

PROCESSO: TC 9098/2013
INTERESSADO: SÉRGIO MANUEL NADER BORGES
ASSUNTO: ADMISSÃO
ORIGEM TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO/ES

Exmo. Senhor Presidente,

Exmo. Senhores Conselheiros,

Exmo. Senhor Procurador do Ministério Público Especial de Contas,

I – RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de **ADMISÃO PARA FINS DE REGISTRO** do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo/ES, Exmo. SÉRGIO MANUEL NADER BORGES, após ter sido escolhido pela Assembleia Legislativa do Estado.

Inicialmente foi encaminhado o Ofício OF nº 4012/SGP/ALES ao Senhor Governador do Estado do Espírito Santo, informando a escolha do interessado para ocupar o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, formalizada no Decreto Legislativo nº 72/2013.

Ato contínuo o Senhor Governador encaminhou, através do Ofício G nº 084/2013, ao Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas, Decreto de nomeação do interessado ao cargo.

À fl.09 consta a publicação do ato que nomeou o interessado. À fl.12 consta o termo de compromisso e posse do interessado. À fl.13 consta declaração de bens do interessado. À fl.14 consta a declaração de não acumulação de cargo, de modo a atender norma inscrita no art.37, XVI da Constituição Federal. À fl.15, verifica-se declaração firmada pelo interessado de que não responde a qualquer processo administrativo, criminal ou de execução. À fl.16, encontra-se declaração firmada pelo interessado, negando vínculo de parentesco com a autoridade nomeante, para fins de atendimento à Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. O estado de saúde do interessado com a consequente aptidão para o cargo foi atestado pelo Laudo Médico de fl.17. A documentação do interessado foi juntada às fls.18/20 e 23/27. A quitação com o serviço eleitoral foi demonstrada às fls.21/22.

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.

Encaminhado os autos ao Ministério Público de Contas, manifestou-se no Parecer PPJC 1515-2014, fls. 64 a 76, subscrito pelo Exmo. Procurador Geral Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, pelo Exmo. Procurador Dr. Luciano Vieira e pelo Exmo. Procurador Dr. Heron Carlos de Oliveira pela denegação do registro e determinações.

Auditor
Eduardo Perez

Encaminhado os autos ao Exmo. Auditor Relator João Luiz Cotta Lovatti, em Decisão Monocrática DECM 414/2014, determinou a notificação do interessado para apresentação de alegações de defesa.

Em 29/05/2014, tempestivamente, protocolou o interessado as alegações de defesa.

Em 04/06/2014, através de despacho de fl. 631, do Exmo. Auditor Relator João Luiz Cotta Lovatti, foi o processo encaminhado ao Gabinete da Presidência para sorteio de nova relatoria.

Em 06/06/2014, através de despacho de fls. 632 a 633, do Exmo. Presidente do Tribunal de Contas, foi encaminhado o processo para sorteio. Em 12/06/2014, conforme registro da Secretaria Geral das Sessões, fl. 634, foi sorteado o processo para minha relatoria.

Vieram os autos conclusos, é o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O interessado em suas alegações apresenta uma lista de seis itens nos quais denomina de preliminares. Na seção que trata da contestação, especificamente no art. 301, o Código de Processo Civil traz quais matérias poderão ser alegadas antes do mérito:

Da Contestação

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - inexistência ou nulidade da citação; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - incompetência absoluta; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (**grifei**)

III - inépcia da petição inicial; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV - perempção; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

V - litispendência; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

VI - coisa julgada; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

VII - conexão; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IX - convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)

X - carência de ação; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar. (Incluído pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Comentando o art. 301 do Código de Processo Civil Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹ apontam que:

“As questões prévias podem ser questões preliminares ou questões prejudiciais. A resolução destas questões prejudiciais influencia sobre o conteúdo da resolução das questões subordinadas. O mesmo não se passa com as questões preliminares. O acolhimento das questões preliminares impede o exame das questões posteriores. Observe-se que as questões preliminares concernem ao ser ou não ser das questões posteriores, ao passo que as questões prejudiciais dizem respeito ao modo de ser das questões subordinadas. **O art. 301, CPC, determina ao réu que alegue, antes de discutir o mérito da causa, questões preliminares processuais**”. (grifei)

O interessado alegou em preliminares os seguintes itens: 3.2.1 Inaplicabilidade do procedimento de “registro” do ato de posse de Conselheiro do TCE-ES. Cargo de natureza política; 3.2.2 Impossibilidade de Afastamento – Vitaliciedade. 3.2.3 Impossibilidade de o Tribunal de Contas do Estado julgar requisitos subjetivos de nomeação (idoneidade moral e reputação ilibada) – Competência Constitucional da Assembleia Legislativa e do Governador do

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. 3ªed. 2010. São Paulo. Ed. Revistas dos Tribunais. p. 310

Estado. 3.2.4 Da análise realizada pela Assembleia. 3.2.5 Da declaração dada pelo Conselheiro. 3.2.6 Princípio da presunção da inocência

Dos itens apresentados apenas o item 3.2.1, inaplicabilidade do procedimento de "registro" do ato de posse de Conselheiro do TCE-ES, pode ser considerado processual por atacar a competência da Corte, os demais enfrentam o mérito, não sendo analisados neste momento.

