



Decisão 00195/2020-4 - Plenário

Processo: 10343/2016-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: ALES - Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: CLAUDIA CRISTINA MATTIELLO, JOSE CARLOS VIANA GONCALVES

Responsável: JOEL RANGEL PINTO JUNIOR, RAQUEL FERREIRA MAGESTE LESSA, THEODORICO DE ASSIS FERRACO, JOAO CARLOS LORENZONI, ERICK CABRAL MUSSO, ENIVALDO EUZEBIO DOS ANJOS, FABIANO BUROCK FREICHO, ROBERTO RIBEIRO CARNEIRO, DANIELA RAMOS NOGUEIRA FARIA, ANDRE GOMES GIORI

Procuradores: BRUNO RICHIA MENEGATTI (OAB: 19794-ES), MARLILSON MACHADO SUEIRO DE CARVALHO (OAB: 9931-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – ASSEMBLEIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - EXERCÍCIOS
2015 E 2016 – ACOLHER PARCIALMENTE A
PREJUDICIAL DE ILEGITIMIDADE PROCESSUAL –
PRELIMINARMENTE – NOTIFICAÇÃO DE DEMAIS
RESPONSÁVEIS EM 10 DIAS PARA
REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO
PROCESSUAL.**

VOTO DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

I RELATÓRIO

Tratam os autos de representação formulada pelo corpo técnico desta Corte de Contas, em desfavor do senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo–ALES, exercício 2015 a 2016, referente à

criação de cargos de livre nomeação para desempenho de funções típicas de servidores efetivos, vinculadas ao controle interno do Poder Legislativo Estadual, tendo por base a fiscalização realizada na modalidade Levantamento, cujo objeto consistia no Controle Interno dos Órgãos e Poderes do Estado do Espírito Santo - processo TC 8397/2016.

Sobre a irregularidade apontada nesta representação foi elaborada a Instrução Técnica Inicial 00276/2017 (peça 07), na qual foi sugerida a concessão de cautelar para revogação das nomeações consideradas irregulares, bem como a citação do senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo, em razão da inconstitucionalidade dos artigos 1º e 7º da Lei Estadual n. 10.383, de 10 de junho de 2015 (peças 021 – fls. 09/015 e 025 – fls. 11/17) e da nomeação de servidores em cargo comissionado para o exercício de funções do controle interno, em desvio de finalidade.

Nestas condições, proferi o voto 03002/2017-1 (peça 012) em que indeferi a medida cautelar pleiteada, determinei a oitiva do senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo, para se pronunciar sobre a cautelar pleiteada, no prazo de 10 dias, notificando a Procuradoria Geral do Estado, na pessoa de seu representante legal, em 30 (trinta) dias, para se manifestar sobre a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da lei destacada (Lei Estadual 10.383/2015), bem como o atual presidente da Assembleia Legislativa, senhor Erick Cabral Musso, para ciência da presente demanda em processamento neste Tribunal.

Ainda no voto 03002/2017-1 (peça 012), mantive a citação do senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo, na forma sugerida na referida Instrução Técnica Inicial 276/2017 (peça 07), sendo integralmente acompanhado pelo plenário, nos termos da Decisão 01811/2017-8 (peça 013).

Devidamente citado e notificado, o responsável, senhor Theodorico de Assis Ferraço, apresentou justificativas (peça 020 e 024), em síntese afirmando que os fatos e irregularidades a ele imputadas e narradas na peça de citação não estariam dentre as atribuições da presidência do Poder Legislativo estadual, conforme

previsto no artigo 23 do Regimento Interno da ALES, de 03 de outubro de 2001 (peça 26).

No que se refere à questionada inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.383/2015, também os procuradores do estado, senhores Alexandre Nogueira Alves e Rodrigo Francisco de Paula, encartaram justificativas (peça 028).

Nesse passo, a unidade técnica entendeu necessária a complementação de documentos para a correta indicação dos responsáveis pela nomeação de servidores para exercício de cargos comissionados e desempenho de atividades típicas de servidores efetivos e para tanto, através da Manifestação Técnica 00080/2018-3 (peça 035), apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Com base na análise acima apresentada, sugere-se que o Sr. Relator notifique atual Presidente da Assembleia Legislativa, estabelecendo prazo, para a apresentação dos seguintes documentos:

- Ato de nomeação de todos os cargos em comissão lotados na Diretoria de Controle Interno, a partir de julho de 2015;
- Atos de lotação de todos os cargos em exercício na Diretoria de Controle Interno, de servidores efetivos ou comissionados, a partir de julho de 2015;
- Cópia integral do projeto de lei que deu ensejo à Lei 10.383/2015

Acompanhando os termos da proposta técnica acima transcrita na MT 00080/2018-3, a SEGEX proferiu a Decisão 00063/2018-1 (peça 037), seguida do Termo de notificação 00095/2018-1 (peça 038), que foi atendido pelo seu signatário com o encaminhamento de resposta 00218/2018-1 (peça 041) e documentos (peça 042).

Recebidos os documentos solicitados e em atendimento ao despacho 19574/2018-9 (peça 044), os autos foram devolvidos a área técnica para reinstrução do feito, que elaborou nova peça citatória – ITI 00367/2018-6 (peça 045), pugnando pela citação de outros agentes responsáveis, com exceção do senhor Theodorico de Assis Ferraço, que já havia sido citado e se defendido da irregularidade proposta.

Na ocasião, proferi a Decisão Monocrática 01715/2018-1 (peça 048), acompanhando a proposta técnica e ordenando a citação dos seguintes responsáveis, em razão das respectivas irregularidades a eles imputadas:

3.1. DESIGNAÇÃO DE SERVIDORES ALHEIOS À CARREIRA DE CONTROLE INTERNO PARA EXERCER A FUNÇÃO DE SERVIDOR EFETIVO

ANDRÉ GOMES GIORI –Diretor de Controle Interno da ALES

DANIELA NOGUEIRA FARIA –Diretora de Controle Interno da ALES

FABIANO BUROCK FREICHO -Secretário de Gestão de Pessoas da ALES

JOEL RANGEL PINTO JÚNIOR -Diretor Geral da ALES

ROBERTO RIBEIRO CARNEIRO -Diretor Geral da ALES

3.2 DESVIO DE FINALIDADE: DA NOMEAÇÃO EM CARGO COMISSIONADO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DO CONTROLE INTERNO

ENIVALDO EUZÉBIO DOS ANJOS – Membro da Mesa da ALES

ERICK CABRAL MUSSO – Membro da Mesa da ALES

JOÃO CARLOS LORENZONI – Membro da Mesa da Assembleia Legislativa do Espírito Santo (ALES)

RAQUEL FERREIRA MAGESTE LESSA –Membro da Mesa da ALES

THEODORICO DE ASSIS FERRAÇO –Membro da Mesa da ALES (já citado)

Na sequência, a senhora Daniela Ramos Nogueira Faria apresentou sua defesa (peça 77), bem como os senhores André Gomes Giori, Enivaldo Euzebio dos Anjos, Erick Cabral Musso, Fabiano Burock Freicho, João Carlos Lorenzoni, Joel Rangel Pinto Junior, Raquel Ferreira Mageste Lessa, Roberto Ribeiro Carneiro apresentaram sua defesa por meio do Procurador Legislativo, senhor José Arimathéa Campos Gomes (peça 79).

