



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE  
CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

PPJC 1265/2014

Processo: TC – 1921/2014

Interessado: CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A - RODOSOL

Assunto: QUESTÃO DE ORDEM

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, II, da Lei Complementar nº. 451/2008, manifesta-se nos seguintes termos.

## **I - RELATÓRIO**

Trata-se de petição denominada *questão de ordem* proposto por **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A - RODOSOL**, na forma do artigo 367 da Resolução TC n.º 261, de 04.06.13, requerendo *(i)* o impedimento do Conselheiro **SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO** na relatoria da auditoria; *(ii)* a declaração de coisa julgada administrativa com relação ao procedimento licitatório e respectivo Contrato de Concessão n.º 01/1998; e, *(iii)* o reconhecimento do cerceamento de defesa, fundamentando que a auditoria foi instaurada por determinação judicial com o escopo de perícia técnica, incorrendo notificação da empresa RODOSOL para manifestar-se nos autos.

Junta a suscitante documentação consoante se observa às fls. 26/38.

Após, vieram os autos a este *Parquet* de Contas.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO FÁTICO-JURÍDICO**

### **II.1 DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS EM MANIFESTAR-SE EM PROCESSOS NESSA CORTE DE CONTAS**

O Ministério Público de Contas que atua perante o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo constitui-se em órgão de extração constitucional, eis que sua existência jurídica é consagrada pelo art. 130 da Carta Magna, que prescreve: “Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”.

Compete ao Ministério Público de Contas atuar diretamente<sup>1</sup> ou na qualidade de custos legis, ou seja, como fiscal da lei no âmbito das Cortes de Contas, tutelando a

---

<sup>1</sup> Ilustra-se a atuação direta quando o *Parquet* de Contas propõe representação perante essa Corte .



supremacia e indisponibilidade do interesse público por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, desempenhando ações de proteção ao erário.

Pois bem.

No desempenho de suas funções perante o Tribunal de Contas, as atribuições dos Procuradores de Contas estão prescritas na **Lei Complementar Estadual n.º 451/2008**. O único processo que referida Lei aponta como exceção à manifestação deste parquet são processos internos, o que não é o caso dos presentes autos, *verbis*:

**Art. 3º** Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

I - promover a defesa da ordem jurídica, representando contra a ilegitimidade ou irregularidade de qualquer despesa;

**II - emitir parecer escrito em todos os processos sujeitos à apreciação do Tribunal na forma que dispuser a Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas e a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, com exceção dos processos administrativos internos;**

Mais ainda, destaca a doutrina dos exponenciais processualistas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>2</sup> que:

**2. Intervenção e ação.** Só há duas formas de o MP participar do processo civil: a) como parte (CPC81); b) como fiscal da lei interveniente (*custos legis*) (CPC82). Sua atuação se dá sempre no interesse público, de que são manifestações o interesse social e o individual indisponível (CF 127 *caput*)

**3. Nulidade.** A falta de intervenção do MP nas causas de interesse público enseja a nulidade do processo, alcançando todos os atos praticados a partir de quando era devida a intervenção. A nulidade só é decretada se a falta de intervenção do MP trouxe prejuízo ao interesse público, o que deve ser avaliado caso a caso. V. CPC 246.

Destaca-se: é dever do Ministério Público de Contas manifestar-se em todos os processos que envolvem o interesse público, como os autos sob análise, vez que apontam diversos itens que, sobremaneira, repercutem sobre a legalidade de atos de agentes públicos, tal como coisa julgada administrativa e dependência do TCE a outros órgãos.

Assim sendo, reconhece o Ministério Público de Contas que, nos autos, sem sombra de dúvidas, versa interesse público, incidindo, assim, sua necessária manifestação com vistas a prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico.

## **II.2 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Inicialmente, faço questão de delimitar que a matéria analisada nos autos cinge-se a aspectos políticos, técnicos administrativos, envolvendo, em suma, o Conselheiro **SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**, à época em que era Auditor Geral do Estado em temas relacionados ao contrato de concessão n.º 01/1998, bem como a ocorrência de coisa

---

<sup>2</sup> Nery Junior, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação extravagante / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 13. Ed. Rev., ampl. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
1ª Procuradoria de Contas  
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

julgada administrativa em decorrência dos fatos ali relacionados e a afirmação de que os autos teriam sido instaurados por determinação judicial.

Aduz o suscitante, no primeiro pedido, que o Relator dos autos TC n.º 5591/2013 está impedido de processar e julgar o processo em que figura como representada a Concessionária Rodovia do Sol S.A – RODOSOL, à alegação de que:

(a) Na qualidade de Auditor Geral do Estado, participou e coordenou os trabalhos técnicos elaborados pela “Comissão Especial para Avaliação do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão firmado entre o Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes/DERTES e a Concessionária Rodovia do Sol S.A”, datado de 21.10.05;

(b) Também como Auditor Geral do Estado, representando o Poder Executivo Estadual, negociou com a concessionária reajustes de tarifa e termos aditivos, como demonstram notícias publicadas à época;

(c) O art. 9º, da Lei Complementar nº 295, de 16.7.04, estabelece como atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Auditor Geral do Estado, dentre outros, dirigir, coordenar e orientar atividades técnicas; promover contatos externos com contratados; assessorar o Governador do Estado;

(d) O art. 18, II, da Lei nº 9.784, de 25.01.99, impede que o agente administrativo que tenha participado anteriormente de procedimento administrativo como perito ou representante atue posteriormente em outra função, especialmente na de Relator, em virtude da sua relação com o objeto do processo;

(e) O art. 289, caput e parágrafo único, do Regimento Interno desse e. Tribunal de Contas, assim como o art. 134, II, do Código de Processo Civil, qualificam como impedido o julgador que já tenha funcionado como representante de parte do processo ou como perito; e

(f) Inequivocamente ciente das funções e atividades por ele exercidas anteriormente no âmbito do Contrato de Concessão 001/98, nos termos do art. 29, VIII, do Regimento Interno do TCE/ES, é dever do Conselheiro “*declarar-se impedido ou suspeito, nos casos em que, por lei ou por este Regimento, não possa atuar*”.

