

# **PRESUNÇÃO E VERDADE: REFLEXÕES JURÍDICAS E EPISTEMOLÓGICAS AO ÔNUS DA PROVA NOS PROCESSOS DE CONTAS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO<sup>1</sup>**

***PRESUMPTION AND TRUTH: LEGAL AND EPISTEMOLOGICAL REFLECTIONS ON THE BURDEN OF PROOF IN ACCOUNTS PROCESSES BEFORE THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS***

***PRESUPUESTO Y VERDAD: REFLEXIONES JURÍDICAS Y EPISTEMOLÓGICAS A LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE CUENTAS ANTE EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN***

*Rômulo Guilherme Leitão<sup>2</sup>*

*Renan Saldanha de Paula Lima<sup>3</sup>*

**ÁREA(S) DO DIREITO:** Direito Administrativo. Direito Constitucional. Epistemologia Jurídica.

## **Resumo**

Este trabalho tem como propósito analisar a viabilidade jurídica e epistemológica do uso da presunção como argumento central na aplicação de sanções pelo Tribunal de Contas da União. Inicia-se o artigo com uma abordagem da dimensão epistêmica dos processos de contas, que funciona como instrumento de conhecimento da gestão pública, apresentando suas principais peculiaridades enquanto processo administrativo com repercussão possivelmente sancionatória. Em seguida, será analisada a validade epistemológica do recurso à presunção como argumento construído e decisivo no processo. Ao fim, será discutida a racionalidade jurídica e epistemológica da aplicação de sanções pelo Tribunal de Contas da União nos processos de contas, levando-se em consideração a quem a ordem jurídica brasileira incumbe o ônus de provar o bom e regular gerenciamento de recursos públicos. Para a elaboração do presente trabalho utilizou-se uma metodologia descritiva, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, baseada em obras acadêmicas, artigos especializados no tema e acórdãos exarados pelo Tribunal de Contas da União. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e explicativa.

**Palavras-chave:** Presunção. Ônus da Prova. Processo de Contas.

## **Abstract**

*The purpose of this paper is to analyze the juridical and epistemological feasibility of the use of presumption as the central argument in the application of sanctions by the Federal Court of Accounts. The article begins with an approach of the epistemic dimension of accounts processes, which functions as an instrument of knowledge of public management, presenting its main peculiarities as an administrative process with possible sanctioning repercussions. Next, the epistemological validity of the use of presumption as a constructed and decisive*

<sup>1</sup> Recebido em 03 de fevereiro de 2018. Aceito para publicação em 02 de abril de 2018.

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Pós-doutor em Ciência Política pela *Boston University*. Professor da Universidade de Fortaleza. E-mail: romuloleitao@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

*argument in the process will be analyzed. Finally, the juridical and epistemological rationality of the application of sanctions by the Federal Court of Accounts in the accounts processes will be discussed, taking into consideration to whom the Brazilian legal order requires proof of the good and regular management of public resources. For the elaboration of the present paper, a descriptive methodology was developed by means of bibliographic research, based on academic works, articles specialized in the subject and judgments from the Federal Court of Accounts. As regards the objectives, the research is descriptive and explanatory.*

**Keywords:** *Presumption. Burden of Proof. Accounts Process.*

## **Resumen**

*Este trabajo tiene como propósito analizar la viabilidad jurídica y epistemológica del uso de la presunción como argumento central en la aplicación de sanciones por el Tribunal de Cuentas de la Unión. Se inicia el artículo con un enfoque de la dimensión epistémica de los procesos de cuentas, que funciona como instrumento de conocimiento de la gestión pública, presentando sus principales peculiaridades como proceso administrativo con repercusión posiblemente sancionadora. A continuación, se analizará la validez epistemológica del recurso a la presunción como argumento construido y decisivo en el proceso. Al final, se discutirá la racionalidad jurídica y epistemológica de la aplicación de sanciones por el Tribunal de Cuentas de la Unión en los procesos de cuentas, teniendo en cuenta a quien el orden jurídico brasileño incumbe la carga de probar lo bueno y regular la gestión de recursos públicos. Para la elaboración del presente trabajo se utilizó una metodología descriptiva, desarrollada por medio de investigación bibliográfica, basada en obras académicas, artículos especializados en el tema y sentencias consignadas por el Tribunal de Cuentas de la Unión. En cuanto a los objetivos, la investigación es descriptiva y explicativa.*

**Palabras clave:** *Presunción. Carga de la prueba. Proceso de cuentas.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A dimensão epistêmica dos processos de contas: entre a busca pela verdade e o dever do Tribunal de Contas da União de decidir com base nas provas produzidas nos autos. 3. A presunção enquanto argumento epistemologicamente válido à construção de uma decisão no processo. 4. O ônus da prova nos processos de contas e a validade argumentativa da presunção na aplicação de sanções pelo Tribunal de Contas da União. 5. Conclusões. 6. Referências.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The epistemic dimension of the accounts processes: between the search for the truth and the duty of the Federal Court of Accounts to decide based on the evidence produced in the file. 3. The presumption as epistemologically valid argument for the construction of a decision in the process. 4. The burden of proof in the accounts processes and the argumentative validity of the presumption in the application of sanctions by the Federal Court of Accounts. 5. Conclusions. 6. References.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La dimensión epistémica de los procesos de cuentas: entre la búsqueda de la verdad y el deber del Tribunal de Cuentas de la Unión de decidir sobre la base de las pruebas producidas en los autos. 3. La presunción como argumento epistemológicamente válido para la construcción de una decisión en el procedimiento. 4. La carga de la prueba en los procesos de cuentas y la validez argumentativa de la presunción en la aplicación de sanciones por el Tribunal de Cuentas de la Unión. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

## **1. INTRODUÇÃO**

Poucas instituições possuem um papel tão importante à democracia quanto as criadas para exercer o controle da gestão do dinheiro público, cuja aplicação é

vinculada à satisfação dos fins constitucionalmente perseguidos pelo Estado.

Ciente da relevância que o controle externo da Administração Pública desempenhou ao longo da história do país, o poder constituinte de 1987 aprimorou o sistema de fiscalização sobre a ação dos gerenciadores de recursos públicos, colocando à disposição do Tribunal de Contas da União instrumentos não contemplados anteriormente entre as suas competências, como a imposição direta de sanções aos responsáveis por irregularidades administrativas e financeiras, consoante a norma prevista no artigo 71, inciso VIII, da Constituição de 1988.

A contextualização dessa nova competência no exercício do poder punitivo estatal, aplicada com proeminência no âmbito dos chamados “processos de contas”, tem conduzido doutrina e jurisprudência à defesa de um dever de verificação e fundamentação cada vez mais rigoroso em torno da culpabilidade do agente responsável pelo gerenciamento do dinheiro público, ganhando destaque como instrumento hábil ao controle das decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União o devido processo legal e suas garantias correlatas, aplicáveis aos processos administrativos.

Por outro lado, até os dias atuais, a exigência constitucional de fundamentação que cerca a jurisdição administrativa exercida pela referida instituição tem sido estudada e desenvolvida essencialmente no campo da interpretação e aplicação das normas jurídicas aos casos sob sua análise, não conferindo maior atenção ao *cognitivismo processual* exigido à determinação concreta da irregularidade técnico-administrativa que se pretende punir em cada caso. Embora os principais teóricos sobre o tema defendam que os processos de contas sejam orientados pela chamada “busca da verdade material”, nenhum deles parece ter se dedicado ao estudo da validade epistemológica das decisões prolatadas por tal órgão no desempenho de sua função controladora.

