



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

**PPJC 2593/2014**

**Processo TC N. 9098/2013**

**Interessado: SERGIO MANOEL NADER BORGES**

**Assunto: PESSOAL TCEES**

Egrégio Tribunal,

Eminentes Conselheiros,

Cuidam os autos de análise, para fins de 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).

A par do voto do Relator e da divergência aberta pelo eminente Conselheiro Sérgio Aboudib, o Ministério Público de Contas requereu vista dos autos para análise da divergência.

#### **1 - ORIGEM DO TRIBUNAL DE CONTAS**

O Tribunal de Contas é um órgão de extração constitucional, com função de fiscalizar, orientar e controlar as contas de todas as pessoas físicas e jurídicas que lidam com recursos públicos, podendo impor sanções em casos de infrações.

Doutrina majoritária destaca que o Tribunal de Contas não é mero órgão auxiliar do Poder Legislativo, uma vez que não o integra, sendo uma de suas funções a de auxiliar no controle externo da fiscalização prevista no art. 70 da CF.

O Ministro Carlos Ayres Brito afirma que o Tribunal de Contas é “órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a qualquer dos três Poderes federais” (“O regime constitucional dos Tribunais de Contas” *in Cadernos de soluções constitucionais*, p. 22).

Segundo asseverou o Min. Celso de Mello, “os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República” (ADI 4.190, j. 10.03.2010).



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

Com efeito, é órgão dotado de estrutura própria e competência especificada na Constituição Federal.

Encontra seu fundamento no Estado de Direito, que, exigindo do próprio Estado a submissão às leis, pressupõe um órgão controlador da atividade estatal **com o fim de se evitar ilegalidades na sua atuação**. Cumpre enfatizar que, entre outras, suas atividades se assentam em apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público (Súmula 347 do STF) e, na forma do artigo 71, inciso 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”*.

## **2 - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS**

Com efeito, a existência de qualquer tipo de processo que esteja em andamento em qualquer dos Poderes da República não obsta a atuação do Tribunal de Contas, mesmo tendo por objeto idênticas responsabilidades, haja vista a **independência de instâncias e a competência exclusiva dessa Corte para verificar a legalidade do registro de admissão de qualquer servidor ou agente político investido de forma permanente na administração pública. Seja este Juiz de Direito, Promotor ou Conselheiro**.

**Não se pode tolher, restringir ou negar essa qualidade, pois é extraída da própria Carta Magna. Assim, não cabe a qualquer outro Poder da República, que não o Tribunal de Contas, por competência estabelecida de forma expressa na Constituição Federal, art. 71, inciso III, analisar a legalidade do registro de admissão, dando concretude, máxima eficácia ao mandamento constitucional. Nesse raciocínio, negar essa atribuição é negar a própria existência da Corte de Contas.**

Sobre o tema, transcreve-se parte do voto constante do r. Acórdão n.º 342/2007 – 1ª Câmara, TCU:

"7. É cediço que o TCU tem competência privativa constitucional e legal em matéria de contas, bem como em Processos de fiscalização atinentes a esta Corte, conforme se observa do art. 71 da Constituição Federal/1988 e do art. 1º da Lei n. 8.443/1992, logo, sendo o objeto destes autos matéria afeta ao TCU, tem-se por nitidamente inserida nas atribuições específicas desta Corte de Contas.

Dessarte, a prossecução das ações em ambas as instâncias é lícita, inexistindo, portanto, a arguida litispendência. Também não há falar em proibição de bis in idem neste caso concreto, tendo em vista que a deliberação que vier a ser proferida por este Tribunal não irá se configurar em dupla condenação, mas se caracterizará como julgamento em outra esfera.

8. Vale ressaltar que o assunto ora em análise encontra-se pacificado no âmbito desta Corte de Contas, que, em homenagem ao princípio da independência das instâncias, consagrou que não haveria litispendência entre Processos em curso neste Tribunal e outros em andamento no Poder Judiciário.



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

(...)

(omissis)

9. Ademais, a tese da independência de instâncias tem sido sufragada pelo próprio Poder Judiciário (v. Mandados de Segurança ns. 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF, todos do STF; MS 7080-DF, MS 7138-DF e MS 7042-DF, do STJ).<sup>1</sup> (PORTAL DO TCU).

