênio (ressarcimento), sendo, ainda, aplicada a multa (sancionatória) com base no art. 57 da Lei 8.443/1993 (LOTUCU). À vista disso, irresignada, a sociedade contratada interpôs recurso de reconsideração, objeto de instrução, que teve como objetivo, entre outros, impugnar o acórdão com fundamento em matéria de ordem pública – cerceamento de defesa –, tudo em vista da condenação sem a autorização para que fossem produzidas as provas documental, testemunhal, depoimento pessoal, pericial e demais meios de prova em admitidos em Direito, na forma como requerida pela recorrente.

Tal argumento, no entanto, não foi acolhido pelo órgão colegiado sob a justificativa de que foi observado, “de forma fiel”, o devido processo legal. Além disso, o tribunal indicou a sua jurisprudência como sendo uniforme quanto à inexistência de amparo no requerimento para que o TCU realize procedimento fiscalizatório ou perícias, com vistas à “produção de provas que são da exclusiva alçada do responsável” – em flagrante inversão do ônus da prova em desfavor do acusado.

Ocorre que é certo o prejuízo da defesa e da própria administração do erário, quando da ausência de correta valoração de provas a serem produzidas em juízo – base da formação da cognição exauriente –, a fim de se decidir em justaposição às questões suscitadas no feito, em especial, quando da ausência de produção de prova oral e pericial nas cortes de contas, ainda mais em tempos em que se exige a demonstração inequívoca do dolo (elemento subjetivo de tipo penal incriminador ou de improbidade administrativa) na conduta do agente infrator (jurisdicionado), para fiel caracterização da (im)prescritibilidade do dano ao erário (Temas 897 e 899 do STF), tudo isso como questão preliminar de *meritum causae*.

Isso porque o caso factual de relevância jurídica – ato ou fato jurídico – estará longe de ser o ponto fulcral que levou a uma sentença estatal heterocompositiva lastrada no livre convencimento fundamentado do magistrado, tanto nas razões de fato quanto nos fundamentos de direito, quando criada uma verdade formal por insuficiência de provas, em sede de processo administrativo condenatório de contas.

Versões de fato controvertidas e pendentes de meios de prova podem chegar à decisão de mérito que não corresponda à justeza que se espera como decorrência de observância do corolário do devido processo legal, instrumento de aplicação do Direito material ao caso concreto (subsunção do fato à norma pelo julgador). Aqui tem-se a ideia de que os fatos provados e não provados se põem como fiéis da balança para formação do livre convencimento motivado pelo magistrado.

Nesse giro, desde o nascer do milênio, métodos tentaram sistematizar a utilização de meios de evidências que pudessem reconstruir a verdade aproximada, cristalizando a chamada verdade processual, pedra de toque da decisão jurisdicional sob a ótica da racionalidade humana e da máxima do direito de *iure novit curia*, que se perfaz na ideia de que o tribunal conhece a lei. Nesse aspecto, os paradigmas de filósofos e outras ciências emprestaram ao homem verdadeiros contributos para formulação de hipóteses e ponto de chegada de reivindicações concretas (criteriologias).

A analogia dos diversos métodos científicos para caracterização da verdade (real) é importante instrumento para o Direito e deve servir de mote como parâmetro mínimo de fundamentação das sentenças judiciais, em que, guardadas as devidas aplicações, cuida em reconstruir uma verdade histórica fidedigna (processual).

Desde Galileu, a ciência é útil à humanidade, rompendo com a Igreja e com a soberania, entendendo-se que o homem é o centro do universo². Desde então, até a instituição da dúvida como elemento essencial de busca pela verdade científica, é possível entender que a existência de algo exige prova (teoria de Descartes)³. A descoberta de que é o homem o centro do universo, segundo Copérnico⁴, traz a ciência como utilidade ao homem e aos poderes constituídos, ainda por volta do século XVII.