Não é incomum, ademais, que o Tribunal de Contas da União recorra à presunção como argumento determinante na aplicação de sanções aos responsáveis pelo gerenciamento de recursos públicos, diante da sua dificuldade em alcançar a realidade fática nos processos de sua competência, o que tem sido objeto de questionamento pelos jurisdicionados do órgão, normalmente fundamentado na premissa de que o exercício do poder punitivo do Estado pressupõe um juízo de convicção assentado em provas robustas, e não em presunções.

Como a doutrina especializada não tem enfrentado a questão sob a perspectiva da epistemologia jurídica, tampouco analisado de maneira específica as

bases constitucionais do encargo probatório nos processos de contas, este trabalho tem como propósito contribuir com o debate, por meio da investigação da validade jurídica e epistemológica do uso da presunção enquanto argumento na aplicação de sanções às irregularidades apuradas pelo Tribunal de Contas da União.

Para alcançar esse desiderato, analisa-se, em um primeiro momento, a existência de uma dimensão epistêmica nos processos de contas, enquanto processo administrativo com repercussão possivelmente sancionatória. Em seguida, será discutido o campo epistemológico de validade da presunção, bem como a sua relação com o ônus da prova em um processo. Por fim, no que vem a ser o objeto principal deste estudo, será debatido a quem pertence o ônus da prova em torno do gerenciamento de recursos públicos, confrontando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União com a legislação brasileira e decisões do Supremo Tribunal Federal, para que se possa chegar a uma conclusão satisfatória acerca da viabilidade jurídica e epistemológica do recurso à presunção enquanto argumento central na aplicação de sanções pelo órgão.

## **2. A DIMENSÃO EPISTÊMICA DOS PROCESSOS DE CONTAS: ENTRE A BUSCA PELA VERDADE E O DEVER DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE DECIDIR COM BASE NAS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS**

A jurisdição administrativa exercida pelo Tribunal de Contas da União<sup>4</sup> manifesta-se por meio de suas decisões, que são antecedidas por um processo, compreendido pelo artigo 2º, inciso XVI, da Resolução nº 259/2014 do referido órgão, como o conjunto de peças que documentam o exercício da atividade do Tribunal.

É o processo, de natureza administrativa, que viabiliza a atuação do Tribunal de Contas da União e permite aos interessados que influam diretamente na decisão tomada por seus agentes públicos<sup>5</sup>. Para Benjamin Zymler (2015:229), o processo

---

<sup>4</sup> A despeito das diversas classificações doutrinárias em torno das funções exercidas pelos tribunais de contas, adota-se neste trabalho o termo “jurisdição administrativa” em acolhimento às quatro atividades que lhes são atribuídas por Hely Lopes Meirelles (2009:714), considerando ser esta a função constitucionalmente incumbida ao Tribunal de Contas da União no julgamento das contas prestadas pelos administradores públicos, pelo menos em “sentido material”, para usar a expressão de Ricardo Lobo Torres (2007:209). Jurisdição é, inclusive, o termo adotado pelo próprio Tribunal de Contas da União nos artigos 4º e 5º de seu Regimento Interno.

<sup>5</sup> De acordo com Ricardo Marcondes Martins (2015:309), “o processo administrativo tem dois escopos básicos: possibilitar o exercício da função administrativa e garantir o direito de participação ao administrado”.

administrativo atua como meio para ultimação dos atos administrativos praticados pelo Tribunal de Contas da União, notadamente quando julga as contas de administradores públicos, fiscaliza a aplicação dos recursos públicos ou aprecia, para fins de registro, a legalidade de atos de admissão e as concessões de aposentadoria.

Embora existam classificações diversificadas para os processos que tramitam perante o Tribunal de Contas da União, de acordo com o exercício específico de cada competência que lhe foi atribuída pelo texto constitucional<sup>6</sup>, importa a este trabalho analisar tão somente uma parcela dos critérios de julgamento utilizada nos chamados “processos de contas”, que, em linhas gerais, são definidos pelo artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Instrução Normativa nº 63/2010-TCU como o “processo de trabalho do controle externo” destinado à avaliação do desempenho e julgamento da conformidade legal da gestão dos administradores públicos, a partir da análise de documentos, informações e demais demonstrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, colhidos direta ou indiretamente pelo órgão.

Com conteúdo distribuído em dispositivos variados na legislação sobre finanças públicas<sup>7</sup>, a procedimentalização do processo de contas tem permitido um exercício eficiente da competência estabelecida no artigo 71, inciso II, da Constituição Federal<sup>8</sup> e harmonizado a jurisdição administrativa do referido órgão com o respeito a garantias como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, igualmente incidentes no processo administrativo<sup>9</sup>, em especial por ser, no julgamento das contas apresentadas pelos gestores de dinheiro público, que o

---

<sup>6</sup> De acordo com Luiz Henrique Lima (2015:226), a legislação de regência do Tribunal de Contas da União divide os processos que ali tramitam em: processos de contas; processos de fiscalização; processos de admissão, concessão de aposentadorias, reformas e pensões; processos de denúncia; processos de consulta; processos relativos a solicitações do Congresso Nacional; e processos de representação.

<sup>7</sup> Entre as mais relevantes normas que disciplinam os processos de contas estão a Lei nº 4.320/1964, a Lei Complementar nº 101/2000 e a legislação de regência do próprio Tribunal de Contas da União, incluindo sua lei orgânica, regimento interno e a Instrução Normativa nº 63/2010.

<sup>8</sup> O artigo 71 da Constituição de 1988 estabelece que o controle externo, de titularidade do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, de acordo com o seu inciso II, “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

<sup>9</sup> No exercício de seu controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, por ocasião do julgamento do AI/AgR 241.201-SC, de relatoria do ministro Celso de Mello, que, em processo administrativo, deve ser fielmente observado não só o contraditório e a ampla defesa, mas também o devido processo legal.

referido órgão normalmente desempenha sua competência sancionatória.

De acordo com o artigo 16, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a análise dessas contas tem como resultado o seu julgamento em “regulares”, “regulares com ressalva” ou “irregulares”. A primeira hipótese ocorre diante da demonstração de que os atos de gestão dos responsáveis guardam exatidão com os demonstrativos contábeis, adequando-se, ainda, aos padrões de legalidade, legitimidade e economicidade que regem a atuação administrativa. As ressalvas, por sua vez, indicam impropriedades ou falhas de cunho meramente formal na apresentação das contas, que não acarretam prejuízo ao erário. E a irregularidade das contas decorre, a seu turno, da omissão no dever de prestar contas; da verificação da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou de infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; de dano ao erário decorrente de ato ilegítimo ou antieconômico; ou do desfalque de bens, dinheiros ou valores públicos, bem como da reincidência no descumprimento de determinações feitas pelo próprio Tribunal.

Por atuar como instrumento de análise da gestão pública e permitir a responsabilização dos ordenadores de despesa<sup>10</sup> em processo de natureza administrativa, a doutrina brasileira defende, sem maior teorização, que o processo de contas orienta-se pelo “princípio da verdade material”, o que implica dizer que a autoridade julgadora não deve ficar adstrita às provas produzidas nos autos, tampouco está obrigada a restringir sua análise ao que foi alegado pelo responsável ou interessado no processo<sup>11</sup>, podendo colher todo elemento de prova que julgar necessário à formação de seu convencimento antes de prolatar uma decisão acerca da (ir)regularidade administrativa ou financeira eventualmente verificável no comportamento adotado pelo gestor de recursos públicos (PELEGRINI, 2014:178).