Cabe acrescentar que, conforme o Regimento Interno do Tribunal de Contas, as questões preliminares deverão ser objeto de votação em separado, antes da discussão do mérito.

Art. 75. As questões preliminares ou prejudiciais serão decididas antes da apreciação do mérito.

§ 1º Versando a preliminar ou prejudicial sobre irregularidade sanável, o Plenário poderá converter o julgamento ou a apreciação em diligência.

§ 2º Rejeitada a preliminar ou prejudicial, proceder-se-á à discussão e votação do mérito, delas participando, inclusive, os Conselheiros vencidos.

1) Item 3.2.1 Inaplicabilidade do procedimento de "registro" do ato de posse de Conselheiro do TCE-ES. Cargo de natureza política.

Inicialmente cabe apontar que a competência das Cortes de Contas para apreciação e registro dos atos de pessoal advém diretamente do texto da Carta, bem como da Constituição Estadual do Espírito Santo, nos seguintes termos:

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

...

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, **a qualquer título**, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público,

excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; (grifei)

Constituição Estadual:

Art. 71. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa ou da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ao qual compete:

...

IV - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, **a qualquer título**, na administração direta e indireta, inclusive nas fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como apreciar as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; (grifei)

Da análise dos textos constitucionais se infere que a competência delegada pela Constituição diretamente ao Tribunal de Contas é a mais ampla possível. Conforme destacado no texto, compete ao Tribunal "apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, **a qualquer título...**" abarcando todas as hipóteses de admissão de pessoal, em qualquer cargo que seja. Ato contínuo, o próprio dispositivo traz a exceção, qual seja, "excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão". Quisesse o constituinte originário excluir da apreciação outras admissões, o teria feito juntamente com os cargos em comissão. Mas não é o caso, não consta do texto constitucional qualquer exclusão ao cargo de Conselheiro dos Tribunais de Contas, estando, por esta razão, incluídos na regra geral, qual seja, admissão de pessoal, a qualquer título.

Ademais, o critério utilizado para a exclusão dos comissionados da apreciação do ato de admissão pelos Tribunais de Contas reside em sua estabilidade. Por sua característica precária, tendo em vista ser sua admissão e demissão *ad*

nuntum, a critério do superior que lhe faça a indicação, sem ter a necessidade de obediência a critérios objetivos, não teria razão a apreciação de tais atos.

Alega o interessado que o cargo de Conselheiro tem natureza política, razão pela qual não se enquadraria como "admissão de pessoal". A despeito de o texto constitucional dar a maior amplitude possível ao termo admissão de pessoal, recorre-se a doutrina para a definição do que seja a natureza política do cargo.

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro², tendo em vista que a Constituição não trata o termo servidores públicos de forma uniforme, define a generalidade dos servidores da seguinte forma: "agente político é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta". A seguir classifica os agentes públicos em quatro categorias distintas: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Estado. Para depois tece os seguintes comentários acerca do conceito de agentes políticos:

"Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na conceituação dos agentes políticos.

Para Hely Lopes Meirelles (2003:75), "agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais". Ele inclui nessa categoria os Chefes de Poder Executivo federal, estadual e municipal, e seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também os da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e "demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais, ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário."

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2013. p.585.

Certamente o interessado se utilizou desta classificação para se enquadrar como agente político. Numa visão mais moderna, continua a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro³:

"Celso Antonio Bandeira de Mello (1975a:7 e 2008:245) adota um conceito mais restrito: "Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade do Estado". Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores. Esta última conceituação é a preferível. A ideia de agente político liga-se indissociavelmente, à de governo e à função política, a primeira dando a ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo).

São portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além dos Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos mediante nomeação".

