

Exmo. Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI, Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, vem reavaliar e questionar o critério de distribuição de processos para relatoria dos Conselheiros e Auditores no âmbito deste Tribunal, regulamentada pela Resolução TC nº 266, de 28 de novembro de 2013, publicada em 02/12/2013 no DOE, por entender que tal medida cerceia o pleno exercício da função de judicatura, atribuída aos Auditores pelas Constituições Federal e Estadual e pela Lei Complementar nº 621/2012, sob o seguinte fundamento:

I. Da Organização dos Tribunais de Contas e do exercício da Judicatura pelos Auditores:

A natureza da atuação dos Auditores dos Tribunais de Contas é facilmente compreendida na leitura do texto da Constituição Federal. Nele, ao referir-se nominalmente ao cargo, regra-o: como elemento de composição do próprio Tribunal, mediante a reserva de vaga permanente a ser preenchida por iniciativa do chefe do Poder Executivo; atribui-lhe a substituição temporária do titular e, ordinariamente, confere-lhe o exercício de função judicante, conforme transcrição seguinte:

Art. 73 . O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 4º - O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

Ao encaminhar o leitor ao art. 96, o legislador lembra que aos Tribunais de Contas cabem, *mutatis mutandis*, poderes próprios àqueles conferidos aos tribunais judiciários, obrigando-os, no exercício de suas atribuições, a respeitar os mesmos princípios processuais balizadores da atuação do Poder Judiciário, garantidores dos direitos individuais e coletivos, do devido processo legal, do juiz natural e da segurança jurídica.

Essas regras devem ser replicadas aos demais entes federativos, por força impositiva da regra prevista no Art. 75, na seguinte redação:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplica-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que os Tribunais de Contas Estaduais e Municipais devem guardar simetria com a estrutura delineada na Constituição Federal e que as prerrogativas e atribuições conferidas ao Auditor devem observar, necessariamente, o modelo definido na Constituição Federal, como se colhe no seguinte julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 6º DO ARTIGO 74 E ARTIGO 279 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 17/99. ARTIGOS 25, §§, 26, 27, CAPUT E PARAGRÁFO ÚNICO, 28, §§, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 32/93, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LC N. 142/99. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CRIAÇÃO DO CARGO DE SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO. DISCREPÂNCIA DO MODELO DELINEADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 73, 75, PARAGRÁFO ÚNICO, 96, INCISO II, ALÍNEA "B", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Estrutura dos Tribunais de Contas Estaduais. Observância necessária do modelo federal. Precedentes. 2. Não é possível ao Estado-membro extinguir o cargo de Auditor na Corte de Contas estadual, previsto constitucionalmente, e substituí-lo por outro cuja forma de provimento igualmente divirja do modelo definido pela CB/88. 3. Vício formal de iniciativa no processo legislativo que deu origem à LC 142/99. A CB/88 estabelecendo que compete ao próprio Tribunal de Contas propor a criação ou extinção dos cargos de seu quadro, o processo legislativo não pode ser deflagrado por iniciativa parlamentar [artigos 73 e 96, inciso II, alínea b]. 4. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o § 6º do artigo 74 e o artigo 279, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhes foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 17/99, e toda a Lei Complementar n. 142/99, que promoveu alterações na Lei Complementar n. 32/93, do mesmo Estado-membro. (ADI 1994, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/05/2006, DJ 08-09-2006 PP-00033 EMENT VOL-02246-01 PP-00080 RTJ VOL-00200-03 PP-01076 LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 39-46).

Por isso a Constituição Estadual e a Lei Complementar nº 621/2012 são depositários naturais das prerrogativas, competência, atribuições e formas de atuação dos Auditores dos Tribunais de Contas do Estado do Espírito Santo. Nelas são encontradas remissões à substituição dos Conselheiros, e também ao exercício das atribuições originárias da judicatura, conforme se infere do Art. 29 da referida lei Complementar:

Art. 29. O Auditor, no exercício das demais atribuições da judicatura, presidirá a instrução dos processos que lhe forem distribuídos, relatando-os com proposta de decisão a ser votada pelos integrantes do Plenário ou da Câmara para o qual estiver designado.