No tocante ao segundo ponto, alega que o Contrato de Concessão 01/98, bem como o procedimento licitatório que lhe deu origem, já foram auditados, analisados e fiscalizados exaustivamente, tanto pela Auditoria Geral do Estado, quanto pela Fundação Getúlio Vargas, razão pela qual estariam alcançados pela coisa julgada administrativa.

Em terceiro ponto, afirma que a representação que originou a auditoria do contrato 01/1998 foi instaurada a partir de uma determinação judicial, sendo, assim, perícia técnica judicial incorrendo, destarte, em cerceamento de defesa o fato de não serem notificados dos atos produzidos por essa Corte.

Analisando a questão de ordem, verifica-se que a suscitante demonstra precário conhecimento em procedimentos de auditoria no Tribunal de Contas, muitas vezes levando a crer tratar-se do mesmo procedimento aplicado às Cortes de Justiça, afigurando, ainda, ser esse Sodalício vinculado a outro Poder.

**Com efeito, não assiste razão à suscitante na questão de ordem apresentada.**



### III - PRELIMINARES

#### III.1 - DA FALTA DE LEGITIMIDADE DA SUSCITANTE NO PEDIDO AVIADO NA QUESTÃO DE ORDEM

Tracemos uma síntese do significado e da classificação das auditorias no âmbito do TCU<sup>3</sup>:

**AUDITORIA É O PROCESSO SISTEMÁTICO, DOCUMENTADO E INDEPENDENTE DE SE AVALIAR OBJETIVAMENTE UMA SITUAÇÃO OU CONDIÇÃO PARA DETERMINAR A EXTENSÃO NA QUAL CRITÉRIOS SÃO ATENDIDOS, OBTER EVIDÊNCIAS QUANTO A ESSE ATENDIMENTO E RELATAR OS RESULTADOS DESSA AVALIAÇÃO A UM DESTINATÁRIO PREDETERMINADO.**

**QUANTO À NATUREZA, AS AUDITORIAS CLASSIFICAM-SE EM:**

**AUDITORIAS DE REGULARIDADE, QUE OBJETIVAM EXAMINAR A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE DOS ATOS DE GESTÃO DOS RESPONSÁVEIS SUJEITOS À JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL, QUANTO AOS ASPECTOS CONTÁBIL, FINANCEIRO, ORÇAMENTÁRIO E PATRIMONIAL. COMPÕEM AS AUDITORIAS DE REGULARIDADE AS AUDITORIAS DE CONFORMIDADE E AS AUDITORIAS CONTÁBEIS.**

**AUDITORIAS OPERACIONAIS, QUE OBJETIVAM EXAMINAR A ECONOMICIDADE, EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE DE ORGANIZAÇÕES, PROGRAMAS E ATIVIDADES GOVERNAMENTAIS, COM A FINALIDADE DE AVALIAR O SEU DESEMPENHO E DE PROMOVER O APERFEIÇOAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA.**

**DURANTE A FASE DE EXECUÇÃO, A EQUIPE DE AUDITORIA DEVE APLICAR OS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA MATRIZ DE PLANEJAMENTO EM BUSCA DE ACHADOS, DESENVOLVENDO-OS NA MATRIZ DE ACHADOS.**

**ACHADO DE AUDITORIA É QUALQUER FATO SIGNIFICATIVO, DIGNO DE RELATO PELO AUDITOR, CONSTITUÍDO DE QUATRO ATRIBUTOS ESSENCIAIS: SITUAÇÃO ENCONTRADA (OU CONDIÇÃO), CRITÉRIO, CAUSA E EFEITO. DECORRE DA COMPARAÇÃO DA SITUAÇÃO ENCONTRADA COM O CRITÉRIO E DEVE SER DEVIDAMENTE COMPROVADO POR EVIDÊNCIAS. O ACHADO PODE SER NEGATIVO, QUANDO REVELA IMPROPRIIDADE OU IRREGULARIDADE, OU POSITIVO, QUANDO APONTA BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO.**

**ACHADOS NEGATIVOS PODEM ENVOLVER:**

**IMPROPRIIDADES: FALHAS DE NATUREZA FORMAL DE QUE NÃO RESULTE DANO AO ERÁRIO E OUTRAS QUE TÊM O POTENCIAL PARA CONDUZIR À INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU À INFRAÇÃO DE NORMAS LEGAIS E REGULAMENTARES, TAIS COMO DEFICIÊNCIAS NO CONTROLE INTERNO, VIOLAÇÕES DE CLÁUSULAS, ABUSO, IMPRUDÊNCIA, IMPERÍCIA;**

**IRREGULARIDADES: PRÁTICA DE ATO DE GESTÃO ILEGAL, ILEGÍTIMO, ANTIECONÔMICO, OU INFRAÇÃO À NORMA LEGAL OU REGULAMENTAR DE NATUREZA CONTÁBIL, FINANCEIRA, ORÇAMENTÁRIA, OPERACIONAL OU PATRIMONIAL, DANO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE GESTÃO ILEGÍTIMO AO ANTIECONÔMICO, DESFALQUE OU DESVIO DE DINHEIROS, BENS OU VALORES PÚBLICOS, TAIS COMO FRAUDES, ATOS ILEGAIS, OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS, VIOLAÇÕES AOS PRINCÍPIOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

<sup>3</sup> BTCU. Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União. Revisão Junho 2011. Extraído do sítio [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao\\_controle/normas\\_auditoria/BTCU-ESPECIAL-12-de-05-07-2011%20Normas%20de%20Auditoria\\_0.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/BTCU-ESPECIAL-12-de-05-07-2011%20Normas%20de%20Auditoria_0.pdf) no dia 08 de abril de 2014 às 11h36min.



