

GABINETE DO AUDITOR
João Luiz Cotta Lovatti

PROCESSO TC: 9098 / 2013
PROCEDÊNCIA: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTERESSADO: SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
ASSUNTO: PESSOAL - ADMISSÃO

Tratam os autos da admissão do Sr. SÉRGIO MANUEL NADER BORGES para ocupar o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCE-ES e que se submete a esta Câmara para os fins previstos no art. 71, inc. IV da Constituição Estadual, por simetria ao art. 71, inc. III da Constituição Federal.

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;

Na 7ª Secretaria de Controle Externo, recebeu a Instrução Técnica Conclusiva - ITC 1571/2010, recomendando o registro do ato (às fls. 61/62).

O Ministério Público de Contas manifestou-se no Parecer PPJC 1515-2014 pela denegação do registro e determinações (às fls. 64/76).

A Decisão Monocrática DECM 414/2014 abriu oportunidade para o interessado apresentar alegações de defesa, estas devidamente prestadas em documento protocolado em 29/05/2014.

Despachos saneadores e refazimento da distribuição do processo, com sorteio de novo relator encontrados nas fls. 631 a 634.

GABINETE DO AUDITOR

João Luis Cotta Lovatti

Proposta de voto do relator, Auditor Eduardo Perez, submetida na Sessão Ordinária da 2ª Câmara, propugna pela denegação do registro com determinação (às fls. 636/666).

O Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, em voto proferido naquela sessão, vota pelo registro da admissão.

O Ministério Público de Contas, em sede de pedido de vistas, reafirma a manifestação pela denegação do registro.

Em razão de licença médica do Auditor Eduardo Perez, e, por ser a relatoria de processo de admissão de pessoal de competência originária de Auditores, na previsão do art. 35, inc. VII do Regimento Interno e, ainda, por estar o processo em apreciação na Câmara quando da superveniência da licença, foi designado este Auditor para condução, observando-se a peculiar situação de que neste processo em particular, por estar convocado para substituir o impedido Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, apresentarei voto.

É o relatório.

Rejeitada a preliminar, com a confirmação da legitimidade desta Corte para apreciar o registro do ato de admissão de Conselheiro do TCE-ES, decidida na Sessão Ordinária desta 2ª Câmara, realizada em 09/07/2014, avança-se ao mérito.

O art. 74 da Constituição Estadual estabelece que o Tribunal de Contas do Estado, será integrado por sete Conselheiros, nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; possuir idoneidade moral e reputação ilibada; 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.

Escolhido pela Assembléia Legislativa, conforme consta do Decreto Legislativo nº 72/2013, de 04 de novembro de 2013 (à fl. 3), o interessado foi nomeado pelo

GABINETE DO AUDITOR

João Luis Cotta Lovatti

Governador do Estado, por meio do Decreto nº 2.482/S, publicado em 06 de novembro de 2013 (à fl. 5), firmou Termo de Compromisso e Posse em 06 de novembro de 2013 e entrou em exercício na mesma data (às fls. 12 e 13).

Para a instrução processual, a Resolução nº 186/2003, que estatui normas para apreciação de processos de pessoal no TCE-ES, estabelece rol de documentos essenciais ao seu trâmite, além daqueles outros exigidos pelas normas legais específicas de cada caso, a fim de subsidiar a análise do feito pela 7ª Secretaria de Controle Externo, e o faz na seguinte redação:

Art. 12. *O processo individual de admissão deverá conter, no mínimo, a seguinte documentação, além da exigida pelo estatuto local dos servidores e pelo edital do concurso:*

I - ato de nomeação, contendo corretamente o nome do servidor, nomenclatura do cargo, nível, padrão, e / ou referência e dispositivo legal da nomeação, subscrito pelo agente competente;

II - cópia do ato em publicação oficial;

III - cópia dos documentos de identificação pessoal;

IV - declaração de bens e valores (original);

V - declaração de acumulação ou não de cargos públicos (original);

VI - declaração de aptidão para o Serviço Público (laudo médico original);

VII - termo de posse ou compromisso (original);

VIII - atestado de exercício (original);

IX - comprovante de nível de escolaridade exigido para o cargo;

X - cópia de documento de habilitação específica inerente ao cargo para o qual está sendo nomeado.