Vale destacar que não se podem confundir prerrogativas com atribuições. Prerrogativas são aquelas dispostas nos incisos I, II e III do art. 95 da Constituição Federal, e repetidas em idênticos incisos do art. 104 da Carta Estadual, *verbis*:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I-vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II-inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III-irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Já as atribuições, os Auditores detêm as judicantes, igualmente aos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas e Membros do Poder Judiciário, na prescrição do sobredito parágrafo 4º do art. 73 da Lei Maior.

Não é outro o entendimento extraído da obra de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *in* Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 819-820:

Possuem os Tribunais de Contas substitutos de ministros e conselheiros concursados, prontos para atuar durante os impedimentos e vacância. Trata-se de um traço peculiar. O nome jurídico do cargo também é referido como auditor, e tem duas relevantes funções. A ordinária, consistente em participar do plenário ou câmara e relatar processos definidos especificamente nos regimentos internos

como de sua competência. Como regra, as competências do auditor não são as mesmas do ministro ou conselheiro, ficando restritas a contas, especiais ou anuais. A extraordinária consiste, precisamente, em substituir, para integrar quorum, o ministro ausente, no caso do Tribunal de Contas da União, ou o Conselheiro, nos demais tribunais. Nos impedimentos eventuais e nos não eventuais, assume integralmente as prerrogativas do substituído, inclusive quanto a voto.

[...]

É importante notar que o constituinte foi muito criterioso ao definir as atribuições do auditor, qualificando-as, não sem motivo, de “judicatura”, dada a feição judicialiforme do julgamento das contas. Esse argumento reforça o fato dos ministros e conselheiros, e do próprio Tribunal de Contas, exercerem funções jurisdicionais e outras funções. Já os auditores, voltados precipuamente para as funções de contas, têm atribuições ordinárias de judicatura, isto é, próprias de juiz, do exercício da magistratura.

Diante da argumentação retro mencionada, conclui-se que a Lei Complementar nº 621/2012, ao determinar a atribuição de competência aos Auditores dos Tribunais de Contas do Estado do Espírito Santo para presidir processos de matérias afetas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de competência de todos os órgãos e entidades sujeitos à jurisdição deste Tribunal e fixar a distribuição dos processos a tantos quantos forem os Conselheiros relatores e Auditores, obedecidos os princípios da publicidade, proporcionalidade, impessoalidade e ao critério de rodízio, está em consonância com as prescrições da Constituição Federal e Estadual, da jurisprudência e da doutrina. Segue a transcrição do Art. 54 da Lei Complementar nº 621/2012:

Art. 54. *A distribuição de processos aos Conselheiros e Auditores será realizada automaticamente, de acordo com o sorteio da relatoria dos grupos, considerando-se cada um dos órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, e obedecerá aos princípios da publicidade, proporcionalidade, impessoalidade e ao critério de rodízio.*

§ 1º *Os órgãos e entidades a que se refere o caput deste artigo serão organizados em grupos, tantos quantos forem os Conselheiros relatores e Auditores.*

§ 2º *O sorteio dos grupos será realizado para cada biênio.*

§ 3º A relatoria dos processos já distribuídos não se altera por ocasião de novo sorteio dos grupos.

II. Do Princípio da Eficiência e da Celeridade Processual:

A Emenda Constitucional nº 19/1998 incluiu expressamente no texto constitucional, a eficiência como um dos princípios norteadores da Administração Pública:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** (...).*

Portanto, nele baseado, impõe-se à Administração Pública realizar suas atribuições com presteza e perfeição, exigindo resultados positivos no atendimento das demandas que lhes são submetidas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro in Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 83, ressalta que o princípio da eficiência: “ ... *apresenta dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação de agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.*”

Isto é, a eficiência não está relacionada apenas a atuação do agente público mas também à organização e estrutura da Administração Pública.

