



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

[TIPOANONUMERODOC]

Processo: TC – 6489/2015

Interessado: CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A - RODOSOL

Assunto: INCIDENTE DE IMPEDIMENTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, II, da Lei Complementar nº. 451/2008, manifesta-se nos seguintes termos.

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de Incidente de Impedimento proposto pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A - RODOSOL**, em face do Conselheiro relator do processo TC 5591/2013, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, alegando, em suma, que:

- (a) Na qualidade de Auditor Geral do Estado, participou e coordenou os trabalhos técnicos elaborados pela “Comissão Especial para Avaliação do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão firmado entre o Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes/DERTES e a Concessionária Rodovia do Sol S.A”, datado de 21.10.05;
- (b) Também como Auditor Geral do Estado, representando o Poder Executivo Estadual, negociou com a concessionária reajustes de tarifa e termos aditivos, como demonstram notícias publicadas à época;
- (c) O art. 9º, da Lei Complementar nº 295, de 16.7.04, estabelece como atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Auditor Geral do Estado, dentre outros, dirigir, coordenar e orientar atividades técnicas; promover contatos externos com contratados; assessorar o Governador do Estado;
- (d) O art. 18, II, da Lei nº 9.784, de 25.01.99, impede que o agente administrativo que tenha participado anteriormente de procedimento administrativo como perito ou representante atue posteriormente em outra função, especialmente na de Relator, em virtude da sua relação com o objeto do processo;
- (e) O art. 289, caput e parágrafo único, do Regimento Interno desse e. Tribunal de Contas, assim como o art. 134, II, do Código de Processo Civil, qualificam como impedido o julgador que já tenha funcionado como representante de parte do processo ou como perito; e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

(f) Inequivocamente ciente das funções e atividades por ele exercidas anteriormente no âmbito do Contrato de Concessão 001/98, nos termos do art. 29, VIII, do Regimento Interno do TCE/ES, é dever do Conselheiro “*declarar-se impedido ou suspeito, nos casos em que, por lei ou por este Regimento, não possa atuar*”.

Requeru, outrossim, a declaração de coisa julgada administrativa, fundamentando que o Contrato de Concessão 01/98 e o procedimento licitatório que lhe deu origem, já foram auditados, analisados e fiscalizados exaustivamente, tanto pela Auditoria Geral do Estado, quanto pela Fundação Getúlio Vargas.

Pleiteou, ainda, o reconhecimento do cerceamento de defesa, fundamentando que a auditoria foi instaurada por determinação judicial, sendo, assim, perícia técnica judicial, incorrendo, destarte, em cerceamento de defesa o fato de não serem notificados dos atos produzidos por essa Corte.

Todos esses pedidos foram analisados por intermédio do Processo TC 1921/2013.

Não obstante, a RODOSOL impetrou, no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, mandado de segurança n.º 0015699-47.2014.8.08.0000, alegando a inobservância do procedimento previsto nos artigos 340 a 345 do RITCEES, que tratam do incidente de impedimento e de suspeição.

A segurança foi concedida para declarar a nulidade do processo TC 1921/2013, “devendo retornar o feito ao momento da autuação da exceção de impedimento”.

Às fls. 42/47, consta o ofício 0602/2015, oriundo do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, com cópia do v. Acórdão proferido pelo pleno daquela Corte de Justiça, nos autos do Mandado de Segurança.

Nesse contexto, o presente feito foi instaurado e, por conseguinte, consoante parágrafos 1º a 3º do artigo 340 do RITCEES, encaminhado ao suscitado, Conselheiro relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que se declarou isento para relatar o processo TC 5591/2013, consoante se verifica às fls. 61/75.

Após os procedimentos legais, vieram os autos a este *Parquet* de Contas.

II – CONSIDERAÇÕES INICIAIS - DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

O Tribunal de Contas, amparado na sua competência, age como órgão autônomo, no exercício de uma atividade própria, prevista na Constituição. As atribuições das Cortes de Contas estão previstas nas Constituições, Leis e Normas *Secundum Legis*, nelas incluindo, não por delegação ou por autocomposição, o poder de julgar e decidir como uma atividade própria, precípua e especial - para isso foram criadas.