**O DESENVOLVIMENTO DOS ACHADOS É O PROCESSO MAIS IMPORTANTE DE UMA AUDITORIA, POIS SÃO OS ACHADOS QUE FUNDAMENTAM AS CONCLUSÕES E AS PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO QUE SERÃO SUBMETIDAS AO TRIBUNAL E, POSTERIORMENTE, COMUNICADAS AOS RESPONSÁVEIS E DEMAIS INTERESSADOS.**

Vaticina Luiz Henrique Lima, em sua obra Controle Externo<sup>4</sup>, acerca do procedimento de auditoria nas Cortes de Contas:

**A natureza dos fatos apurados em qualquer fiscalização ensejará uma ou mais das seguintes providências:**

**Arquivamento do processo [...]**

**Determinação [...]**

**Recomendação [...]**

**Audiência [...]**

**Transformação do processo em tomada de contas especial, para fins de citação, quando configurada ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário,**

**Oitiva [...]**

**Determinação [...]**

**Qualquer processo de fiscalização pode ser convertido em Tomada de Contas Especial, caso presentes os pressupostos de constituição deste tipo de processo. Sublinhe-se que a citação não poderá ser feita imediatamente no processo de fiscalização. É necessário que seja aprovada a sua conversão em Tomada de Contas Especial para que a citação possa ser expedida.**

A princípio, observa-se que os autos não possuem sequer relatório de auditoria; desse modo, via de consequência, não há indicação de responsáveis, falhas ou vícios, ou seja, ainda **não existe apontamento técnico no contrato de concessão n.º 01/1998.**

Os autos encontram-se em sua fase interna, de instrução, realizado pelo corpo técnico (Auditor de Controle Externo) dessa Corte de Contas, para “*verificar se o Contrato de Concessão n.º. 001/1998 está sendo cumprido regularmente e indicar as medidas corretivas que sejam necessárias*”.

Logo, no presente estágio (fase interna), não há que se falar em processo propriamente dito, mas, sim, em procedimento, uma vez que sequer foi elaborado relatório de auditoria (primeira peça técnica a compor o processo), apontando responsáveis, atos ou falhas. NADA!

O que existe, de fato, é um levantamento de campo, atividade constitucional imputada às Corte de Contas para a consecução de fiscalização de gestão de recursos e legalidade de atos de seus jurisdicionados.

Somente após os achados de auditoria, os encaminhamentos, a elaboração da instrução técnica inicial, poder-se-ia afirmar que a RODOSOL é parte legítima para

---

<sup>4</sup> Lima, Luiz Henrique. Controle Externo, 3ª edição, Ed. Elsevier, págs. 316/317.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**

1ª Procuradoria de Contas  
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

impetração de pedidos junto a esta Corte de Contas. Na atual fase é inconcebível falar-se em parte ou formular pedidos, pelo simples fato de que a conclusão do relatório, entre outras possibilidades, pode ser pelo arquivamento ou pode não fazer qualquer referência à RODOSOL. A legitimidade decorre do fato de ser a RODOSOL a pessoa indicada a suportar os efeitos dos achados de auditoria constantes da citação e, neste momento, ninguém pode fazer tal afirmação, pelo simples fundamento de que não há relatórios conclusivos.

Em recentíssimo julgado do **Supremo Tribunal Federal**, espancam-se quaisquer dúvidas acerca da ausência de legitimidade ativa da suscitante em requerer qualquer pedido no momento processual:

**23/04/2013 PRIMEIRA TURMA**  
**MANDADO DE SEGURANÇA 31.344 DISTRITO FEDERAL**  
**RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO**  
**IMPTE.(S) :JOSE ROMULO PLACIDO SALES**  
**ADV.(A/S) :JOSELIO SALVIO OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**  
**IMPDO.(A/S) :TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**  
**ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
TRIBUNAL DE CONTAS – ATUAÇÃO – NATUREZA. A atividade do Tribunal de Contas é exercida no campo administrativo.

**CONTRADITÓRIO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – ADEQUAÇÃO. A exigibilidade do contraditório pressupõe o envolvimento, no processo administrativo, de acusado ou de litígio. Descabe observá-lo em julgamento implementado pelo Tribunal de Contas da União ante auditoria realizada em órgão público.**

[...]

**Consigno, mais, ante, até mesmo, o princípio da eventualidade, que descabe a evocação do princípio constitucional do contraditório.** A razão é única: não se pode vislumbrar, na auditoria realizada, presente o grande todo que é a administração do Tribunal, mais precisamente no campo de satisfação de direitos dos servidores, a base da exigência do contraditório, ou seja, a configuração de litígio a envolvê-los. **Inviabilizaria a atuação do Tribunal de Contas da União a conclusão de que, em face de repercussões de auditoria, fosse necessário intimar, para participar do processo administrativo de controle, qualquer um que pudesse ser alcançado pelo pronunciamento.** (grifo nosso).