Há de se salientar que, diferente dos demais responsáveis, a senhora Daniela Ramos Nogueira Faria apresentou individualmente e em seu nome, como advogada, sua defesa pessoal (peça 77).

Na forma regimental os autos foram para área técnica, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva – 01274/2019-3 (peça 083), propondo o seguinte encaminhamento:

3 PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

3.1. Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Fiscalização (representação) no

âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades:

3.1.1 – Irregularidade encontrada: Designação de servidores alheios à carreira de controle interno para exercer a função de servidor efetivo

Base legal: art. 37, caput e II e V, da CF e art. 70, § 2º-B da Resolução n. 2.890/2010

Responsáveis: André Gomes Giori, Daniela Nogueira Faria, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior, Roberto Ribeiro Carneiro.

3.1.2 – Irregularidade encontrada: Desvio de finalidade: da nomeação em cargo comissionado para o exercício de funções do controle interno

Base Legal: art. 37, caput e II e V, da CF

Responsáveis: Enivaldo Euzébio dos Anjos, Erick Cabral Musso, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, Theodorico de Assis Ferraço.

3.2. Dessa forma, diante do preceituado no art. 319, da Res. TC 261/2013, conclui-se opinando, preliminarmente, por:

3.2.1 Negar exequibilidade à expressão “de Supervisor de Planejamento e Controle Prévio e de Supervisor do Setor de Auditoria Interna” contida no artigo 1º, caput, da integralidade dos incisos VIII, XIII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII do art. 1º, §2º, bem como do art. 7º, todos da Lei estadual nº 10.383, de 1º de julho de 2015.

3.2.2 Declarar a revelia aos Senhores André Gomes Giori, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Erick Cabral Musso, Fabiano Burock Freicho, João Carlos Lorenzoni, Joel Rangel Pinto Júnior, Raquel Ferreira Mageste Lessa, Roberto Ribeiro Carneiro, por apresentarem defesa com ausência de capacidade postulatória.

3.2.3 Quanto ao mérito, sugere-se:

3.2.3.a) Rejeição das razões apresentadas pela Sra. Daniela Nogueira Faria mantendo a irregularidade prevista no item 3.1.1 desta ITC, aplicando-se multa à responsável conforme art. 135, II da LC 621/2012;

3.2.3. b) Manter a irregularidade prevista no item 3.1.1 desta ITC em relação aos Srs. André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior, Roberto Ribeiro Carneiro, aplicando-se-lhes multa conforme art. 135, II da LC 621/2012;

3.2.3. c) Rejeição das razões apresentadas pelo Sr. Theodorico de Assis Ferraço mantendo a irregularidade prevista no item 3.1.2 desta ITC, aplicando-se multa ao responsável conforme art. 135, II da LC 621/2012;

3.2.3. d) Manter a irregularidade prevista no item 3.1.2 desta ITC em relação aos Srs. Enivaldo Euzébio dos Anjos, Erick Cabral Musso, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa aplicando-se-lhes multa conforme art. 135, II da LC 621/2012.

Todavia, o órgão ministerial apresentou preliminarmente proposta, através da Manifestação do Ministério Público de Contas 003012019-5 (peça 087), divergindo

da revelia proposta pela área técnica no citado item 3.2.2 da ITC 01274/2019-3 (peça 083), inobstante a defesa dos responsáveis ali apontados ter sido exercida e apresentada pelo procurador legislativo, em afronta ao impedimento legal contido no artigo 30, inciso I, da Lei n. 8.906/1994.

Nesse sentido pugnou o *parquet* a notificação dos senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro, para no prazo de 10 (dez) dias ratificar os termos da defesa ou apresentar novo patrono, sob pena de aplicação do § 2º do art. 292 do RITCEES.

Adiante, na 29ª sessão plenária, realizada no dia 27/08/2019, foi apresentada defesa oral pelo patrono da senhora Daniela Ramos Nogueira Faria (diretora do Controle Interno da Assembleia Legislativa), senhor Marlilson Machado Sueiro de Carvalho, bem como pelo senhor José Arimateia Campos Gomes, representando a procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, conforme segue transcrito nas Notas Taquigráficas 00207/2019-1, peça 096:

O SR. MARLILSON MACHADO SUEIRO DE CARVALHO -Eminente presidente, demais conselheiros integrantes da augusta Corte de Contas, nobre representante do Ministério Público de Contas, senhores e senhoras servidoras, distintos colegas, boa tarde! Me manifesto em favor de Daniela Ramos Nogueira Faria. Em relação a ela, o resumo da imputação é o seguinte. "Nexo: Como diretor do sistema de Controle Interno na Assembleia Legislativa –DCI, cabia a correta localização do servidor comissionado exclusivamente para o exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento. Cabia ao mesmo verificar se as atribuições dos cargos criados pela Lei nº 10.383/15 eram típicas de provimento efetivo ou em comissão". Em síntese, nesse ponto aqui, a imputação de que cabia a ela dizer se a lei era constitucional ou inconstitucional. Assim, ao anuir ou determinar o servidor comissionado realização de atribuições típicas de servidor efetivo, teria o artigo 37, caput, e inciso II V, da Carta. Bem! Inicialmente, seguindo a defesa apresentada pela própria Daniela, e de até mesmo memorial por ela assinado, estamos aqui para sustentar a preliminar de ilegitimidade passiva. Por que? Mesmo no plano meramente processual; mesmo no plano meramente abstrato; mesmo da descrição, aqui feita, sem entrar no mérito se é verdadeira ou não, já se vê que ela não pode responder por isso. Devemos lembrar que ela era diretora de Controle Interno da Assembleia Legislativa. Ou seja, da Casa do Poder Legislativo. Esse Poder Legislativo que foi quem colocou no mundo jurídico a própria lei, que a área técnica diz ser inconstitucional. Essa lei, obviamente que na fase interna, antes da aprovação, passou pela comissão de constituição e justiça, que deu o parecer favorável. Foi aprovada, foi sancionada pelo Governador, que também tem as atribuições de controlar a constitucionalidade, que poderia ter vetado, se entendesse por inconstitucional. Obviamente, o governador para tanto, consta com ampla assessoria da Procuradoria Geral do Estado. Depois de tudo isso, houve a sanção por parte do Governador. O governador não se omitiu, nem vetou;