Dessa forma, quando o Tribunal de Contas exerce a jurisdição, que lhe é própria e específica, é de se dizer que sua decisão é aferida nos postulados constitucionais do princípio da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, pois



devem todos ser por ele observados, na sua atividade como órgão criado para essa finalidade.

Nesse contexto, a doutrina assevera que as Cortes de Contas exercem uma função parajudiciária, exercendo as competências constitucionais típicas, extraídas do texto constitucional.

Cumprido ressaltar que vivemos num Estado Democrático de Direito, baseado na harmonia entre os poderes, visando um equilíbrio entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, instituições sólidas e que devem ser respeitadas, principalmente quando manifestam suas decisões retiradas da norma jurídica constitucional.

Assim, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o Judiciário não pode adentrar no mérito das decisões emanadas dos Tribunais de Contas, no exercício de suas competências constitucionais, sob pena de afronta ao **princípio da separação dos poderes**. Independentemente do julgamento pelos demais poderes não há exclusão, de forma alguma, da competência das Cortes de Contas, ainda que relativo aos mesmos fatos. Pelo contrário, ressalta-se a **independência das instâncias**. Não importa a decisão que vier a ser dada pelo Poder Judiciário, cada uma há que prevalecer no âmbito de suas competências. A jurisprudência é farta e pacífica neste sentido (v. g., STF – RTJ, 43: 151; TCU – Acórdão 4226/2010).

Ambos os órgãos, Poder Judiciário e Tribunal de Contas, exercendo suas competências típicas, podem fazer a interpretação autônoma do direito aplicável à espécie, sem que a decisão de um condicione a do outro.

A lógica desse raciocínio emana diretamente do art. 2º da Constituição Federal, segundo a qual “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Extrai, portanto, seu substrato no Princípio Republicano, no Estado Democrático de Direito e no Princípio da Separação dos Poderes.

Não se olvidando que a tutela jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, as competências atribuídas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional aos Tribunais de Contas são privativas destes,

Não obstante, **cabe à tutela jurisdicional quando violados princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa na atuação da Corte de Contas. É o caso dos autos, tendo a decisão judicial no Mandado de Segurança nº 15699-47.2014.8.08.0000 reconhecido a existência de tais máculas processuais**, declarando a nulidade do processo TC 1921/2013, nos seguintes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS. AUDITORIA INTERNA. INEXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO.

1. O procedimento previsto nos artigos 340 a 345 do RITCES foi inobservado: 9i) não houve autuação da exceção de impedimento, de forma incidental ao processo principal, (ii) não houve decisão sobre a suspensão do processo principal, (iii) foi proferido voto pelo Relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, acimado de impedido, (iv) a instrução da arguição de impedimento foi feita pelo próprio Conselheiro, acimado de impedido.



2. É cediço, no processo civil, que até mesmo para se extinguir uma controvérsia sem resolução de mérito em razão do acolhimento da ausência de uma das condições da ação, é **necessário conferir ao jurisdicando o devido processo legal**, isto é, é necessário oferta-lhe o método ou a forma processual prevista em lei para o exercício da jurisdição.

Reconhece-se, assim, a soberania da decisão judicial de fls. 43/47.

III – FUNDAMENTAÇÃO FÁTICO-JURÍDICO

III.1 – DO IMPEDIMENTO

Em síntese, alega o requerente que o Conselheiro relator do processo TC 5591/2013, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, estaria impedido de atuar naqueles autos, uma vez que, quando Auditor Geral do Estado, participou e coordenou os trabalhos técnicos elaborados pela “Comissão Especial para Avaliação do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão firmado entre o Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes/DERTES e a Concessionária Rodovia do Sol S.A.”, tendo, inclusive, como representante do Poder Executivo estadual, negociado “com a concessionária reajustes de tarifa e termos aditivos”. Alega, outrossim, que teria o Conselheiro atuado como perito.

Na espécie, de toda forma, não se infere nada que indique o alegado impedimento do excepto.