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**TCU: independência das esferas administrativa e penal**  
A 2ª Turma indeferiu habeas corpus em que pleiteado o trancamento de inquérito policial instaurado para apurar suposta existência de desvios de verba pública na Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, e a prática dos delitos de formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, estelionato e peculato, bem como de crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/90, art. 4º), de improbidade administrativa e dos tipificados nos artigos 89, 90, 93 e 96 da Lei 8.666/93. Sustentava a impetração, com base em analogia com os crimes contra a ordem tributária, a necessidade de encerramento da via administrativa da constituição do débito tributário como condição de procedibilidade. Entendeu-se que não mereceria reparo a conclusão do STJ, segundo a qual o fato do Tribunal de Contas da União, eventualmente, aprovar as contas a ele submetidas, não obstaría, em princípio, a persecução penal promovida pelo Ministério Público. Explicitou-se que a jurisprudência do STF seria no sentido da independência entre as esferas de contas e a judicial penal, de sorte a ser desnecessário que o inquérito policial ou a denúncia aguardem a conclusão do processo de contas em qualquer das instâncias dos Tribunais de Contas. [HC 103725/DF, rel. Min. Ayres Britto, 14.12.2010. \(HC-103725\)](#) (grifo nosso)<sup>1</sup>

**3 - ART. 71, INCISO III - APRECIAR, PARA FINS DE REGISTRO, A LEGALIDADE DOS ATOS DE ADMISSÃO DE PESSOAL, A QUALQUER TÍTULO, NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA, BEM COMO A DAS CONCESSÕES DE APOSENTADORIAS, REFORMAS E PENSÕES.**

De fato, o registro de admissão é reconhecido na Lei Complementar n.º 621/2012 como processo de fiscalização e a análise da sua legalidade decorre, como exaustivamente apontado, de competência constitucional do Tribunal de Contas, conforme estabelecido no art. 71, inciso III da CF. Nenhum, frise-se, nenhum outro Poder Republicano possui tal prerrogativa.

Aliás, a teoria de freios e contrapesos aliada à teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF), ao consagrar a independência dos poderes, não impede que os atos administrativos respectivos que impliquem em ilegalidade se sujeitem ao controle de constitucionalidade. Muito pelo contrário. Daí o texto constitucional afirmar que os poderes são independentes e harmônicos entre si.

Nesse contexto, não cabe ao Tribunal de Contas tão somente atuar como **chancelador** de ato ilegal frente à omissão na análise dos requisitos para registro da

---

<sup>1</sup> Informativo n. 613/2011.



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

admissão ao cargo de Conselheiro, ocasionando ilegal ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Outrossim, conforme mansa e pacífica jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, a admissão é ato administrativo complexo, formado pela vontade de mais de um órgão administrativo. O Poder Legislativo bem como o Poder Executivo fazem as indicações e, por se tratar de ato complexo, exaure-se tão só com a análise da legalidade do ato no Tribunal de Contas, o que a doutrina do exponencial administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello chama de efeito prodrômico do ato administrativo, já dissertado no Parecer Jurídico constante dos autos.

Nesse ponto, calha observar que, independente da indicação à vaga de Conselheiro ser de competência do Legislativo ou do Executivo, o ato posterior de nomeação não é manifestação de vontade e, sim, uma concordância ou não com a indicação de um ou outro órgão.

Sob esta ótica, consoante entendimento do STF, que toda admissão ou aposentadoria é ato complexo, é crível a competência do Tribunal de Contas na análise da legalidade do registro do ato de admissão em testilha.

Não se está a tratar de VETO, até porque não está adstrito à competência da egrégia Corte, mas, sim, **de analisar se os requisitos constitucionais foram devidamente cumpridos.**

Dessume-se, da interpretação gramatical e teleológica do art. 71, inciso III da CR, que as únicas exceções à apreciação pelo Tribunal de Contas são **(i)** nomeações para cargo de provimento em comissão e **(ii)** melhorias posteriores nos benefícios previdenciários que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

De certo, não há no texto constitucional tampouco na legislação de regência, qualquer outra exceção que não a existente no inciso III do art. 71. Nesta perspectiva, não se pode restringir o registro de atos de pessoal para situações que não as estabelecidas na Carta de Outubro.

Quadra registrar que qualquer cidadão aprovado ao cargo de Juiz de Direito ou Promotor de Justiça tem o exame da legalidade de seu ato de admissão realizado pelo Tribunal de Contas. E, caso não preenchidos os requisitos constitucionais de investidura, sua admissão conspurca o mandamento constitucional gizado no inciso I do artigo 93<sup>2</sup>, sendo denegado seu registro pelo Tribunal de Contas.

