



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR(A) AUDITOR(A)-RELATOR(A) DO PROCESSO TC N. 9098/2013

Interessado: SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Assunto: PESSOAL - ADMISSÃO

Trata-se a análise, para fins fiscalização e registro, do **Decreto n. 2482-S, de 05 de novembro de 2013**, que nomeou **Sérgio Manoel Nader Borges** para exercer o cargo de Conselheiro desse Tribunal de Contas (fls. 08/09), após aprovação pela Mesa da Assembleia Legislativa, consoante Decreto Legislativo n. 72/2013, **de 04 de novembro de 2013** (fl. 02).

Às fls. 12/13, consta termo de compromisso e posse do Conselheiro no cargo, ocorrida **no dia 06 de novembro de 2013**.

Às fls. 14/52, foram colacionados os seguintes documentos, respectivamente: declaração de não acumulação de cargo público; declaração a que se refere a Lei n. 7.115/83; laudo médico; documentos de identificação pessoal e profissional; certidão de quitação eleitoral; diploma universitário; declaração de imposto de renda e *curriculum vitae*.

Às fls. 61/62, a 7ª Secretaria de Controle Externo – SCE manifestou-se, conclusivamente, na Instrução Técnica Conclusiva - ITC 1571/2010 recomendando o registro do ato.

Após, vieram os autos ao Ministério Público de Contas para manifestação.

Pois bem.

Cabe, inicialmente, tecer alguns comentários acerca dos requisitos necessários para a investidura no cargo de conselheiro do tribunal de contas.

São fundamentos imprescindíveis para o exercício do cargo de conselheiro a idoneidade moral e a reputação ilibada, os quais encontram expressos nas Constituições Federal e Estadual e na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo que dispõem:

Constituição Federal

Art. 73. ...

§ 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I - ...

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

Constituição Estadual



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

Art. 74. ...

§ 1º Os Conselheiros do Tribunal serão nomeados dentre os brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

a) ...

b) possuir idoneidade moral e reputação ilibada;

Lei Orgânica do TCE.ES (LC n. 621/12)

Art. 17. Os Conselheiros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Governador do Estado dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso III deste artigo.

Tais requisitos são indispensáveis para o desempenho do cargo e devem ser aferidos não apenas pela Assembleia Legislativa/Congresso Nacional (escolha), mas também por todos os atores intervenientes no processo, como a autoridade nomeante (Governador do Estado/Presidente da República) e a autoridade responsável por dar posse ao conselheiro/ministro (Tribunal de Contas), tal como reafirmado pelo Tribunal de Contas da União em nota¹ divulgada no dia 09/04/2014:

Nota pública sobre a indicação de membros ao Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União (TCU) manifesta-se, após reunião dos seus ministros, pela necessidade da observância dos requisitos constitucionais previstos no art. 73 da Carta Constitucional brasileira para a posse de qualquer cidadão que venha a ser membro da Corte.

Nesse contexto, ao presidente do TCU, responsável pela posse, compete, ouvido o Plenário, avaliar todos os requisitos exigíveis, entre eles idoneidade moral, reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública. (q.n)

Brasília/DF, em 9 de abril de 2014.

Ministro João Augusto Ribeiro Nardes

Presidente do Tribunal de Contas da União

Igualmente manifestou-se a ATRICON, por meio de seu Presidente, Valdecir Pascoal, segundo o qual “os Tribunais de Contas e os seus membros, enquanto instituições e agentes públicos, não podem se esquivar e nem se eximir da responsabilidade de avaliar se os requisitos constitucionais estão sendo observados na indicação e nomeação de novos magistrados de contas. ‘Se de um lado é de competência dos Poderes Executivo e Legislativo a indicação e escolha, de outro lado é obrigação de todos zelar pelo que define a Constituição da República na nomeação de qualquer pessoa para essa função’, destacou”. (doc. anexo).

Verifica-se, portanto, que a escolha de ministro ou conselheiro de tribunal de contas, ainda que afeta ao Poder Executivo ou Legislativo, não é absolutamente

¹ http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=5035526



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

discricionária, devendo o ato nomeação ser submetido ao crivo do controle externo, na forma do art. 71, III, da Constituição Federal, para os fins de verificação de sua legalidade.

Muito embora não se tenha colacionado aos autos os documentos relativos ao procedimento de escolha do conselheiro **Sérgio Manoel Nader Borges**, eles se mostram desnecessários à presente análise, haja vista que a juntada do decreto legislativo com a aprovação de seu nome ao cargo é a confirmação de que na visão dos parlamentares ele preenche todos os requisitos para a investidura, notadamente a idoneidade moral e reputação ilibada. Da mesma forma, o Governador do Estado que o nomeou.