O artigo 23 da Lei Orgânica dessa Corte de Contas (Lei Complementar nº 621/2012) estabelece que “*é vedado aos Conselheiros intervir no julgamento de processo que envolva interesses próprios ou de cônjuge, parente consanguíneo ou afim até o terceiro grau, aplicando-se-lhes os casos de suspeição e impedimento previstos no Código de Processo Civil*”.

Nesse contexto, o inciso II do artigo 134 do CPC, utilizado como fundamento pelo requerente, dispõe que “*é defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito [...]*”.

De pronto, cumpre afirmar a impossibilidade de qualquer agente público ser mandatário do Estado. Mandato é o contrato mediante o qual uma pessoa – o mandante – outorga poderes a outra – o mandatário –, para que esta execute determinados atos em nome do mandante e sob a responsabilidade deste (teoria do mandato). Ora, despido de vontade, não pode o Estado outorgar mandato.

O requerente, à fl. 12, equipara “*mandatário da parte*” a “*representante do Governo do Estado*”.

Ora, agentes públicos não podem ser considerados representantes do Estado (teoria da representação), pois se assim o fossem, equiparar-se-ia o Estado a uma pessoa incapaz. Implicaria na ideia de que o Estado confere representantes a si mesmo, o que é inconcebível.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Na verdade, o Estado manifesta sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que, quando os agentes que atuam nestes órgãos manifestam sua vontade, considera-se que esta foi manifestada pelo próprio Estado (teoria do órgão). Portanto, enquanto Auditor Geral do Estado, a atuação do Sr. Sebastião Carlos Ranna de Macedo era imputada ao Estado do Espírito Santo, que é parte no processo TC 5591/2013.

Ocorre que o suscitado deixou de exercer as funções de Auditor Geral do Estado em **31 de janeiro de 2008**. Portanto, desde essa data, sua atuação não mais pode ser imputada ao Estado do Espírito Santo.

O requerimento de instauração de auditoria extraordinária no Contrato de Concessão nº. 1/1998, referente ao Sistema Rodovia do Sol, **que deu origem ao processo TC 5591/2013**, foi protocolizado pelo Estado do Espírito Santo, Ministério Público Estadual - MPEES e Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária - ARSI tão somente em **05 de julho de 2013**, 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses após a exoneração do suscitado do cargo de Auditor Geral do Estado.

Nessa linha, **em nenhum momento o suscitado foi parte ou mandatário da parte no processo TC 5591/2013, tampouco oficiou como perito nos autos.**

O art. 134 do CPC é claro ao estabelecer que o juiz não pode exercer suas funções em processo em que **for parte** ou em que **interveio como mandatário da parte ou oficiou como perito.**

Outrossim, o suscitante reivindica a aplicação do art. 18, inciso II, da Lei 9.784/1999, *in verbis*:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

[...]

II - **tenha participado** ou venha a participar como **perito**, testemunha ou **representante**, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

Nesse ponto, cumpre pedir vênias para citar trecho da manifestação do suscitado (fls. 61/75):

[...] é de clareza hialina a impossibilidade de aplicação da Lei Federal nº 9.784/1999 ao processo ou ao procedimento deste Tribunal de Contas, particularmente no que se refere à matéria atinente à exceção de impedimento, a respeito da qual o legislador fixou: **aplicando-se lhes os casos de supeição e impedimento previstos no Código de Processo Civil**. Regra que impõe que sejam aplicáveis ao processo de controle externo deste Estado apenas as hipóteses previstas no Código de processo Civil.

Ora, ainda que fosse aplicável art. 18 da Lei 9.784/99 no âmbito dessa Corte, cabe asseverar, como afirmado acima, que jamais o suscitado exerceu a função de perito no processo TC 5591/2013.

Há que se constatar, apesar de não se estar nos autos, que o contrato de concessão em nenhum momento foi cautelado pela AGE, mas, sim, quem exerceu a missiva



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

de direção contratual foi o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo - DER-ES, sobrevivendo, como outorgada, a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI.