ele sancionou! A lei entrou no mundo jurídico. O procurador-geral de justiça não entrou com representação por inconstitucionalidade. Ninguém, anteriormente, na augusta Corte de Contas, suscitou o incidente de inconstitucionalidade. E aí, anos depois, vem isso sendo jogado “nas costas” da diretora. Por que? Na realidade, não era ela quem escolhia, e salta aos olhos de qualquer um; não era ela quem nomeava; não era ela quem encaminhava essas pessoas para o Controle Interno da Assembleia Legislativa. O que ela fazia no Controle Interno da Assembleia Legislativa? Seguindo a praxe de longos anos, assinava um documento declarando que o funcionário estava lá, para fins de exercício. Ou seja, ela atestava na verdade, que o funcionário estava em exercício. E isso era encaminhado, para que na folha de pagamento fosse o funcionário contemplado com o respectivo pagamento pelo trabalho prestado. As atribuições daquela pessoa não eram ordenadas por ela. Estavam previstas na própria lei. Agora, o que está se exigindo dela? Que aquilo que, até então, o procurador-geral de justiça, não havia feito; aquilo que a comissão de constituição e justiça, não tinha feito; aquilo que ninguém no Tribunal de Contas e nem no Ministério Público de Contas, tinha feito, que ela dissesse que a norma era inconstitucional, e por isso iria negar cumprimento à norma. Não se está exigindo algo fora dos limites da razoabilidade? É ela a responsável por isso? Então, mesmo no plano meramente abstrato, ainda que verdadeira fosse a imputação, num plano processual há a ilegitimidade passiva para responder por esse procedimento sancionatório. Então, vamos lá! Onde é que há nexos de causalidade aqui? Não existe em lugar nenhum. Ela era diretora do controle interno. Existia o cargo de auditor interno? Não. Obviamente, como é de conhecida sabença, o cargo teria que ser criado por lei. Ela não podia criar esse cargo. Então ela teria que fazer o que? Não aceito o cargo de diretora porque a lei não criou ainda o cargo de auditor interno. Aliás, não criou até hoje. Até hoje não tem o cargo de auditor interno do Poder Legislativo. Isso é problema dela? Onde está o nexo causal na realidade aqui? Mas vamos à frente aqui. Se não houve nada no controle concentrado, ainda não há qualquer impugnação no controle concentrado. Quatro anos depois. O que temos que observar é o seguinte, se pegarmos o artigo 22, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que a rigor se determina que se coloque o pé no chão, que se analise as reais dificuldades, é de se exigir dela algum comportamento? Ela anuiu com que? Ela nomeou? Não. Foi ela que selecionou? Não. Foi ela que encaminhou para o setor? Não. Ela poderia devolver o funcionário? A resposta é não. A resposta é não! O que podemos dizer é o seguinte, a rigor, houve, digamos assim, alguma análise? Houve. Houve inspeção? Houve. Pouco importa qual é o rótulo. Na verdade, nunca houve auditoria propriamente dita, mas havia inspeção. Mas ainda que fosse auditoria. Foi feita por quem? Pela equipe. Aliás, na época dela, 90% dessa equipe era formada por efetivos. Os supervisores, por exemplo, estavam em cargo de confiança. Mas eram funcionários efetivos. Um dos quais era, inclusive, procurador dos quadros da Assembleia. Mas também não era ela quem escolhia isso. Isso era da atribuição da Mesa Diretora da augusta Casa de Leis. Também é de se ressaltar o seguinte ponto, o que ela poderia fazer, ela fez. Apresentou à Mesa Diretora o plano de trabalho constante do PCA 2015 -isso está no PCA 2015 -uma solicitação de criação da carreira de auditor interno. E, obviamente, o concurso público para preencher tais cargos seriam criados. O que ela poderia fazer? Sugerir à própria Assembleia -isso ela fez, está no PCA -que criasse cargos de auditor interno e que fizesse o provimento desses cargos via concurso. O que não ocorreu até hoje, anos depois que ela saiu de lá. É problema dela? Ela poderia fazer mais do que isso? Onde está o erro grosseiro dela, exigido pelo art. 28, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para que haja responsabilidade do servidor, do agente? Erro grosseiro. Essa lei não foi impugnada até hoje. Não há nada no controle concentrado contra essa lei. Vamos repetir: não era ela quem selecionava, quem nomeava, não era

ela quem encaminhava. E ela não tinha poderes para negar o exercício. Vamos ser realistas! Todo mundo aqui sabe como isso acontece. Acontecia e acontece até hoje. Aliás, com a maior das vênias, com todo o respeito, a própria Corte de Contas, até pelos idos de 2005/2006, pode afirmar que funcionário em comissão não fez auditoria em prefeitura? Creio que não. E aí é auditoria externa. Quando no caso aqui, o que pode ter ocorrido, em documento de auditoria interna é na realidade uma inspeção feita pela equipe como um todo. Equipe como um todo! Dos quais, diga-se de passagem, 90% era de efetivo. O impossível não se exige de ninguém. Vamos exigir o que? Que ela, na qualidade de diretora do controle interno, negasse exercício a alguém selecionado nomeado pela Mesa Diretora, encaminhado por quem de direito, para exercer atribuições previstas expressamente em lei, que nunca foi questionada no controle concentrado. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade clamam, veementemente, em favor da defendente. Parece-me algo óbvio. E, além disso, é de se ressaltar que os autos demonstram que, ainda, quando a lei entrou em vigor, em 2015, ela apresentou à Mesa Diretora, plano de trabalho, que está no PCA do ano respectivo, 2015, sugerindo a criação de carreira de auditor interno, que não foi criada até hoje, e o provimento de tais cargos para o concurso. Que mais poderia fazer? No mais, a toda evidência é, no mínimo, inexigibilidade de conduta diversa, dentro da lógica do razoável e dentro do princípio da proporcionalidade. Diante de tudo o exposto, pedimos o acolhimento, sucessivamente, da preliminar de legitimidade passiva, de falta denexo causal. Ou então, se chegar a ferir o mérito, o afastamento à improcedência de toda e qualquer pretensão punitiva. Tudo para obra e graça do direito. Muito obrigado!