Portanto, dois dos maiores administrativistas da atualidade excluem do conceito de agentes políticos os membros dos Tribunais de Contas e Poder Judiciário. E ainda que assim não fosse, o que interessa para verificar a competência desta Corte de Contas na apreciação dos processos de pessoal é o vínculo que se forma com a Administração. Não restam dúvidas que **o vínculo jurídico formado entre a Administração e os agentes políticos**, como definidos por Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro, **é diametralmente oposto ao vínculo jurídico que se forma entre a Administração e os membros dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário**, a despeito do ingresso ter se dado por concurso ou por indicação da Assembleia ou do chefe do Poder Executivo estadual, ou mesmo para

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2013. p.586.

compor o quinto constitucional, nos casos dos Tribunais do Poder Judiciário. Neste sentido é a lição da prof. Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴:

“É necessário reconhecer, contudo, que atualmente há uma tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos. Com relação aos primeiros, é válido esse entendimento desde que se tenha presente o sentido em que sua função é considerada política; não significa que participem do Governo ou que suas decisões sejam políticas, baseadas em critérios de oportunidade e conveniência, e sim que correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância.

...

Quanto aos membros do Ministério Público, a inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhe foram atribuídas a par da Constituição de 1988 (art.129), especialmente zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (inciso II). **No entanto, quanto à forma de investidura e aos vínculos com o Poder Público, sua situação iguala-se à dos servidores públicos estatutários, ainda que submetida a estatuto próprio**”. (grifei)

Portanto, seja pelo alcance dado pelo texto constitucional, ao apontar como competência do Tribunal de Contas a **apreciação de atos de admissão de pessoal a qualquer título**, seja pela **natureza do vínculo** formado entre a Administração e o ocupante do cargo de Conselheiro, não há como afastar a competência desta Corte em apreciar o ato objeto do presente processo, a despeito da classificação que se dê ao cargo, se agente político ou não.

Superada a questão preliminar, adentra-se à análise do mérito.

2) Item 3.2.2 Impossibilidade de Afastamento – Vitaliciedade

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2013. p.587.

Alega o interessado que a decisão do Tribunal de Contas acerca da regularidade do ato de admissão ao cargo de Conselheiro não poderia lhe impor o afastamento, tendo em vista a garantia da vitaliciedade.

De fato, foi deferido à vitaliciedade, pela Constituição Federal, aos membros do Poder Judiciário. Trata-se de uma garantia concedida visando à imparcialidade no **exercício da judicatura** e estendida aos Conselheiros dos Tribunais de Contas por força do art. 74, §3º da Constituição Estadual.

Conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁵, “a vitaliciedade assegura que o magistrado somente perderá o cargo mediante sentença judicial transitada em julgado”.

Ocorre que o objeto do presente processo se restringe a apreciação do ato de admissão realizada pelo próprio Tribunal de Contas. Não há, portanto, qualquer tipo de julgamento acerca de atos praticados no exercício da judicatura por parte do Exmo. Conselheiro, mas sim de ato anterior ao seu exercício, mais especificamente o ato que lhe deu posse. Por preceder ao início do exercício da judicatura, não há que se falar em processo judicial transitado em julgado para a perda do cargo, razão pela qual entendo não assistir razão ao interessado.

3) Item 3.2.3 impossibilidade de o Tribunal de Contas do Estado julgar requisitos subjetivos de nomeação (idoneidade moral e reputação ilibada) – Competência Constitucional da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado e item 3.2.4 da análise realizada pela Assembleia

Apona o interessado que os legitimados exclusivos para a escolha dos Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos da Constituição Estadual,

⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva. 9ª ed. São Paulo: 2014. p. 953.

seriam apenas a Assembleia Legislativa (art. 56, XIX) e o Governador do Estado (art. 56, XX, e art. 91, VII) – na forma do art. 74, §2º.

Quanto aos preceitos para a nomeação ao cargo, aponta que são requisitos objetivos os constantes na alínea “a” (idade) e parte final do inciso “c” (dez anos de exercício) do §1º do art. 74 da Constituição Estadual. Já quanto aos requisitos subjetivos, aponta o inciso “b” (idoneidade moral e reputação ilibada) e a primeira parte do inciso “c” (notórios conhecimentos jurídicos).

Art.74...

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

- a) ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;
- b) possuir idoneidade moral e reputação ilibada;
- c) ter notórios conhecimentos jurídicos, ou contábeis, ou econômicos e financeiros ou de administração pública, com mais de dez anos de exercício de função, ou de cargo público, ou de efetiva atividade profissional nas áreas referidas.

Afirma, ainda, que os requisitos objetivos são passíveis de controle de legalidade ao passo que os de natureza subjetiva não podem ser levados a julgamento “nem pelo Poder Judiciário e, muito menos, perante os Tribunais de Contas”, pois adentram diretamente no mérito da escolha de competência da Assembleia Legislativa. Em seguida, coleciona jurisprudência acerca da impossibilidade do Poder Judiciário analisar o aspecto subjetivo os requisitos da idoneidade moral e reputação ilibada.