De fato, a AGE, assim como hoje a SECONT, exerce, e sempre exerceu, papel de controle interno. Desse modo, quem, na sua plenitude, cria direitos e obrigações, podendo até mesmo rescindir, suspender ou tomar outras providências no contrato - foi o DER e hoje é a ARSI.

As participações, ainda que se tenham, não podem ser usadas como parâmetros com o fim de reconhecer o impedimento do excepto.

Sob esta ótica, como suscitado pela excipiente, a participação ou coordenação de trabalhos não ocasiona o impedimento senão quando a figura do excepto for crucial para o desenvolvimento dos trabalhos, no sentido de dar alguma decisão final sobre o mesmo. O próprio Código de Processo Civil prescreve que o juiz estará impedido tão só quando “sentenciar” ou emitir “decisão”, referidos vernáculos devem ser lidos quando o juiz decide, de forma efetiva, o processo, o que não é o caso do contrato de concessão.

Mais à frente, a excipiente traz a lume que o excepto deu entrevistas jornalistas sobre tema. Ora, nada proíbe que um administrador público ou mesmo um juiz conceda entrevistas sobre feitos sob sua presidência e condução. A prática é comum, inclusive, com os Ministros do Supremo Tribunal Federal. No entanto, é de se ter, por óbvio, a máxima cautela no sentido de que as declarações sejam cuidadosas, pois não se pode negar, tampouco, o interesse da população do Estado do Espírito Santo e a grande repercussão do tema sobre qualquer fato acerca do contrato de concessão da 3ª (terceira) ponte.

Mais ainda, sob o prisma administrativo, em alinhamento ao princípio da publicidade, exige-se a inequívoca transparência a qualquer ato que leve efeito ao tema, forjando, assim, um novo padrão de comunicação. Nesse sentido, o gestor público e o juiz não são mais personagens herméticos e reclusos. Estão, inexoravelmente, expostos.

É fato público e notório que a **Concessionária Rodovia do Sol** sempre foi figura bastante conhecida da população capixaba, desde a construção da ponte, seja por sua operação no sistema, tarifas entre outros, até o seu cume, qual seja, o fim que se dará a auditoria dos autos TC-5591/2013.

Nada mais natural, já que a curiosidade sobre o contrato de concessão foi cultivada pela própria excipiente, que tentou, também, por meios jornalísticos, lançar sombra sobre os trabalhos da equipe de auditoria.

Neste cenário, as alegações e provas trazidas aos autos pela excipiente não indicam que o excepto esteja previamente comprometido com o julgamento, até por que o excipiente não faz prova clara, robusta e objetiva que os atos analisados são os mesmos que se encontram na auditoria do Tribunal de Contas.

Isto posto, não há que se falar em impedimento do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo para atuar no processo TC 5591/2013.



III.2 - DA INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA (DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS)

O Tribunal de Contas é órgão de destaque constitucional dotado de autonomia administrativa e financeira, concedido pelo poder constituinte originário, com o fito de gozar, no desempenho de suas funções, de plena independência.

O artigo 70 da Constituição Federal estatui que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A Lei Complementar Estadual n.º 621/2012, art. 1º, incisos I, IV, IX e X, preceitua que:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma desta lei:

I - exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, dos Municípios e das entidades da administração direta e indireta dos poderes constituídos, bem como da aplicação das subvenções e renúncias de receitas;

IV - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta do Estado e dos Municípios, incluídas as fundações e as sociedades por eles instituídas ou mantidas, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

IX - fiscalizar procedimentos licitatórios, contratos, incluindo os de gestão, parcerias público-privadas, termos de parceria ou instrumentos congêneres, desestatizações, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações, autorizações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou dos Municípios, por qualquer de seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta;

X - fiscalizar atos e contas de consórcios públicos e de empresas de cujo capital social o Estado ou Município participe, de forma direta ou indireta, nos termos de acordo, convênio ou ato constitutivo;

Importante ressaltar que Lei Federal n.º 8.666/93, em seu art. 113, reafirma competências do Tribunal de Contas no controle das despesas, vejamos:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

Não se olvidando que a tutela jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, as competências atribuídas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional aos Tribunais de Contas são privativas destes, cabendo a tutela jurisdicional somente quando violados princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa na atuação da Corte de Contas.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Assim, não importa a decisão que vier a ser dada pelo Poder Judiciário, cada uma há que prevalecer no âmbito de suas competências; a jurisprudência é farta e pacífica neste sentido, senão vejamos:

Na jurisprudência do STF:

No julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos, a competência é exclusiva dos Tribunais de Contas, “salvo nulidade por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade” (RTJ, 43: 151).