O SR. JOSÉ ARIMATEIA CAMPOS GOMES -Eminente presidente deste egrégio Tribunal de Contas, conselheiro Sérgio Aboudib; demais conselheiros; ilustre representante do Ministério Público de Contas; meus colegas advogados e advogadas presente a esta sessão, boa tarde! Senhor presidente, em primeiro lugar, devo consignar que a Procuradoria da Assembleia se manifesta, nesta oportunidade, em sustentação oral, por conta de uma questão, que considero relevante e merece esclarecimento. Surgiu um incidente processual. O ilustre relator do processo recebeu da Procuradoria uma petição requerendo o direito de impugnar a manifestação feita pelo Ministério Público de Contas. Do que se trata? Como verificamos, no caso, bem relatado pelo ilustre colega Marlilson e pelo próprio relator, a matéria prende-se à aplicabilidade de uma lei estadual que cria um modelo próprio de controle interno compatível com as necessidades do Poder Legislativo, naquele momento. Enquanto não se realiza o concurso para provimento de todos os cargos efetivos, como se espera em todos os órgãos, a Assembleia criou uma legislação. E, em cumprimento dessa legislação os atos foram praticados. Em determinado momento, a área técnica suscitou a arguição de inconstitucionalidade da norma. E o ilustre conselheiro Rodrigo Chamoun ouviu a Procuradoria do Estado, que, por sua vez, se manifestou nos autos, como os senhores podem ver, entendendo que a norma é constitucional. Ocorre que, por ocasião da manifestação do Ministério Público, sua excelência suscitou um vício processual. Entendeu que a Assembleia Legislativa, na pessoa de seus Procuradores, não poderia proceder, assinar, subscrever, realizar a defesa técnica dos seus gestores e servidores envolvidos nessa questão. Nesse incidente, sustenta o Ministério Público que deveria haver exclusão da Procuradoria nestes autos. E, caso acolhida essa preliminar, intimados os servidores e gestores a apresentarem defesa técnica ou para advogado particular ou subscrevendo o próprio trabalho realizado pela Procuradoria. Eis a razão, pela qual, então, diante desta manifestação, e levando em consideração o que dispõe o artigo 9º e 10º do novo CPC, pleiteamos ao ilustre relator que nos fosse deferido o prazo para impugnação das razões apresentadas pelo Ministério Público, antes que fosse objeto de apreciação, aqui, no Plenário.

Essa necessidade decorre do princípio da isonomia de armas entre as partes na relação processual, e também do princípio da não surpresa. O processo é claro, nenhuma jurisdição pode, agora, apreciar, ainda que, de ofício, qualquer matéria dessa ordem sem que a parte contrária tenha oportunidade de opinar. De modo que esses esclarecimentos prévios para dizer que aqui estamos com propósito de consignar uma impugnação à manifestação do Ministério Público. Porque ela é prejudicial da possibilidade de ser aceita a defesa apresentada pela Assembleia Legislativa. Então, feito este esclarecimento preliminar, fica claro que não há uma abordagem específica, nessa oportunidade, relativamente ao mérito. O ilustre representante do Ministério Público, data vênua, não foi feliz na sua apreciação quanto ao tema. Sustentou sua excelência três afirmativas. A primeira, que haveria interesse privado na causa. A segunda, que não haveria interesse público a justificar a defesa dos servidores e do órgão pelo Procurador. Então, vamos procurar aqui, com muita tranquilidade, esclarecer que, em verdade, esses argumentos não encontram sustentação em nosso ordenamento jurídico hoje. Por qual razão? Em primeiro lugar, pela própria natureza da querela, que já foi apresentada aqui; toda a discussão nos autos do processo é a seguinte: a lei está vigendo ou não? A lei tem eficácia ou não tem eficácia? É constitucional ou inconstitucional? Bem! A presunção é da constitucionalidade das leis, até que sejam afastadas do mundo jurídico. Ora, pela própria natureza do conflito, envolvido no processo, já se percebe que não há interesse particular algum, há interesse sim de natureza meramente funcional. Os atos foram praticados em observância à norma vigente. Caso se entenda que a norma é inconstitucional, teríamos que discutir quais seriam os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade. Talvez modulá-los, *ex tunc*, *ex nunc*, prospectivo, interpretação conforme. Teríamos que cuidar desse aspecto. Mas, por enquanto, a norma está vigendo. De modo que não há, em nenhum momento, no curso deste processo, qualquer análise que, pelo menos, tangencie a manifestação de interesse particular. E foi por isso que a Procuradoria atuou nos autos deste processo. Não se trata de interesse privado. Trata-se, simplesmente, da defesa de atos praticados no exercício de suas atribuições por cada um dos servidores. Portanto, o ato legítimo dentro da competência legal e para materialização ou consecução do interesse público. Que essas são as hipóteses que se admite a interveniência da Procuradoria da Casa. Muito bem! Na medida em que se manifesta o Ministério Público, é preciso se atentar para um fato. Essa questão é extremamente relevante. Se não considerarmos assim, estaremos abandonando a clássica teoria do órgão. Ou a teoria da imputação. Todos nós lembramos, nós nossos estudos, sobre a teoria do órgão e a teoria da imputação. Para resolver o problema jurídico da personalidade do Estado, que é um ente inanimado, o direito criou uma ficção jurídica. E disse o seguinte: “toda vez que o servidor praticar um ato, quem está praticando o ato é o Estado”. Fundiu, portanto, a vontade do Estado com a vontade do servidor, que lhe dá vida. Ora, evidentemente que essa regra tem limite! Se o ato, como já mencionei antes, é legítimo foi exercido nos limites da competência legal e para materialização do interesse público, não há que se falar em ato privado. A teoria do órgão se aplica integralmente e ele realmente manifesta a vontade do Estado. O contrário, também é verdade. Se o servidor extrapola no exercício do poder, se, exercendo a função, exerce atividade incompatível com a função pública ou faz uso pessoal dela, evidentemente não se aplica mais a teoria do órgão. Há distinção, ele responde pelos atos perante a própria administração. Então a distinção é muito clara. Se abandonarmos essa teoria do órgão, cindindo a vontade, representada pelo agente, da vontade do órgão, vamos “deitar por terra” toda a teoria que, inclusive, permitiu a responsabilização do Estado. Aliás, o Supremo Tribunal está agora colocado como relevância, como repercussão geral esse tema. Porque muitos entenderam que, pelo artigo 37 da Constituição, poderiam processar