Pois bem, primeiramente cabe renovar o objeto do presente processo, qual seja, **apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal**, a qualquer título, na administração direta e indireta. É bem verdade que a Constituição delegou ao Poder Legislativo a escolha do indicado ao cargo de Conselheiro. Também é verdade que a Constituição delegou ao

Auditor
Eduardo Perez

Governador o poder de nomear o indicado pela Assembleia Estadual. E não é menos verdade que a mesma Constituição delegou ao Tribunal de Contas, órgão previsto e constituído nos moldes constitucionais, a tarefa de apreciar, para fins de registro, a legalidade do ato de admissão. Partindo do texto constitucional, qualquer conclusão diversa significaria diminuir a importância de um órgão com previsão constitucional frente aos demais.

Portanto, de início o que se está a analisar é apenas e tão somente se o ato de posse do próprio Tribunal atendeu, ou não, aos requisitos constitucionais e legais, sem adentrar no mérito da indicação e nomeação por parte da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado, ainda que reflexamente tal fato possa vir a ocorrer.

Não bastasse a competência para a análise ser deferida constitucionalmente ao Tribunal de Contas, cabe a todo órgão do aparato da Administração Pública zelar pelo estrito cumprimento das regras e princípios constitucionais.

Já a alegação de que o Poder Judiciário não pode se debruçar sobre o mérito dos atos administrativos, portanto em seu aspecto subjetivo, merece reparos. Tal conclusão advém de antiga jurisprudência e doutrina, a qual evoluiu nos últimos anos.

Tendo em vista a complexidade da vida atual, as repetidas irregularidades encontradas no serviço público, o Poder Judiciário e a doutrina reviram o conceito. Mas registre-se, ainda hoje não dado ao Judiciário substituir a vontade do administrador, por outro lado a extensão de sua análise foi sensivelmente ampliada.

Como apontado, tal mudança de entendimento se deu em função dos fatos da vida cotidiana, e parte se deu em função na nova forma de interpretar o Direito nos dias atuais. Certamente há menos de dez anos, com relativo atraso em relação à doutrina alienígena, o país passou a vivenciar a fase do neo-constitucionalismo.

Foi devido a esta fase do Direito que todos os demais ramos, civil, processual, e outros, necessitaram ser reinterpretados à luz da Constituição Federal. Esta deixou de ser uma carta de intenções políticas e passou a ser a diretriz, a guia, na interpretação das normas jurídicas. Característica fundamental deste período foi o aumento de importância dos princípios, os quais passaram a ter força normativa e servir de parâmetro para a interpretação das regras – textos legais.

E é justamente esta a fase em que vivemos no Direito, a do neo-constitucionalismo, a qual elevou os princípios ao nível de normas jurídicas e passou a influenciar a interpretação e aplicação dos demais ramos do Direito.

O Direito Administrativo não fugiu a regra, e passou a se desenvolver novas teorias para a aplicação da lei com aquilo a doutrina costuma chamar de filtragem constitucional.

A partir daí, surgiram os princípios implícitos constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, os quais passaram a ser utilizados de forma generalizada e até, muitas vezes, abusiva.

Quanto ao controle judicial dos atos administrativos, vivemos já nesta nova fase em que, não é dado ao magistrado substituir a vontade do administrador, mas permite-lhe um controle mais largo, de modo que possibilite não só o controle da legalidade, mas também a incidência dos princípios constitucionais da

proporcionalidade, razoabilidade e moralidade. E não se está a falar de qualquer ficção jurídica, tal controle se dá efetivamente nos dias atuais no âmbito do Poder Judiciário.

Importante colacionar o texto monográfico acerca do tema da lavra de Matheus Vianna de Carvalho⁶, em que cita autores tradicionais como José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antonio Bandeira de Mello.

Por fim, no que tange aos princípios regentes da função administrativa, cumpre explicitar a respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que possuem similitudes e, no dizer de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 28), **“é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes”**. Esses princípios estão expressamente previstos na Lei de Processo Administrativo Federal e implicitamente nas normas constitucionais.

Pelo primeiro, a Administração Pública deve-se pautar dentro de padrões normais de aceitabilidade. Com isso, quer-se dizer que, uma vez deferida por lei a possibilidade de escolha ao administrador público para atuar de acordo com juízo de oportunidade e conveniência, ele deve operar segundo o sentido possível a ser adotado diante da norma jurídica, conforme padrões de normalidade. No caso de atuação fora dos modelos de atuação passíveis de aceitação, haverá vício, devendo o ato administrativo ser retirado do mundo fático.

O agente público tem por dever alcançar as finalidades públicas e, para tanto, deve proceder de forma razoável, optando pela melhor escolha entre as possíveis, para o atendimento do interesse público.

...

A razão de ser do princípio da proporcionalidade é conter o excesso de poder, ou seja, o administrador público tem por obrigação cumprir as finalidades legais a que está adstrito e deve utilizar, para tanto, dos meios adequados e suficientes, de tal forma que proporcione mais vantagens.