---

<sup>10</sup> O artigo 80 do Decreto-Lei nº 200/67 define o ordenador de despesa como “toda e qualquer autoridade de cujos atos resultem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio de recursos”.

<sup>11</sup> O artigo 5º, inciso I, da LOTCU estabelece o responsável como “qualquer pessoa física, órgão dos poderes da União ou entidade da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assuma obrigações de natureza pecuniária”. A Resolução nº 36/1995, do mesmo órgão, estabelece como responsável também quem quer que tenha dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Desse modo, no processo de contas, responsável é o sujeito incumbido do dever de prestar contas de seus atos de gestão perante o órgão de controle externo, conforme ratificado pelo artigo 144, §1º, do RITCU. Interessado, por sua vez, em conformidade com o que reza o §2º do mesmo dispositivo, é aquele que, “em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo”, incluindo a possibilidade de ter direito subjetivo próprio prejudicado pela decisão a ser prolatada pelo Tribunal (Resolução nº 36/1995).

Esse posicionamento é ratificado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2015: 78), para quem o “princípio da verdade real”, compreendido pela verdade provada por qualquer meio e a qualquer tempo, constitui característica fundamental dos processos de contas, pois o resultado do gerenciamento de dinheiro público é de interesse geral, diferentemente do que ocorre no processo civil, informado pelo “princípio da verdade formal”, no qual o julgador deve considerar apenas o que foi trazido aos autos no momento oportuno e em estrito respeito às formalidades pertinentes, considerando o interesse predominantemente privado na solução do conflito<sup>12</sup>.

Para a epistemologia jurídica, no entanto, essa distinção não faz sentido. Isso porque o processo, independentemente de sua natureza, tem como propósito alcançar a verdade sobre os fatos objeto da controvérsia instaurada, cuja limitação em seu alcance tende a variar tão somente pelas regras de direito processual envolvidas em sua apuração. Por essa razão, a distinção entre “verdade formal” e “verdade material” não passaria de uma ficção jurídica que tem por finalidade escapar das dificuldades epistemológicas que precisam ser enfrentadas em qualquer processo. Sobre o tema, adverte Michele Taruffo (2005:25):

El hecho es que la distinción entre verdad formal y material deja sin definir la última de ellas, identificada únicamente por oposición con la verdad formal, que se considera la típica del proceso. Cuando se elimina o supera esta distinción y, precisamente, se piensa que de alguna forma y en alguna medida el proceso y las pruebas tienen que ver con la denominada verdad material, se presenta el problema de determinar qué es esa verdad. Esto es, se produce la remisión inmediata e inevitable, que ya se ha mencionado, a la dimensión extraprocesal y extrajurídica del problema de la verdad. En otros términos: el jurista ya no consigue establecer qué es la verdad de los hechos en el proceso, y para qué sirven las pruebas, sin afrontar elecciones filosóficas y epistemológicas de orden más general. La expresión verdad material, y las otras expresiones sinónimas, resultan etiquetas sin significado si no se vinculan al problema general de la verdad<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Benjamin Zymler (2015:243) se posiciona no mesmo sentido, asseverando que, “ao contrário dos processos jurisdicionais, em que o princípio da verdade dos autos predomina, o processo administrativo deve ser informado pelo princípio da verdade material, pelo simples fato de que os direitos em jogo são sempre de ordem pública e a atividade processual das partes, no sentido de produzir provas, é meramente subsidiária”.

<sup>13</sup> “O fato é que a distinção entre a verdade formal e a verdade material deixa indefinido o último deles, identificado apenas pela oposição à verdade formal, que é considerada típica do processo. Quando essa distinção é eliminada ou superada e, precisamente, pensa-se que, de alguma forma e até certo ponto, o processo e os testes têm a ver com a chamada verdade material, o problema de determinar o que é essa verdade se apresenta. Ou seja, há uma remissão imediata e inevitável, que já foi mencionada, para a dimensão extraprocessual e extrajurídica do problema da verdade. Em outros termos: o jurista já não consegue estabelecer qual é a verdade dos fatos no processo, e para o que são os testes, sem enfrentar escolhas filosóficas e epistemológicas de natureza mais geral. A expressão verdade material, e as outras expressões sinónimas, são rótulos sem significado se não estiverem ligados ao problema geral da verdade” [tradução livre].

De qualquer modo, a orientação doutrinária em relação à aplicação da chamada “busca pela verdade material” nos processos de contas, acolhida pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, reforça pelo menos uma certeza: a preocupação por parte dos estudiosos do tema com o que o próprio Taruffo (2012:160) classifica como *dimensão epistêmica do processo*, que consiste em compreendê-lo “como um modelo epistemológico de conhecimento dos fatos com base nas provas”.

Para o processualista italiano (2012:160-162), embora a descoberta da verdade seja um fim essencial de todo processo, bem como uma condição necessária à justiça da decisão, esse não é o seu único objetivo, por abranger também outras ideologias, como determinadas escolhas econômicas, interesses sociais e inclusive a liberdade dos indivíduos, sem olvidar também a própria autoridade do Estado em conferir uma resposta célere às demandas da sociedade, de modo que o grande problema filosófico a ser resolvido em relação à função epistemológica do processo estaria na solução do conflito existente entre as regras probatórias epistêmicas e as “contraepistêmicas”, para que se possa identificar até que ponto a exigência de apurar a verdade pode vir a ser justificadamente mitigada pela tutela de valores não epistêmicos que lhe contrastem. É aí que o método de produção e utilização das provas processuais, disciplinado pela ordem jurídica, assume relevância. Para Michele Taruffo (2012:164-165), deve-se entender por prova “todo e qualquer gênero de dados cognoscitivos, de procedimento ou de meio que produz informações passíveis de utilização para apuração da verdade dos fatos”.

Trazendo essa dimensão aos processos de contas, a exclusão de provas solicitadas pela defesa com fundamento tão somente na ausência de previsão específica consentindo o seu uso deve ser considerada inadmissível sob a perspectiva do processo enquanto instrumento epistemológico destinado ao conhecimento dos fatos<sup>14</sup>. E o raciocínio que fundamenta essa conclusão é lógico: se o que se busca no processo de contas é apurar a verdade em torno de atos

---

<sup>14</sup> Paulo Issamu Nagao (2016:283-284) anota que “o direito à prova é consagração de um postulado da cláusula constitucional do devido processo legal em seu desdobramento nos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois é ínsita na garantia de acesso à justiça a ideia de oportunidade a que assiste a parte de demonstrar a veracidade de suas alegações concernentes aos fatos relevantes para o julgamento da causa, representando vital importância para o provimento jurisdicional”.

administrativos e despesas realizadas pelo gerenciador de recursos públicos, a utilização de todas as informações úteis a esse escopo se revela absolutamente imprescindível<sup>15</sup>. Talvez por isso o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União confira, em seu artigo 162, §2º, liberdade ao relator do processo para negar a juntada aos autos apenas de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias<sup>16</sup>.

Essa ideia parece aproximar-se ainda mais da dimensão epistêmica que envolve o processo administrativo nos tribunais de contas, levando-se em consideração os sujeitos que o integram. Não havendo partes em litígio, os tribunais de contas não encontram o mesmo grau de dificuldade epistemológica que o poder judiciário se depara na dialética litigiosa própria do processo civil, inerente ao *adversarial system of litigation*, no qual as partes e seus defensores têm por objetivo exclusivamente vencer a demanda (TARUFFO, 2012, p. 184). Desse modo, a ampla utilização do poder instrutório do Tribunal de Contas da União não esbarra nem mesmo na desconfiança de parcialidade da decisão em suposto favor do responsável ou interessado, já que, em tese, o que se busca é a apuração dos fatos em favor da sociedade e como pressuposto à aplicação de sanções ao gerenciador de recursos públicos, caso tenha ele incorrido em irregularidade.