tanto o servidor, por responsabilidade civil, quanto o poder público. E já veio o Supremo Tribunal, em mais uma oportunidade, vai fixar agora, em caráter definitivo, creio eu, o entendimento que não. Primeiro a responsabilidade é direta do Estado, depois é o elemento subjetivo de verificação da conduta do servidor. E aí poderá aplicação de regresso contra ele. Não se pode permitir, ao particular, escolher entre mover ação contra o cidadão, que exerce a função pública, ou o próprio Estado, ao qual ele se vincula com um liame de natureza jurídica. É óbvio que interessa à defesa da validade e eficácia do ato administrativo a administração pública. Evidentemente que interessa. Por que senão houver a defesa da validade do ato praticado pelo agente, a administração pública esboroa. Porque a ato administrativo não permanecerá em pé. Poderá ser anulado e as políticas públicas jamais serão implementadas. Há, portanto, inequívoco interesse público nessa atuação. Também, afirma, e parece-me também impróprio, com todo respeito, a inexistência de interesse público que justifique a atuação do procurador legislativo na defesa dos interesses desses servidores e do ato da Mesa. Senhores, ilustres conselheiros, quero aqui fazer uma observação: isso não constitui novidade alguma! Esse é o cotidiano da Advocacia Geral da União. O artigo 131 da Constituição Federal disse, claramente, que poderia a Advocacia Geral da União representar judicial ou extrajudicialmente a pessoa jurídica da União. Numa interpretação aligeirada, isso poderia significar que apenas o ente inanimado. Não! Nada mais equivocado! Não há como defender a União sem defender os órgãos e as entidades que a integram, e, muito menos, os servidores que praticam os atos. Se os senhores se derem ao trabalho de verificarem, entrem no site da Advocacia Geral da União, quem quer que o faça, verá mais de cem ações de defesa do presidente Luiz Inácio da Silva, da presidente Dilma e do presidente Fernando Henrique Cardoso. É a defesa pessoal? Não, a defesa dos atos que eles praticaram no exercício das funções. Sempre com a mesma cautela que adota a Procuradoria da Assembleia: um juízo prévio de admissibilidade. A hipótese é de ato legítimo, é a consecução de interesse público? O agente agiu no limite de sua competência? Então haverá a defesa. A mesma regra existe na Constituição do Estado Espírito Santo. Existe essa regra na constituição do Estado do Espírito Santo para assegurar o nosso direito de intervenção. Diz o artigo 122, § 5º, da Constituição Estadual, me permito ler, porque creio que os senhores não tenham em mãos nesse momento: "Compete à Procuradoria Geral da Assembleia Legislativa a representação judicial e extrajudicial do Poder Legislativo nos atos praticados pelos seus representantes ou por sua administração interna". Vejam! Já emana da Constituição Estadual atribuição direta de que a Procuradoria patrocine a defesa técnica nesses casos. E sabemos que a Constituição, sendo elegida na categoria de norma central no ordenamento jurídico, nem precisaríamos de uma ulterior legislação que intermediasse a vontade da norma para materializar de uma norma infraconstitucional. Mas saibam que isso também aconteceu. Isso também aconteceu. Houve a edição da Lei Complementar 287, e no seu artigo 3º, inciso V, é categórica: defender a Assembleia, compete à Procuradoria, constitui suas atribuições. Repito: defender a Assembleia, seus órgãos, membros, servidores, nas proposituras de ações judiciais, extrajudiciais, a imagem perante a sociedade em razão do exercício do mandato ou de suas funções institucionais. E mais, adiante avança: atuar, mediante prévia autorização da Mesa, até nas ações de improbidade e nos interesses institucionais da Assembleia, podendo figurar tanto no polo ativo quanto no polo passivo. Repito, perdoe-me, quase *ad nauseam*, não há possibilidade de que tal ocorra sem um juízo prévio de admissibilidade. Porque se a hipótese, configuradas aquelas em que não se encartam no ato legítimo e de competência de interesse público, por certo não poderá a Assembleia atuar. Pois bem! São esses elementos que autorizam a interveniência da Assembleia Legislativa nesta e em outras ações. Aqui, chamo a atenção para uma peculiaridade. Notem que nesse caso a questão