De forma análoga decidiu o STF em um processo de auditoria realizado pelo INSS. Independente do nome que lhe foi dado, o objetivo daquele processo, era colher indícios sobre a existência da infração ou sua autoria; mesma finalidade das auditorias realizadas por esse Sodalício. Nesta fase interna o procedimento de auditoria tem natureza inquisitória, senão vejamos:

Auditoria realizada pela superintendência estadual do INSS no Rio de Janeiro apurou que servidores daquela autarquia haviam cadastrado 'senhas fantasmas' nos sistemas de informática e, utilizando--se dessas matrículas, autorizaram a concessão indevida de benefícios previdenciários, gerando prejuízos ao erário. O superintendente estadual determinou, a partir dessas informações, a instauração de sindicância, destituindo os servidores das funções comissionadas que exerciam e afastando-os preventivamente de suas atividades. (...) **Não se deu, no caso, qualquer violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CB) na auditoria que**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**

1ª Procuradoria de Contas  
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

levou à instauração do processo administrativo disciplinar. O procedimento que antecedeu a instauração do processo administrativo disciplinar, independentemente do nome que lhe seja dado, nada mais é do que uma sindicância, cujo objetivo é o de colher indícios sobre a existência da infração funcional e sua autoria. Trata--se de procedimento preparatório, não litigioso, em que o princípio da publicidade é atenuado. A demissão dos impetrantes não resultou da auditoria, tendo sido consumada ao final de processo administrativo disciplinar regularmente instaurado. A manifestação dos impetrantes à comissão de inquérito, quando ainda não discriminados todos os fatos pelos quais estavam sendo investigados, não consubstancia impedimento ao exercício do direito de defesa. É que, verificada a existência de irregularidades a autoridade competente deve, pena de agir de modo condescendente, determinar a instauração do processo administrativo. Se as investigações indicarem a existência de ato definido como ilícito disciplinar praticado por servidor, será este indiciado e citado para apresentar a sua defesa, dando--se início ao processo administrativo disciplinar (art. 161 da Lei 8.112/1990).” (MS 23.187, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-5-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.) (grifo nosso)

É sabido que parte, no âmbito do Tribunal de Contas, é o agente público ou particular que **deve prestar contas**. O Tribunal de Contas do Distrito Federal, por meio da Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, n.º 1 – 1975, Brasília, Seção de Documentação, 2003, assim acompanha o entendimento exposto neste parecer do não cabimento da questão de ordem no tocante à empresa RODOSOL:

No relatório final de uma comissão de tomada de contas especial, por exemplo, poderá essa firmar a irregularidade das contas, hipótese em que, após a manifestação do órgão de controle interno e da autoridade em nível de Ministro, Secretário de Estado ou equivalente, os autos serão remetidos ao Tribunal de Contas para julgamento. Precisamente, nesse momento, a Tomada de Contas Especial assume a condição de *processo*; o órgão instrutivo, apreciando a apuração promovida pela comissão e os demais elementos dos autos, destacará os principais aspectos, passando diretamente ou após a deliberação do Colegiado das Cortes de Contas – Plenário ou Câmara - para manifestação do Ministério Público, que funciona em caráter especializado junto ao Tribunal. (grifo nosso)

E é assim, nesse momento, presenciando a existência de indícios, que se formaliza a acusação, seguindo-se a citação, defesa e julgamento pelo Tribunal de Contas. (grifo nosso)

Essa mudança de *procedimento* para *processo*, guardadas as devidas proporções, pode ser equiparada às duas fases do processo penal – inquérito policial e ação penal propriamente dita –, é também o marco essencial à plena satisfação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. (grifo nosso)

Neste cenário, impõe-se observar que estamos diante de um procedimento administrativo que se encontra na fase interna. Não há partes; logo, a interposição de embargos de declaração ou de pedidos de questões de ordem fere os princípios da isonomia e do devido processo legal, fato inédito nesse Tribunal, e um privilégio que a outras empresas, nas mesmas condições, não foi concedido.

### III.2 – DA AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR

A condição da ação denominada interesse processual ou interesse de agir surge da necessidade de se obter, por meio de um provimento, a proteção a determinado



interesse substancial. Situa-se, portanto, na necessidade do processo e na adequação do remédio processual eleito para o fim pretendido.

Como alhures mencionado no item anterior a respeito da ausência de **(i)** partes e **(ii)** contraditório no procedimento de auditoria em andamento, exsurge, assim, a ausência de interesse de agir, pois não há interesse processual nem substancial a ser amparada no presente estágio do procedimento da auditoria.

A suscitante, neste momento, não tem, nem teve qualquer interesse jurídico ou econômico relacionado a esse Tribunal de Contas: nenhum bem jurídico afetado ou qualquer interesse contrariado, pois sequer sabe se a mesma será incluída na análise das contas da ARSI no contrato sob análise **(a não ser que tenha obtido informações que são desconhecidas por este membro do Parquet de Contas)**, cumprindo consignar que as decisões tomadas até agora contra a empresa suscitante foram determinadas unicamente pelo egrégio Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, como ilustra-se, a redução das tarifas de pedágio.

Na realidade, podemos concluir que o único interesse da suscitante, **de caráter exclusivamente subjetivo**, contrariado pelo TCEES, é a própria auditoria realizada no contrato em análise; porém, o exercício regular do direito, o poder-dever de exercício de competências Constitucionais atende ao interesse da coletividade e este fato não é fundamento jurídico apto a qualificá-la como interessado.

Assim, por carência de ação ante a ausência de **(i)** partes na instrução de auditoria (ocorrendo a ilegitimidade de parte da suscitante) e contraditório; bem como por **(ii)** falta de interesse de agir por qualquer de suas formas – necessidade ou utilidade, **pugna o Ministério Público de Contas pelo NÃO CONHECIMENTO da questão de ordem afetada, tendo por consectário, o arquivamento dos autos.**

### III.3 - DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE IMPEDIMENTO NESTE MOMENTO PROCESSUAL

Gritante, outrossim, é a impossibilidade jurídica dos pedidos da empresa RODOSOL nos autos.

Como demonstrado, por restar o processo em fase interna, não cabe referida questão de ordem no atual estágio.

Em função do princípio da legalidade, norteador de todo o ordenamento jurídico, a Administração Pública *lato sensu* só fará o que a Lei determina ou ao menos autoriza. Referido princípio é que conduz o procedimento de instrução processual nessa Corte de Contas.