---

<sup>2</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, **no mínimo, três anos de atividade jurídica** e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))



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

E este entendimento não difere para o cargo de Conselheiro do TCEES; não há qualquer fundamento para que haja tratamento desigual para membro da Corte Contas! Aliás, configurar-se-ia benesse, inconcebível num sistema normativo que prima pela isonomia.

Assim, tratando-se o ato de admissão de Conselheiro do Tribunal de Contas de **ato vinculado à lei**, tem-se que a motivação também deve obedecê-la; logo, o candidato para o cargo de Conselheiro, para que tenha seu ato de admissão registrado pelo Tribunal de Contas, deve, necessariamente, preencher certos requisitos legais, quais sejam, os previstos no art. 73, §1º da Constituição Federal e no art. 74, §1º da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Ora, diante das suas atribuições constitucionais, esses requisitos devem ser obrigatoriamente aferidos pelo Tribunal de Contas.

Aliás, discute-se, neste feito, a falta do preenchimento do requisito idoneidade moral e reputação ilibada, previsto nos arts. 74, § 1º, “b” da CE e 73, §1º, inc. II, da CF. Assim, extirpar esta análise da Corte de Contas, fazendo com que ela se cale diante da indicação e nomeação para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas de cidadão com condenação em órgão colegiado (TJ-ES), justamente por lesão ao erário, é ir de encontro aos preceitos constitucionais, dentre os quais o da moralidade administrativa.

Com a constitucionalização dos princípios, a moralidade administrativa, em específico, adquire autonomia e já não precisa se vincular à legalidade para integrar o ordenamento jurídico, passando a ser pressuposto de validade de todo ato administrativo. Para Marcus Vinicius Corrêa BITTENCOURT, o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal confere autonomia ao princípio da moralidade, **transcendendo sua dimensão subjetiva, inerente à vontade interior do agente, para abarcar situações objetivas [...]³**.

O administrativista Hely Lopes MEIRELLES frisa que, sem desprezar o elemento ético de sua conduta, o administrador público “[...] não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto”.<sup>4</sup> Numa citação que realça o princípio da moralidade, a Douta Ministra Carmen Lúcia Antunes ROCHA afirma que:

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA TEM UMA PRIMAZIA SOBRE OS OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE FORMULADOS, POR CONSTITUIR-SE, EM SUA EXIGÊNCIA, DE ELEMENTO INTERNO A FAVORECER A SUBSTÂNCIA VÁLIDA DO COMPORTAMENTO PÚBLICO. TODA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PARTE DESTE PRINCÍPIO E A ELE SE VOLTA. OS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, EXPRESSOS OU IMPLÍCITOS, SOMENTE PODEM TER A SUA LEITURA CORRETA NO SENTIDO DE ADMITIR A MORALIDADE COMO PARTE INTEGRANTE DO SEU CONTEÚDO. ASSIM, O QUE**

<sup>3</sup> BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo. IN: *Direito Administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 211 – 214.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. atual. por Eurico de Andrade AZEVEDO *et al.* São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.



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

SE EXIGE, NO SISTEMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO PRESENTE, É A LEGALIDADE MORAL, VALE DIZER, A LEGALIDADE LEGÍTIMA DA CONDUTA ADMINISTRATIVA.<sup>5</sup>

Portanto, no que se refere aos requisitos 'idoneidade moral' e 'reputação ilibada', tem-se que os poderes legislativo e executivo, ao indicarem e nomearem o interessado, **impõe-se descrever a motivação (ato vinculado) que levou o cidadão (requisitos constitucionais) a investir-se no cargo de Conselheiro, o que não ocorreu**, cabendo ao Tribunal de Contas, dentro de suas atribuições constitucionais, negar o registro do ato de admissão.

Resta claro que os atos do Legislativo e do Executivo, de indicação e nomeação do interessado, não se revestiram da necessária observância aos princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Assim, dentro do exercício constitucional, cabe não registrar o ato de admissão do Conselheiro contrário à Carta Magna, o que não invade qualquer atribuição da Assembleia Legislativa ou do Governador de Estado. São competências distintas, atribuídas constitucionalmente a entes distintos; uma não excepciona a outra.