Entretanto, não é o que se verifica em simples busca no site do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, do qual se **extraí certidão negativa com ressalva**², bem como a informação de que o conselheiro responde aos seguintes processos cíveis e criminais:

- 0001900-39.2012.8.08.0021 - GUARAPARI - 3ª VARA CÍVEL;
- 0000248-66.2014.8.08.0069 - MARATAÍZES - VARA DE FAZ PUBLICA EST MUN REG PUBLICOS;
- 0991115-80.1998.8.08.0024 - VITÓRIA - 3ª VARA CRIMINAL;
- 0001536-73.2003.8.08.0024 - VITÓRIA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL;
- 0043845-60.2013.8.08.0024 - VITÓRIA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL;
- 0701437-23.2007.8.08.0024 - VITÓRIA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL;
- 1076143-16.1998.8.08.0024 - VITÓRIA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL;
- 0002618-66.2008.8.08.0024 - VITÓRIA - 9ª VARA CÍVEL

Lado outro, em consulta ao *site* da Justiça Federal – Seção Judiciária do Espírito Santo e Tribunal Regional Federal da 2ª Região³⁴ - denota-se que o conselheiro responde, ainda, a ação penal naquela esfera do Poder Judiciário, vejamos:

- 0012701-28.2003.4.02.5001 – OUTROS PROCEDIMENTOS PENAIIS – 2ª VARA FEDERAL DE EXECUÇÃO FISCAL – OBJETO: CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL; LAVAGEM DE DINHEIRO (AUTOS REMETIDOS AO TRF2);
- 0000640-06.2003.4.02.0000 (TFR2 2003.02.01.000640-8) – GABINETE DO DR. ANDRE FONTES (OBJETO NÃO INFORMADO).

² Doc. anexo.

³ <http://www.jfes.jus.br> e <http://www.trf2.jus.br>

⁴ Docs. anexos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

Consta da exordial da Ação Civil Pública n. 0043845-60.2013.8.08.0024⁵, movida pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo e pelo Ministério Público Especial de Contas, na qual se pleiteia a anulação do ato de nomeação do Conselheiro, ora em exame, a narrativa sobre o objeto da ação de improbidade administrativa n. 024.03.001536-6 (0001536-73.2003.8.08.0024), ainda em trâmite, na qual o senhor **Sérgio Manoel Nader Borges** é acusado de perceber R\$ 30.000,00 como pagamento por seu voto para assegurar a reeleição de José Carlos Gratz à Presidência da Assembleia Legislativa, valor este proveniente de **recursos públicos desviados** em esquema fraudulento de aquisição de créditos tributários de ICMS entre Samarco Mineração S/A e Escelsa.

Observa-se, também, surpreendentemente, que **Sérgio Manoel Nader Borges** restou condenado por ato de improbidade administrativa pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória,⁶ cuja sentença veio a ser confirmada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, conforme acórdão abaixo reproduzido:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 024070050125 APELANTE: JOSÉ CARLOS GRATZ, **SÉRGIO MANOEL NADER BORGES**, ANDRÉ LUIZ CRUZ NOGUEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL RELATOR: DES. WILLIAN SILVA ACÓRDÃO APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ilegitimidade ad causam e ausência de interesse no manejo da ação. INOCORRÊNCIA. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA ACERCA DAS PRELIMINARES, MÁXIME A DE CONEXÃO. INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO POR PREJUDICIALIDADE EXTERNA. INOCORRÊNCIA. **CONDUTAS DOLOSAS COMPROVADAS PELAS PROVAS DOS AUTOS. RECEBIMENTO INDEVIDO DE DIÁRIAS. CONCURSO DE AÇÕES.** violação da proporcionalidade na dosimetria da pena. INOCORRÊNCIA. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Considerando-se que um dos requeridos tenha permanecido à frente da ALES até 30/01/2003, à teor do que dispõe o art. 23, inciso I da Lei nº 8.429/92, o manejo da ação em tela teria como data limite 30/01/2008, donde conclui-se pela inoccorrência do fenômeno prescritivo.

2. Acerca da legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, não há dúvidas de que o réu estará apto para tanto, conquanto as diárias irregularmente concedidas, e devidamente percebidas, tenham sido processadas mediante requerimento seu.