Desse modo, esse conhecimento atento e aprofundado de algo – por meio da disseminação progressiva do sentimento de que o homem pode explicar a si mesmo, culmina na ideia contemporânea de que a ciência se põe a serviço da humanidade –, coloca-nos na condição de dúvida, e não mais na verdade dogmática que advinha do epicentro dos poderes constituídos, a julgar por uma nova ciência que parte do princípio de que a Terra, não sendo centro do universo, e sim parte do cosmos, agrega a ideia da construção do homem como pedra de toque de um novo modelo central.

Com isso, visto que a Igreja deixa de ser “mediadora de Deus” e, por consequência, do próprio homem, num fenômeno de descentralização do “céu” e centralização do homem, constituiu-se nossa nova arte (nova ciência) de duvidar uma possibilidade perturbadora das relações sociais de poder.

A progressão dessa ideia se dá por conduto de pensadores que vieram depois, tais como Rousseau, Comte, Max Weber, quando, nos séculos seguintes, viu-se uma alusão à submissão da nova ciência ao próprio poder. Essa é compreendida pelo homem elitizado ou não, da mesma forma na atualidade. No século XIX, a aliança entre a ciência e a técnica é encontrada também como utilitária, com impactos econômicos e sociais na busca de um “estado de felicidade” do homem.

Em breves e concisas palavras, nesse percurso, com a evolução da perspectiva da dúvida e da nova ciência, a influência e os contributos da ciência ao Direito e, por consequência, nos processos judiciais, têm por escopo a busca de uma verdade processual – (re)construção histórica tanto quanto fidedigna.

Sendo assim, visto que se procura provar, por meio da dúvida, a perspectiva da existência de algo, questiona-se: que verdade é esta que se busca no Direito? Decerto, a verdade (material) como correspondência dos fatos, e não a verdade formal como praticada pelas cortes de contas em seus processos administrativos condenatórios que indeferem injustificadamente a produção de meios de prova oral e pericial.

Nesse sentir, adota-se nos processos judiciais uma visão racionalista, herdeira dos processos históricos do iluminismo, em que o mundo físico é conhecido por uma realidade objetiva decorrente da correspondência de nossas representações da realidade processual, isto é, como a verdade é (presente), como a verdade foi (passado) ou como a verdade será (re)construída (futuro).

Os juristas têm, geralmente, uma visão incomum sobre a ciência e a verdade, ao admitirem como meio de prova (evidências) mecanismos que não admitem a verificabilidade (exames ou relatórios de auditoria ou provas periciais, p.ex.). É evidente que a ciência refuta e busca a contraprova. Os juristas, portanto, devem se comportar como cientistas, buscando a verdadeira essência das provas dentro do que já é permitido, em especial pelo próprio Direito.

Tem-se, aqui, a ascensão do conhecimento dos fatos no âmbito do processo, com especial relevância dos fatos provados e não provados. É porque a correta apuração da factualidade relevante para o deslinde da causa influenciará diretamente o enquadramento jurídico para decisão judicial ideal, pois nunca a aplicação do Direito a um conjunto de fatos incorretamente determinados poderá conduzir a uma decisão jurídica acertada. Se melhor dito, a decisão adequada depende da apreciação de todas as provas admitidas em Direito, não possibilitando reducionismos arbitrários.

2 BRECHT, Bertolt. *Vida de Galileu*. In: *Teatro V*. Lisboa: Portugália, 1970.

3 DESCARTES, René. *Teoria do conhecimento*. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <http://teoriadoconhecimentoii.blogspot.com.br/2010/04/rene-descartes-e-o-discurso-do-metodo.html>. Acesso em: 18 jan. 2017.

4 FERREIRA, Adelino. Kant e a revolução copernicana do conhecimento: uma introdução. São João del-Rei: Universidade Federal de São João del-Rei. Disponível em: http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/existenciaearte/Kant_e_a_Revolucao_Copernicana_do_Conhecimento_-_uma_Introducao.pdf. Acesso em: 18 jan. 2017.



Nesse sentido, aqui reside o contributo da ciência para o Direito, em que os métodos experimentados pela ciência na (re)construção da verdade dos fatos no decorrer dos séculos poderão, por analogia, servir ao Direito como criteriologia mínima para (re)construção da verdade histórico-processual, a mesma a ser demonstrada na fundamentação de fato expressa na cognição exauriente pelo julgador.