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado (Carvalho Filho, 2005, p. 28).”

⁶ CARVALHO, Matheus Vianna de. Controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário: análise do mérito administrativo de acordo com os princípios constitucionais atinentes. Disponível em: file:///C:/Users/EDUARDO/Downloads/28-Merito_do_atpo_administrativo_revisado_BONI_IURIS.pdf. Acessado em 06/07/2014.

Destarte, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade proporcionam um maior controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, na medida em que permitem verificar a pertinência do ato. Esse também é o entendimento professado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 390), ao discorrer que“(...) **a proporcionalidade não é senão uma faceta da razoabilidade, pois através do exame da proporcionalidade o que se quer verificar é se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou mais extensa do que o necessário. Ora, um ato que exceder ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.**”

Entretanto, deve-se advertir acerca da impossibilidade de o magistrado modificar o juízo administrativo pelo seu, devendo atuar tão somente com o objetivo de evitar a abusividade dos atos estatais. José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 29) enfatiza essa situação, informando que “não pode, porém, interferir no critério discricionário de escolha do administrador público, quando este tiver à sua disposição mais de uma forma lícita de atuar, oportunidade em que estará exercendo legitimamente seu poder de administração pública”. Os excessos cometidos pelos agentes públicos e a adoção de medidas fora dos padrões normais de aceitabilidade diante do caso concreto, quando no uso de suas atribuições próprias, devem ser corrigidos; afinal representam ilicitude, situando-se no campo da ilegalidade.

Neste mesmo sentido segue a lição ilustre professora Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷.

“No primeiro caso, o Poder Judiciário pode examinar o ato da Administração porque ele não é discricionário. No segundo, não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade administrativa, porque estaria penetrando no exame da discricionariedade. Mesmo neste caso, alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário (cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, in RDP 65/27-

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2013. p.227.

Auditor
Eduardo Perez

38; Lucia Valle Figueiredo, 1986:120-135; Regina Helena Costa, 1988:79-108).

Por exemplo, o conceito de notável saber jurídico permite certa margem de discricionariedade na referida zona cinzenta; mas não a permite quando os elementos de fato levam à conclusão, sem sombra de dúvida, de que o requisito constitucional não foi atendido.

Dentro desses parâmetros é que caberá ao Poder Judiciário examinar a **moralidade** dos atos administrativos, com fundamento no artigo 37, caput, e artigo 5º, LXXIII, da Constituição, este último referente à ação popular. Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atividade do juiz. Normalmente os atos imortais são acompanhados de grande clamor público, até hoje sem sensibilizar a Administração. Espera-se que o Judiciário se mostre sensível a estes reclamos.

Esta tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar esta discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da **interpretação** (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da **vontade** do interprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sobre o pretexto de agir discricionariamente.

Tecidos os devidos comentários, voltemos ao objeto do presente processo, o qual, nunca é demais lembrar, **cinge-se a apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal**. Portanto, o que está em tela é, se o ato da própria Corte de Contas, e que deu posse ao interessado, atendeu aos requisitos previstos na Constituição e nas leis.

Analisando as alegações quanto ao item, e a farta documentação acostada aos autos pelo interessado, bem como a manifestação da Área Técnica, constata-se que a grande maioria dos requisitos para a posse foram atendidos, entretanto, um deles, de ordem constitucional, merece uma análise mais detida, qual seja, a reputação ilibada.

Conforme apontado pelo Ministério Público de Contas e reconhecido pelo interessado, este é parte em diversos processos em trâmite nas Justiças Estadual e Federal, conforme lista abaixo:

“Site do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, do qual se **extrai certidão negativa com ressalva**, 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 Região - 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)”.

Com relação ao diversos processos em que o interessado é parte, não entrarei no mérito de cada um. Como ainda se encontram tramitando, sem uma decisão transitada em julgado, e considerando o escopo limitado do presente processo

de apreciação da legalidade do ato de admissão para fins de registro, entendendo não ser a via adequada a tal discussão. Ainda que o cúmulo de ações possam representar reflexos na avaliação do requisito constitucional da idoneidade moral e reputação ilibada, seria necessário um juízo subjetivo acerca dos reflexos de tais processos.

Além disso, há de se considerar que o interessado colacionou aos autos diversos certificados de reconhecimento de seu trabalho ao longo de sua vida profissional, e tais ações também devem ser balanceadas quando da análise do cumprimento do requisito constitucional.