Umbilicalmente ligado a esse princípio, a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como Reforma Constitucional do Judiciário, incluiu como direito fundamental do indivíduo o princípio da celeridade nos processos administrativos e judicial, *in verbis*:

Art. 5º [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Aplicada na exata descrição do art. 54 da Lei Complementar nº 621/2012, a distribuição dos processos de todos os órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas a dez relatores, a par do mandamento legal, vai ao encontro do princípio da eficiência, e representa medida organizacional que empresta celeridade à tramitação de processos e configura um dos mecanismos na busca do reconhecimento deste Tribunal como instituição de excelência na missão de orientar e controlar a gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade.

III. Da Impossibilidade de Restringir as Atribuições dos Auditores aos Auditores:

Como visto, as atribuições conferidas aos Auditores estão previstas desde o texto constitucional e, especialmente no Estado do Espírito Santo, estão fixadas detalhadamente na Lei Complementar nº 621/2012.

Neles é reconhecida sua atuação como magistrado, dentro dos limites constitucionalmente previstos, exercendo, portanto, o seu *mister* institucionalmente, com total independência funcional, como o fazem, ordinariamente, os magistrados integrantes do Poder Judiciário, qual seja, presidindo processos de todos quantos forem os jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, distribuídos de forma proporcional e impessoal entre Conselheiros Relatores e Auditores.

Nesse contexto, qualquer tentativa de restrição no exercício da judicatura pelos Auditores tem recebido firme repulsa do Poder Judiciário.

Assim ocorreu no passado, de triste memória, página virada da história, com a tentativa de extinguir o cargo de Auditor deste Tribunal por meio da Emenda Constitucional nº 17/1999 e Lei Complementar nº 142/1999, declaradas inconstitucionais na ADI 1994, promovida pela ATRICON, do qual merece destaque trecho do voto proferido pelo Min. Carlos Ayres de Britto:

“(...) a Constituição Federal faz do cargo de auditor um cargo de existência necessária, porque, quando ela se refere nominalmente a um cargo, está dizendo que faz parte, necessariamente, da ossadura do Estado, e só por efeito de emenda à Constituição – e olhe lá – é que essa matéria poderia ser modificada. De outra parte, auditor ainda tem uma particularidade: é regrado pela Constituição como elemento de composição do próprio Tribunal; (...). E o fato é que o art. 75 deixa claro que o modelo de composição, exercício e fiscalização que adota a Constituição Federal é impositivo para os demais entes federativos”.

O enfoque axiológico da atuação do Auditor pode ser encontrado em outros julgados, como o do seguinte relato, bastante didático:

Auditor do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará impetrou Mandado de Segurança, junto ao Tribunal de Justiça daquele Estado visando resguardar direito mediante atendimento do seguinte pedido:

1. Que fosse determinando ao Presidente do TCM-CE, que cumprisse o artigo 74, 1º, da Lei no Estadual nº 12.160/1993, Lei orgânica do TCM, providenciando a imediata distribuição de processos de contas ao impetrante, para que este pudesse coordenar (dirigir) a sua instrução, como magistrado-relator, devendo ser os processos distribuídos mediante critérios impessoais de sorteio, aplicáveis a todos os magistrados da Corte de Contas, inteligência do artigo 14 de sua Lei orgânica, combinado com o artigo 33, inciso IV, do Regimento Interno do TCM;
2. Que por meio da mesma medida liminar, se determinasse a suspensão da eficácia dos artigos da autônoma Resolução nº 06/2008, que impingem ao Auditor atribuições não previstas na CF/88, na Constituição do Ceará e tampouco na LOTCM, julgando--se por sua definitiva anulação, vista eivada de vícios insanáveis.