O modelo cartesiano, por exemplo, traz elementos elucidativos e que podem perfeitamente ser utilizados na fundamentação de fato pelo órgão de decisão quanto à valoração da prova (evidência), quais sejam: constatação (verificabilidade), análise (desconstrução), síntese (reconstrução) e conclusão (decisão de mérito).

Não obstante, de modo complementar a essa ideia, há que se falar na epistemologia jurídica e no probabilismo jurídico como elementos da formação da convicção na busca da factualidade relevante para o processo – aqui, em especial, o processo de contas públicas.

Atualmente, o probabilismo jurídico mostra a relação da probabilidade condicional e a sua correlação sob a ótica inversa, isto é, a probabilidade de uma hipótese dada à observação de uma evidência e a probabilidade da evidência dada pela hipótese, (re)modelando-se – de forma matemática – a inferência estatística.

A epistemologia como teoria que estuda a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento, relacionando-se com a metafísica, a lógica e a filosofia da ciência, tem por objetivo a demonstração de “graus de certeza”, surgindo como voz dissente ao probabilismo jurídico atual – *bayesianismo* subjetivo –, afirmando-se que as normas legais de prova são melhores entendidas como credibilidade racional⁵.

O homem racional tende a ser levado pela exatidão matemática para encontrar um certo grau de correção, quando cabível. São as ditas “ciências exatas” que sofrem críticas enquanto intituladas ciências, pois carecem de grau de verificabilidade, como nas demais hipóteses científicas.

Bertrand Russell⁶ defende que o “grau de credibilidade” é aplicável muito mais amplamente como sistema de aceitação de uma comunidade do que a probabilidade matemática, menos transparente e com pouco ponto de luz (opacidade).

De fato, a compreensão dos meios de prova na lei passa pelo ramo da epistemologia, distanciando-se da tese de que os graus legais da prova devam ser identificados como probabilidades de caráter geral, por meio, tão somente, estatísticos e de cálculos aritméticos⁷.

Assim, a dúvida razoável pode surgir a partir da evidência demonstrada nos autos do conflito de provas ou falta de provas (cerceamento de defesa). O critério objetivo de evidência clara e convincente denota o espírito de precisão, transparência, ausência de dúvida e ausência de hesitação ou contradição; tal peso extrai a ideia de uma crença firme e precisa para o julgador e para a sociedade, totalmente diverso das probabilidades matemáticas e estatísticas que sobressaem do probabilismo jurídico moderno.

Uma ideia fortemente epistemológica dos graus de prova é mais fiel à linguagem das instruções e fundamental aos padrões de prova que são exigidos nos processos judiciais, sendo determinantes para um julgamento de acordo com a verdade (re)produzida pelo convencimento motivado por uma criteriologia mínima. Um veredicto é substantivamente justo se a determinação judicial é factualmente correta, onde o réu (jurisdicionado) será condenado pelo ilícito (administrativo) que realmente cometeu.

Por isso, exige-se o entendimento dos padrões de prova pelo pesquisador, para torná-lo credível ao grau de verificabilidade. Entretanto, há de se observar que o grau de credibilidade não é probabilidade matemática, a qual pode ser (re)vista como uma garantia de uma reivindicação de um determinado resultado, dadas as evidências postas em análise.

5 RUSSEL, Bertrand. *Human Knowledge, Its Scope and Limits*. New York: Simon and Schuster, 1948. p. 381. Apud HAACK, Susan. *Legal Probabilism: An Epistemological Dissent*, Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 47.

6 *Ibidem*.

7 Cf. HAACK, *Legal Probabilism*, op. cit., p. 47.

Comumente, o provável é utilizado para não comprometer nosso compromisso, mas também está ligado à ideia de reivindicações de jogadores, estatísticos e atuários, com a conotação de que o provável faça parte do resultado.

Contudo, uma formulação “clara e convincente” é altamente provável, especialmente para o Direito. Nesse sentir, vê-se o quão razoável é uma reivindicação de um resultado provável, à luz das evidências transparentes e credíveis para o homem.