Na espécie, no tocante à instrução do processo e à elaboração do Relatório de Auditoria, estas são de **COMPETÊNCIA exclusiva do servidor investido no cargo de Auditor de Controle Externo, conforme se verifica nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar Estadual n.º 622/2012, in verbis:**

Art. 5º As funções de execução do controle externo da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios que incumbem ao Tribunal de Contas **serão exercidas exclusivamente pelo Auditor de Controle Externo.** (grifo nosso)





§ 1º Os Auditores de Controle Externo, responsáveis pela execução de atividades aqui descritas, e em razão das funções de fiscalização que executam, desenvolvem atividades exclusivas de Estado.

§ 2º Incumbe, ainda, ao Auditor de Controle Externo a prestação de apoio técnico e a execução dos serviços administrativos do próprio Tribunal.

Art. 6º **Compete exclusivamente ao Auditor de Controle Externo, no âmbito da atuação do Tribunal de Contas, em controle de recursos e bens públicos:** (grifo nosso)

I - programar e planejar a realização de atividades de controle externo nas entidades jurisdicionadas;

**II - realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional nas entidades jurisdicionadas, elaborando os relatórios técnicos de análise da aplicação e da gestão dos recursos públicos de responsabilidade destas entidades;** (grifo nosso)

**III - elaborar relatórios de auditoria e instruções técnicas de apoio às decisões dos relatores e do Plenário do Tribunal de Contas;** (grifo nosso)

[...]

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual n.º 621/2012 dispõe que:

#### **Seção II Das Etapas dos Processos**

Art. 55. São etapas do processo:

**I - a instrução técnica;** (grifo nosso)

II - o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nas hipóteses previstas em lei ou no Regimento Interno;

III - a apreciação ou o julgamento;

IV - os eventuais recursos.

Art. 56. O Relator preside a instrução do processo, competindo-lhe determinar, preliminarmente, mediante decisão monocrática, **após a manifestação da unidade técnica;** (grifo nosso)

Destarte, qualquer ato praticado pelo Relator que adentre na seara da instrução do processo, a cargo de Auditor de Controle Externo, não merece guarida, visto ser deste a competência exclusiva.

Assim, não há possibilidade, **amparada por Lei**, de interferência da suscitante, de outros Conselheiros, do Presidente da Corte ou membro do Ministério Público de Contas na condução dos levantes de auditoria, pois, repita-se, é de exclusiva competência de Auditor de Controle Externo.

Nessa vertente, a análise do pedido de impedimento, por terceiro, só pode ser realizada após a Instrução Técnica Inicial – ITI – estar devidamente elaborada e apta à produção de efeitos, visto que é neste momento processual que será verificado quem deverá ter suas contas contraditadas, bem como circunscrito o objeto e respectivas consequências jurídicas.



É neste específico momento processual, com os autos devidamente instruídos, que poderão ser confrontadas as conclusões advindas da auditoria e a ação do Conselheiro suscitado quando exercia o cargo de AUDITOR GERAL DO ESTADO, nos pontos narrados na ITI. **Ora, antes da ITI inexistente qualquer interesse subjetivo ou pessoal apto a salvaguardar, pois como mencionado alhures, não há parte, não há contraditório.**

**Ressalta-se, por conseguinte, que somente depois do cotejo entre os atos praticados no cargo de Auditor Geral do Estado com os achados de auditoria (que podem constar ou não da ITI), haverá possibilidade jurídica da análise do pedido constante da questão de ordem. Concluir de forma diferente significa que o Conselheiro-Relator estaria impedido para qualquer processo de auditoria relativo ao presente contrato.**

O que de fato alega a empresa RODOSOL é imputar ao suscitado, por meras suposições, que qualquer contrato que a compreenda impor-se-á reconhecer o impedimento do Relator. Ocorre que pensar dessa maneira seria o mesmo que reconhecer o impedimento dos demais Conselheiros por mera suposição à hipótese, pois foram agentes políticos ligados ao Executivo ou Legislativo, **estar-se-ia diante de usurpação e cassação das competências constitucionais atribuídas ao Conselheiro.**

Por estar em fase interna de procedimento, é imatura a perspectiva de se presumir o que se levantará do relatório de auditoria realizado pelo corpo técnico.

Assim sendo, não prospera o ponto apresentado pela empresa RODOSOL no presente momento processual, no sentido da possibilidade de pedir qualquer impedimento de qualquer Conselheiro que seja, ante a manifesta incompetência em se imiscuir no levante de auditoria elaborado por Auditor de Controle Externo, face à inexistência da INSTRUÇÃO TÉCNICA INICIAL, delimitando o período e os objetos auditados decorrentes dos achados de auditoria, para análise do presente pedido de impedimento; isto se houver alguma conclusão que afete interesse de terceiros.

### **III.3.1 - DA INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA (INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS)**

O Tribunal de Contas é órgão de destaque constitucional dotado de autonomia administrativa e financeira, concedido pelo poder constituinte originário, com o fito de gozar, no desempenho de suas funções, de plena independência.

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

A Lei Complementar Estadual n.º 621/2012, art. 1º, incisos I, IV, IX e X, preceitua que:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma desta lei:

I - exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, dos Municípios e das entidades da administração direta e indireta dos poderes constituídos, bem como da aplicação das subvenções e renúncias de receitas;



IV - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta do Estado e dos Municípios, incluídas as fundações e as sociedades por eles instituídas ou mantidas, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

IX - fiscalizar procedimentos licitatórios, contratos, incluindo os de gestão, parcerias público-privadas, termos de parceria ou instrumentos congêneres, desestatizações, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações, autorizações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou dos Municípios, por qualquer de seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta;

X - fiscalizar atos e contas de consórcios públicos e de empresas de cujo capital social o Estado ou Município participe, de forma direta ou indireta, nos termos de acordo, convênio ou ato constitutivo;

Desse modo, o que se quer demonstrar, consoante os preceptivos constitucionais e legais acima citados, é a **independência das instâncias**; assim, independentemente do julgamento pelos demais poderes não há exclusão, de forma alguma, da competência das Cortes de Contas, ainda que relativo aos mesmos fatos. Pelo contrário, ressalta a independência de instância.