Ademais, considerando o **sistema de freios e contrapesos**, é possível a análise dos elementos do ato administrativo tanto pelo Tribunal de Contas, ou seja, se o ato atende ao que prescreve a Constituição Federal, assim como faz o Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia foi instado a se manifestar em processo cujo pedido e causa de pedir são similares ao aqui analisado, tendo proferido acórdão, assim ementado:

**“AÇÃO POPULAR. CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS. INDICAÇÃO NOMEAÇÃO. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE.**

**São nulos os atos de indicação e nomeação para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas que não fornecerem a necessária motivação, consubstanciada pelo cumprimento dos requisitos constitucionais de idoneidade moral e reputação ilibada.”**

Tal decisão foi recentemente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Agravo regimental, no Agravo de instrumento 696.375, tendo concluído o Ministro Relator Dias Tófoli que **“não merece reparos a decisão”**.

Ora, se o próprio Poder Judiciário, obedecendo ao sistema de harmonia e separação dos poderes, possui competência para análise dos requisitos constitucionais, por qual motivo o Tribunal de Contas, cuja natureza é parajudicialiforme, não teria? O TCE possui competência preventiva e repressiva nos processos de fiscalização e de até negar a exequibilidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal (Súmula 347 do STF).

---

<sup>5</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 213 – 214.



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

Nesse contexto, impõe-se reconhecer a concretude da Constituição Federal no sentido de chamar para si a responsabilidade na análise do registro de admissão, como deve ser feito nos presentes autos. A análise não pode se fundamentar em critérios subjetivos de conveniência e oportunidade; ao revés, deve seguir parâmetros e ritos jurídicos de maneira objetiva, respeitando os mandamentos constitucionais e legais que são a própria razão de existir das cortes de contas. Afinal, as decisões dos tribunais de contas se acham vinculadas a preceitos legais e técnicos ligados aos temas abordados nos processos que são construídos na instituição.

Nas situações apontadas no voto divergente, *máxima vênia*, no tocante ao cargo de Desembargador, afigura-se duas vertentes:

1 – No caso de merecimento ou antiguidade, não há qualquer ato a ser analisado por essa egrégia Corte, uma vez que o Juiz de Direito é **promovido** ao cargo de Desembargador, e **não nomeado**. É provimento derivado e não originário de cargo público;

2 – No tocante ao quinto constitucional, o entendimento do STF é claro: "Os atos que compõem a cadeia do grande todo – o ato complexo – hão de estar em harmonia com a Lei Maior do País, daí a possibilidade de o Tribunal examinar se aqueles constantes da lista sêxtupla atendem, ou não, aos requisitos constitucionais, da mesma forma que o autor do último, completando a cadeia, pode também fazê-lo" (MS 25.624-9, Relator Sepúlveda Pertence).

Neste item, o próprio voto divergente traz à lume o MS 25.624-9, que fulmina qualquer entendimento contrário que não seja o de reconhecer ao Tribunal de Contas à análise dos requisitos, **OBJETIVOS**, de investidura no cargo, e não às classes. É a fundamentação jurídica trazida na ação mandamental:

4. A questão é mais delicada se a objeção do Tribunal fundar-se na carência dos atributos de "notório saber jurídico" ou de "reputação ilibada": a respeito de ambos esses requisitos constitucionais, o poder de emitir juízo negativo ou positivo se transferiu, por força do art. 94 da Constituição, dos Tribunais de cuja composição se trate para a entidade de classe correspondente.

**5. Essa transferência de poder não elide, porém, a possibilidade de o tribunal recusar a indicação de um ou mais dos componentes da lista sêxtupla, à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário.**

6. Nessa hipótese ao Tribunal envolvido jamais se há de reconhecer o poder de substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sêxtupla que o próprio órgão judicial componha, ainda que constituída por advogados componentes de sextetos eleitos pela Ordem para vagas diferentes.

**7. A solução harmônica à Constituição é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número de candidatos desqualificados: dissentindo a entidade de classe, a ela restará questionar em juízo,**



**na via processual adequada, a rejeição parcial ou total do tribunal competente às suas indicações.** (MS 25.624-9, Rel. Ministro Pertence, DJ 19/12/06)

Assim, no entendimento do MS 25.624-9 - Relator Sepúlveda Pertence, trazido pelo Conselheiro no voto divergente, reza que **“à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário”**, impõe-se reconhecer a denegação do registro, com conseqüente invalidação da nomeação e anulação do Decreto, pelos motivos por demais expendidos pelo Excelentíssimo Relator, devendo a Augusta Assembleia Legislativa indicar outrem que preencha os requisitos constitucionais.