é toda de natureza constitucional, como muito bem manifestou-se o colega que me antecedeu nesta Tribuna. Ora, a defesa da constitucionalidade é quase que uma especialidade da Assembleia Legislativa, que o faz, inclusive, cotidianamente perante ao Supremo Tribunal Federal. Às vezes respondendo às informações nas ações direta ou, por vezes, fazendo sustentação oral na Suprema Corte. Então, não há que se cogitar aqui do exame de interesse de qualquer ordem pessoal. Aqui, então, entendemos que se trata de um equívoco. Em certo sentido, até uma interpretação, perdoe-me, quase teratológica, porque é eliminar a existência da regra constitucional ou, o que é pior, dar um tratamento como se não ela existisse no mundo jurídico. Ora, a interpretação do texto não pode ter um sentido de extrair do texto o que quisermos. Tem limite. O limite é o próprio texto, senão vamos criar um MMA hermenêutico. Perdoe-me, presidente, pela linguagem popular. Um conflito de um “vale tudo” em que qualquer um extrai da norma o que bem entende. Não! Há um limite. O limite é o texto normativo. Agora, se entendesse que o texto normativo é impróprio, não tem problema. Essa matéria pode ser apreciada pelos Tribunais, que têm a competência para declarar até a inconstitucionalidade da regra constitucional, que acabo de mencionar. E ainda da Lei Complementar também, que acabei de ler para os senhores. Então, a matéria é de natureza estritamente constitucional. Um conflito hermenêutico dessa natureza, evidentemente que não tem espaço para sustentar a ideia de interesse particular. Aqui quero chamar a atenção para um aspecto. Foi muito difícil para nós examinarmos a peça de manifestação. Por que? Porque ela não observou nesse caso os três postulados da hermenêutica que conhecemos. Quais sejam? A ideia da fundamentação, que está no art. 93, 9º, da Constituição Federal. A ideia que está no artigo 489, do CPC, que no § 1º é claro, que não aceita que as decisões judiciais, de qualquer espécie ou manifestações judiciais estejam destituídas do seu fundamento. Porque o fundamento é o que permite a parte impugnar. Sem o fundamento, a parte tem que se lançar uma tarefa de, praticamente, psicanalisar as razões que levaram à fundamentação por aquela autoridade que expediu o ato. E aqui, deparamo-nos com essa falha. Não há impedimento qualquer, portanto, de que a Procuradoria da Assembleia possa atuar nesse caso. Muito pelo contrário, trata-se de um dever do qual não podemos nos escusar. Até porque, como bem relatou o ilustre colega que me antecedeu, os atos foram praticados pela Assembleia Legislativa. O processo legislativo tramitou, obviamente, na Assembleia Legislativa, com parecer jurídico da Assembleia Legislativa. E depois com opinamento da Procuradoria do Estado, orientando sua excelência, o Governador do Estado, a sancionar a lei. Então, ela ingressa ao mundo jurídico, e a Procuradoria abdica das responsabilidades que têm e não faz ostentação dos atos? Então, é preciso que se tenha cautela em relação a esse tema. Devo aqui fazer, conselheiros, permitam-me, apesar do avançar do tempo, prometendo, nessa segunda etapa, não os importunar com considerações em demasia, fazer uma menção à juntada de jurisprudência realizada pelo Ministério Público. A manifestação ministerial traz uma jurisprudência que não guarda nenhuma conexão com esse caso. Mas como se trata de uma matéria para a qual a Corte tem decisões anteriores, considero relevante dialogar também sobre esses pontos. Vejam, o artigo 489, do CPC, é claro: “É vedado limitar ou invocar precedente ou enunciado sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Ou seja, quando eu cito uma decisão, tenho que indicar como ela se ajusta àquela hipótese. Pois bem! A jurisprudência que está citada aqui, desta Corte, diz respeito ao quê? Ato de improbidade administrativa praticado pelo prefeito. Contratação de advogado particular. Impossibilidade. Às dispensas do erário. Impossibilidade jurídica. Estamos inteiramente de acordo. Mas aqui não se trata de conflito de interesse. Não! Definitivamente! Esse caso, como antes mencionei, é um caso de conflito de inconstitucionalidade. Nessa hipótese da jurisprudência citada, que, aliás, já

tem reiteradas manifestações desta Corte, é bem diversa, há um conflito de interesse. Notem, alguém deu prejuízo ao erário, investido na condição de agente que dá vida ao órgão. E o Procurador tem que realizar a defesa do órgão e mover até ação contra aquele servidor para ressarcir ao erário dos danos causados. É óbvio que aflora o conflito de interesse impossibilitando a atuação do órgão Procuradoria nas duas frentes. Ou atuará pelo servidor ou fará atuação pelo ente. Então, essa é uma questão muito clara, que não pode ser relegada. A jurisprudência é farta nessa matéria. Tentou-se até arguir a inconstitucionalidade dessa norma, e não logrou êxito no Supremo Tribunal Federal. A Advocacia Geral da União tem norma expressa na sua Lei Orgânica, no artigo 20, similar à nossa, autorizando essa defesa. Recentemente foi editada uma medida provisória alargando a competência da AGU –notem os senhores –para a defesa de atos praticados por certas autoridades no âmbito da força nacional de segurança. Nessa mesma linha, de que é uma finalidade pública sim, defender a manutenção do ato, porque é defender a manutenção da atividade da administração pública. Então, esse é um elemento importante. Agora, quero trazer à reflexão deste egrégio Tribunal, por quem tenho enorme admiração –e realmente vive uma composição muito especial pela qualidade e integridade de seus membros – para um tema que me parece muito caro à realidade que estamos atravessando hoje no serviço público. O direito é dinâmico. Há trinta anos tínhamos um sistema de controle que estava em frangalho. O ilustre representante do Ministério Público estava sob o tacão do chefe do Poder Executivo. Hoje tem independência funcional. Era uma realidade em que nós tivemos que construir o sistema de controle. E os senhores deram uma contribuição enorme para que boa parte da corrupção cessasse e o patrimônio público fosse preservado. Mas o que acontece é que os tempos mudam. E quanto mais rigoroso o controle, maior a vulnerabilidade do agente público. A situação hoje se sofisticou de uma tal maneira, o sistema é tão complexo, que já se fala, como alguns dizem, em paralisia da administração. Isso não é culpa da atuação zelosa dos senhores não, é uma disfunção do sistema que merece uma reordenação para se reequilibrar novamente, porque a finalidade é nobre e deve se continuar a executá-la. Mas, na verdade, é que há, praticamente, uma paralisia da administração. Lembro-me de uma frase do dr. Sérgio Aboudib, conselheiro, nosso contemporâneo de faculdade. Não quero revelar a idade de vossa excelência. Já deve se lembrar do administrativista Drome, que dizia assim, “a administração virou uma máquina de impedir”. E o que o servidor público procura hoje é se defender da atuação dos órgãos de controles. Às vezes, mais do que realizar a finalidade pública. E o Drome falava do código do fracasso: art. 1º - não pode; art. 2º - em caso de dúvida, abstenha-se; art. 3º -se é urgente, espere; art. 4º -sempre é mais prudente não fazer nada. Senhores, a realidade que subjaz a nossa atuação profissional, creiam, é essa. Há muitos servidores com temor! E esse temor se justifica, muitas vezes, pela dificuldade que ele tem de fazer a sua própria defesa. Então, não há como nós cindirmos a responsabilidade do servidor da atuação do órgão. Exceto quando ele excede, como mencionei. Aqui, quero chamar a atenção para um aspecto. O art. 221, da Lei Complementar 46, diz assim: ao servidor público é proibido utilizar pessoal ou recursos materiais de repartição em serviço ou atividades particulares. Vejam que contrassenso, a administração pública, a prevalecer essa regra da impossibilidade de as Procuradorias atuarem nessas matérias, terá os seus atos mantidos às dispensas de quem? Do servidor público. Que vai usar recursos privados para custear a advocacia particular para defesa dos atos, que podem ocorrer aqui, neste Tribunal, que admite, inclusive, atuação sem advogado, como também em outras instâncias judiciais. Que terá que, então, contratar advogado para manutenção de ato que ele praticou, de ofício, por imposição legal, sem nenhum conteúdo de natureza pessoal. Ele pode interditar uma empresa. Porque interditou? Interditei porque a norma mandava interditar. É meu dever interditar. Aliás, até conhecia os donos da