Conforme esclarece o Ministro Ayres Brito do STF:

O Tribunal de Contas tal como o Poder Judiciário julga. E, naquela matéria de sua competência, o mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário. A Constituição aquinhoa o Tribunal de Contas com competências que não são do Congresso Nacional e com competências que não são do Poder Judiciário. O Poder Judiciário tem a força da revisibilidade das decisões do Tribunal de Contas, porém, num plano meramente formal, para saber se o devido processo legal foi observado, se direitos e garantias individuais foram ou não respeitados. Porém o mérito da decisão, o controle, que é próprio do Tribunal de Contas, orçamentário, contábil, financeiro, operacional e patrimonial, logo o mérito da decisão é insindicável pelo Poder Judiciário. Em síntese, o STF somente apreciará o *error in procedendo* do TCU; jamais o *error in iudicando*.

Ressaltamos decisão exarada pelo STF, de forma clara e transparente, da lavra do Ministro Ayres Brito, afirmando-se que “... logo o mérito da decisão é insindicável pelo Poder Judiciário. Em síntese, o STF somente apreciará o *error in procedendo* do TCU; jamais o *error in iudicando*”.”

Nesta ordem, é inegável a total impertinência da alegação de coisa julgada administrativa. Ademais, pelo apontado pela suscitante, não se verifica **nenhum julgamento administrativo** a respeito de análise do contrato de concessão n.º 01/1998.

Ora, o simples pensar na teratológica ideia de coisa julgada administrativa engessaria a competência constitucional do Tribunal de Contas e colocaria em cheque a sua origem de ser.

Com todo respeito, não procedem as alegações da suscitante de que a matéria ora analisada já foi devidamente apreciada com vistas a reconhecer a coisa julgada. A análise do objeto dessa Corte de Contas é distinta da pontuada pelo Poder Executivo, pois a Corte julga contas, o que incorre no Poder Executivo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, “a expressão coisa julgada em Direito Administrativo significa tão somente que a decisão se tornou irretroatável pela própria Administração, inclusive nas hipóteses de atos que não podem ser revogados”. Assim, a coisa julgada, acaso ocorrida, incide tão somente no âmbito do Poder Executivo, e não no Tribunal de Contas.

Ainda destaca a ilustre doutrinadora que:

(...) não se pode colocar a decisão proferida pelo Tribunal de Contas no mesmo nível que uma decisão proferida por órgão integrado na Administração Pública.

¹ Pietro, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo, 19ª edição, editora Atlas, 2006, p. 413.



Não teria sentido que os atos controlados tivessem a mesma força dos atos de controle. (grifo nosso)

Pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão jurisdicional, porque está também sujeita a controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca a meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da Administração Pública, mesmo no nível máximo da Chefia do Poder Executivo.

Portanto, a avaliação do Tribunal de Contas não é mais ou menos abrangente do que a exercida pelo Poder Executivo ou Judiciário; cada ente/órgão exerce sua competência na medida de suas atribuições como determinado pela Constituição Federal. Não há sobreposição de atuação, não há no ordenamento jurídico nada que comporte tal ilação.

Neste contexto, observa-se que as alegações trazidas pela suscitante são juridicamente insustentáveis à luz do ordenamento jurídico vigente; estaríamos diante de um privilégio inaceitável.

Assim, é de clareza solar a inépcia do requerimento apresentado pela suscitante, diante da falta de fundamentos jurídicos que amparem sua pretensão, por absoluta falta de previsão legal dos pedidos.