#### **4 – CONSIDERAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Excelentíssimos Conselheiros, no caso sob análise, importante anotar as conclusões do Supremo Tribunal Federal para investidura no cargo de Ministro do TCU que, por simetria, é aplicado ao cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas:

Para ingressarem no cargo vitalício de Magistrado, os candidatos devem apresentar, por exigência do artigo 58 da Resolução do Conselho Nacional de Justiça n.º 75, de 2009, certidão dos distribuidores criminais das Justiças Federal, Estadual ou do Distrito Federal, assim como apresentar folha de antecedentes da Polícia Federal e da Polícia Civil Estadual ou do Distrito Federal, onde haja residido nos últimos 5 (cinco) anos. Diferentemente, candidato que responde a processo e for denunciado por tráfico de drogas, por exemplo, poderia exercer a função de magistrado enquanto não fosse condenado em segunda instância (por um Tribunal);

Os candidatos à magistratura nacional devem, ainda, declarar que nunca foram indiciados em inquérito policial ou processados criminalmente ou, em caso contrário, notícia específica da ocorrência, acompanhada dos esclarecimentos pertinentes, o que se justifica para casos de menor potencial ofensivo;

Não se pode exigir requisito menor para ingresso no cargo vitalício de Ministro do TCU, até porque tais Ministros são equiparados a Ministros do STJ, desfrutando das mesmas prerrogativas, garantias, vantagens e vedações. Para desfrutar das prerrogativas de magistrado, é necessário cumprir os mesmos impedimentos impostos a toda magistratura nacional;

**A possibilidade de verificação objetiva dos requisitos de reputação ilibada e de idoneidade moral não é novidade e pode ser encontrada em diversos julgados do STF e adotada pelo STJ (Precedentes: RE 211.207 SP (DJU de 6.3.98), HC 77.049 RS (DJU de 9.6.98) e HC 80.630 PB (DJU de 6.3.2001). HC 81.759 SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 26.3.2002);**

Quanto à presunção constitucional de não-culpabilidade, é importante esclarecer que tal previsão não impede que se tome como prova de maus antecedentes do acusado a pendência contra ele de inquéritos policiais e ações penais (Precedentes: HC 70871 RJ (DJ de 25.11.94); HC 72370 SP (DJ de 30.06.95). HC 73.394 SP, rel. Min. Moreira Alves, 19.03.96);



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

O preenchimento da vaga de Ministro vitalício do TCU é precedido de importante ato complexo: indicação, nomeação e posse, sendo dever das autoridades responsáveis por cada um desses atos verificar o cumprimento das exigências constitucionais de notório saber nas áreas de conhecimento exigidas, idoneidade moral e reputação ilibada;

Em 2004, deu-se acirrada controvérsia acerca da indicação para o cargo de Ministro do TCU. No caso, foi escolhido para a vaga o então Senador LUIZ OTÁVIO OLIVEIRA CAMPOS, que respondia perante o STF por suspeita de envolvimento em desvio de recursos do BNDES para empresa de sua família, segundo denúncia apresentada pela Procuradoria-Geral da República;

A possibilidade de concretização da investidura causou ampla reação, inclusive no âmbito judicial, tendo sido objeto de Ação Popular e de inédita – ao que se sabe – Ação Civil Pública proposta em litisconsórcio entre o Ministério Público Federal, cujo pedido liminar foi deferido;

De acordo com o STF, por se tratar de ato vinculado, o Judiciário, quando provocado, não só pode como deve aferir a presença ou, ao contrário, a ausência dos requisitos constitucionais exigidos pelo artigo 73, § 1º da Constituição de 1988. Trata-se, na visão do STF, de exigência vinculada e deve ser obrigatoriamente observada pelos envolvidos no complexo processo de escolha;

E conclui: "É possível o aferimento, no caso concreto, se o aplicador da norma agiu dentro dos limites que lhe foram conferidos para aplicar a norma que contém, em sua hipótese, um conceito indeterminado. E esse aferimento se dá com a análise objetiva dos pressupostos fáticos relacionados, ou subsumidos, à norma, como, inclusive, já foi dito pelo STF".