Importante ressaltar que Lei Federal n.º 8.666/93, em seu art. 113, reafirma competências do Tribunal de Contas no controle das despesas, vejamos:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

As competências atribuídas a qualquer órgão não são deferências ao mesmo, mas meios para alcançar um determinado fim. O Tribunal de Contas tem o **poder-dever** constitucional e legal de agir em defesa da coletividade, do interesse público com fundamento no princípio da legalidade e moralidade pública.

A professora Odete Medauar, tratando da questão, afirma que se pode definir Tribunal de Contas, no Brasil, como órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeira-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem definitividade jurisdicional. (Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.187)

Na dicção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Tribunal de Contas constitui:

Órgão constitucional plural e onímico de toda a administração financeiro-orçamentária, não se subsumindo a qualquer dos Poderes do Estado no desempenho de sua função. (...) órgão garantidor dos valores político-constitucionais do Estado democrático de Direito, uma vez que exerce funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, no tocante a um dos mais delicados aspectos de qualquer complexo juspolítico, que é, desde a Magna carta, a gestão fiscal<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Lima, Luiz Henrique – Controle Externo, 3ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. pp.115



Analisando o tema em relação aos Tribunais de Contas é esclarecedora e precisa a posição do eminente Ministro Carlos Ayres Brito do STF, expondo que:

O Tribunal de Contas da União **não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo**. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, litteris: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (negrito à parte). Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público<sup>6</sup>.

Para o eminente jurista,

As Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei (...)

Os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. Que não sejam processos parlamentares nem judiciais, já ficou anotado e até justificado (relembrando, apenas, que os Parlamentos decidem por critério de oportunidade e conveniência). Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as Instituições de Contas não julgam da própria atividade (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim.

É pacífico o entendimento de que a Constituição Federal não deixa dúvidas acerca da autonomia das Cortes de Contas, agindo, ora numa posição de colaboração com o poder Legislativo, ora no exercício de competências próprias e exclusivas.

Reportando ao eminente autor Luiz Henrique Lima<sup>7</sup>:

Em síntese, podemos sublinhar que o TCU não possui subordinação hierárquica a nenhum outro órgão ou poder, sendo, portanto, inadequada e imprópria a expressão “órgão auxiliar do Poder Legislativo”, que não consta em parte nenhuma na Constituição.

Por outro lado, havia um debate fervoroso na doutrina acerca da natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas, pacificando-se no sentido de que têm natureza administrativa, pois, segundo o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, o monopólio da tutela jurisdicional encontra-se no âmbito do Poder Judiciário.

Não se olvidando que a tutela jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, as competências atribuídas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional aos Tribunais de Contas são privativas destes, cabendo a tutela jurisdicional somente quando violados princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa na atuação da Corte de Contas.

<sup>6</sup> Lima, Luiz Henrique – Controle Externo, 3ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. pp. 113

<sup>7</sup> Obra citada, pág. 115.



Assim, não importa a decisão que vier a ser dada pelo Poder Judiciário, cada uma há que prevalecer no âmbito de suas competências; a jurisprudência é farta e pacífica neste sentido, senão vejamos:

Na jurisprudência do STF:

No julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos, a competência é exclusiva dos Tribunais de Contas, “salvo nulidade por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade” (RTJ, 43: 151).

Conforme esclarece o Ministro Ayres Brito do STF:

O Tribunal de Contas tal como o Poder Judiciário julga. E, naquela matéria de sua competência, o mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário. A Constituição aquinhoa o Tribunal de Contas com competências que não são do Congresso Nacional e com competências que não são do Poder Judiciário. O Poder Judiciário tem a força da revisibilidade das decisões do Tribunal de Contas, porém, num plano meramente formal, para saber se o devido processo legal foi observado, se direitos e garantias individuais foram ou não respeitados. Porém o mérito da decisão, o controle, que é próprio do Tribunal de Contas, orçamentário, contábil, financeiro, operacional e patrimonial, logo o mérito da decisão é insindicável pelo Poder Judiciário. Em síntese, o STF somente apreciará o error in procedendo do TCU; jamais o error in judicando.

Ressaltamos decisão exarada pelo STF, de forma clara e transparente, da lavra do Ministro Ayres Brito, afirmando-se que “... logo o mérito da decisão é insindicável pelo Poder Judiciário. Em síntese, o STF somente apreciará o error in procedendo do TCU; jamais o error in judicando”.

É o entendimento do TCU no Acórdão 4226/2010:

### III - DA ANÁLISE DE MÉRITO

[...]

4.1. Análise: **Não assiste razão ao recorrente. Ressalte-se, inicialmente, o princípio da independência das instâncias, tendo em vista que esta Casa detém competência constitucional privativa nas matérias que lhes cabe. Significa dizer que o TCU exerce a sua jurisdição independentemente das demais jurisdições (civil, penal, trabalhista, tributária, e. g.). Há, com efeito, diversos precedentes nesta Casa, corroborando o que se afirmou, dos quais se podem invocar, a título meramente exemplificativo, os Acórdãos 406/99-2ª Câmara, 436/94-1ª Câmara e 06/96-1ª Câmara. (grifo nosso)**

4.2. **Há, nesse sentido, no Poder Judiciário, vasta jurisprudência: no âmbito STF, v.g, os MS 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF; no STJ, colacionam-se os MS 7080, 7138 e 7042, todos do DF. Logo, a atuação do TCU não fica a depender nem do Judiciário, nem de qualquer outro Poder. (grifo nosso)**