empresa, porque eram os meus amigos de infância. E daí? É o dever do servidor! Então esse servidor, do instante em que pratica esse ato, estará ao desamparo. E mais, com a obrigação de ter que pagar advogado particular para defesa do ato que, em última instância, beneficiará quem? O servidor? Não, a administração. O ato da administração continuará de pé. A política pública da administração dará os resultados que ela almejou. E ele praticou o ato, apenas, no exercício da função. Onerar o agente público que praticou o ato administrativo motivado pelo interesse público no exercício das suas funções públicas, sinceramente, parece-me que a administração estaria agora invertendo a regra, se locupletando à dispensa do servidor. Vejam, estamos vivendo a era da reputação. O nome e a honra dos gestores públicos de um órgão são dados por quem? Pela inteligência, pela dedicação, pelo valor de cada um dos senhores deste órgão. Viajo por este país participando de eventos e de congressos. Tenho recebido inúmeros elogios sobre a atuação destacada de vários conselheiros deste Tribunal e da atuação deste Tribunal. Quem faz a reputação deste Tribunal? Não é a posição inanimada da Corte não, é a atuação individual de cada um dos senhores, como conselheiros. Então, o que temos aqui é seguinte questão – notem que há caso, inclusive, em que a Procuradoria orienta todas as ações e todos os atos praticados pelo agente. Pois, no primeiro momento em que esse ato é questionado, dirá a Procuradoria: “não, agora não é comigo, agora você cuida sozinho dessa matéria porque daqui para a frente não posso atuar”. Senhores, perdoem-me a contundência do termo, mas isso é uma covardia moral! Não podemos dar orientação aos servidores, orientando todo o procedimento, e desertar do dever de defesa do ato que nós mesmos orientamos, formal ou informalmente, deixando o servidor à própria sorte. Esse não pode ser um compromisso da advocacia pública. É preciso, inclusive, que façamos uma exortação aos servidores públicos, que estão temendo a exercer cargo de chefia por conta da disfunção do mecanismo de controle, que tem sido realmente eficaz. E a superexposição, eles ficam em situação desconfortável. Pois bem! É preciso estimular essas pessoas a continuarem. Mostrar que o Tribunal, do mesmo jeito que usa a força da lei, o peso da lei, para coibir corrupção, também pode manejar o peso a lei para defesa do servidor honesto. Que erra porque é humano, mas não comete ato por má-fé. É isso que a nova Lei 3.655 tentou implantar no sistema brasileiro. É preciso que as pessoas vejam o real desejo do Ministério Público, que não é promover processo não, é promover justiça! Se não criarmos esse ambiente, se não permitirmos que a advocacia pública exerça essa prerrogativa nos limites dos atos legítimos, estaremos deixando o servidor à própria sorte, enfraquecendo a atuação da administração pública. E a administração pública só se expressa quando os seus agentes, com determinação, zelo, atuam na defesa do interesse público. Agradeço pela atenção dos senhores em poder, aqui, defender, com muita honra, um tema tão relevante à advocacia pública e ao próprio direito administrativo brasileiro. Tenham consciência do peso dessa decisão e desse momento. Quero dizer que o Brasil é um país que atravessa uma triste quadra de absoluta instabilidade. Mas sou otimista, eu acho que essa crise vai passar! E, no futuro, vamos olhar para a frente, para este momento aqui e vamos ver uma situação inusitada. Vamos verificar com assombro o dia em que este Tribunal teve que se reunir para se manifestar, por acórdão, para dizer aquilo que já está na letra da Constituição Estadual: que a Assembleia Legislativa, através de sua Procuradoria, tem sim a capacidade postulatória para defesa dos seus agentes pela prática dos atos em defesa do interesse público! Então, senhor presidente, pedimos que seja impugnada a manifestação do ilustre representante do MP. E, conseqüentemente, mantida a capacidade postulatória da Assembleia Legislativa, até para que não haja prejuízo de revelia em relação àqueles que foram por ela representados.

II FUNDAMENTOS

Tratam os autos de representação formulada pelo corpo técnico desta Corte de Contas, em desfavor do senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo–ALES, exercício 2015 a 2016, referente à criação de cargos de livre nomeação para desempenho de funções típicas de servidores efetivos, vinculadas ao controle interno do Poder Legislativo, instituída pela Lei Estadual n. 10.383, de 1º de julho de 2015, de iniciativa do Poder Legislativo, tendo por base a fiscalização realizada na modalidade Levantamento, cujo objeto consistia no Controle Interno dos Órgãos e Poderes do Estado do Espírito Santo - processo TC 8397/2016.

II.1 PREJUDICIAL DE MÉRITO

II.1.1 Ilegitimidade na representação processual

Da análise dos autos, constato que a área técnica propõe a revelia, no item 3.2.2 da peça conclusiva - ITC 01274/2019-3 (peça 083), dos senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro, tendo em vista a defesa dos mesmos ter sido exercida e apresentada pelo procurador legislativo, em afronta ao impedimento legal contido no artigo 30, inciso I, da Lei n. 8.906 de 04 de julho de 1994 (Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogado do Brasil – OAB), *in verbis*:

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I – os servidores da administração direta, indireta ou fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora

Contudo, verifico que o procurador Luciano Vieira, antes de adentrar no mérito, apontou questão pendente a ser dirimida preliminarmente, por se referir a vício processual, qual seja, o impedimento do advogado José Arimathea Campos Gomes, procurador legislativo, para atuar na defesa dos interesses particulares dos senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro (Manifestação Ministerial - PJC 003012019-5 - peça 087).

De fato, a impossibilidade de defesa pessoal dos gestores por advogado público já é tema pacífico na jurisprudência deste Tribunal por atentar contra os princípios da moralidade e da impessoalidade, como bem foi alertado pelo procurador especial de contas neste feito, inclusive nos julgados de outros tribunais, conforme jurisprudência encartada pelo *parquet* do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reproduzida abaixo:

PROCESSUAL CIVIL — ADMINISTRATIVO — DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO — CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL — CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA — ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.
2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.
3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.
4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.
5. Recurso especial improvido. (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 681571/GO. Relatora. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. Julgado em 6 jun. 2006, DJ 29).