Por outro lado, como o processo de contas possui essa repercussão sancionatória, não se pode olvidar que em sua tramitação operam, na prática, sujeitos que perseguem interesses distintos. Enquanto o Tribunal de Contas da União busca alcançar a realidade dos fatos submetidos à sua apreciação, o gestor cujas contas estão sendo analisadas busca defender-se das irregularidades que lhe estejam porventura sendo imputadas, de modo que o seu objetivo central consiste no prevailecimento da tese invocada por sua defesa, independente dela contribuir – ou não – com a descoberta da verdade. Portanto, em um modelo epistêmico ideal de processo no Tribunal de Contas da União, competiria às autoridades administrativas, especialmente aos seus Ministros, perseguir de modo desinteressado a busca pela realidade fática, possível mediante suas respectivas atuações, não só para efetuar a

---

<sup>15</sup> Para o processualista italiano, essa compreensão se materializa pelo que chama de *princípio da relevância*, “segundo o qual todas as provas potencialmente úteis à apuração da verdade dos fatos deveriam ser admitidas em juízo”. Anota Taruffo (2012:167-168) que, ao contrário do que se imagina, tal princípio possui uma função muito mais epistêmica do que de economia processual, pois a relevância de uma prova não se mede por grau, mas sim por ser relevante ou não à conclusão sobre a veracidade de uma afirmação, de modo que sua exclusão só poderia ser admitida quando se revelasse manifestamente redundante ao convencimento já consolidado do julgador.

<sup>16</sup> O dispositivo estabelece que “o relator, em decisão fundamentada, negará a juntada de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”.

correção epistêmica da produção probatória solicitada pelo responsável, mas também para produzir diretamente as provas que considerar relevantes à apuração dos fatos, o que significa que a busca da verdade será tanto maior quanto for maximizado o direito do responsável a produzir provas, concomitante ao poder instrutório autônomo que deve ser conferido ao juiz administrativo (TARUFFO, 2012:201-202).

Associada a valores como a indisponibilidade do interesse público e o formalismo moderado, essa ideia já vem sendo captada pela doutrina administrativista e implementada pelo próprio Tribunal de Contas da União para o alcance da verdade no processo de contas, inclusive pela defesa de que seja concedida uma “razoável dilação do momento da prova” ao responsável, até mesmo para a veiculação de fatos novos durante a fase recursal (JACOBY FERNANDES, 2015:79)<sup>17</sup>, o que parece favorecer a própria aplicação adequada do direito, por conferir maior efetividade ao dever constitucional de fundamentação exigido às decisões e atos administrativos, já que o processo de assimilação da realidade fática antecede ao próprio processo de interpretação-aplicação da norma jurídica a cada caso<sup>18</sup>. Como anota Frederick Schauer (2009:205), “*making factual determinations is a central part of reasoning and argument at all stages of the legal system*”<sup>19</sup>.

A busca por um processo administrativo com formalismo flexibilizado para o alcance da verdade converge também com a epistemologia garantista teorizada por Luigi Ferrajoli no campo do direito penal e processual penal, os quais se relacionam com o regime jurídico-administrativo em seu viés punitivo, pela compreensão de que o direito sancionador é um só. Apesar da inexistência, no Brasil, de um quadro normativo que estabeleça diretrizes à aplicação de sanções pela administração pública, a doutrina tem se preocupado em identificar o que deve estruturar o regime

---

<sup>17</sup> Para Benjamim Zymler (2012:243), o formalismo moderado não passa de um corolário da verdade material, pois a sua obtenção pressupõe a desconsideração de aspectos formais ligados à produção dos atos processuais. Por essa razão, defende que toda informação relevante ao alcance da verdade seja examinada pelo administrador, ainda que produzida a destempo, o que significa que os prazos não poderão ter, via de regra, caráter peremptório. De acordo com o autor, o afrouxamento das formas não significa ausência de balizamento para condução dos processos, em absoluto, apenas evita que elas sejam compreendidas como um fim em si mesmo, e não como um meio para a consecução da atividade administrativa.

<sup>18</sup> Adota-se, neste trabalho, a compreensão de que interpretação e aplicação do direito importam em um só ato, não se realizando de maneira autônoma. Eros Grau (2013:47) anota o porquê da característica unitária desse processo: “A interpretação do direito consiste em concretar a lei cada caso, isto é, na sua aplicação. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação”.

<sup>19</sup> “Fazer determinações factuais é parte central do raciocínio e da argumentação em todas as fases do sistema jurídico” [tradução livre].

jurídico-administrativo em seu viés sancionador, socorrendo-se, por vezes, de referências no direito constitucional europeu para o suprimento dessa lacuna, que tem como exemplo as remissões do Tribunal Supremo da Espanha comentadas por juristas como García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, no sentido de que a aplicação dos princípios gerais do direito penal à sanção administrativa tem por premissa a compreensão de que ambos constituem manifestação do ordenamento punitivo do Estado (PELEGRINI, 2014:145-150). Com base nesse mesmo raciocínio, Edilson Pereira Nobre Júnior (2000:128-130) agrupa entre os “princípios” norteadores das atribuições punitivas da Administração a legalidade, tipicidade, culpabilidade, proporcionalidade, retroatividade da norma favorável, *non bis in idem* e *non reformatio in pejus*<sup>20</sup>.

O raciocínio de que o regime protetivo do direito penal influencia diretamente a aplicação das sanções administrativas, enquanto manifestação do poder sancionatório do Estado, parece irretocável, desde que não se olvide que cada um possui um conjunto de regras e princípios peculiares, que podem até se comunicar, em decorrência da natureza punitiva da resposta institucional do Estado às infrações em julgamento, mas não chegam a confundir sua respectiva natureza ou os procedimentos a que estão submetidas. Para este trabalho, é suficiente, entretanto, compreender que os processos de contas, enquanto modelo de processo administrativo punitivo, tem por influência do direito penal e processual penal não só o direito de defesa em sua plenitude, mas também a busca pela verdade com menor apego à forma como condição para aferição da culpabilidade do responsável em torno de irregularidades eventualmente verificadas no gerenciamento de dinheiro público<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Embora o Supremo Tribunal Federal tenha firmado posicionamento, nos autos do Recurso Extraordinário nº 610.221, com repercussão geral reconhecida, de relatoria da então ministra Ellen Gracie, no sentido de que o preceito de “*non reformatio in pejus*” não se aplica aos processos administrativos em decorrência do poder de autotutela da administração, o que é ratificado pelo disposto no artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2016:514) também tem defendido que os tribunais de contas o acolham nos processos de sua jurisdição, pelo menos em relação à aplicação de sanção mais grave sobre os fatos já analisados pelo órgão de controle, apesar de ressaltar a inexistência de nulidade de uma atuação em sentido contrário.