3. O interesse jurídico no manejo da ação estará presente, pouco importando que o então Procurador Geral de Justiça tenha, à época, arquivado o procedimento criminal que apurava as irregularidades narradas no autos, uma vez que se tratam de procedimentos visando a apuração de fatos que possuem natureza jurídica diversas, existindo independência entre as esferas penal, administrativa e criminal, conforme prescreve o art. 12 da Lei de Improbidade.

4. No que toca a alegação de que, em sua Sentença, o Magistrado não teria se manifestado expressamente acerca das preliminares argüidas, esta não merece prosperar, uma vez, em suas alegações finais o recorrente se limitou a repetir as preliminares já afastadas pelo Magistrado, quando do recebimento da inicial.

⁵ Cópia anexa.

⁶ Processo 0701437-23.2007.8.08.0024 (024.07.005012-5). Doc. em anexo.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

5. Incabível o pedido de reconhecimento do fenômeno da conexão, quando as ações referenciadas não possuem a mesma causa de pedir, possuindo suporte fático completamente distintos.

6. O suspensão do processo por prejudicialidade externa restará prejudicado, quando a Ação de interferência já tiver seu julgamento definitivo. Ademais, quando se tratar de Reclamação ao STF, conforme sabença geral, independente do resultado obtido, seu julgamento não terá efeitos erga omnes, máxime por se tratar de ação autônoma de impugnação.

7. Havendo prova robusta de que os réus atuavam dolosamente, na prática dos atos de improbidade, incabível o pleito de improcedência da ação. 8. Recursos conhecidos e improvidos.

(TJES, Classe: Apelação, 24070050125, Relator : WILLIAN SILVA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 28/08/2012, Data da Publicação no Diário: 20/09/2012)

A condenação supra é decorrência da comprovação de que o Conselheiro recebeu indevidamente valores de diárias para manter apoio ao então Presidente da Assembleia Legislativa para reconduzir-se neste cargo.

Esses fatos, por si só, são suficientes para demonstrar que o Sr. **Sérgio Manoel Nader Borges** não atende à exigência de idoneidade moral e reputação ilibada, consoante preceitua o art. 74, § 1º, “b”, da Constituição Estadual c/c art. 73, § 1º, da Constituição Federal, o que torna o **ato de nomeação absolutamente nulo**.⁷

Repise-se nesta manifestação excertos da petição inicial da Ação Civil Pública n. 0043845-60.2013.8.08.0024 acima aludida:

[...] a importância da atuação do Tribunal de Contas em seu poder de fiscalização exercido através dos seus conselheiros, é ressaltada na nossa Constituição Estadual do Estado do Espírito Santo (*sic*), vejamos: [...]

Nesta esteira, vale frisar a decisão da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual nos autos da Ação Popular nº 024.00.0018.267-5 (0018267-52.2000.8.08.0024, em face de José Carlos Gratz, José Ignácio Ferreira, Marcos Miranda Madureira, Estado do Espírito Santo, conforme documentos de fls. 998/1006, na qual impugnava justamente a nomeação do então Deputado Marcos Miranda Madureira para ocupar uma vaga de conselheiro do Tribunal de Contas do ES, fato este ocorrido em 23 de outubro de 2000.

A r. sentença mencionada determinou a nulidade do ato de nomeação do Sr. Marcos Miranda Madureira ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e afastou provisoriamente do cargo até julgamento final da Ação Popular, justamente porque ficou comprovado que o Sr. Marcos Madureira não possuía idoneidade moral e reputação ilibada, mesmo sem ter condenação criminal ou mesmo a responder ação penal, pois

⁷ Preceitua o art. 2º da Lei n. 4.717/65 que são nulos os atos administrativos lesivos ao patrimônio público no caso de inexistência dos motivos, assim entendida como “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”. Igualmente, a **teoria dos motivos determinantes** em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 204.)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

havia sido flagrado cometendo desvios objetivos à probidade e moralidade pública, confessando negócios escusos e condutas ímprobas pretéritas ocorridas em 1998, as quais foram amplamente divulgadas na sociedade.

Por fim, ressaltou ainda a brilhante sentença “que os conceitos jurídicos ‘idoneidade moral’ e ‘reputação ilibada’ refletem exatamente aquilo que se extrai de sua interpretação literal: passado e presente sem mácula que sugira falta de probidade, em especial com a Administração Pública”. E mais: “**a nomeação de um Conselheiro de Tribunal de Contas é anelada pelo mais nobre sentimento de expectativa de toda a sociedade, porquanto os componentes daquele órgão, justamente, exercerão a função de aprovar ou rejeitar condutas administrativas dos Poderes constituídos na esfera estadual e de todos os municípios do Estado**” e conclui: **equivale dizer que o cidadão flagrado cometendo desvios objetivos à improbidade e moralidade pública, muito embora sem condenação penal por força da prescrição, não reúne os atributos necessários que lhe autorizem a nomeação ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Espírito Santo**”.