III.3 - DA INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Na fase interna dos procedimentos de auditoria realizados por essa Egrégia Corte Interna, não há que se falar em processo propriamente dito, mas, sim, em procedimento, pois o que existe, de fato, é um levantamento de campo, atividade constitucional imputada às Cortes de Contas para a consecução de fiscalização de gestão de recursos e legalidade de atos de seus jurisdicionados.

Nessa fase é inconcebível falar-se em parte ou formular pedidos, pelo simples fato de que a conclusão do relatório, entre outras possibilidades, pode ser pelo arquivamento. Aliás, esse é o entendimento do STF, *in verbis*:

23/04/2013 PRIMEIRA TURMA
MANDADO DE SEGURANÇA 31.344 DISTRITO FEDERAL
RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO
IMPTE.(S) :JOSE ROMULO PLACIDO SALES
ADV.(A/S) :JOSELIO SALVIO OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) :TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

TRIBUNAL DE CONTAS – ATUAÇÃO – NATUREZA. A atividade do Tribunal de Contas é exercida no campo administrativo. **CONTRADITÓRIO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – ADEQUAÇÃO. A exigibilidade do contraditório pressupõe o envolvimento, no processo administrativo, de acusado ou de litígio. Descabe observá-lo em julgamento implementado pelo Tribunal de Contas da União ante auditoria realizada em órgão público.**
[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Consigno, mais, ante, até mesmo, o princípio da eventualidade, que descabe a evocação do princípio constitucional do contraditório. A razão é única: não se pode vislumbrar, na auditoria realizada, presente o grande todo que é a administração do Tribunal, mais precisamente no campo de satisfação de direitos dos servidores, a base da exigência do contraditório, ou seja, a configuração de litígio a envolvê-los. **Inviabilizaria a atuação do Tribunal de Contas da União a conclusão de que, em face de repercussões de auditoria, fosse necessário intimar, para participar do processo administrativo de controle, qualquer um que pudesse ser alcançado pelo pronunciamento.** (grifo nosso).

De forma análoga, decidiu o STF em um processo de auditoria realizado pelo INSS. Independentemente do nome que lhe foi dado, o objetivo daquele processo, era colher indícios sobre a existência da infração ou sua autoria; mesma finalidade das auditorias realizadas por esse Sodalício. Nesta fase interna, o procedimento de auditoria tem natureza inquisitória, senão vejamos:

Auditoria realizada pela superintendência estadual do INSS no Rio de Janeiro apurou que servidores daquela autarquia haviam cadastrado 'senhas fantasmas' nos sistemas de informática e, utilizando--se dessas matrículas, autorizaram a concessão indevida de benefícios previdenciários, gerando prejuízos ao erário. O superintendente estadual determinou, a partir dessas informações, a instauração de sindicância, destituindo os servidores das funções comissionadas que exerciam e afastando--os preventivamente de suas atividades. (...) **Não se deu, no caso, qualquer violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CB) na auditoria que levou à instauração do processo administrativo disciplinar. O procedimento que antecedeu a instauração do processo administrativo disciplinar, independentemente do nome que lhe seja dado, nada mais é do que uma sindicância, cujo objetivo é o de colher indícios sobre a existência da infração funcional e sua autoria. Trata--se de procedimento preparatório, não litigioso, em que o princípio da publicidade é atenuado.** A demissão dos impetrantes não resultou da auditoria, tendo sido consumada ao final de processo administrativo disciplinar regularmente instaurado. A manifestação dos impetrantes à comissão de inquérito, quando ainda não discriminados todos os fatos pelos quais estavam sendo investigados, não consubstancia impedimento ao exercício do direito de defesa. É que, verificada a existência de irregularidades a autoridade competente deve, pena de agir de modo condescendente, determinar a instauração do processo administrativo. Se as investigações indicarem a existência de ato definido como ilícito disciplinar praticado por servidor, será este indiciado e citado para apresentar a sua defesa, dando--se início ao processo administrativo disciplinar (art. 161 da Lei 8.112/1990)." (MS 23.187, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-5-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.) (grifo nosso)