De acordo com esse entendimento, a evidência poderá apoiar-se numa reivindicação, prejudicá-la ou nada influir, sendo que uma prova (oral ou pericial) se torna relevante para uma conclusão (sentença estatal) se ela afeta o grau de evidências em geral, de modo que a adição ou subtração contribui – ou não – para a integração explicativa da evidência na conclusão em si, que pode inclusive depender de fatos sobre o mundo.

A combinação de evidências levará ao grau de credibilidade da conclusão apenas se for mais favorável à conclusão em si ou sirva para melhorar a segurança do resultado, independentemente dos componentes da prova.

Considerando a edificação da fundamentação de fato como mecanismo imprescindível à demonstração transparente da formação da cognição exauriente pelo julgador no processo de contas, é preciso debruçar-se sobre a indicação dos fatos relevantes para a sentença de mérito, aferidos por todos os meios de prova admitidos em Direito.

Para fins teóricos, em que pese a visão moderna de que a dicotomia dos fatos provados e não provados não se sustente na atualidade, considerada a indissociabilidade da análise do fato à análise do Direito em si (princípio da congruência), passa-se a buscar a factualidade relevante para fins de fundamentação da decisão jurisdicional.

A obrigação de fundamentar as sentenças judiciais e a demonstração da persuasão racional como critérios objetivos do *iter* processual advêm desde os julgadores romanos, ainda que não tivessem obrigação de fazê-lo como nos dias atuais.

Hoje, o Novo Código de Processo Civil português, quando trata da sentença⁸, determina ao juiz que, iniciada a fundamentação da decisão, deverá adentrar na fundamentação de fato da decisão, fixando-a e indicando-a quanto aos fatos provados e não provados,volvendo-se – logo após – à análise crítica das provas produzidas no processo.

Na mesma ordem, o novo Código de Processo Civil brasileiro⁹ previu o dever de o juiz analisar e fundamentar as questões de fato e de direito como um dos vários elementos essenciais da sentença de mérito. Tal decorrência na realidade brasileira advinha desde a norma constitucional de 1988,¹⁰ que na esteira dos ordenamentos jurídicos contemporâneos alçou o dever de fundamentação como condição de validade do *decisum*, isto é, sob pena de nulidade. Contudo, não descreveu – àquela época – a necessidade de fundamentação das questões de fato como expressamente agora posto pela norma processual.

Aqui cabe uma observação acerca daqueles que defendem o princípio do “livre” convencimento motivado na apreciação da prova. Resta mitigado pelo novo diploma adjetivo brasileiro, ao interpretar-se que o artigo 131 do Código Processo Civil de 1973 (revogado) trazia margem de liberdade ao juiz para apreciação da prova de forma indistinta, decorrente do dogma da soberania dos magistrados¹¹, em que fatos e circunstâncias ainda que não alegadas pelas partes pudessem ser colacionadas ao *decisum*, bastando

8 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS. Lei nº 41, de 26 de junho de 2013, artigo 607, nº 4 e 5.

9 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, artigo 489, inciso II.

10 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 5 out. 1988, artigo 93, inciso IX.

11 Nesse sentido, excerto do Acórdão em Habeas Corpus (HC) 83923/SP do Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dje de 28/04/2008, Brasília/Brasil. Disponível em: www.stj.jus.br, que decidiu que, diante de “dois laudos técnicos divergentes, o Juiz pode basear-se em qualquer um deles para motivar sua decisão, atribuindo-os o peso que sua consciência indicar, uma vez que soberano na análise das provas carreadas nos autos”.



para tanto a indicação dos motivos que lhe formaram o convencimento. Reinava outrora o mais absoluto subjetivismo, agora expressamente suprimido por meio de uma interpretação teleológica, para afastar arbitrariedades do julgador.

O princípio da imparcialidade do julgador decorre do convencimento motivado de forma racional, e não através dos impulsos pessoais do julgador, refutando-se a ideia de liberdade absoluta. Assim, é imprescindível que sejam consideradas as circunstâncias que conferem credibilidade a um meio de prova, bem como seu grau de persuasão. Também não basta a formulação de rótulos estereotipados, *verbi gratia*, a prova testemunhal é a “prostituta” das provas.