<sup>21</sup> Mesmo sob a ótica estrita do direito administrativo, as sanções imputadas pelo Tribunal de Contas da União nos processos de contas também não deixam de ser um ato jurídico-administrativo, que tem no motivo um elemento sem o qual sua validade resta comprometida. Não é por outra razão que Carlos Ari Sunfeld (1987:99) enfatiza que “a legalidade do ato sancionador pressupõe a anterior ocorrência do motivo, sem o qual não se abre a possibilidade de sancionar”. A identificação concreta do motivo, mediante a observância do devido processo legal, atua, portanto, como garantia constitucional da validade da competência sancionatória exercida pelo Tribunal de Contas da União,

Para Ferrajoli (2014:40), um dos elementos de sua epistemologia, muito descuidado pelos magistrados, mas que atua como condição de efetividade da própria juridicidade de suas decisões, é exatamente o *cognitivismo processual* exigido à determinação concreta do desvio comportamental punível. De acordo com o filósofo italiano (2014:46), a epistemologia garantista tem por finalidade afastar, das instituições processuais punitivas, o que chama de *decisionismo*, compreendido como a ausência de referências fáticas determinadas com maior exatidão pela autoridade julgadora, e que, portanto, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas do que de provas concretas do fato submetido à sua apreciação. Explica Ferrajoli (2014: 47) que, se a jurisdição for compreendida como procedimento de comprovação dos pressupostos de uma punição, passível de expressão por meio de assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, qualquer atuação estatal alheia a esse modelo não pode ser concebida como jurisdição. Implica dizer, no caso dos tribunais de contas, que a jurisdição administrativa exercida pelos órgãos de controle externo na aplicação de sanções pressupõe um grau de fundamentação vinculado a uma justificação racional da correlação existente entre os fatos examinados e a punição das irregularidades eventualmente verificadas.

Por outro lado, sem olvidar que o modelo de perfeita correspondência entre previsões legais e fatos concretos para uma aplicação mecânica da lei constitui verdadeira ingenuidade filosófica<sup>22</sup>, já que o próprio alcance da verdade pelo homem será sempre imperfeito e não se considera viável nem mesmo em teorias científicas, Ferrajoli (2014:53) esclarece que essa busca deve servir muito mais como um ideal não plenamente alcançável, mas do qual se pretende aproximar ao máximo, a ponto de ser possível verificar, em uma decisão, o grau de satisfatividade do cognitivismo processual atingido como pressuposto à aplicação de uma penalidade<sup>23</sup>. É com base nessa perspectiva epistemológica que o único significado possível de verdade

---

o que justifica que seu processamento seja igualmente compreendido como um modelo epistemológico de conhecimento dos fatos por meio das provas.

<sup>22</sup> No mesmo sentido se posiciona Cândido Rangel Dinamarco (2013:281), ao alertar que, “em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência e certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente, os limites toleráveis dos riscos”.

<sup>23</sup> Essa ideia de verdade processual aproximada converge com o modelo falsificacionista de Karl Popper (2006:307) para as teorias científicas, no sentido de que, embora a verdade seja inalcançável pelo homem diante das limitações de seus sentidos na apreensão do objeto estudado, com a consequente inexistência de critérios que permitam garantir se uma teoria é realmente verdadeira, seria possível, por outro lado, o estabelecimento de mecanismos de verificação para determinação pelo menos de sua falsidade, permitindo, assim, um progresso da ciência em direção à verdade.

estaria, segundo Luigi Ferrajoli (2014:68), na “correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas”.

Naturalmente, a teoria garantista, própria do direito processual penal, impõe a dúvida epistemologicamente razoável como argumento em favor do acusado, levando em conta a premissa de que o ônus da prova em um processo criminal compete à acusação. Não é o que ocorre, porém, nos processos de contas. Embora parta de uma premissa comum acerca da busca pela verdade aproximada enquanto pressuposto à punição do desvio comportamental eventualmente praticado pelo gestor de recursos públicos, a dúvida opera em seu desfavor nos processos de contas, por uma razão simples: a ordem jurídica brasileira impõe a quem quer que utilize dinheiro público o dever de comprovar sua regular aplicação perante os órgãos de controle externo, conforme será demonstrado no quarto tópico deste trabalho. Por isso que, a despeito do processo perante o Tribunal de Contas da União ter como consequência a eventual aplicação de sanções, sua lógica processual segue rito diverso, com peculiaridades do regime de direito administrativo e financeiro.

Apesar de orientado pela busca de uma verdade livre de maiores formalismos, permitindo ao responsável defender-se com maior eficiência, a decisão em um processo de contas precisa estar pautada nas provas produzidas nos autos, exatamente por respeito ao devido processo legal, enquanto garantia constitucional incidente em seu desenvolvimento, o que, na ausência de informações documentadas em torno da correta aplicação do dinheiro público, tem ensejado o uso recorrente da presunção como argumento central nas decisões prolatadas pelo órgão, motivo pelo qual é pertinente dedicar um tópico do presente trabalho à análise da validade epistemológica desse recurso argumentativo em um processo para, em seguida, discutir sua pertinência jurídica nos processos de contas.

### **3. A PRESUNÇÃO ENQUANTO ARGUMENTO EPISTEMOLOGICAMENTE VÁLIDO À CONSTRUÇÃO DE UMA DECISÃO NO PROCESSO**

Amplamente utilizada pela cultura jurídica desde a antiguidade clássica, a presunção, originada do latim *praesumere*, consiste basicamente em aceitar um enunciado como verdade, diante da ausência de informações complementares que se repute necessárias ao seu alcance em um determinado contexto. Trata-se,

portanto, de uma inferência sobre determinado fato, passível de validade, desde que racionalmente justificada como a melhor solução para um problema, até que possa ser efetivamente refutada por uma informação melhor fundamentada (RESCHER, 2006:1-3; RESCHER, 2003:81).

Nesse mesmo sentido, Florence Haret (2009:729) esclarece que, para a filosofia, “presumir é emitir um juízo sobre algo, considerando-o válido até que se prove o contrário”, asseverando que provar, nessa acepção, teria sentido eminentemente argumentativo, remetido à retórica do convencimento.

Criticando quem equivocadamente imputa à presunção a qualificação de “argumento da ignorância”, Nicolas Rescher (2006:3-4; 2003:99-100) defende que a aceitação de uma proposição como verdade presuntiva não importa em aceitação ignorante da realidade, mas sim no acolhimento de uma premissa epistêmica provisória e condicional, racionalmente inclinada em direção à verdade. Presunções forneceriam, portanto, um substituto provisório para a afirmação da verdade real, ainda não possível de ser alcançada, e sua utilização seria justificada pela necessária existência de um ponto de partida para a busca do conhecimento<sup>24</sup>. Ao fornecer uma posse provisória e experimental do conhecimento, deslocada tão somente pela apresentação de uma contraprova fundamentada em uma informação melhor subsidiada, Rescher (2006:4-5) defende que a presunção empresta força ao argumento sobre a verdade, sem encerrar, contudo, o seu desenvolvimento, mesmo porque ela encontra na derrotabilidade uma característica fundamental<sup>25</sup>.

Parece importante esclarecer a existência de uma contradição epistemológica na nomenclatura atribuída às chamadas presunções legais absolutas, que, ao não admitirem prova em contrário, atuam como verdadeira ficção jurídica utilizada pela legislação para qualificar determinados fatos e suas respectivas consequências (MARTINS, 2015:640).

É no direito que a presunção, com essas características, assume função exponencial e fundamental à solução de problemas em torno do alcance da verdade. Nas palavras do próprio autor (2003:84), professor da Universidade de Pittsburgh:

Presumptions are, as it were, in tentative and provisional possession of the

---

<sup>24</sup> Parece importante esclarecer a existência de uma contradição epistemológica na nomenclatura atribuída às chamadas presunções legais absolutas, que, ao não admitirem prova em contrário, atuam como verdadeira ficção jurídica utilizada pela legislação para qualificar determinados fatos e suas respectivas consequências (MARTINS, 2015:640).