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, por meio da Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, n.º 1 – 1975, Brasília, Seção de Documentação, 2003, acompanha esse entendimento:

E é assim, nesse momento, presenciando a existência de indícios, que se formaliza a acusação, seguindo-se a citação, defesa e julgamento pelo Tribunal de Contas. (grifo nosso)

Essa mudança de *procedimento* para *processo*, guardadas as devidas proporções, pode ser equiparada às duas fases do processo penal – inquérito policial e ação



penal propriamente dita –, é também o marco essencial à plena satisfação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. (grifo nosso)

Nessa linha, somente após os achados de auditoria, apontando responsáveis, atos ou falhas, após os encaminhamentos, a elaboração da instrução técnica inicial e a decisão de citação, a RODOSOL passou a ser parte legítima no processo TC 5591/2013. A partir desse momento processual, seguindo o devido procedimento regimental dessa Corte, foi garantido à RODOSOL o contraditório e ampla defesa, não havendo qualquer nulidade sob este aspecto.

Outrossim, analisando os autos, verifica-se que a suscitante demonstra precário conhecimento em procedimentos de auditoria no Tribunal de Contas, muitas vezes levando a crer tratar-se do mesmo procedimento aplicado às Cortes de Justiça, afigurando, ainda, ser esse Sodalício vinculado a outro Poder.

A competência para requerer inspeção ou auditoria é restrita ao elenco definido na própria Constituição da República Federativa do Brasil², sendo descabida e abusiva a pretensão de outros entes/órgãos, inclusive Judiciário e Ministério Público, de ordenar verificação dessa natureza³. (grifo nosso)

Sob este prisma, assim define a Constituição Federal no art. 71, inciso IV:

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

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

A relação entre entes/órgãos constitucionais deve se fazer por liames de cooperação e, nesse sentido, porém, é possível elastecer o âmbito da verificação para colaborar com outras autoridades, desde que não traga prejuízo ao roteiro de inspeções programadas⁴. (grifo nosso)

No que tange à manifestação de se constituir o processo como perícia técnica judicial, ante as manifestações mencionadas, observa-se que tal assertiva tenta apequenar a Corte de Contas, cumprindo mencionar a Súmula 240 do egrégio TCU:

Súmula N.º 240

O Tribunal de Contas da União, por falta de amparo legal, está impossibilitado de atender a solicitações ou requerimentos que visem a liberação de seus servidores para, em função do exercício do cargo, prestar depoimentos destinados a auxiliar a instrução de inquérito policial, atuar como perito judicial, realizar perícia contábil ou outras funções de natureza assemelhada.

É absurdo e despropositado tal entendimento justamente pela independência e ausência de subordinação a que está adstrito o Tribunal de Contas, como já fundamentado.

² Art.74, § 2º da CF/88.

³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. Ed. ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pág. 369.

⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Obra citada, pág. 370.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

POR OUTRO LADO, A UTILIZAÇÃO DO RELATÓRIO DE AUDITORIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL OU PELO PODER JUDICIÁRIO, A TÍTULO DE PROVA EMPRESTADA OU PEÇA DE INFORMAÇÃO, OU QUALQUER QUE SEJA, ESTARÁ INSERIDO EM UM SISTEMA LEGAL AFETO ÀQUELES ÓRGÃOS E SEU DEVIDO PROCESSO LEGAL, NÃO ESTANDO ESTES ÓRGÃOS VINCULADOS INTELECTUALMENTE, TECNICAMENTE OU JURIDICAMENTE ÀS DECISÕES EXARADAS POR ESSA CORTE DE CONTAS; DO MESMO MODO ESSA CORTE DE CONTAS TEM UM SISTEMA JURÍDICO PRÓPRIO E INDEPENDENTE, INCLUSIVE EM SUAS DECISÕES.

IV - CONCLUSÃO

Isto posto, o **Ministério Público de Contas** opina pela **REJEIÇÃO** do incidente oposto pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL**, por manifesta improcedência, na forma dos fundamentos acima aduzidos.

Vitória, 4 de agosto de 2015.