**Ao regramento constitucional estão vinculados não apenas os incumbidos da escolha do nome, posição na qual se alternam o Congresso Nacional e a Presidência da República, mas também a Corte de Contas, por seu Tribunal Pleno, sob pena da prática de ato desconforme à ordem jurídica e, assim, passível de invalidação;**

Em suma, o ingresso de novo membro no Plenário do TCU submete-se a sistema de compartilhamento de competências que visa garantir a estrita observância dos requisitos constitucionais voltados à qualificação do Colegiado ao qual foi delegada a importante missão institucional da fiscalização do Poder Público;

**É inaceitável, então, a qualquer dos órgãos envolvidos no preenchimento da vaga (Congresso Nacional, Presidência da República e o próprio TCU) eximir-se da responsabilidade sobre o eventual desvirtuamento da investidura por desatenção aos pressupostos definidos pela Constituição para a composição do Plenário do TCU;**

O entendimento do STF é claro: "Os atos que compõem a cadeia do grande todo – o ato complexo – hão de estar em harmonia com a Lei Maior do País, daí a possibilidade de o Tribunal examinar se aqueles constantes da lista sêxtupla atendem, ou não, aos



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

requisitos constitucionais, da mesma forma que o autor do último, completando a cadeia, pode também fazê-lo" (MS 25.624-9)<sup>6</sup>;

**Cumpra destacar que o ato aqui analisado é *sui generis*. *Sui generis* no sentido de ter sido de demasiada dificuldade a análise da investidura no cargo de Conselheiro de cidadão com condenação em órgão colegiado (TJ-ES), justamente por lesão ao erário. Ora, na busca por situações análogas, o que se encontrou foi justamente o contrário do ocorrido nessa Egrégia Corte: o presidente do egrégio TCU rejeitou sumariamente, **em controle preventivo**, o Senador **JORGE AFONSO ARGELLO (GIM ARGELLO)**, por falta de idoneidade moral e reputação ilibada, reafirmando a competência daquela Corte para avaliar os requisitos constitucionais para preenchimento do cargo, não sendo necessária sequer a análise do ato de admissão, senão vejamos<sup>7</sup>:**

**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.**

Brasília/DF, em 9 de abril de 2014.

Ministro João Augusto Ribeiro Nardes  
Presidente do Tribunal de Contas da União

Assim, uma vez não preenchidos os requisitos constitucionais e ainda assim indicado e nomeado pelos órgãos competentes, cabe ao TCE, dentro de suas atribuições constitucionais, atuar – **ainda de forma preventiva** –, não registrando o ato de admissão do Conselheiro, como fez o TCU que se posicionou no sentido de sequer admitir a indicação e nomeação.

Ademais, o açodamento no processo só vem a causar inúmeras demandas judiciais, insegurança jurídica, afastamentos sobre afastamentos, liminares e contra liminares, situação que só traz inestimáveis prejuízos para a Corte de Contas.

<sup>6</sup> Extraído do sítio na data de 17.07.2014, às 10h40min.:

[http://www.amcon.org.br/amcon/amcon/noticias\\_amcon/1/0/1538/Nota\\_de\\_esclarecimento:\\_Exig%C3%A2ncias\\_Constitucionais\\_para\\_Ministros\\_do\\_TCU\\_x\\_Lei\\_da\\_Ficha\\_Limpa.html](http://www.amcon.org.br/amcon/amcon/noticias_amcon/1/0/1538/Nota_de_esclarecimento:_Exig%C3%A2ncias_Constitucionais_para_Ministros_do_TCU_x_Lei_da_Ficha_Limpa.html)

<sup>7</sup> Extraído do sítio na data de 17.07.2014, às 16h40min.:

[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes\\_noticias?noticia=5035526](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=5035526)



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

Também não se poderá utilizar o argumento de que o Tribunal de Contas sofrerá em razão da ausência de um Conselheiro, pois exatamente para suprir estas faltas que existem 04 (quatro) Auditores atuando junto ao Plenário. Destarte, não é por falta de profissionais competentes que a atuação da Corte de Contas restará prejudicada com o curso de um processo de escolha consentâneo com os princípios jurídicos.

A atuação da Corte de Contas não pode restar prejudicada por um incorreto procedimento de indicação de Conselheiro, realizado à margem dos preceitos constitucionais de regência, sem regras claras e objetivas, tornando o processo seletivo mera formalidade para atender a um acordo político costurado, tangenciando os preceitos éticos e da moralidade que devem nortear a atuação de todos os agentes políticos, assim como o princípio da impessoalidade, da boa-fé e da segurança jurídica, tornando, com isto, a Corte de Contas em Administração de surpresa, supressora da ampla e irrestrita publicidade no ato de contratação do futuro Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

**5. PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - PROCESSO 0018267-52.2000.8.08.0024 (024.00.018267-5) - REQUERIDO MARCOS MIRANDA MADUREIRA**

“ **\_\_SENTENÇA\_\_**

\_\_ 1. Relatório

[...]