Nos autos, é possível identificar a apresentação de documentos exigidos para a posse, confirmatórios, em tese, do preenchimento dos requisitos exigidos para sua admissão, quais sejam: Declaração de Não Acumulação (à fl.14); Declaração de não responder a qualquer processo administrativo, criminal ou de execução (à fl. 15); Declaração de conformidade às restrições impostas pela Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, que veda a prática do nepotismo na Administração Pública (à fl. 16); Laudo Médico (à fl. 17); cópia da Carteira Nacional de Habilitação (à fl. 18); cópia da Carteira de Identidade Profissional, emitida pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (à fl. 19); cópia do Certificado de Dispensa de Incorporação, emitido pela Diretoria de Serviço Militar, do Ministério do Exército (à fl. 20); cópia de

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

Título Eleitoral e comprovantes de votação no 1º e 2º turno das eleições realizadas no ano de 2012 (à fl. 21); Certidão de Quitação Eleitoral, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral (à fl. 22); cópia de Certidão de nascimento (à fl. 23); cópia de escritura pública declaratória de convivência marital (à fl. 24), cópia de diploma de colação de grau no curso de engenharia mecânica (à fl. 25); cópia de certificado conclusão de curso de engenharia de sistemas urbanos, em nível de pós-graduação (à fl. 26); cópia de comprovante de inscrição no PASEP (à fl. 27); cópia da declaração de IRPF, exercício 2013 (às fls. 28/33); curriculum vitae (às fls. 34/52) e formulário de perfil profissional (à fl. 53).

Se a documentação apresentada induz à percepção do preenchimento dos requisitos exigíveis e, conseqüentemente, levou a 7ª Secretaria de Controle Externo a expedir a Instrução Técnica Conclusiva nº ITC 1571/2014 (fls. 61/62) com sugestão do registro do ato, tal não ocorreu durante a análise regimental a cargo do Ministério Público de Contas, exposta no Parecer de fls. 64/148.

Verificou o *parquet* de contas que, apesar do interessado declarar não responder a qualquer processo administrativo, criminal ou de execução, tal declaração não espelha sua real situação (fls. 66/70), refletindo em carência de idoneidade moral e reputação ilibada, exigíveis para o preenchimento do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas.

Ponto fundamental na apreciação da admissão, tal fato foi objeto de profunda e abalizada análise do Auditor Eduardo Perez, o qual, com propriedade proferiu proposição de voto com o seguinte teor (fls. 66/70):

“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:

GABINETE DO AUDITOR

João Luis Cotta Lovatti

“Site do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, do qual se **extraí 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, entendo 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 ílibada, 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.

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

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

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, via de conseqüência, 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, officie-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.

GABINETE DO AUDITOR

João Luis Cotta Lovatti

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:

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

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

Sabe-se ainda que a condenação à suspensão de direitos políticos, pelo cometimento de ato doloso de improbidade administrativa, desperta outro tipo de impedimento à candidatura eleitoral, qual seja, a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea “P”, 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,

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 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 l, inciso I, art. 1º da Lei Complementar nº 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. [...]*

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.

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

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 civil (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.

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

5) 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.”

A hermenêutica empregada pelo Auditor Eduardo Perez em sua proposição, especialmente em seus fundamentos axiológicos, encontra-se presente em julgados, cujo objeto é similar ao aqui tratado, e do qual destaco um, especialmente, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado:

103.001.2003.013126-9 Apelação Cível (Recurso Adesivo) Origem : 00120030131269 Porto Velho/RO (2ª Vara da Fazenda Pública) Apelante/apelada : Odaísa Fernandes Ferreira Apelante/apelado : Natanael José da Silva Apelante : Assembléia Legislativa do Estado de Rondonia. Relator : Desembargador Rowilson Teixeira Revisor : Juiz Jorge Luiz dos Santos Leal.