O desembargador relator do MS n.o 2009.0007.1576-4 deferiu o pedido liminar integralmente, nos termos acima transcritos, confirmado no seguinte agravo regimental:

*EMENTA:CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR CONCESSIVA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR DO TCM. COMPETÊNCIAS INSTITUCIONAIS. MODIFICAÇÃO ATRAVÉS DE RESOLUÇÃO. IMPROPRIEDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. O Tribunal de Contas não pode, sob qualquer pretexto, invadir espaço exclusivo do legislativo, sobretudo matéria de índole constitucional; 2. A competência para organizar seus serviços não lhe dá autoridade para ultrapassar os limites estabelecidos, em especial, definições conceituais das instituições; 3. Legislar acerca de tema processual é da órbita do legislativo; 4. Transformação de atribuições, feita por Resolução, ato administrativo de regulamentar atento aos limites delineados na Lei, afronta a ordem jurídica; 5. Decisão liminar mantida; 6. Agravo Interno conhecido, mas improvido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno, manejado pelo Estado do Ceará, acorda o Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do recurso, mas para lhe negar provimento, consoante o voto do Relator. **TJCE. 0005918-31.2009.8.06.0000/500 (5918-31.2009.8.06.0000/2)- Agravo Regimental. Julgador FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA Relator. Julgado em 8/11/2012.***

Contra essa decisão o Estado do Ceará ajuizou pedido de suspensão de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal, objeto da SS 4005, pelo qual:

Afirma ser incabível mandado de segurança para impugnar a constitucionalidade e a legalidade da resolução normativa do TCM/CE, por se tratar de norma de conteúdo abstrato e genérico.

Assevera que o TCM/CE é dotado de autogoverno e auto-organização (arts. 96, I, "a", e 73 da CF/88), observada a sua lei orgânica (Lei Estadual n.º 12.160/1993), podendo por meio da resolução impugnada "delinear as funções de seus auditores, considerando-se que no caso concreto, não há que se falar no famoso 'modelo federal' do TCU" (fl. 7).

Alega que a decisão impugnada causa grave lesão à ordem administrativa, pois a resolução suspensa "também dispõe de outros aspectos correlatos, como o funcionamento do Pleno e das Câmaras (quórum), a publicação de pautas de julgamento, procedimento de processo de contas, contagem de prazos, assinaturas de atos, entre outros" (fl. 8), a gerar um vácuo normativo.

Alega violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento distinto do TCM/CE com os auditores daquela Corte (fl. 9). Consigna, ainda, que há descompasso entre o fundamento e a conclusão da liminar impugnada, que autorizaria a distribuição direta de processos ao impetrante, sem que houvesse a intermediação do conselheiro relator. (fl. 9)

Por fim, aduz que está caracterizada a desorganização no Tribunal de Contas, tendo em vista que as distribuições feitas no começo do ano a seis Conselheiros deverá ser anulada e formalizada uma nova, acrescentando o auditor-impetrante como o sétimo membro do Pleno (fl. 10).

Em decisão proferida em 27/01/2010, confirmada pelo Plenário em 29/03/2012, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido do Estado do Ceará contra medida liminar concedida e asseverou que:

A Constituição Federal e a Constituição Estadual atribuem função de judicatura aos auditores quando não estejam a substituir o Conselheiro da Corte de Contas. A Lei orgânica do TCM/CE, por sua vez, estabelece atribuição expressa e específica para o cargo de auditor, ou seja, há estabelecimento por Lei no de atribuição de determinado cargo publico.

[...]

A decisão impugnada determina, em primeiro lugar, o cumprimento de disposição legal estadual (art. 74, 1º, da Lei orgânica do TCM/CE), para que se determine a distribuição ao auditor impetrante dos processos que ele tem a atribuição legal de coordenar a instrução. Por certo, nos termos da Lei orgânica, cabe ao Conselheiro relator concretizar materialmente essa determinação.

Do mesmo modo, em juízo mínimo de delibação, a Resolução n.6/2008, ainda que delimite de forma mais detalhada as atribuições do cargo de auditor do TCM/CE, de fato retira do regimento interno qualquer disposição que se assemelhe a um detalhamento do que disposto no art. 74, 1º, da Lei Orgânica do TCM/CE. Nesse sentido, evidencia-se plausibilidade jurídica para a concessão da medida liminar concedida, a fim de assegurar pretensão jurídica individual reclamada em juízo.

Ademais, não há que se falar em potencial efeito multiplicador de decisões liminares semelhantes, em razão da singularidade do caso.