4.3. **Tratando-se de órgão independente e autônomo, de extração constitucional e, portanto, não subordinado nem vinculado a qualquer Poder, o TCU exerce as competências que a Constituição da República lhe outorgou, de forma privativa, com total independência. As decisões prolatadas pelo Poder Judiciário não se constituem, necessariamente, em questões prejudiciais, a tolher ou limitar a atuação desta Egrégia Casa. (grifo nosso)**

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**

1ª Procuradoria de Contas  
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

4.6. Esta corte de contas possui entendimento pacífico sobre a possibilidade de ocorrer, na apuração de condutas antijurídicas perpetradas, dupla apenação em face de tramitação de outras ações em outras esferas (Acórdãos 40/2007-Plenário, 2.477/07-1ª Câmara, 1.234/08-2ª Câmara). Nesse sentido é importante reproduzir excerto do voto condutor do Acórdão 654/1996-TCU-2ª Câmara, o qual afasta a possibilidade de bis in idem, ainda que haja ação de ressarcimento de dano, interposta em sede judicial, concomitante a decisão deste Tribunal: (grifo nosso)

[...]

**2. A decisão do Tribunal de Contas da União, ainda que não tenha o condão de afastar a persecução penal, diante de conseqüência lógica da independência e da autonomia das instâncias administrativas e criminais, deve ser prestigiada, por sua apuração técnica, como elemento probante que fundamenta a verdade real.** (grifo nosso)

3. Ao atestar a regularidade da aplicação dos recursos públicos, a decisão do TCU coonestava a conduta dos ora apelantes, retirando o dolo.

4. Apelações providas. Reforma da sentença para absolver os réus apelantes. (TRF 5ª R., APC n. 5773/PE (2003.83.00.018850-6), 4ª Turma, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, Rel. Conv. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, DJU n.114, 18.06.09)

Nesta ordem, é inegável a total impertinência da alegação de coisa julgada administrativa. Ademais, pelo apontado pela suscitante, não se verifica **nenhum julgamento administrativo** a respeito de análise do contrato de concessão n.º 01/1998.

**Ora, o simples pensar na teratológica ideia de coisa julgada administrativa engessaria a competência constitucional do Tribunal de Contas e colocaria em cheque a sua origem de ser.**

Como visto anteriormente, no âmbito de atuação de cada órgão, a decisão de cada um há que prevalecer; a independência de instância é de entendimento manso e pacífico na jurisprudência e na doutrina, decorrendo dos preceitos constitucionais e legais vigentes.

Com todo respeito, não procedem as alegações da suscitante de que a matéria ora analisada já foi devidamente apreciada com vistas a reconhecer a coisa julgada. A análise do objeto dessa Corte de Contas é distinta da pontuada pelo Poder Executivo, pois a Corte julga contas, o que incorre no Poder Executivo.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>8</sup>, “a expressão coisa julgada em Direito Administrativo significa tão somente que a decisão se tornou irretroatável pela própria Administração, inclusive nas hipóteses de atos que não podem ser revogados”. Assim, a coisa julgada, acaso ocorrida, incide tão somente no âmbito do Poder Executivo, e não no Tribunal de Contas.

Ainda destaca a ilustre doutrinadora que:

**(...) não se pode colocar a decisão proferida pelo Tribunal de Contas no mesmo nível que uma decisão proferida por órgão integrado na Administração Pública. Não teria sentido que os atos controlados tivessem a mesma força dos atos de controle.** (grifo nosso)

Pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão jurisdicional, porque está também sujeita a controle pelo Poder Judiciário, também não

<sup>8</sup> Pietro, Maria Sylvania Zanella di. Direito Administrativo, 19ª edição, editora Atlas, 2006, p. 413.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
1ª Procuradoria de Contas  
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca a meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da Administração Pública, mesmo no nível máximo da Chefia do Poder Executivo.

Portanto, a avaliação do Tribunal de Contas não é mais ou menos abrangente do que a exercida pelo Poder Executivo ou Judiciário; cada ente/órgão exerce sua competência na medida de suas atribuições como determinado pela Constituição Federal. Não há sobreposição de atuação, não há no ordenamento jurídico nada que comporte tal ilação.

O Tribunal de Contas, alinhado à competência estabelecida pela Carta de Outubro, possui poder até mesmo de bloquear contas bancárias que causem prejuízo aos cofres públicos, consoante perfeito aresto do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A legitimidade e a competência constitucional e legal do Tribunal de Contas para expedir medidas cautelares visando prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões foi ratificada pelo ministro presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Joaquim Barbosa (14/3), em julgamento preliminar de processo (SS 4878) com parecer favorável do procurador-geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Na decisão, Barbosa determinou a imediata suspensão de liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, contrária à medida cautelar expedida pelo Tribunal de Contas potiguar (TCE-RN) nos autos de processo que apura irregularidades no pagamento de precatórios pelo próprio TJ-RN. O relator desse processo foi o conselheiro Carlos Thompson.

O ministro Joaquim Barbosa decidiu nos autos de recurso movimentado pela Procuradoria Geral do Estado do RN. O Tribunal de Justiça havia determinado a suspensão de cautelar do TCE-RN, desbloqueando os bens da ex-secretária geral desse Tribunal de Justiça, Wilza Dantas Targino. A servidora é suspeita de envolvimento no denominado "Escândalo dos Precatórios do TJ-RN", investigado pelo TCE, e que causou prejuízos ao erário no valor de R\$ 14 milhões. A decisão judicial potiguar questionava a legitimidade e a competência do Tribunal de Contas para expedir medida cautelar.

Com a medida cautelar, o TCE-RN determinou o bloqueio dos bens e de contas bancárias de Wilza Targino no valor de R\$ 6,2 milhões, como garantia de assegurar o eventual ressarcimento do prejuízo ao erário. Já na liminar, o TJ acatou alegação de que não foi assegurado o direito de contraditório e que o TC não tinha competência para determinar o bloqueio de contas-correntes.