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, questionada no Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Agravo Regimental, no Agravo de Instrumento 696.375, recebeu o seguinte julgado:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Alegada existência de ofensa direta a normas constitucionais, a permitir o conhecimento do recurso. **Decisão atacada que**

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

apreciou adequada e exaustivamente as questões em debate nos autos (destaquei). Eventuais ofensas que se referem ao plano infraconstitucional. Precedentes. 1. Se a análise das alegadas violações das normas constitucionais em que fundamentado o recurso extraordinário depende, para sua verificação, da apreciação de normas infraconstitucionais e dos fatos em debate nos autos, tal como aqui ocorre, cuida-se de ofensa meramente reflexa, de insuscetível constatação na via extraordinária. 2. Eventuais vícios procedimentais ocorridos durante o transcurso do feito, por cuidarem de matéria de direito processual, tampouco podem ser rediscutidos no apelo extremo. 3. Agravo regimental não provido. (AI 696375 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013)

Oportuno, por didática, transcrever a irretocável, objetiva e sintética fundamentação doutrinária que sustenta a decisão proferida no referido processo pela Corte Rondoniense, *verbis*:

“Em que pese a indeterminação dos conceitos de "idoneidade moral" e "reputação ilibada" e a necessária interpretação tenho que os poderes legislativo e executivo, ao indicarem e nomearem o apelante Natanael José da Silva deveriam descrever o preenchimento dos requisitos constitucionais.

Idoneidade moral e reputação ilibada podem, sim, ser auferidos de forma objetiva pela análise da vida funcional e pessoal do candidato a tão honroso e importante cargo público.

Para bem ilustrar o que vem a ser idoneidade moral e reputação ilibada, colaciono artigo de autoria de Carlos Wellington Leite de Almeida, Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília, no Periódico Direito e Justiça, do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito e Justiça (CEP-DJ), descrito no parecer ministerial:

A primeira dificuldade consiste em bem definir o que venha a ser "idoneidade moral e reputação ilibada". Uma busca na doutrina jurídica revela que a prevalência da idéia de "nenhuma mancha na imagem" como não central do conceito. Maria Helena Diniz, em seu festejado Dicionário Jurídico (Ed. Saraiva, 1998), afirma: "Reputação. 1. Na linguagem jurídica em geral, tem o sentido de: a) fama; b) renome; c) opinião d) bom ou mau nome". E, prossegue a doutrinadora: "ILIBADO. Sem mancha ou culpa".

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Conselheiro do Tribunal de contas do Distrito Federal, segue a mesma linha. Para ele, idoneidade moral diz respeito à aptidão do indivíduo para situar-se no padrão de comportamento consagrado pelos costume da sociedade. Reputação ilibada, por sua vez, diz respeito à visão que tem a sociedade de ser o indivíduo em análise "sem mancha, puro" ou não (Requisitos para Ministro e Conselheiro de Tribunal de Contas, Revista de Informação Legislativa, n. 126, 1995).

Para o membro da Corte de Contas Distrital, não pode ser considerada ilibada a reputação de alguém envolvido em escândalos mal-resolvidos, sendo irrelevante tratar-se de assunto transitado em julgado ou não.

Ocorre que as funções que têm como requisito constitucional "idoneidade moral e reputação ilibada" são do mais alto nível de importância nacional. Um Ministro do Tribunal de Contas da União ou um Conselheiro de Tribunal de Contas estadual ou municipal tem a palavra final sobre a boa ou má gestão que o administrador público haja tido quanto aos recursos que lhe foram confiados.

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

Trata-se de julgamento no qual a reputação e a idoneidade do administrador são postas à prova e admitir que julgamento desse tipo possa ser proferido por quem tenha a própria reputação maculada constitui, no mínimo, falta de bom senso.

A busca de definições para o requisito da "idoneidade moral e reputação ilibada" não ocorre sem propósito. O que se pretende é, ao mesmo tempo em que se deve reconhecer o predominante caráter subjetivo do termo, estabelecer-lhe um mínimo de balizamento objetivo.