[...]

Os conceitos de idoneidade moral e reputação ilibada podem e devem ser deduzidos através da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº. 135/2010) e da Lei Estadual nº. 9.891/2012, bem como de um juízo de ponderação balizado pelos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da moralidade (artigo 37 da Constituição Federal de 1988), os quais são de observância obrigatória pela Administração Direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Também a regra de atendimento e observância dos vetores da Administração Pública é repetida no artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.492/92), e, assim, o desatendimento aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais caracterizam ato de improbidade administrativa.

Sabe-se ainda que a condenação à suspensão de direitos políticos, pelo cometimento de ato doloso de improbidade administrativa, desperta outro tipo de impedimento à candidatura eleitoral, qual seja, **a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea “I”, da LC n. 64/90, com redação dada pela LC n. 135/2010**, incidente sempre que a conduta importar (i) lesão ao patrimônio público e (ii) enriquecimento ilícito para o agente ou terceiros, situações presentes na hipóteses dos art. 9º e 10 da Lei n. 8.429/92.

[...]

Em resumo, aquele que tem condenação por ato doloso de improbidade administrativa em uma das hipóteses mencionadas na alínea “I”, fica inelegível pelo período de tempo que vai da condenação do órgão colegiado (tribunal) até oito anos após o cumprimento da pena, equivalendo dizer que o impedimento se lhe impõe durante a tramitação de recurso (especial ou extraordinário), durante o cumprimento da pena e pelos oito anos subseqüentes ao fim desta. [...]

Portanto, no estudo das condições de elegibilidade e causas de inelegibilidades, percebe-se que são elas um conjunto de normas que – traçando o perfil do brasileiro apto ao exercício do *jus honorum* – **visam proteger a probidade e a moralidade administrativas, como também a normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, § 9º, da CF).**

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

Dessa forma, **no presente caso**, quando o candidato Sr. Sérgio Manoel Nader Borges se apresentou para concorrer ao cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas deveria, naquele momento, preencher todas as condições de elegibilidade e não incorrer nas causas de inelegibilidade, sob pena de indeferimento de sua pretensão.

E isso não ocorreu.

Conforme Certidões de fls. 610/620 o Sr. Sérgio Manoel Nader Borges responde a ação de improbidade administrativa, a ação popular e **possui condenação por unanimidade do Egrégio Tribunal de Justiça do ES por ato de improbidade administrativa.**

[...]

Sobre o tema importante também transcrever artigo da lavra do mestre **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes**⁸, a respeito de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 167.137-8-TO), da relatoria do Ministro Paulo Brossard, que afastou dois Conselheiros do Tribunal de Contas do Tocantins:

A nacionalidade e o requisito concernente a faixa etária são comuns a todos os cargos de Ministros do Poder Judiciário, **assim como a idoneidade moral e a reputação ilibada são elementos que devem ser comuns a todos os cargos públicos, notadamente de Conselheiro de uma Corte de Contas. À propósito, os conceitos jurídicos desses dois últimos requisitos são exatamente coincidentes com as acepções vulgar: idoneidade moral é a aptidão, a capacidade de situar-se no plano dos bons costumes consagrados pela sociedade; reputação ilibada diz respeito ao conceito que a sociedade atribui ao sujeito de ser "sem mancha , puro, incorrupto".**

À toda evidência, ao contrário do que ocorre nas relações e em processos criminais, no plano moral inexistente "serviço de proteção ao crédito" ou "cartório de registros" para manter registros das condutas, podendo-se concluir que ser possuidor de idoneidade moral seria suficiente que o candidato não ostentasse condenação criminal definitiva ou fosse freqüentador de colunas policiais. **Já a reputação ilibada para ocupação de cargo de Ministro, - e por extensão impositiva do art. 75 da Constituição Federal, de Conselheiro - é indispensável que jamais tenha sido envolvido em atos de corrupção entre outros."**

Ocorre que os conceitos, no âmbito moral, prescindem de registros e são muito mais severos do que os jurídicos, pois não se submetem ao princípio do contraditório e ampla defesa. Como, agora, entendeu o STF, porém, são conceitos objetivos e, por corolário, aferíveis.