Finalmente, ressalte-se que os argumentos relacionados a ilegalidade e a inconstitucionalidade da Resolução Normativa nº. 6/2008, bem como a discussão

acerca do cabimento do mandado de segurança para impugná-la, não são objeto de análise aprofundada no presente pedido de suspensão, porque dizem respeito ao mérito dos mandados de segurança (SS-AgR 1.918, Rel. Mauricio Correa, DJ 30.4.2004). Ante o exposto, indefiro o presente pedido de suspensão.

Publique-se.

Brasília, 27 de janeiro de 2010.

Ministro GILMAR MENDES

Presidente

Não obstante, a Resolução TC nº 266/2013, ao estabelecer os grupos para fins de distribuição de processos a serem presididos por Conselheiros e Auditores, excedeu a sua competência regulamentadora e impôs indesejável restrição ao pleno exercício das atribuições dos Auditores deste Tribunal ao estabelecer distribuição diferenciada entre Conselheiros e Auditores, em flagrante afronta ao princípio da impessoalidade.

E não só isso, aplicou-se critério desproporcional na composição dos grupos formados por órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, excluindo os Auditores da presidência de quaisquer processos de entes estaduais, das prefeituras e câmaras municipais, restringindo sua atuação à administração indireta dos municípios e a processos de pessoal.

Ora, como já explicado, não era essa a vontade o legislador ao trazer ao mundo jurídico prescrição inserta no caput e parágrafo 1º, do art. 54, da Lei Complementar nº 621/2012, conferindo a distribuição de processos aos Conselheiros e Auditores, de forma automática, de acordo com o sorteio da relatoria dos grupos, estes considerados cada um dos órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, obedecidos os princípios da publicidade, proporcionalidade e impessoalidade, organizados em tantos grupos quantos forem os Conselheiros relatores e Auditores.

Nesse trilhar, não há como falar em proporcionalidade e impessoalidade no formato de distribuição de processos objeto da Resolução TC 266/2013. Não é

proporcional ou impessoal **excluir todas as entidades e todos os órgãos estaduais** da atribuição judicante do Auditor. Como também não é proporcional ou impessoal **excluir todas as Prefeituras e Câmaras Municipais** da atribuição judicante do Auditor.

Indo de encontro ao dispositivo legal, a Resolução TC 266/2013 afronta a competência legislativa, contraria a melhor doutrina e segue modelo que tem recebido dura reprimenda do Poder Judiciário.

Lado outro, soa fora de propósito a tentativa de exclusão de profissionais reconhecidamente capacitados da presidência de processos quando estes poderiam contribuir para celeridade em sua tramitação nesta Corte.

Por certo, e nesse contexto, a Lei Orgânica deste Tribunal retrata modelo de organização que busca materializar a busca expressa na visão de sua identidade institucional: Ser instituição de excelência na orientação e no controle da gestão dos recursos públicos até 2015. No entanto, isso somente se concretizará como corolário do princípio da legalidade, sem imposição de restrições à atuação de seus membros.

A revisão imediata da Resolução TC 266/2013, eivada de vícios, é fundamental para restauração do princípio da legalidade diante da possibilidade de consequências deletérias no curso dos processos, reflexos da inobservância do princípio do Juiz Natural.

IV. Do Pedido:

Considerando a exposição, vem REQUERER a:

1. Alteração da Resolução TC 266/2013, que regulamenta a distribuição de processos para relatoria dos Conselheiros e Auditores no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;
2. Na forma prevista no *caput* e §1º, do art. 54, da Lei Complementar nº 621/2012, compor os grupos formados para distribuição de processos a

Conselheiros relatores e Auditores, considerando-se cada um dos órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, organizados em tantos quantos forem os relatores, obedecidos os princípios da publicidade, proporcionalidade e impessoalidade;

3. Inclusão de entidades e órgãos estaduais, Prefeituras e Câmaras Municipais, na composição dos grupos destinados aos Auditores, garantidos em reserva legal;
4. A estrita observância das atribuições judicantes dos Auditores, previstas na Constituição Federal e na Lei Orgânica deste Tribunal, abstendo-se de incluir restrição à sua atuação.

Nestes termos,

P. deferimento.

Vitória, 24 de março de 2014.

JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI
AUDITOR