Um conjunto minimamente comprovável de situações que estabeleceriam limites dentro dos quais poder-se-ia navegar com segurança numa ou noutra direção, atendendo às peculiaridades de cada caso, sem, porém, comprometer o conceito como um todo.

Primeiramente, entendo que jamais poderia ser considerado de "idoneidade moral e reputação ilibada" alguém com condenação (judicial ou prolatada por tribunal de contas) transitada em julgado, se o objeto da condenação diz respeito ao uso de dinheiro público. No caso, trata-se de julgamento completo, já definido na esfera judiciária, que afasta a possibilidade de se fazer alçar indivíduo com tamanha mácula à condição de dignidade de Ministro ou Conselheiro.

Os casos mais difíceis, entretanto, são aqueles em que não há trânsito em julgado e, haja vista a morosidade alarmante da processualística brasileira, são esses os mais numerosos.

Não pode ser considerado dono de uma reputação ilibada aquele sobre o qual pairam fundadas suspeitas de comportamento avesso ao bem público. Em especial, não pode ser considerado dono de reputação ilibada aquele sobre o qual pesa um processo judicial, uma tomada de contas que vise a apurar a malversação de dinheiro público ou, até mesmo, um processo administrativo. Em especial se as denúncias e suspeitas estiverem estribadas em fortes indícios, (...). **103.001.2003.013126-9 Apelação Cível (Recurso Adesivo) Origem : 00120030131269 Porto Velho/RO (2ª Vara da Fazenda Pública).**"

Isso tem haver porque o exercício da atividade administrativa no setor público exige a produção de atos enquadrados às normas que lhe são superiores e lhe servem de fundamento de validade. Sua desconformidade com a lei implica vício de legalidade e pode dar causa à invalidação - retirada do ato viciado do ordenamento em virtude de sua ilegalidade.

Decerto, o passado recente deste Tribunal, com três Conselheiros afastados por determinação judicial e um aposentado voluntariamente após condenação em ação penal transitada em julgado, reforça o dever do administrador de observar a acurácia na aferição dos requisitos exigíveis no preenchimento do cargo.

Consentâneo com tal entendimento, no IV Encontro Nacional dos Tribunais de Contas, promovido pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas – Atricon, foi

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

aprovada a Resolução Atricon nº 03/2014¹, que fixa as Diretrizes de Controle Externo relacionadas à temática “Composição, organização e funcionamento dos Tribunais de Contas do Brasil: adequação ao modelo constitucional” na qual prescreve a seguinte diretriz a ser observada pelo Tribunais de Contas do Brasil:

- 20.** Recusar-se a dar posse àquele que for indicado para os cargos de Ministro ou Conselheiro que não preencha os requisitos constitucionais, especialmente os seguintes:
- a.** os parâmetros definidos no art. 1º da Lei Complementar 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar 135/2010, como condição mínima de reputação ilibada e idoneidade moral;
 - b.** a apresentação, juntamente com o curriculum, de certidão dos distribuidores criminais das Justiças Federal, Estadual ou do Distrito Federal e Militar dos lugares em que haja residido nos últimos 5 (cinco) anos; de folha de antecedentes da Polícia Federal e da Polícia Civil Estadual ou do Distrito Federal, onde haja residido nos últimos 5 (cinco) anos; e de declaração de que não teve contas julgadas irregulares por Tribunal de Contas do País;
 - c.** comprovação de mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública.

Ao assim proceder, a Atricon escora-se na Constituição Federal, que ao dispor sobre a organização fundamental do Estado brasileiro, subdividiu o exercício do poder estatal em determinados órgãos, com competências específicas, atuação independente e dotados de mecanismos que resguardem os atos praticados na administração pública de vícios que afrontem as normas legais.

Nesse esquema organizacional, incluíram-se os Tribunais de Contas, disciplinadores do exercício legítimo do poder estatal, parte do mecanismo de controle recíproco do poder pelo poder, no que se conhece como sistema de freios e contrapesos - *cheks and balances*. Este, a um só tempo, permite a harmonia e independência entre os poderes, e propicia os meios de controle dos princípios da administração pública, mormente o da legalidade.