Não se dará, pois, crédito a qualquer notícia/denúncia, mas também não se poderá concluir que detém reputação ilibada que esteve envolvido em notícias mal explicadas de riquezas ou transações escusas. Situando-se no plano moral, para que se deixe de preencher o requisito, não é necessária a existência de processo condenatório, mas simplesmente que aos olhos do bonus pater familis a conduta seja veementemente reprovável; que o "candidato" não mais seja merecedor de crédito suficiente para desempenhar tão elevado cargo.

...

⁸ Requisitos para Ministro e Conselheiro de Tribunal de Contas, publicado na Revista de Informação Legislativa n. 126 abr/jun-04



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

O magistral escólio ao art. 73, legado por aquele provento Ministro, **resultou no julgamento procedente da ação popular**, a qual termina sentenciando por "anular os atos impugnados de nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, **lesivos à moralidade e à finalidade da norma constitucional**".

Acima de um mero julgado a decisão abriu trincheiras quando assentou que "**ao contrário do que harmonicamente dizem as impugnações à ação, a comprovada idoneidade** e o **notório** saber, como a própria adjetivação ressalta, **são elementos objetivos que não podem se desconsiderados pela discricionariedade**, pela vontade, pela simples avaliação do Governador. Esta visão distorcida do ato administrativo praticado já seria, por si só, suficiente para demonstrar a sua contaminação". (grifos do original).

[...]

Desde logo é imperioso que a sociedade brasiliense e as legítimas instituições representativas - como a imprensa, a OAB, as entidades de classe, o Ministério Público, entre outros - redobrem a vigilância para que "aventureiros" - que nada conhecem do controle externo, do ônus desse encargos, do compromisso dele decorrente, e, acima de tudo que não preenchem quase nenhum dos requisitos - sejam quindados a uma posição como a de Conselheiro, fundamental para o aperfeiçoamento da Administração Pública, e evitem que aqui se repita o desastroso acontecimento que justificou a decisão do Pretório Excelso em tela.

Não resta dúvida, portanto, que o Sr. **Sérgio Manoel Nader Borges** não preenche os requisitos indispensáveis à investidura no cargo de conselheiro do tribunal de contas do Estado do Espírito Santo, impondo-se, destarte, **a denegação de registro ao respectivo ato de nomeação**, por violação dos artigos 74, § 1º, "b", da Constituição Estadual e 73, § 1º, da Constituição Federal c/c artigo 17 da LC n. 621/12.

Não bastasse a inobservância dos requisitos de ordem material, o que é, *de per se*, suficiente para a denegação do registro do ato de admissão, verifica-se, ainda, a violação de regras formais e procedimentais para a posse do conselheiro, mas indispensáveis à validade do ato.

Refere-se ao descumprimento da norma do art. 63, III, do Regimento Interno do TCEES – Res. TC n. 261/13, segunda a qual a posse de conselheiro se dará em sessão especial, convocada pelo Presidente do tribunal, e do art. 101 do mesmo estatuto que preconiza a necessidade de publicação das pautas das sessões especiais com antecedência mínima de quarenta e oito horas, sob pena de nulidade.

No caso, observa-se que o Sr. **Sérgio Manoel Nader Borges** foi eleito pela Assembleia Legislativa para o cargo de conselheiro no dia **04/11/2013**; no dia **05/11/2013** foi publicado o decreto legislativo com a aprovação de seu nome pela Mesa Diretora; no dia **06/11/2013** foi publicado o decreto de nomeação, **mesmo dia** em que ocorreu a sessão especial para sua posse e investidura. Dessa forma, **tal ato é absolutamente nulo** por determinação expressa do próprio regimento interno desse tribunal de Contas.

Não sendo o bastante, observa-se a ocorrência de outro fato grave não observado por esse tribunal no procedimento de posse: **a inveracidade da declaração firmada à fl. 15, pelo Sr. Sérgio Manoel Nader Borges**, nos seguintes termos:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

“Declaro, na forma do que dispõe a Lei nº. 7.115, de 29 de agosto de 1983, que **não respondo** a qualquer processo administrativo, **criminal** ou de execução.”

A declaração é ideologicamente falsa por duas razões: (i) porque o declarante responde à ação criminal n. 099111580.1998.8.08.0024, em trâmite na 3ª Vara Criminal de Vitória, e às ações penais n. 2003.02.01.000640-8 e 0012701-28.2003.4.02.5001, tramitando no Tribunal Regional Federal da 2ª Região; e, (ii) o declarante **omitiu** o fato de que responde a 7 (sete) ações cíveis na justiça estadual.