Logo, como apontado, entendo que o objeto limitado do presente processo não permite uma análise subjetiva acerca do cumprimento do requisito, cabendo ao Poder Judiciário, se for o caso, e já há ação ajuizada pelo Ministério Público neste sentido, para que avalie se o conjunto de processos em que o interessado é parte pode afetar o cumprimento do requisito constitucional, ou não, avaliando os limites da discricionariedade da Assembleia ao indicar o interessado, bem como do Governador de Estado ao nomeá-lo, frente à constituição e aos princípios da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade e moralidade.

Lado outro, em relação a um dos processos, o de nº 0701437-23.2007.8.08.0024 (024.07.005012-5), a situação merece uma análise mais detida.

Conforme consta do site do Tribunal de Justiça, em 10 de fevereiro de 2011 foi proferida sentença no processo nº 024.07.005012-5 com o seguinte dispositivo:

DISPOSITIVO

Auditor
Eduardo Perez

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, via de consequência, condeno o primeiro e segundo requeridos, JOSÉ CARLOS GRATZ e ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA, respectivamente, na suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos e no pagamento de uma multa de R\$15.000,00 (quinze mil reais) cada, ficando proibidos de contratar com o Poder Público pelo prazo de 10 (dez) anos. Condeno o terceiro requerido, SÉRGIO MANOEL NADER BORGES, na restituição dos valores das diárias recebidas, devidamente atualizados, na multa correspondente a R\$15.000,00 (quinze mil reais), na suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos, ficando proibido de contratar com o Poder Público pelo prazo de 10 (dez) anos. Condeno os requeridos nas custas processuais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, oficie-se o Tribunal Regional Eleitoral.

Vitória, 10 de fevereiro de 2011.

ADEMAR J. BERMOND
JUIZ DE DIREITO

Tendo o interessado apelado, sobreveio o Acórdão juntado pelo Ministério Público de Contas na Apelação nº 24070050125:

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 prescricional.

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. 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)

Portanto, no processo nº 024.07.005012-5, já há condenação à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 10 anos, confirmada pelo órgão colegiado de segundo grau, no caso o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Quanto à referida condenação, o Ministério Público de Contas se manifesta nos seguintes termos:

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

Auditor
Eduardo Perez

Os conceitos de idoneidade moral e reputação ilibada podem e devem ser deduzidos através da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n.º 135/2010) e da Lei Estadual n.º 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 n.º 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".

Nos termos do art. 497 do Código de Processo Civil, eventual recurso extraordinário ou especial interposto não gozará do efeito suspensivo, de modo que a decisão condenatória tem plena eficácia.

Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei. (Redação dada pela Lei n.º 8.038, de 25.5.1990)

Trata-se, portanto, **de fato jurídico objetivo, que não pode ser ignorado na análise do cumprimento dos requisitos constitucionais ao cargo.** Não um juízo de valor a ser feito, há simplesmente o fato impeditivo.

De outro lado, a condenação também se enquadra na alínea I, inciso I, art. 1º da Lei Complementar n.º 64/90:

Art. 1º São inelegíveis:
I - para qualquer cargo:

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou **proferida por órgão judicial colegiado**, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) (grifei)

Portanto, nos termos da referida Lei Complementar, basta a condenação proferida por órgão colegiado para que se enquadre no dispositivo.

Desse modo, ainda que o cargo de Conselheiro não dependa do voto popular para sua indicação e preenchimento, **por se tratar a condenação de fato objetivo**, assiste razão ao Ministério Público de Contas quando afirma que “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)”.

O interessado aponta em sua defesa que tal análise teria sido realizada de forma detida pela Assembleia Legislativa. Das páginas 175 e 176 consta a seguinte manifestação:

*A Comissão recebeu os processos de indicação do Protocolo-Geral da ALES, **conferiu a documentação apresentada por todos os candidatos** no prazo estabelecido pela Mesa para seu estudo e **concluiu sua análise com a indicação de algumas sugestões a serem analisadas pela Comissão de Finanças da Casa que é o órgão técnico responsável pelo pronunciamento final sobre os indicados**. Seguem abaixo as constatações e observações da Comissão que conferiu a documentação dos candidatos.
[...]*

Auditor
Eduardo Perez

OBSERVAÇÃO DA COMISSÃO DE ANÁLISE DE DOCUMENTOS – Apresentou cópias e alguns originais dos documentos no ato da protocolização da indicação. **Os documentos apresentados parecem provar os requisitos constitucionais. Sugerimos uma análise documental mais criteriosa pela Assessoria Jurídica da Comissão de Finanças a fim de se confirmar o cumprimento de todos os requisitos.** Por decisão da Comissão de Finanças também poderá ser exigido dos candidatos mais certidões negativas de outras possíveis Côrtes de Justiça, nacionais e dos Estados, buscando assim maior segurança quanto à reputação ilibada moral dos candidatos.