<sup>25</sup> Nesse aspecto, a utilização da presunção vai ao encontro da própria ideia de verdade como verossimilhança fornecida pelo falsificacionismo popperiano.

cognitive terrain, holding their place until displaced by something more evidentially substantial. In the law, such presumptions are governed by strict and specific rules (the accused is presumed innocent until proven guilty; the individual missing for seven years is presumed dead). In this way, the standing of a presumption is usually tentative and provisional, not absolute and final. A presumption only stands until the crucial issues that “remain to be seen” have been clarified, só that it is actually seen whether the presumptive truth will in fact stand up once everything is said and done<sup>26</sup>.

Enquanto fenômeno de inversão probatória, Nicolas Rescher (2006:8) exemplifica que o raciocínio presuntivo segue os seguintes passos: 1) há uma presunção legal de que uma pessoa desaparecida por determinado lapso temporal esteja morta; 2) João está desaparecido pelo tempo previsto em lei; 3) não há evidências contrárias à presunção de que João esteja realmente morto; 4) então João pode ser considerado como morto pelo direito. Naturalmente, a conclusão alcançada pelo exemplo não importa em um fato empiricamente comprovado, mas tão somente em uma presunção válida, obtida por meio um processo de interpretação dedutiva, que parte de uma inferência geral a uma situação específica. É a eficácia funcional da presunção, portanto, que interessa ao direito enquanto instrumento voltado à solução de conflitos. Exatamente por isso o autor (2006:8-9) ressalta que a presunção de inocência, por exemplo, não repousa no fato de que os indivíduos acusados em processos penais são geralmente inocentes, do mesmo modo que a presunção de que uma pessoa ausente pelo lapso temporal previsto em lei não significa que esta pessoa morre imediatamente após a decurso desse prazo. Desse modo, as presunções seriam “um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”, como assenta Cândido Rangel Dinamarco (2009:113), ou um juízo probabilístico, fundado na observação do que normalmente acontece na realidade fenomênica, para utilizar as expressões de Ricardo Marcondes Martins (2015:646).

O raciocínio presuntivo assume ainda maior relevância no curso do processo, diante de sua relação com o ônus da prova. Isso porque o uso da

<sup>26</sup> Em português: “As presunções são, por assim dizer, uma tentativa provisória de domínio do terreno cognitivo, mantendo seu lugar até serem deslocadas por algo mais evidente substancialmente. Na lei, tais presunções são regidas por regras rígidas e específicas (o acusado é presumido inocente até que seja provada sua culpa, o indivíduo desaparecido por sete anos é presumido morto). Desta forma, a posição de uma presunção é geralmente provisória, não absoluta e final. Uma presunção só se mantém até que as questões cruciais que ‘permaneçam para ser vistas’ tenham sido esclarecidas, de modo que realmente seja verificado se a verdade presuntiva prevalecerá quando tudo for dito e feito” [tradução livre].

presunção estabelece uma solução epistêmica prática: na ausência de contraprovas, os fatos serão reputados como verdadeiros na forma em que foram apresentados pela parte. Daí a conclusão de Nicolas Rescher (2006:14) no sentido de que “*burden of proof and presumption represent correlative conceptions, inseparably coordinated with one another throughout the range of rational inquiry*”<sup>27</sup>.

Sob essa perspectiva, Rescher (2006:15-16) compreende que a presunção atua em uma concepção fundamentalmente dialética entre as partes de um processo, cuja regra básica seria “seja qual for o lado inicial, a afirmação de uma tese dentro da situação dialética tem o ônus de acompanhar o argumento”. O efeito de uma presunção, portanto, seria de imputar a certos fatos um significado *prima facie*, conferindo à parte contrária em um processo a obrigação de trazer evidências aos autos destinadas à sua refutação.

Essa ideia converge com a teoria de Douglas Walton (2014:16-17), para quem a presunção é igualmente concebida como um recurso fundamental à resolução de uma disputa argumentativa inserida em um contexto cujas evidências disponíveis à comprovação dos fatos se revelem insuficientes. Para o professor da Universidade de Windsor, o ponto chave da utilização do raciocínio presuntivo está exatamente na inversão do ônus da prova diante de seu acolhimento em um debate argumentativo.

Rescher (2006:17) explica, ainda, que o peso inerente ao ônus da prova pode variar, dependendo da gravidade das alegações em causa e das consequências jurídicas decorrentes de uma decisão. Por isso que, no direito penal, a condenação pressupõe a inexistência de qualquer dúvida razoável sobre os fatos e sua autoria, ao passo que, no direito civil, a condenação se pauta pelo equilíbrio das possibilidades. Desse modo, a presunção, seja ela qual for, permanecerá válida até que o ônus da prova incumbido a quem quer invalidá-la seja efetivamente satisfeito.

Essas breves considerações sobre a validade argumentativa do recurso à presunção, cuja principal função consiste em preencher provisoriamente uma lacuna cognitiva, diante da ausência de informações complementares acerca de determinado fato, parecem suficientes à superação de qualquer dúvida epistemológica ao seu uso pelo Tribunal de Contas da União. Resta analisar, por outro lado, a viabilidade jurídica da aplicação desse raciocínio como regra de

---

<sup>27</sup> “Ônus da prova e presunção representam concepções correlativas, coordenadas inseparavelmente entre si em todo o alcance da investigação racional” [tradução livre].

juízo em desfavor do gerenciador de dinheiro público, o que tem como pressuposto identificar a quem a legislação imputa o encargo de provar os fatos examinados nos processos de contas.

#### **4. O ÔNUS DA PROVA NOS PROCESSOS DE CONTAS E A VALIDADE ARGUMENTATIVA DA PRESUNÇÃO NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Para Cândido Rangel Dinamarco (2009:70), o ônus da prova constitui encargo legalmente atribuído às partes em um processo, no sentido de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse como colaboração à construção de uma decisão.

O direito processual brasileiro estabelece ao juiz que, em regra, sentencie em favor da procedência da ação, quando os fatos constitutivos do direito pleiteado pelo autor tenham sido provados, ou a julgue improcedente, todavia, diante de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos desse direito eventualmente demonstrados pelo réu no processo<sup>28</sup>. Essa é a leitura do artigo 373 do Código de Processo Civil, que reproduz as regras de ônus da prova enquanto técnica de decisão, tendo como finalidade, em sua acepção subjetiva, alertar às partes acerca do risco que a não realização da prova pode lhes acarretar, bem como direcionar o juiz, em seu sentido objetivo, sobre como decidir demandas submetidas à sua apreciação cujos fatos não tenham sido satisfatoriamente esclarecidos (CARNELUTTI, 1999:540-541; TARUFFO, 2005:247).

Nos processos de contas, o objeto da prova consiste em demonstrar, precisamente, o regular emprego dos recursos públicos no exercício financeiro, em se tratando de contas anuais, ou o esclarecimento de fatos controvertidos que ensejaram a instauração de uma tomada de contas especial (JACOBY FERNANDES, 2016:197-198). Isso significa que o Tribunal de Contas da União, enquanto órgão destinatário da prova, deverá analisar se os documentos produzidos no processo evidenciam que os atos de gestão submetidos ao seu

---

<sup>28</sup> No Brasil, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o ônus da prova era regido exclusivamente pela teoria estática, cuja distribuição, conforme explanado acima, se dava ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu quanto a eventual fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito invocado pelo autor. Essa distribuição do encargo probatório sofreu mitigação inicialmente pelo Código de Defesa do Consumidor e, mais recentemente, pelo Código de Processo Civil de 2015, que passou a dinamizá-lo, se, em decisão fundamentada pelo juiz, houver previsão legal diversa, ou caso haja impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em cumprir o seu ônus.

crivo guardam compatibilidade com a legislação pertinente e atendem aos objetivos do programa de governo respectivo<sup>29</sup>, para decidir se as contas apresentadas merecem ou não aprovação.