Comete o crime de falsidade ideológica (art. 299, do CP) todo aquele que **omite, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar**. Há, na espécie, deliberada intenção do interessado em ocultar informações sobre as referidas ações judiciais, com a finalidade de tomar posse no cargo de conselheiro desse tribunal de contas.

A Lei n. 7.115/83, que dispõe sobre prova documental nos casos de vida, residência, bons antecedentes e outros, preceitua no art. 2º que “se comprovadamente falsa a declaração, sujeitar-se-á o declarante às sanções civis, administrativas e criminais previstas na legislação aplicável”.

Destarte, os vícios aqui apontados constituem **graves ilegalidades** que maculam todo o ato de admissão, o que enseja a **negativa de registro**.

Feitas tais constatações, cabe, por fim, examinar os efeitos de tal negativa, competência exercida pelo tribunal de contas com espeque no art. 71, III, CF, e o comando insculpido no art. 95, II, da mesma Carta Magna, segundo o qual os magistrados gozam de vitaliciedade, dependendo a perda do cargo de sentença judicial transitada em julgado.

Em princípio, saliente-se que “não existe letra morta no texto de uma Constituição”. É dizer, não há normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica. Assim, ante a supremacia das normas constitucionais na sua interpretação devem ser observados os seguintes princípios, aplicáveis inteiramente ao caso concreto⁹:

- *da unidade da constituição*: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas. Assim, a análise sistêmica do texto magno é impositiva e primordial [...];
- *da máxima efetividade ou da eficiência*: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- *da justeza ou da conformidade funcional*: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;
- *da concordância prática ou da harmonização*: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. 2. ed. São Paulo: Atlas 2005, p64-65.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

- *da força normativa da Constituição*: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada a que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

O art. 2º da Constituição Federal consigna o princípio da separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si. O Tribunal de Contas e o Ministério Público, embora não sejam considerados poderes, gozam das mesmas prerrogativas institucionais.

No processo de escolha de ministros e conselheiros de tribunais de contas, nos termos do art. 73, § 2º, da Constituição, há a interveniência do Poder Executivo e do Poder Legislativo, aos quais competem indicar, respectivamente, um e dois terços de seus membros.

Em se tratando de Tribunal de Contas Estadual, este será “composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do ministério público, e um terceiro a sua livre escolha.” (Súmula 653 do STF).

Tais ministros e conselheiros, na forma do art. 73, § 1º, da Constituição Federal, conforme já assinalado nessa manifestação, devem ser nomeados dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; que ostentam idoneidade moral e reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; bem assim tenham mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos acima mencionados.

E ainda, terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens concedidas aos membros do Poder Judiciário (art. 73, § 3º), notadamente, a vitaliciedade, o que interessa nesta análise.

Como já asseverado linhas acima, respeitada a independência e autonomia institucional, todos os Poderes e Órgãos atores intervenientes no processo de escolha de ministro e conselheiro do tribunal de contas devem avaliar a observância dos requisitos legais e constitucionais para investidura no cargo.

Assim, efetuada a escolha (Poder Legislativo) e/ou indicação (Poder Executivo) e nomeação (Poder Executivo, em regra) do ministro ou do conselheiro, faz-se também necessário, para fins de registro, o exame da legalidade do respectivo ato de admissão pelo Tribunal de Contas, consoante art. 71, III, da Constituição Federal, haja vista que nenhuma situação foi excepcionada.

O conjunto de normas transcrito, interpretado à luz dos princípios de hermenêutica constitucionais acima citados, permite inferir que, ainda que a nomeação de um ministro ou conselheiro de tribunal de contas decorra de um procedimento complexo, envolvendo mais de um Poder – independentes e autônomos – o ato de nomeação deve passar pelo crivo do tribunal de contas para exame de sua legalidade, inclusive no tocante à avaliação dos requisitos exigíveis para o exercício do cargo, entre eles idoneidade moral, reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

Tal ilação nos leva ao exame da natureza do ato de registro pelo tribunal de contas, sobretudo dos efeitos jurídicos que dele decorrem e, especialmente, sobre a questão da vitaliciedade do ministro e conselheiro.