Nesta primeira manifestação, vê-se que esta não se deu de forma conclusiva, inclusive com a sugestão de análise mais criteriosa pela Assessoria Jurídica da Comissão de Finanças a fim de se confirmar o cumprimento de todos os requisitos.

Considerando que não existe nenhum candidato com restrições ou sentença condenatória com trânsito em julgado de natureza civil (improbidade administrativa) ou criminal por crime doloso, e considerando igualmente os axiomas constitucionais de presunção de inocência e de acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, previstos respectivamente nos artigos 5º, inciso LVII, e 37, inciso I, da Constituição da República, resta confirmado que todos os candidatos estão aptos e convalidados perante o requisito de idoneidade moral e reputação ilibada. [...]

Em derradeira conclusão, perante a análise de mérito, verifica-se do diagnóstico decorrente que, incontestavelmente, o processo originado a partir do Ofício OF.GPTC N. 301/2013, da lavra do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, encontra-se regular e adequado aos parâmetros regimentais e a sua instrução, igualmente, **confirma a aptidão jurídica e de reputação ilibada e de notáveis conhecimentos jurídicos dos candidatos: [...]** Sérgio Manoel Nader Borges [...]

Já no despacho de fl. 178 acima, em que se confirma a aptidão jurídica e reputação ilibada do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, a motivação foi de que “não existe nenhum candidato com restrições ou **sentença condenatória com trânsito em julgado de natureza cível (improbidade administrativa)** ou criminal por crime doloso”. Ocorre que, como demonstrado, e nos termos do art. 497 do Código de Processo Civil, os recursos extraordinários não apresentam efeitos suspensivos, razão pela qual **a condenação já se mostra eficaz** até eventual decisão que a reverta. Ademais, nos termos da alínea I, inciso I, art. 1º da Lei Complementar nº 64/90

alínea I, inciso I, art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, **basta para a inelegibilidade a condenação proferida por órgão judicial colegiado**, como se deu no presente caso.

Ao que parece, a verificação do requisito constitucional não foi aferido sob este enfoque pela Assembleia Legislativa, reservando o despacho à análise daqueles casos em que a ação tenha transitado em julgado.

Ademais, iria de encontro ao princípio da razoabilidade que a Assembleia Legislativa indicasse o interessado à vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas, se este se encontra impedido de compor aquela própria Augusta Assembleia Legislativa pelos próximos anos, tendo em vista a condenação no processo nº 024.07.005012-5. Certamente o tema não fora analisado sob este enfoque pelas referidas Comissões o que poderia até levar a uma discussão acerca dos motivos determinantes prevista na doutrina administrativista.

Portanto, em síntese, entendo que o escopo do presente processo de apreciação do ato que deu posse ao Conselheiro do Tribunal de Contas limita uma análise sobre a maioria dos processos nos quais consta o interessado como parte. Por outro lado, a condenação no processo nº 024.07.005012-5 representa fato jurídico objetivo, o qual traz consequências sobre o requisito constitucional da reputação ilibada, e desta forma, não pode ser ignorado na presente análise, razão pela qual entendo não ter sido atendido o referido requisito.

4) Item 3.2.5 da declaração dada pelo Conselheiro

Aponta o Ministério Público de Contas em sua representação que:

“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: “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.”

Em sua defesa, o interessado alega que nunca houve intenção de prestar informação falsa; que em todos os momentos foi dada ciência e publicidade acerca da ação penal enfrentada pelo candidato; que a Assembleia se manifestou acerca dos referidos processo; que a ação não tem seu trânsito em julgado e que pelo princípio da presunção de inocência não poderia refletir no requisito da reputação ilibada; e que a existência dos processo não representaria qualquer impeditivo ao cargo.

Ao contrário do alegado pelo interessado, a existência de processos pode e deve ser levado em conta no atendimento do requisito da reputação ilibada. Por outro lado, tendo o interessado juntado todos os documentos necessários quando da análise pela Assembleia, bem como quando lhe fora dada oportunidade de se manifestar nos presentes autos, entendo não ter restado nenhum prejuízo à análise processual, ainda que possa ter sido viciada a manifestação da Área Técnica, a qual não dispunha das informações quando da análise.

5) Item 3.2.6 princípio da presunção da inocência

Alega o interessado que somente poderão ser imputadas as consequências dos processos em trâmite no Poder Judiciário após seu trânsito em julgado, tendo em vista o princípio da presunção de inocência.

Tais alegações já foram enfrentadas e rebatidas no item 3 da presente fundamentação, ademais, o princípio da presunção da inocência é inerente apenas aos processos criminais.

Auditor
Eduardo Perez

6) Item 3.3.9 violação ao Regimento Interno do TCE-ES

Quanto a este item, alega o Ministério Público o seguinte:

“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”.