Seu encargo probatório acompanha o dever de prestar contas imposto pelo artigo 70, parágrafo único, da Constituição de 1988<sup>30</sup> a quem quer que utilize, guarde, gereencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, notadamente ao garantir a recepção de normas como as previstas nos artigos 93 do Decreto-Lei nº 200/1967<sup>31</sup> e 66 do Decreto nº 93.872/1986<sup>32</sup>, que imputam ao gestor o ônus de provar a boa e regular aplicação dos recursos públicos colocados à sua disposição, bem como os resultados obtidos.

Não por outra razão, o Tribunal de Contas da União tem exigido que os processos de contas sejam instruídos, pelos responsáveis, com toda a documentação pertinente à comprovação de que o interesse público foi realizado, o que envolve, por exemplo, a demonstração do nexo entre o desembolso dos recursos e os comprovantes de despesas realizados, bem como a correspondência dos atos de gestão com a legislação aplicável, sob pena de desaprovação das contas apresentadas e imposição das sanções pertinentes, incluindo a aplicação de multa referente à gravidade das falhas e imputação de débito proporcional ao prejuízo causado ao erário. Para melhor compreensão do que entende o órgão, veja-se trecho do Acórdão nº 225/2000-2ª Câmara, exarado nos autos da TC nº 929.531/1998, de relatoria do então ministro Adylson Motta, normalmente citado pelo próprio Tribunal entre os principais precedentes sobre o ônus da prova nos processos de contas:

---

<sup>29</sup> O artigo 162 do RITCU estabelece que “as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros”.

<sup>30</sup> Para Hely Lopes Meirelles (2009:111), “o dever de prestar contas é decorrência natural da administração como encargo de gestão de bens e interesses alheios. Se o administrador corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade e assume o caráter de múnus público, isto é, de um encargo para com a comunidade. Daí o dever indeclinável de todo administrador público – agente político ou simples funcionário – de prestar contas de sua gestão administrativa, e nesse sentido é a orientação de nossos Tribunais”.

<sup>31</sup> Em sua literalidade, o artigo 93 do Decreto-Lei nº 200/1967 estabelece que “quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades competentes”.

<sup>32</sup> No mesmo sentido, o referido dispositivo preconiza que “quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados obtidos”.

A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. Aliás, a jurisprudência deste Tribunal consolidou tal entendimento no Enunciado de Decisão 176, verbis: “Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova”. Há que se destacar, ainda, que, além do dever legal e constitucional de prestar contas do bom e regular emprego dos recursos públicos recebidos, devem os gestores fazê-lo demonstrando o estabelecimento do nexo entre o desembolso dos referidos recursos e os comprovantes de despesas realizadas com vistas à consecução do objeto acordado. Assim, é imperioso que, com os documentos apresentados com vistas a comprovar o bom emprego dos valores públicos, seja possível constatar que eles foram efetivamente utilizados no objeto pactuado, de acordo com os normativos legais e regulamentares vigentes.

Como a própria decisão ressalta, o entendimento de que, em direito financeiro, o ônus da prova compete ao gerenciador dos recursos públicos é matéria consolidada nos julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas da União há muito, tendo sido adotado como razão de decidir em diversos processos julgados pelo órgão<sup>33</sup> e inclusive ratificado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.335/DF, de relatoria do então ministro Moreira Alves, em 1983, e do Mandado de Segurança nº 31.508/DF, de relatoria do ministro Luiz Fux, julgado mais recentemente, em 2015.

A doutrina especializada tem concordado com o comportamento adotado pelo órgão, sob o argumento de que o encargo probatório acerca do adequado emprego das verbas públicas é inerente à função de administrar coisa alheia, imposto, portanto, a quem a recebeu, somado à premissa de que a ordem constitucional não admite a quem deve ter a isenção funcional de julgar o dever de também provar ou acusar o responsável nos processos de contas (JACOBY FERNANDES, 2016:195).

Ricardo Marcondes Martins (2015:642-653) defende outros três argumentos em favor desse tipo de prática ao analisar situação com conotação similar, porém, com repercussões ainda mais graves para a esfera individual do

<sup>33</sup> No mesmo sentido, podem ser citados os seguintes julgamentos: Acórdão nº 155/1998-Plenário, de relatoria do então ministro Adhemar Ghisi; Acórdão nº 2.082/2005-2ª Câmara, de relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues; Acórdão nº 8/2007-1ª Câmara, de relatoria do ministro Augusto Nardes; Acórdão nº 276/2010-Plenário, de relatoria do ministro André Luis de Carvalho; Acórdão nº 2895/2011-2ª Câmara, de relatoria do ministro Augusto Sherman, dentre muitos outros.

responsável pelo manejo de dinheiro público: a condenação por ato de improbidade administrativa lastreada em presunção de enriquecimento sem causa. Para o professor de direito administrativo da PUC-SP, o artigo 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92 tipifica verdadeira presunção legal relativa<sup>34</sup>, apta a inverter o ônus da prova, a quem “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”. Sua validade se assentaria em três pilares: o “princípio da aptidão para a prova”, enquanto exigência do devido processo legal; a fiscalização do gerenciamento de dinheiro público sob a perspectiva da supremacia do interesse coletivo sobre o privado; e a utilização da hermenêutica jurídica em prol do combate à corrupção.

Sustenta o autor (2015:647-648) ser muito mais fácil ao agente público provar que o seu enriquecimento tem origem lícita do que para o Estado provar o contrário, pois o enriquecido sabe exatamente a causa de sua evolução patrimonial. Nesse cenário, o devido processo legal exigiria a inversão do encargo probatório, atribuindo-lhe ao agente público, em razão de sua aptidão para evidenciar os fatos controvertidos no processo, e autorizando um juízo presuntivo em seu desfavor, já que a prova da licitude de seu enriquecimento seria apresentada sem maiores dificuldades se sua causa fosse legítima.

O procurador do Município de São Paulo (2015:648-649) também defende que a inversão do ônus da prova prevista no artigo 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92 seria constitucionalmente autorizada, por investigar a evolução patrimonial de quem lida com dinheiro público e, portanto, está sujeito a prestar contas. Como o controle dos recursos públicos pela sociedade inclui a exigência de explicações por parte de quem os recebe, a supremacia do interesse público sobre o privado mitigaria os valores relacionados à liberdade do agente e à presunção de inocência, enquanto garantia de impossibilidade de sanção sem prova do fato constitutivo necessário ao exercício do *jus puniendi*, em face da tutela do dinheiro público.

Ricardo Marcondes Martins (2015:652-653) finaliza sua defesa do

---

<sup>34</sup> No mesmo sentido tem se posicionado Marcelo Figueiredo (2009:90), ao asseverar que existe na lei de improbidade administrativa uma presunção de enriquecimento ilícito, que seria similar às hipóteses previstas na legislação do imposto de renda, referente aos “sinais exteriores de riqueza” do contribuinte, motivo pelo qual o alcance da verdade pressuporia permitir ao agente público utilizar de todos os meios admitidos em direito para provar a licitude de seu patrimônio.

dispositivo ressaltando que a correta compreensão do sistema constitucional brasileiro pressupõe o entendimento de que uma das principais funções do direito administrativo consiste em instrumentalizar o combate à corrupção. Como o dever de prestar contas, a supremacia do interesse público sobre o privado e a tutela do dinheiro público estão positivados na Constituição de 1988, a inversão do ônus da prova para as hipóteses de enriquecimento sem causa poderia ser extraída, implicitamente, do conjunto normativo, ainda que não existisse a regra tipificada no artigo 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92, por conferir maior efetividade à atuação do Estado no combate à corrupção.