\_\_ 2. Delimitação da lide

Inicialmente, cumpre-me assinalar que o julgamento da presente Ação Popular é constituído de um pedido, cuja motivação possui dois fundamentos distintos:

O *primeiro*, quanto ao vício na indicação, por conta da suposta abstração de poderes institucionais do Governador do Estado pelo então Presidente da ALES.

**O *segundo* fundamento, corresponde ao vício na nomeação, por não se subsumir o requerido Marcos Miranda Madureira nos conceitos indeterminados de idoneidade moral e reputação ilibada, a que alude a alínea "b" do § 1º, do art. 74 da Constituição Estadual.**

Como o primeiro fundamento já foi objeto de análise judicial quando do julgamento da Ação Popular nº 024.95.018399-6, que está inclusive em grau de recurso, estabeleço que a presente Ação Popular nº 024.00.018267-5 terá como fundamento tão somente o segundo fundamento, ou seja, vício na nomeação por violação ao quanto disposto na alínea "b", do § 1º, do art. 74 da Constituição Estadual.

\_\_ **2.1. Idoneidade Moral e Reputação Ilibada**

Pois bem, reduzidos seus limites, destaco que o julgamento meritório desta Ação Popular desafia a análise jurídica sobre a nomeação e posse do Requerido Marcos Miranda Madureira ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Espírito Santo, por força do Decreto nº 931-S (DIOES, 24/10/2000).



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

O art. 74, § 1º da Constituição do Espírito Santo estabelece que 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.

Malgrado o conceito de idoneidade moral e conduta ilibada sejam, essencialmente, conceitos jurídicos indeterminados, admite-se a abstração objetiva do dever-ser mediante o cotejo de fatos e situações concretas depreciativas.

É sob os auspícios desse enfoque que passo, doravante, a julgar objetivamente no caso concreto, o conceito abstrato de idoneidade moral e reputação ilibada.

**O Requerido Marcos Miranda Madureira, ao tempo de sua nomeação, verdadeiramente, não sofreu condenação criminal, tampouco respondia a ação penal.**

**Releva destacar, entretanto, 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.**

**A nomeação de um Conselheiro de Tribunal de Contas é anelada pelo mais nobre entendimento de expectativa de toda a sociedade, porquanto os componentes daquele órgão, justamente, exercerão a função de aprovar ou rejeitar as condutas administrativas dos Poderes constituídos na esfera estadual e de todos os Municípios do Estado.**

**Eis, então, o caso concreto: conforme teor da Petição Inicial, o Requerido Marcos Miranda Madureira tratou de negócio escuso confessando condutas ímprobas pretéritas e praticando outras, cujo teor da gravação feita pelo outro interlocutor, segue adiante:**

[...]

**A toda evidência, esse diálogo revelou condutas objetivamente dissociadas da idoneidade moral, com reflexos diretos suficientes para macular o conceito de reputação ilibada quando da nomeação:**

**1. Na afirmação do réu Marcos Miranda Madureira que direcionou/favoreceu a confecção do contrato administrativo celebrado pelo DER para que fosse executado pela empresa consultores Associados Brasileiros S/A - CAB;**

**2. Na exigência pelo Réu Marcos Miranda Madureira de dez por cento (10%) do valor do contrato como vantagem pessoal;**



**3. Na confirmação que essa importância a título de vantagem pessoal seria utilizada como verba não contabilizada em disputa eleitoral;**

**4. Na confirmação que essa prática (direcionamento da licitação, exigência e pagamento de vantagem pessoal) apresentava continuidade.**

**Por certo, as condutas acima são significativamente desfavoráveis ao Requerido Marcos Miranda Madureira, desautorizando sua nomeação ao Cargo de Conselheiro do TCEES.**

Os fatos acima ensejaram a deflagração de Notícia Crime ao STJ pelo Ministério Público Federal (nº 199/ES\_2001/0013845-4), cuja conclusão do então Ministro Relator Fernando Gonçalves, acolheu o parecer do MPF, determinando seu arquivamento pela *prescrição da pretensão punitiva*.

[...]