Não estou a falar em ausência de arbítrio do julgador (livre apreciação da prova), mas sim de possíveis arbitrariedades em face de uma falaciosa liberdade absoluta na apreciação das provas como lhe aprouvesse – ou não –, como a negativa indistinta da produção da prova oral ou pericial em sede de jurisdição de contas.

Nesse sentido reside o juízo da prova enquanto integrante de *decisum* de mérito que julga a relevância dos fatos provados, não provados, controvertidos ou lacunosos, pelo arbítrio da análise crítica (fato e de direito) dos meios probatórios ofertados pelas partes ou oficiosamente colacionadas pelo julgador¹², desde que baseados na conjugação de critérios objetivos de liberdade, racionalidade, persuasão e imparcialidade para formação da sua cognição exauriente.

Para além disso, na busca da demarcação dos fatos provados e não provados, deve o julgador tomar conhecimento não só dos fatos aduzidos pelas partes, mas também de outros que contribuam satisfatoriamente para o resultado do processo: decisão de mérito. Deverá – também – agir em relação à matéria alegada e que não corresponda a uma factualidade, ou ainda que não detenha relevância. Explico.

As versões das partes trazidas em juízo devem ser perscrutadas, de modo que o julgador deverá pronunciar-se sobre todos os fatos específicos que integram as versões das partes (controversa em lide), dando como provado o fato positivo. Assim, formar-se-á um rol de factualidades relevantes de que o órgão julgador deverá tomar conhecimento para formação do seu “livre convencimento” motivado em deliberação de mérito.

Nessa mesma lógica, há de se trazer à luz, novamente, o digesto Processual Civil brasileiro, que, em seu artigo 369, admite o direito das partes em utilizar todos os meios legais, como também moralmente legítimos, com o fito de provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, e influir eficazmente na convicção do juiz¹³. Por esse dispositivo, admite-se, portanto, como garantia da efetivação do devido processo legal, a oportunização da produção de provas orais (testemunhal, depoimento pessoal, confissão, interrogatório) e periciais.

Há que se ressaltar que a Resolução TCE/MG nº 12/2008, que regulamenta o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, determina, em seu artigo 199, que às medidas jurisdicionais previstas aplica-se, de forma subsidiária, o Código de Processo Civil brasileiro¹⁴ e, no que couber, supletivamente – nos casos omissos –, as normas do Código de Processo Civil brasileiro¹⁵.

Desse modo, independerá de nova regulamentação regimental para produção de prova oral ou pericial, não havendo que se falar em rol – *in numerus clausus* – dos meios de prova a serem admitidos nos processos de contas mineiro, seja a pedido do jurisdicionado seja produzido *ex officio* pelo juízo de contas, tudo na busca da verdade material.

12 DIAS, Marta João. A fundamentação do juízo probatório. Breves considerações. *Julgar*, Coimbra, 13, 2011. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/175-199-Fundamentação-ju%C3%ADzo-probatório.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

13 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, artigo 369.

14 Resolução TCE/MG nº 12, de 17 de dezembro de 2008, artigo 199 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://tclegis.tce.mg.gov.br/Home/Detalhe/978636>. Acesso em: 2 mar. 2022.

15 Resolução TCE/MG nº 12, de 17 de dezembro de 2008, artigo 319 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://tclegis.tce.mg.gov.br/Home/Detalhe/978636>. Acesso em: 2 mar. 2022.

No geral, havendo, portanto, na Lei Orgânica ou Regimento Interno, a previsibilidade de aplicação subsidiária ou supletiva da norma adjetiva (processual) e, por sua vez, impossibilitada a vedação expressa para produção da prova oral ou pericial na instrução dos processos de contas, o indeferimento à utilização desses meios de prova caracterizará a mitigação dos preceitos que constituem o devido processo legal, na busca da verdade material indispensável nos processos condenatórios do jurisdicionado – pessoa física ou jurídica sujeita de deveres e direitos constitucionais.