Em seu parecer para o STF, o procurador Rodrigo Junot discorreu sobre o exercício legítimo do poder geral de cautela do Tribunal de Contas, amparado pela Constituição Federal. Afirma que a antecipação de cautela tem caráter sabidamente excepcional e observou que o STF já assentou que o Tribunal de Contas possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares visando prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

Junot também colacionou várias decisões no âmbito do STF, observando que "o debate acerca do poder geral de cautela dos Tribunais de Contas" já foi levado à análise do Supremo Tribunal Federal. Citou decisões favoráveis aos TCs da lavra dos ministros eméritos Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Cezar Pelluso e do ministro Celso de Mello.

Em um dos destaques, o procurador geral da República incluiu voto de Celso de Mello, no qual este afirma: "Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia. (?) que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja



concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais".

Neste contexto, observa-se que as alegações trazidas pela suscitante são juridicamente insustentáveis à luz do ordenamento jurídico vigente; estaríamos diante de um privilégio inaceitável.

Assim, é de clareza solar a inépcia do requerimento apresentado pela suscitante, diante da falta de fundamentos jurídicos que amparem sua pretensão, por absoluta falta de previsão legal dos pedidos.

### **III.3.2 – DA INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO NEM DE SE TRATAR DE PERÍCIA TÉCNICA JUDICIAL**

Em que pese a suscitante afirmar que a representação da auditoria foi instaurada a partir de uma determinação judicial, trata-se de excecência jurídica, dno tocante à independência de instâncias, como exaustivamente analisado linhas atrás.

**A competência para requerer inspeção ou auditoria é restrita ao elenco definido na própria Constituição da República Federativa do Brasil<sup>9</sup>, sendo descabida e abusiva a pretensão de outros entes/órgãos, inclusive Judiciário e Ministério Público, de ordenar verificação dessa natureza<sup>10</sup>. (grifo nosso)**

Sob este prisma, assim define a Constituição Federal no art. 71, inciso IV:

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

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

**A relação entre entes/órgãos constitucionais deve se fazer por liames de cooperação e, nesse sentido, porém, é possível elastecer o âmbito da verificação para colaborar com outras autoridades, desde que não traga prejuízo ao roteiro de inspeções programadas<sup>11</sup>. (grifo nosso)**

No que tange à manifestação de se constituir o processo como perícia técnica judicial, ante as manifestações mencionadas, observa-se que tal assertiva tenta apequenar a Corte de Contas, cumprindo mencionar a Súmula 240 do egrégio TCU:

#### **Súmula N.º 240**

O Tribunal de Contas da União, por falta de amparo legal, está impossibilitado de atender a solicitações ou requerimentos que visem a liberação de seus servidores para, em função do exercício do cargo, prestar depoimentos destinados a auxiliar a instrução de inquérito policial, atuar como perito judicial, realizar perícia contábil ou outras funções de natureza assemelhada.

<sup>9</sup> Art.74, § 2º da CF/88.

<sup>10</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. Ed. ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pág. 369.

<sup>11</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Obra citada, pág. 370.





É absurdo e despropositado tal entendimento justamente pela independência e ausência de subordinação a que está adstrito o Tribunal de Contas, como já fundamentado no extenso item **III.3.1 - DA INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA**, bem como inexistir partes nem contraditório na fase em que se encontra o procedimento de auditoria.

**POR OUTRO LADO, A UTILIZAÇÃO DO RELATÓRIO DE AUDITORIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL OU PELO PODER JUDICIÁRIO, A TÍTULO DE PROVA EMPRESTADA OU PEÇA DE INFORMAÇÃO, OU QUALQUER QUE SEJA, ESTARÁ INSERIDO EM UM SISTEMA LEGAL AFETO ÀQUELES ÓRGÃOS E SEU DEVIDO PROCESSO LEGAL, NÃO ESTANDO ESTES ÓRGÃOS VINCULADOS INTELLECTUALMENTE, TECNICAMENTE OU JURIDICAMENTE ÀS DECISÕES EXARADAS POR ESSA CORTE DE CONTAS; DO MESMO MODO ESSA CORTE DE CONTAS TEM UM SISTEMA JURÍDICO PRÓPRIO E INDEPENDENTE, INCLUSIVE EM SUAS DECISÕES.**

Por derradeiro, a manifestação da suscitante na questão de ordem de lhe fazer comunicações sobre o processo também não se sustenta, vez não ser parte nem existir contraditório, muito menos coisa julgada.

#### **IV - DOS PEDIDOS**

Ante o exposto, **pugna o Ministério Público de Contas:**

**1** - pelo não conhecimento da questão de ordem, dada à ausência de condições da ação, na forma do art. 342 do Regimento Interno dessa Corte de Contas<sup>12</sup> c/c art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil<sup>13</sup> e posterior arquivamento;

**2** - acaso conhecida, o que não se considera plausível, manifesta-se pela total improcedência, ante estar em procedimento de auditoria – fase interna;

**3** – no caso do art. 341 da Resolução TC-261/2012, manifesta-se o Ministério Público de Contas, ante os articulados expostos, pela não suspensão do curso do processo principal, dado que os autos se encontram na Secretaria de Controle Externo responsável para elaboração do Relatório de Auditoria, cuja competência indeclinável é do corpo de Auditores de Controle Externo dessa Corte.

Vitória, 8 de abril de 2014.

**LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA**  
Procurador de Contas

---

<sup>12</sup> **Art. 342.** A petição poderá ser liminarmente indeferida pelo Relator, em despacho fundamentado, *ad referendum* do Plenário, se for **manifestamente impertinente**, inepta ou protelatória, **ou firmada por parte ilegítima**.

<sup>13</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;