No caso concreto, fundamentado nesse sistema, e com supedâneo no art. 71, inc. III da Constituição Federal e no art. 71, inc. IV da Constituição Estadual, é que se aprecia

¹ <http://www.atricon.org.br/category/documentos/>

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

a legalidade da admissão do Sr. Sérgio Manoel Nader Borges no TCE-ES. Por isso, não há que se falar, aqui, em ingerência no âmbito da discricionariedade administrativa da Assembléia Legislativa ou do Governador do Estado, ou mesmo em veto, mas unicamente no exercício da competência dessa corte.

Essa conformação, e os robustos argumentos jurídicos despendidos na proposição de voto do relator, não me deixam dúvida quanto ao permeio de ilegalidade no ato ora apreciado, vício insanável que impede seu registro e que, de sorte, não permite ao assim nomeado alcançar a garantia prevista no art. 95, inc. I, da Constituição Federal.

Em sendo consequência natural do vício, ensina o Professor Diógenes Gasparini, na obra: Direito administrativo. 17ª ed. Ed. Saraiva. 2012. São Paulo. P.121, reputa-se inválido o ato que não ingressou no ordenamento jurídico pela estreita porta da legalidade, conforme.

“Válido é o ato administrativo editado na conformidade da lei (ato concreto), na compatibilidade da lei (regulamento de execução) ou da Constituição (regulamento autônomo), quando este ato é admitido. Válido, portanto, é o ato, concreto ou abstrato, adequado ao que estabelece a ordem jurídica, que nela entrou pela *porta da legalidade*. Por conseguinte, inválido é o ato administrativo que afronta o ordenamento jurídico, que com ele não se conforma ou não se compatibiliza. É o ato que não ingressou no ordenamento jurídico pela *porta da legalidade*.”

Para manter a higidez do ordenamento jurídico, o sistema constitucional garante mecanismos de preservação da legalidade ao permitir à Administração anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais porque deles não se originam direitos, na exata dicção da Súmula 473, do STF:

SÚMULA 473

A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIACÃO JUDICIAL.

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

Nesse caso, no exercício de sua atribuição administrativa, e para evitar a consumação de desvios à legalidade, deve o Presidente do Tribunal de Contas invalidar a posse do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, porque, eivada de vícios, não originou direitos, inclusive de reconhecimento de sua vitaliciedade.

Ao assim proceder, no exercício do seu poder-dever de agir, estará o Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, alinhado à procedimentos administrativos experimentados em outras plagas e que, submetidos ao Supremo Tribunal Federal, receberam julgados confirmatórios de seu acerto:

No primeiro caso, envolve a anulação pela Administração da readmissão de Promotor de Justiça, do Ministério Público do Estado do Ceará, pelo não preenchimento do requisito regular da aprovação em concurso público, não lhe sendo reconhecida a vitaliciedade, com fundamento na Súmula nº 473, conforme a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. READMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. IMPRESCINDIBILIDADE. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENUNCIADO Nº 473 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VITALICIEDADE. INEXISTÊNCIA.

1 - Esta Corte, perfilhando a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, vem decidindo que "tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada" (RE nº 199.733/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJU de 30/4/1999).

2 - É de se notar, contudo, que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já afastou essa orientação no caso de investidura sem concurso público, aplicando-se o entendimento consolidado no enunciado nº 473, segundo o qual a Administração, valendo-se do seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

3 - Vitaliciedade que não pode ser reconhecida em razão de não ter sido preenchido o requisito da regular aprovação em concurso público.

4 - Recurso improvido.

(RMS 15.453/CE, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2007, DJ 03/09/2007, p. 221)

No segundo, no Tribunal de Contas do Estado do Paraná, o Conselheiro foi escolhido pela Assembléia Legislativa, foi nomeado pelo Governador e empossado em 17 de

GABINETE DO AUDITOR

João Luis Cotta Lovatti

julho de 2008. Permaneceu no cargo até 05 de março de 2009, afastado em razão de Ação Popular por força de decisão liminar do STF.