Considerando-se que o Código de Processo Civil brasileiro deve ser interpretado à luz da Constituição Federal de 1988 na salvaguarda do Estado Democrático de Direito, como meio garantidor da dignidade da pessoa humana, que tem como pilar o devido processo legal, tem-se caracterizado o cerceamento do direito de defesa por conduto da flagrante violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, quando da vedação ou indeferimento da produção de prova oral e pericial, diante do requerimento fundamentado do jurisdicionado, a viciar a formação do juízo de cognição exauriente que se materialize em sentença condenatória que preveja sanção ou obrigação de ressarcimento ao erário.

Continuamente, evidencia-se que o exaurimento das matérias de fato devem ser objeto de parâmetro de fundamentação nas sentenças de mérito de contas públicas, pois da ausência de suas demonstrações pelo julgador competente poder-se-á acarretar o retorno dos autos pelo juízo *ad quem* em grau de recurso, a fim de que não haja supressão de instâncias na cognição de fato relevante desconsiderado na decisão judicial *a quo*.

Alfim, dou-me conta de que a reunião de desideratos probabilísticos, criteriológicos, metodológicos e epistemológicos para (re)construção de fatos juridicamente relevantes no processo de contas tem por escopo a criação de mecanismos de verificabilidade dos fundamentos que levaram à formação do “livre” convencimento motivado do julgador quando da prolação da sentença heterocompositiva. Verdade é que a ideia de liberdade para formação de seu convencimento sobre os fatos e evidências é colocada em xeque, portanto, relativizada, enquanto estejam ausentes elementos objetivos e subjetivos de racionalidade (criteriologia mínima). Mas não é só.

A legitimidade das decisões em processos de contas na conjuntura moderna dos Estados Democráticos de Direito exige que os *standarts* que erigem as decisões de Direito, sobre questões litigiosas de fato e de direito, sejam postas sob apreciação e decisão definitiva a cargo do Poder Judiciário, a serem mantidas, desde que dotadas de credibilidade racional suficiente para que sejam reconhecidas como instrumentos idôneos de solução de controvérsia decorrentes de um devido processo legal.

Por idoneidade instrumental devem ser observados todos os corolários do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório a ele inerentes, sob pena de nulidade.

Uma inadmissão sumária da produção de prova oral ou pericial nos processos de contas poderá acarretar a nulidade absoluta – matéria de ordem pública – face ao vício insanável na (con)formação do mérito administrativo deferido às cortes de contas brasileiras, quando submetido a controle de legalidade em ação provocada sob jurisdição estatal universal.

Tal controle é deferido – unicamente – ao Poder Judiciário brasileiro, no qual os tribunais de contas brasileiros não são órgãos integrantes. Assim, no exercício da jurisdição-administrativa, todo cuidado será pouco no trato procedimental, sobretudo em respeito às garantias individuais de seus jurisdicionados, sob pena de se pôr em xeque a escorreta atividade fiscalizatória exercida, em que se podem decorrer sentenças condenatórias que recairão sobre a propriedade de pessoas naturais ou jurídicas.

A justificativa do julgador para (con)formação de seu convencimento motivado e com livre apreciação da prova, além de transparente, precisa ser clara e convincente, para, além de dúvidas razoáveis possivelmente suscitadas contra a decisão proferida, de modo que por preponderância de provas produzidas no teatro do devido processo legal – o processo –, possa se estabelecer a (re)construção da verdade (histórica/material)



por correspondência, de forma mais aproximada possível da realidade, por critério de justaposição do Direito ao caso concreto, tudo em sede de cognição exauriente em matéria de Direito sancionatório.

O complexo estabelecimento de regras (metodologia) nada mais é do que uma tentativa de justapor critérios mínimos de sindicabilidade às possíveis arbitrariedades estatais praticadas pelo julgador, afastando-se condutas procedimentais de exceção – como inadmissão injustificada de meios de prova – num contexto de valoração do homem e do estabelecimento de direitos e garantias reunidos na teoria moderna da dignidade da pessoa humana.