Em breve síntese, os atos administrativos podem ser simples, compostos e complexos. Simples é o ato que decorre da manifestação de vontade de um único órgão, singular ou colegiado. Ato composto é o que decorre da manifestação de dois ou mais órgãos independentes. A declaração do segundo é instrumental em relação ao do primeiro. Aqui se fala em dois atos, duas vontades de natureza distinta, uma acessória, complementar ou instrumental em relação à outra. O ato complexo é sintetizado na emanação de duas vontades fundidas em uma só, para edição de um só ato.¹⁰

Sem pretender um aprofundamento nesse tema, mas tão somente externar o entendimento da jurisprudência pátria sobre a matéria, vez que o que interessa nessa análise são os efeitos do ato - e a conclusão que se alcançará ao fim não se altera, conforme se adote uma corrente ou outra - observa-se que existe certa divergência quanto a natureza jurídica do ato de registro pelo tribunal de contas, se "complexo" ou "composto".

Em face da necessidade de que a investidura e a inativação de todo agente público, à exceção dos ocupantes de cargos de livre nomeação e exoneração, sejam submetidas à apreciação e ao registro pelos Tribunais de Contas, vários são os julgados exarados tanto pelo Supremo Tribunal Federal¹¹ quanto pelo Superior Tribunal de Justiça¹² no sentido de que tais atos seriam "atos administrativos complexos".¹³

Em contraposição a tal entendimento, existe corrente doutrinária que sustenta tratar de ato composto, consoante leciona Rafael Da Cás Maffini:

Em efeito, tais atos sujeitos a registro (investidura, aposentadoria, pensionamento, etc.) embora tenha a sua legalidade (ou validade) apreciada ulteriormente à sua efetivação pelos Tribunais de Contas, já produzem desde sua expedição e publicação todos os efeitos que lhe são iminentes. Isso significa dizer que tais atos administrativos não dependem da apreciação e, ao final, do registro pelos Tribunais de Contas para produzirem a totalidade de seus efeitos, uma vez que os mesmos já são produzidos desde a sua perpetração pela própria Administração Pública.¹⁴

Perfilha essa linha interpretativa o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, consoante manifestação proferida nos autos do RE nº. 636.553/RS, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. APOSENTADORIA. APRECIÇÃO DE LEGALIDADE E REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ATO ADMINISTRATIVO COMPOSTO . ART. 54 DA

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed São Paulo: Atlas, 2010, p. 222.

¹¹ MS 25.090-9/DI; Rel. Min. Eras Grau, j. 02.02.2005; MS 25.095-0/DF, Rel. Min. Eras Grau, j. 02.02.2005; MS 25.192-1/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.04.2005; MS 8.886, ReI. Min. Cândido Motta, j. 06.12.1963; MS 19.861, ReI. Min. Thompson Flores, j. 31.03.1971; MS 19.873, ReI. Min. Amaral Santos, j. 09.06.1971; RE 195.861, ReI. Min. Marco Aurélio, j. 26.08.1997; MS 24.754, ReI. Min. Marco Aurélio, j. 07.10.2004.

¹² REsp 1.560, ReI. Min. Carlos Velloso, j. 05.02.1990; RMS 693, ReI. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28.11.1990; RMS 6.777, ReI. Min. Gilson Dipp, j. 11.09.2001; EDcl nos Edcl no RMS 10.983, ReI. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 11.12.2001.

¹³ No mesmo sentido, EI 70.010.318.798, 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, ReI. Desa. Matilde Chabar Maia, j. 11.02.2005 e AC 20020110501444, 2a Turma Cível do TJDF, ReI. Des. Mário Selmiro, j. 22.11.2004.

¹⁴ Disponível em www.tc.df.gov.br/dga/sedoc/Atos%20Administrativos.doc. Acesso 8/4/2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

LEI Nº 9.784/99: APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA DECADÊNCIA A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DO ATO CONCESSIVO. EFEITO ATÍPICO PRELIMINAR OU PRODRÔMICO DO ATO DE APOSENTADORIA QUE IMPÕE A MANUTENÇÃO DOS SEUS EFEITOS QUANDO PRESENTES A BOA-FÉ, O LONGO TRANSCURSO DE TEMPO E A CONFIANÇA DO CIDADÃO NOS ATOS DO PODER PÚBLICO COMO PROJEÇÃO ÉTICOJURÍDICA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS DESDE O ATO CONCESSIVO : GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. A aposentadoria, ainda que sujeita a registro pelo TCU, não constitui ato administrativo complexo. É que o conceito de ato administrativo complexo pressupõe a conjugação de vontades de órgãos diversos para a produção de um ato único ou de uma única finalidade administrativa. O TCU apenas aprecia a legalidade do ato concessivo (CF, art. 71, III). A vontade do TCU não integra o ato concessivo, que se consuma na esfera administrativa, não se conformando, portanto, à concepção unitária de ato complexo.