**Revelar a preexistente dissociação objetiva e pontual aos conceitos de conteúdo indeterminado da "idoneidade moral" e da "reputação ilibada" do Requerido Marcos Miranda Madureira, em afronta ao quanto disposto na alínea "b" do § 1º do art. 74 da Constituição Estadual.**

Admissível meritoriamente, portanto, a impetração da presente Ação Popular, com o propósito de decretar a nulidade da nomeação do Requerido, por se tratar ato lesivo à moralidade administrativa (CR, art. 5º, inc. LXIX).

Equivale dizer que o cidadão flagrado cometendo desvios objetivos à probidade 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.

A presente Ação Popular, nesse contexto, merece ser ter seu pedido principal acolhido, no sentido de anular a nomeação do Requerido.

[...]

### \_\_\_ 3. Conclusão

Em face do exposto, ao julgar o processo com resolução de mérito nos moldes do art. 269, inc. I, do CPC, **ACOLHO PARCIALMENTE** os pedidos iniciais, no que, para tanto:

**DECRETO A NULIDADE**, com eficácia *ex nunc*, do ato de nomeação do Requerido Marcos Miranda Madureira ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Espírito Santo (Decreto nº 931-S, DIOES 24/10/2000), devendo este órgão e o Estado do Espírito Santo diligenciarem quanto ao provimento da vaga ociosa.

Como eventual Recurso de Apelação eventualmente manejado pelo Requerido será, *ope legis*, recebido com efeito meramente devolutivo (art. 19, 2ª parte, da Lei n. 4.717/65):

**AFASTO** provisoriamente o Sr. Marcos Miranda Madureira do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, até final julgamento desta Ação Popular; sem prejuízo de subsídio e vantagens durante o afastamento.



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

Expeça-se mandado de cumprimento de ordem, direcionado ao Exmo. Sr. Presidente do TCEES, a fim de que cumpra a determinação provisória adremente estabelecida, no prazo de cinco dias. [...]"

**5 – DO JURAMENTO PARA INVESTIDURA NO CARGO DE CONSELHEIRO EM DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

O Tribunal de Contas, como órgão técnico, deve atuar pautado em suas atribuições constitucionais, ou seja, na defesa intransigente da Constituição. Aliás, **os Conselheiros, ao ingressarem nesse Tribunal, se comprometem publicamente a defendê-la, o que significa, inclusive, registrar somente os atos de admissão afastados de qualquer mácula, agindo, assim, em defesa da Constituição Federal e Estadual, da ordem e da moralidade.**

**E é nesta linha, tendo como gênese que todo aquele que é investido no cargo de Conselheiro jura, solenemente, perante a Constituição Federal, no sentido de defendê-la – devendo, por sua vez, buscar a concretude, a máxima eficácia aos arts. 37 e 71, que traduzem o princípio da moralidade administrativa, norteador da administração, e consagram o combate sem tréguas à corrupção e à impunidade no setor público –, nenhum julgador pode se afastar de analisar condutas que a ofendam, bem como de seus princípios, em especial, o princípio da moralidade pública e da probidade administrativa.**

O objetivo constitucional visado é aplicar a norma em sua inteireza. Como asseverado no voto divergente, se o interessado será afastado, é porque infringiu preceitos constitucionais de observância obrigatória. Assim, considerando que os Conselheiros que analisam o presente ato prestaram compromisso perante a Constituição Federal de defendê-la, coadunar com ações contrárias à Constituição da República configura um risco para o estado de direito, para a estabilidade das instituições. Perde-se a “*public trust*”, ou seja, a confiança da sociedade, da nação, ao manter como julgador de contas públicas um cidadão que não preenche os requisitos constitucionais.

**Vale rememorar o caso Madison versus Marbury (1803), considerado o marco inicial do controle de constitucionalidade difuso, onde o Juiz Marshall, da Suprema Corte Americana, indagou-se:**

**“Para que um juiz juraria desincumbir-se de seus deveres conforme a Constituição dos Estados Unidos, se aquela Constituição não formar regra para seu Governo? Se estiver muito acima dele, e não puder ser por ele inspecionada”?**

**Tendo respondido que**

**“se tal for o real estado das coisas, este será o pior dos vexames solenes. Prescrever ou realizar esta profanação torna-se igualmente um crime”.<sup>8</sup>**

---

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 639-640



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

Desse modo, brilhantes são as considerações da proposta de voto do Auditor Eduardo Perez, em efetivar princípios e normas constitucionais ofendidas.

Ante todo o exposto, pugna o **Ministério Público de Contas**, nos termos do voto do Conselheiro Relator:

- 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, 23 de julho de 2014.

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