A propósito, a elevação do homem ao grau máximo de proteção nos Estados de Direito exige a (con)formação de regras predeterminadas como um conjunto mínimo de direitos (grau elevado de proteção), para que, em sede de exceção à regra, restem afastadas liberdades públicas fundamentais (vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança).

A teoria do Direito e sua ciência, embasadas na formulação de dúvidas, hipóteses e com a extração de evidências que colmatam determinada reivindicação, formulam por meio de métodos jurídicos a reunião de princípios mínimos inderrogáveis (ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, entre outros), em realização do corolário universal do devido processo legal substantivo.

Sem prejuízo, o devido processo legal adjetivo (processual) busca, cada vez mais, mecanismos de aplicação dos direitos materiais. A uma, pois exprimem a garantia da sociedade em face das arbitrariedades do agente estatal ou de eventuais práticas espúrias em seu desfavor. A duas, pois foram estatuídos como grau de credibilidade da comunidade em que são aplicados, para solução de suas próprias controvérsias. A três, pois as premissas legais predeterminadas e expressas em ritos próprios afastam “a surpresa” em atentados à dignidade do próprio homem. A quatro, pois a paridade de armas disponíveis às partes coloca os litigantes em posição de igualdade processual. A cinco, pois pressupõe a solução do litígio por organismo dotado de imparcialidade. A seis, pois deve fixar critérios de (con)formação do convencimento do julgador (criteriologia mínima), com livre apreciação das provas produzidas por qualquer meio admitido em Direito, de modo a conduzir o conformismo das partes como meio de pacificação social das controvérsias pela heterocomposição estatal. A sete, pois pode ser revista, por inconformismo de uma ou das partes litigantes em instância revisora, também obrigada à observância de regras intrínsecas e extrínsecas do devido processo legal (formal e material).

Assim, sobreleva-se a ideia de que, para haver sindicabilidade dos atos e decisões praticadas pelo julgador de contas, deve a decisão judicial que aprecia e põe a termo o litígio entre as partes (cognição exauriente) ser dotada de critérios mínimos para demonstração de todas as circunstâncias que levaram à procedência ou improcedência dos pedidos ou à aplicação das sanções decorrentes da lei, devendo ser extraídos em analogia das ciências em geral na (re)criação da verdade histórica (material), passível de verificabilidade credível em demonstração inequívoca de uma existência de uma criteriologia mínima levada a cabo em sua construção racional.

A fundamentação de fato surge como indispensável método de demonstração do convencimento motivado do julgador, sem tolhê-lo do arbítrio (liberdade de apreciação das provas), mas suplantando a ideia de soberania absoluta da vontade do magistrado de contas, inadmitindo alta carga de subjetividade enquanto tal (Del Rey), passível de erros e acertos, a pôr em risco a segurança jurídica que se extrai dos feitos de contas públicas.

Desta feita, a dissecação de tais elementos factuais em sede de cognição exauriente (sentença estatal heterocompositiva) deve ser suficientemente capaz de criar um ambiente de conformação do cidadão em relação ao julgado condenatório oponível contra si (sancionatório ou ressarcitório).

Deve ser dotada de possibilidade de revisão do julgado noutras instâncias superiores ou de controle externo (sindicabilidade), reafirmando e sobrelevando o devido processo legal como garantia de todo cidadão no Estado Democrático de Direito, sem não antes, no curso procedimental do processo de contas,

facultar-lhe o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório por todos os meios de prova admitidos em direito, em especial a prova oral (testemunhal, depoimento pessoal, interrogatório, confissão) e pericial.

Sem tudo isso, estaremos sujeitos à (re)criação da uma verdade formal descolada da verdade histórica (processual), esta última, imprescindível, tanto quanto mais próxima da reconstrução da verdade material imponente aos feitos de contas de natureza condenatória – sancionatório ou ressarcitório – imposta aos cidadãos (jurisdicionados), a emprestar uma pecha às cortes de contas brasileiras de violação massiva de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR E SILVA, Joana. *Para uma teoria hermenêutica da Justiça: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*. Coimbra: Almedina, 2011.