2. O controle de legalidade exercido pelo TCU sobre os atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, para fins de registro, se dá sobre o ato já praticado pela autoridade administrativa competente, razão pela qual a aposentadoria se qualifica como ato administrativo composto e não complexo. Por se tratar de controle de legalidade a posteriori de ato administrativo acabado, não há que se falar em inoperância dos efeitos da decadência. Aplicação do prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 aos processos de contas que tenham por objeto a apreciação de legalidade dos atos concessivos de aposentadoria, reforma e pensão, a contar da data da publicação do ato de concessão inicial. **Doutrina e precedentes.**

3. O efeito atípico preliminar ou prodrômico impõe a manutenção dos efeitos do ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma e pensão, quando presentes a boa-fé do beneficiário e o longo decurso de tempo entre o ato concessivo e a decisão da Corte de Contas, a evidenciar a confiança dos cidadãos nos atos do Poder Público como projeção subjetiva do princípio da segurança jurídica.

[...]

Acentua o citado parecerista, porquanto entenda que o ato de registro seja composto, possui ele efeito atípico, preliminar ou prodrômico, pois eficaz enquanto não submetido a registro pelo tribunal de contas. Em nota de rodapé cita a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segunda a qual os efeitos atípicos preliminares ou prodrômicos “existem enquanto perdurar a situação de pendência do ato, isto é, durante o período que intercorre desde a produção do ato até o desencadeamento de seus efeitos típicos.”

Dessa forma, o exame do ato pelo tribunal de contas é impositivo, seja para produzir todos os seus efeitos (complexo) ou para desencadear os seus típicos efeitos (composto).

Retornando ao caso concreto, tendo em vista a máxima de que não pode existir contradição entre normas constitucionais e a de que uma norma constitucional não invalida outra de mesma estatura, conclui-se que, embora o ato de nomeação e posse do conselheiro já lhe garanta uma série de direitos, tais como a percepção da remuneração, a contagem do tempo de serviço, o período aquisitivo de férias, a condição de servidor público para fins penais entre outros (efeitos preliminares ou prodrômicos), não lhe confere a vitaliciedade prevista no art. 95, II, da CF, pois se trata de efeito típico do ato, que só é produzido pela concessão de registro pelo tribunal de contas, que lhe dará eficácia absoluta.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria Especial de Contas

Assim sendo, negado o registro ao ato, mister o seu desfazimento pela autoridade nomeante, cessando-se, imediatamente, todos os seus efeitos, bem assim a declaração de vacância do cargo, porquanto não gozava, ainda, o Conselheiro da aludida vitaliciedade.

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

1 – seja denegado registro ao Decreto n. 2482-S, de 05 de novembro de 2013, por violação aos artigos dos artigos 74, § 1º, “b”, da Constituição Estadual e 73, § 1º, da Constituição Federal c/c art. 17 da LC n. 621/12, determinando-se:

1.1 – ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para que proceda à anulação do ato de posse, por desrespeito às normas às normas do art. 63, III, e 101 do Regimento Interno do TCEES – Res. TC n. 261/13 e art. 2º da Lei n. 7.115/83, bem como que faça cessar todo e qualquer pagamento decorrente do vínculo objurgado, consoante artigo 118 da Lei Complementar nº 621/2012, sob pena de obrigar-se, solidariamente, ao ressarcimento dos valores pagos indevidamente após ciência da decisão dessa Corte de Contas;

1.2 – ao Governador do Estado do Espírito Santo que proceda à anulação do ato de nomeação, sob pena de também obrigar-se, solidariamente, ao ressarcimento dos valores pagos indevidamente após ciência da decisão dessa Corte de Contas;

1.3 – ao Sr. Sérgio Manoel Nader Borges, após concedido o direito ao contraditório e ampla defesa, seja determinado o ressarcimento das quantias recebidas a título de remuneração pelo exercício do cargo, ante a existência de elementos que comprovem a má-fé do interessado para a sua percepção (súmulas 106 e 249 do TCU);

2 – seja comunicado fato à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo para os fins de direito;

3 – seja remetida cópia integral dos autos ao Ministério Público Federal, na hipótese absurda de autorização de registro do ato, ou ao Ministério Público Estadual, se lhe denegado registro, haja vista a perda de prerrogativa de foro, para a adoção das medidas que entender cabíveis.

Vitória, 15 de abril de 2014.

LUIS HENRIQUE
ANASTÁCIO DA SILVA
PROCURADOR-GERAL
DE CONTAS

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR
DE CONTAS

HERON CARLOS DE
OLIVEIRA
PROCURADOR
DE CONTAS