Foge a este trabalho analisar até que ponto procedem os argumentos invocados pelo referido autor em sua obra, ao defender o juízo presuntivo inclusive para condenar, por ato de improbidade administrativa, quem seja acusado de enriquecimento sem causa e não consiga cumprir o encargo probatório que lhe seria atribuído pela Lei nº 8.429/92, considerando o debate em torno da necessária comprovação não só dos fatos imputados em ações que perseguem a apuração desse tipo de conduta, mas também do elemento subjetivo imprescindível à responsabilização por improbidade administrativa<sup>35</sup>. Por outro lado, não parece haver dúvida que o seu raciocínio se aplica sem maiores controvérsias jurídicas ao plano dos processos de contas, tanto porque suas três premissas em torno da tutela do dinheiro público lhes são integralmente pertinentes, quanto por se tratar de processo de natureza administrativa, ainda que revestido de repercussão sancionatória, formado para subsidiar a análise do Tribunal de Contas da União em torno da aprovação ou não das contas prestadas pelo responsável por gerenciar recursos públicos.

Se o ordenamento constitucional e legal impõe a quem quer que receba recursos públicos o dever de provar sua regular aplicação perante os órgãos de controle externo, e o gestor tem ou deveria ter, em regra, amplo acesso à documentação comprobatória de seus atos; se a fiscalização do dinheiro público é orientada pela supremacia do interesse público sobre o privado, a ponto de

---

<sup>35</sup> É o que tem decidido reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça, em consonância com as razões expostas no REsp nº 805080/SP, de relatoria da ministra Denise Arruda, julgado em 23/06/2009, sob o fundamento de que qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, por ser inadmissível sua responsabilização objetiva em face do sistema jurídico brasileiro, notadamente diante da gravidade das sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Nesse mesmo sentido, frisando a necessidade de prova do elemento subjetivo à condenação por ato de improbidade administrativa, estão o REsp nº 621.415/MG, de relatoria da ministra Eliana Calmon, julgado em 30 de maio de 2006; o REsp nº 1536895/RJ, de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia; dentre vários outros.

mitigar as regras de decisão relacionadas ao ônus da prova, submetido ao regime jurídico específico do direito administrativo e financeiro nos processos de contas; e se a base constitucional do dever de prestar contas sinaliza o fortalecimento do controle externo enquanto instrumento de combate à corrupção, parece juridicamente irretocável a utilização da presunção como argumento central nas decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União desaprovando as contas do gestor que não se desincumba do encargo probatório de apresentar prova documentada da compatibilidade legal de seus atos e dos resultados alcançados no desempenho de suas atribuições para com a sociedade.

Superadas as dúvidas jurídicas aparentes em torno do entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, cumpre indagar sua validade epistemológica, diante da compreensão do processo de contas enquanto instrumento de conhecimento da gestão do responsável por meio das provas produzidas nos autos.

Como o sistema do livre convencimento motivado só é compatível com um modelo epistêmico de processo se a valoração das provas for orientada no sentido de apurar a verdade dos fatos, uma presunção de aplicação irregular do dinheiro público só será antiepistêmica se produzir conclusões sem adequada justificação e ligação com o objeto da prova nos processos de contas, que é o alcance da verdade sobre os atos de gestão. Não parece ser este o caso. O próprio Michele Taruffo (2012:194) admite que mesmo uma só presunção possa ser suficiente ao fornecimento da prova de um fato, quando a relativa inferência for adequadamente precisa, convincente e racionalmente justificada. Portanto, atua corretamente o Tribunal de Contas da União quando, sem alternativa na busca por mais informações acerca dos fatos submetidos à sua jurisdição administrativa, utiliza-se de inferências para o preenchimento provisório de lacunas cognitivas acerca da gestão pública, ainda que em desfavor do responsável, se este não se desincumbir do ônus que lhe foi imposto pelas vias constitucional e legal de provar a regular aplicação dos recursos administrados.

## 5. CONCLUSÕES

Os processos de contas são instrumentos de análise da gestão pública, utilizados pelo Tribunal de Contas da União para avaliar o desempenho obtido

pelo administrador de recursos públicos e julgar a compatibilidade de seus atos com o ordenamento jurídico vigente.

Enquanto processo administrativo com repercussão sancionatória, em razão do julgamento realizado pelo Tribunal de Contas da União ter, entre suas consequências, a possível responsabilização dos ordenadores de despesa, os processos de contas sofrem influência dos postulados gerais que orientam a atuação punitiva do Estado e devem ser pautados pela busca do esclarecimento dos fatos sem maior apego à forma, no sentido de alcançar a verdade mais aproximada possível da realidade, o que garante ao responsável pelo manejo do dinheiro público maior eficiência em sua defesa e reforça a dimensão epistêmica que impulsiona o desenvolvimento do processo de contas como modelo válido de conhecimento da gestão pública por meio das provas documentais produzidas nos autos.

Apesar das garantias constitucionais aplicáveis ao responsável nesses processos, inclusive as oriundas do regime protetivo contra a manifestação sancionatória do Estado, o não esclarecimento dos fatos deve operar em seu desfavor, pois o regime jurídico de direito administrativo e direito financeiro possui regramento específico, incumbindo ao gerenciador de recursos públicos o dever de provar sua boa e regular aplicação perante os órgãos de controle, bem como os resultados obtidos em sua administração.

Por força do que dispõe o artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem como os artigos 93, do Decreto Lei nº 200/67, e 66, do Decreto nº 93.872/1986, o Tribunal de Contas da União tem acertadamente exigido que os processos de contas sejam instruídos com toda a documentação pertinente à comprovação de que o interesse público foi realizado pelo responsável, incluindo não só o nexos entre o desembolso dos recursos e o comprovante das despesas realizadas, mas também a compatibilidade entre seus atos e a legislação vigente.

O descumprimento desse encargo possibilita a presunção de irregularidade dos atos não esclarecidos no processo, enquanto solução provisória à lacuna cognitiva acerca da gestão pública, exatamente porque o seu uso coordenado com o ônus da prova tem por objetivo estabelecer uma solução prática e epistemologicamente válida ao conflito possivelmente instaurado entre o Tribunal de Contas da União e seus jurisdicionados em torno do gerenciamento dos recursos postos sob a responsabilidade destes.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 fev. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 93872, de 23 de dezembro de 1986. **Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d93872.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)> Acesso em: 08 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.335**, de 13 de outubro de 1983, Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85096>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 31.508**, de 7 de abril de 2015, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4275369>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 225/2000**, de 20 de junho de 2000, Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC\\_DC022523002.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC022523002.pdf)> Acesso em: 08 jan. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

DINAMARCO, Rangel Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2009.

- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa: comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- HARET, Florence. Por um conceito de presunção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 725 – 744, jan./dez. 2009.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- NAGAO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo: de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções administrativas e princípios de direito penal**. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.
- PELEGRINI, Marcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Tradução de Benedita Bittencourt. Coimbra: Almedina, 2006.
- RESCHER, Nicholas. **Epistemology**. An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Presumption and the practices of tentative cognition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 298, p. 99-106, abr./jun. 1987.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3. ed. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Victor de Paula Ramos. Marcial Pons: São Paulo, 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- WALTON, Douglas. **Burden of proof, presumption and argumentation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.