BAUMGARTEN, Maíra. *Habermas e a emancipação rumo à democracia discursiva?* [em linha]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul [citado em 18 de fevereiro de 2022]. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cedcis/habermas.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 5 de outubro de 1988.

BRECHT, Bertolt. *Vida de Galileu*. Tradução portuguesa, in "Teatro V". Lisboa: Portugal Editora, 1970.

CABRITA, Helena. *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015.

CARMO, Rui do (Coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CONCINA, Daniel. *Historia Del Probabilismo y Rigorismo*. *Dissertaciones theologicas, Morales, y criticas, em que se explican, y defienden de las sutilezas de los modernos probabilistas los principios fundamentales de La Theologia Christiana, dividida em dois volumes, traduzida ao idioma castelhano por D. Joseph Sánchez de La Parra*. Terceira impressão. Madrid, oficina da viúva de Manuel Fernández, 1773, p. 9. Apud LLAMOSAS, Esteban F. *Un teólogo al servicio de la Corona: Las ideas de Daniel Concina em la Córdoba, del siglo XVIII* [em linha]. Logroño: Universidad de La Rioja. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2388788.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2022.

CORTÊS, António. *Jurisprudência dos princípios*. Coimbra: Universidade Católica Editora, 2010.

COZIC, M. *Confirmation et induction*. *Précis de Philosophie des Sciences*. BARBEROUSSE, Anouk et al. Paris: Vuibert, 2011. p. 62-99.

DESCARTES, René. *Teoria do conhecimento*. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <http://teoriadoconhecimentoii.blogspot.com.br/2010/04/rene-descartes-e-o-discurso-do-metodo.html>. Acesso em: 18 fev. 2022.

DIAS, Marta João. *A fundamentação do juízo probatório: breves considerações*. *Julgar, Coimbra*, n. 13. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/175-199-Fundamentação-ju%C3%ADzo-probatório.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

FERREIRA, Adelino. *Kant e a revolução copernicana do conhecimento: uma introdução*. São João del-Rei: Universidade Federal de São João del-Rei. Disponível em: http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/existenciaearte/Kant_e_a_Revolucao_Copernicana_do_Conhecimento_-_uma_Introducao.pdf. Acesso em 18 fev. 2022.

HAACK, Susan. *Legal Probabilism: An Epistemological Dissent, Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 47-77.

HACKING, Ian. *The Emergence of Probability*. Cambridge: Cambridge University, 1975.



- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência jurídica. 3. ed. reimp. Lisboa: Edições Gulbenkian, 2009.
- MARQUES, J. P. *Remédio: acção declarativa à luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editores, 2007.
- MOURAZ Lopes, José. A fundamentação da sentença no sistema penal português. Coimbra: Almedina, 2011.
- NIETO, Alejandro: *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.
- NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS. Lei n. 41, de 26 de junho de 2013.
- NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015.
- PEDRO HABA, Enrique. *Metodologia Jurídica Irreverente*. Madri: Dykinson, 2006.
- PHILLIPS, Denis Charles. *Philosophy, Science and Social Inquiry: Contemporary Methodological Controversies in Social Science and Related Applied Fields of Research* [em linha]. Oxônia: Pergamon Press, 1987. Disponível em:
- REGNER, Anna C. K. P. *Epistème: Filosofia e História das Ciências em Revista*, Porto Alegre, Universidade do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 2, 1996.
- RODRIGUES, Lucas de Oliveira. Positivismo. *Brasil Escola*. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/positivismo.htm>. Acesso em: 18 fev. 2022.
- RUSSEL, Bertrand. Human Knowledge, Its Scope and Limits. New York: Simon and Schuster, 1948, p. 381. Apud HAACK, Susan. *Legal Probabilism: An Epistemological Dissent*. Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law. New York: Cambridge University Press, 2014.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. *Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo. Disponível em: http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_eduardo_saad_diniz.pdf. Acesso em 18 fev. 2022.
- SCHMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz. *O pensamento epistemológico de Karl Popper*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/ConTexto/article/viewFile/11236/6639>. Acesso em: 18 fev. 2022.