Enquanto tramitavam os recursos, em 5 de maio de 2011, o Governador do Estado revogou o Decreto 3.044/2008, em que constava a nomeação do Conselheiro, e, no mesmo dia, com a edição do Ato do Presidente 006/2011, o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná declarou aberto o prazo de inscrições dos candidatos à vaga de Conselheiro do TCE/PR, tendo por fundamento, entre outros, a suspensão daquela nomeação.

Em reclamação ao STF, o Conselheiro nomeado aduziu que tais atos violam a garantia constitucional de que os Conselheiros do Tribunal de Contas só podem perder o cargo por decisão judicial com o trânsito em julgado e pediu o deferimento de liminar para que se suspendesse a “eficácia de todos os atos que culminaram na edição do ato legislativo e decreto do executivo (...) até julgamento final da reclamação”.

Quanto a isso, o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator dos recursos do caso Maurício Requião no STF, despachou no Agravo de Instrumento e da decisão extraio o seguinte trecho:

“Valho-me, no ponto, do entendimento firmado pelo Parquet Federal em sua manifestação: ‘(...) De fato, a Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, em atenção às decisões do STF, editou o ato n. 6/2011, reconhecendo os vícios insanáveis do procedimento de escolha e nomeação de Maurício Requião para o cargo de Conselheiro do TCE/PR, tendo-o como inexistente (fls. 1454). O Governador através do Decreto n. 1.325/11 revogou o Decreto anterior de nomeação (n. 3.044/88) (sic), em seguida, editou o Decreto n. 1.896/11, nomeando Ivan Lellis Bonilha para a vaga (fls. 1455/1457).

Dessa forma, havendo o reconhecimento do direito do autor por parte do Estado e da Assembléia Legislativa, através da edição de atos que revogaram o ato ilegal objeto da ação, tornou-se insubsistente a discussão posta nos autos’ (grifos meus – fl. 1.574).

Oportuno mencionar ainda, que acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, ao declarar a improcedência de todos os pedidos pelo Tribunal de Justiça local, ao declarar a

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

improcedência de todos os pedidos deduzidos na ação popular, não teve o condão de constituir quaisquer direitos ao então réu naquela demanda, Maurício Requião, sobretudo em virtude da superveniente constatação de que o ato administrativo que deu ensejo à edição do Decreto objeto de deliberação pela Corte paranaense foi reputado inexistente pela Assembléia Legislativa estadual pela ausência de um de seus elementos essenciais, impossibilitando, pois, a produção de efeitos jurídicos" (...). **(ARE 639404, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/10/2011, publicado em DJe-209 DIVULG 28/10/2011 PUBLIC 03/11/2011)**

Lado outro, não há que se falar, no caso presente, em aplicação da teoria do fato consumado para o fim de se eternizar uma situação que já nasceu maculada de vício que a invalida. A se entender de modo diverso, ter-se-ia de admitir que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo se furtasse a apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão, o que, por sua vez, colidiria com o disposto no art. 71, inc. IV da Constituição Estadual.

Ademais, a decretação de nulidade do ato praticado não acarretará insegurança jurídica, mormente ao se considerar que a irregularidade na investidura do Sr. Sérgio Manoel Nader Borges em nada afetará a validade dos atos por ele praticados no exercício do cargo de Conselheiro, aplicando-se, nesse caso, a teoria da investidura aparente.

Nesse particular, irretocável o preciso entendimento firmado pelo relator no tocante a restituição aos cofres públicos de valores pagos indevidamente pela Administração, pois, a princípio, o ato administrativo de nomeação do Conselheiro tinha presunção de certeza e irrevogabilidade, beneficiando-o com remuneração de natureza alimentar cuja devolução não é admissível, na esteira de reiterados precedentes do STF.

Pelo exposto, encampando as razões acima mencionadas, adoto *in totum* o dispositivo da proposta de voto prolatada pelo Auditor Eduardo Perez (fls. 636/366) e **VOTO** no sentido de:

GABINETE DO AUDITOR

João Luiz Cotta Lovatti

- 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.

Em 20 de agosto de 2014.

JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI
Auditor/Conselheiro em Substituição