Já o interessado alega que suposta irregularidade não teria gravidade suficiente para causar a nulidade ao ato de escolha de membro do Tribunal de Contas e que a posse de Conselheiro não necessita de publicação de pauta com antecedência mínima de quarenta e oito horas. Já em outra passagem alega que a própria posse do Conselheiro já teria sido corroborada pela presença dos demais Conselheiros na Sessão Especial de posse, o que tornaria desnecessário o presente processo de registro.

Pois bem, primeiramente cabe a análise do Regimento Interno desta Corte de Contas:

Art. 63. **As sessões especiais** serão convocadas pelo Presidente para os seguintes fins:

I - apreciação das contas do Governador do Estado;
II - posse do Presidente, Vice-Presidente, Corregedor e Ouvidor;

III - posse de Conselheiro;

[...]

Auditor
Eduardo Perez

Art. 101. As pautas serão publicadas no Diário Oficial do Estado ou em outro meio de divulgação oficial do Tribunal e disponibilizadas em seu sítio eletrônico, **com antecedência mínima de quarenta e oito horas, no caso de sessões ordinárias e especiais**, e de vinte e quatro horas, no caso de sessões extraordinárias. (grifei)

Não se exige nenhuma análise mais aprofundada para a constatação de que o rito estabelecido pelo Regimento Interno não fora observado. Por outro lado, apesar do desrespeito ao princípio da publicidade, entendo que a irregularidade não seja suficiente para, por si só, conduzir a denegação do registro. Por ser de ordem formal, caberia convalidação ou até mesmo que o ato fosse refeito, de modo que não restou prejuízo à análise do preenchimento dos requisitos.

Quanto à afirmação da desnecessidade do presente processo tendo em vista a participação dos demais Conselheiros na sessão especial de posse, a Lei Complementar nº 621/2012 estabelece:

Art. 13. Compete ao Presidente, dentre outras atribuições estabelecidas no Regimento Interno:
[...]
III - dar posse aos Conselheiros, Auditores, Procuradores do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e servidores do Tribunal;

Portanto, o ato de dar posse ao Conselheiro, o qual é o objeto do presente processo, compete privativamente ao Presidente desta Corte de Contas, em sua função administrativa, a qual não se confunde com a função judicante exercida pelo colegiado.

7) Item 3.3.10 determinação ao Governador para anular ato

Quanto ao item em apreço, como já exaustivamente apontado, o objeto do presente processo cinge-se à análise do ato que deu posse ao Conselheiro, ato este de competência do Presidente desta Corte, razão pela qual entendo não ser possível que se expeça determinação que alcance o Governador de Estado.

8) 3.3.11 Pedido de devolução dos vencimentos

O Ministério Público de Contas pugna pelo 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). Como apontado no item anterior, o objeto do presente processo é limitado, restringindo-se a apreciação, para fins de registro, do ato de admissão. Ademais, mesmo sendo reconhecido que o interessado não atendia aos requisitos ao cargo, efetivamente prestou seus serviços ao Tribunal no período, razão pela qual não entendo cabível o ressarcimento.

Por fim, conforme fora exaustivamente motivado no item 3 da presente decisão, entendo que não restou atendido o requisito constitucional da reputação ilibada. Também como já fora afirmado, o objeto do presente processo não visa à análise da indicação feita pela Assembleia Legislativa e nem mesmo a nomeação do Governador de Estado, mas tão somente o ato de posse proferido pelo próprio Tribunal de Contas. Acrescenta-se que, conforme bem pontuado pelo Ministério Público de Contas, cabe a todos os participantes do processo a análise do atendimento dos requisitos constitucionais e legais para a assunção do cargo. Importante reproduzir, neste momento, a nota emitida pelo Tribunal de Contas da União para caso análogo e trazida aos autos pelo Ministério Público de Contas:

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. (g.n)

Brasília/DF, em 9 de abril de 2014.
Ministro João Augusto Ribeiro Nardes
Presidente do Tribunal de Contas da União

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais legais, submeto a matéria à apreciação do Egrégio Plenário, propugnando a seguinte **PROPOSTA DE VOTO**:

1 – Com base no art. 117, inciso II, da Lei Complementar nº 621/12, 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, II, da Constituição Federal c/c art. 17, II, da Lei Complementar nº 621/12;

2 – Com base no art. 118 *caput*, da Lei Complementar nº 621/12, que seja determinado ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo que proceda à anulação do ato de posse, bem como que faça cessar todo e qualquer pagamento decorrente do vínculo jurídico, consoante artigo 118 da Lei Complementar nº 621/2012;

3 – Que seja comunicado o fato à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo e ao Governador de Estado para os fins de direito.

Vitória/ES, 09 de julho de 2014.

EDUARDO PEREZ
Auditor Relator