Quanto ao tema vinculado ao presente processo, a jurisprudência do STJ afirma que configura uso ilícito da máquina pública a utilização de procurador público, ou a contratação de advogado particular, para a defesa de interesse pessoal do agente político, com a exceção nos casos em que houver convergência com o próprio interesse da Administração, a saber:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.239.153 - MG (2011/0033173-0) DJe: 29/11/2016

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO SÉRGIO KUKINA

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MARCELO CECÉ VASCONCELOS DE OLIVEIRA E OUTRO

ADVOGADO : FELIPE FAGUNDES CÂNDIDO E OUTRO(S) - MG098606

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR PARA DEFESA DOS INTERESSES DO MUNICÍPIO. UTILIZAÇÃO DO CAUSÍDICO PARA ATUAR EM AÇÃO DE IMPROBIDADE AJUIZADA CONTRA O PREFEITO. DEFESA DE INTERESSE PESSOAL DO ALCAIDE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, configura uso ilícito da máquina pública a utilização de procurador público, ou a contratação de advogado particular, para a defesa de interesse pessoal do agente político, exceto nos casos em que houver convergência com o próprio interesse da Administração. Nesse sentido: **REsp 703.953/GO**, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 03/12/2007, p. 262; **AgRg no REsp 681.571/GO**, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 29/06/2006, p. 176.

2. No caso em exame, apesar de a contratação do causídico ter ocorrido às expensas do Município, sua atuação profissional se deu exclusivamente na defesa jurídica e pessoal do chefe do Poder Executivo local, em duas ações de improbidade contra ele propostas.

3. Em se tratando de ação civil por improbidade administrativa, a vontade do legislador foi a de proteger a Administração Pública contra condutas inadequadas de seus agentes públicos, cujo contexto conduz à compreensão de que se colocam em disputa interesses nitidamente inconciliáveis. Em contexto desse jaez, não se pode conceber a possibilidade de que uma mesma defesa técnica em juízo possa, a um só tempo, atender simultaneamente ao interesse público da entidade alegadamente lesada e ao interesse pessoal do agente a quem se atribui a ofensa descrita na Lei de Improbidade.

4. Dessa forma, impõe-se o reconhecimento de que os dois réus implicados na presente ação de improbidade (o então Prefeito e o advogado particular contratado pelo Município) incorreram, de forma dolosa, nos atos de improbidade definidos na sentença de primeiro grau, que enquadrou suas condutas, respectivamente, nas hipóteses previstas nos arts. 9º, IV (Prefeito) e 11, I (Advogado), da Lei nº 8.429/92.

5. Recurso especial provido, com a determinação do oportuno retorno dos autos ao Tribunal de origem para que conclua, no seu resíduo, o julgamento das três apelações interpostas pelos litigantes.

ACÓRDÃO

VOTO-VENCEDOR

[...]

O que, então, está em discussão é a possibilidade legal de que o advogado contratado exercesse a defesa de Gestor a quem se imputava práticas ímprobas contrárias aos interesses da Pessoa Pública por ele gerida. Nessa perspectiva, pois, é certo que a configuração da prática ímproba, no caso dos presentes autos, não deve ser regida segundo o êxito alcançado nas pretéritas lides, em que o recorrente Raimundo (advogado contratado) defendeu os interesses do recorrente Marcelo Cecé (então Alcaide),

devendo-se, por isso, afastar a incidência da diretriz consubstanciada na *álea secundum eventum litis*.

O professor FÁBIO MEDINA OSÓRIO, em percuente estudo (*Improbidade administrativa decorrente de despesas públicas ilegais e imorais: aspectos práticos da Lei nº 8.429/92*. Revista Jurídica, Porto Alegre, 235, mai/1997, p. 144-5), ao examinar a existência de interesse público nesse específico tipo de contratação, faz o seguinte alerta:

Nos processos criminais e nas ações cíveis em que se questionam os atos dos administradores públicos, dos agentes políticos, o que se busca, pela Lei nº 8.429/92, é uma responsabilização pessoal, figurando o Ente Público, inclusive, como litisconsorte ativo da demanda (art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92), mostrando-se inviável aceitar a idéia de que o próprio Ente Público pudesse arcar com os custos da defesa pessoal daqueles que são acusados de crimes contra seus interesses!

Assim conclui o ilustre autor:

Em tal hipótese, ficam sujeitos às sanções da Lei nº 8.429/92 o agente político (ou qualquer outro agente público) - que é responsável direto pela contratação ou utilização indevida de um profissional vinculado ao Município - e o próprio advogado que se prestar a essa espécie de atividade ilícita de atendimento simultâneo a interesses conflitantes, bem como aquele que se beneficiar desses serviços ilegais e inconstitucionais.

Em suma, a conduta ímproba irrogada aos dois réus, ora recorrentes, emerge francamente delineada, não restando dúvida sobre terem ambos agido de forma dolosa. A tal propósito, a mesma julgadora de primeiro grau, com precisão, fez assinalar, *verbis*: "Forçoso reconhecer, deste modo, que a contratação livre e consciente feita pelo primeiro requerido, Marcelo Cecé Vasconcelos de Oliveira, às expensas do Município de Sete Lagoas, do segundo requerido, Raimundo Cândido Júnior, para que este efetuasse sua defesa particular em ações envolvendo supostos atos ímprobos contra interesses do Ente Municipal pagador, caracteriza ato de improbidade. Da mesma forma, a concordância do requerido Raimundo Cândido Júnior em efetivar a defesa de agente público envolvido em supostos atos de improbidade contra a própria Fazenda Pública responsável pelo pagamento de seus honorários, demonstra claramente conduta que afronta os princípios da moralidade, caracterizando, pois, ato de improbidade" (fl. 702).

Oportuno, também, trazer à colação precedente deste Colegiado, que ao apreciar questão semelhante, reconheceu como ímproba a contratação de advogado, pelo Poder Público, para a realização da defesa pessoal de agente público seu, em processo a que este responde por ação de improbidade:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA DEFESA PESSOAL DE PREFEITO POR ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. As despesas com a contratação de advogado para a defesa de ato pessoal perpetrado por agente político em face da Administração Pública não denota interesse do Estado e, a fortiori, deve correr às expensas do agente público, sob pena de configurar ato imoral e

arbitrário, exegese que não nega vigência aos artigos 22 e 23 da Lei 8.906/94.

2. A 2ª Turma desta Corte, no julgamento de leading case versando hipótese análoga, decidiu:

"PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.

2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.

3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.

4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.

5. Recurso especial improvido." (AgRg no REsp 681571/GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.06.2006)

3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, objetivando o ressarcimento ao erário municipal dos prejuízos advindos do pagamento, pela municipalidade, de honorários a advogado contratado para a defesa pessoal de Prefeito Municipal, processado por crime de responsabilidade (art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei nº 201/67).

4. A simples indicação do dispositivo tido por violado (art. 47 do CPC), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."

5. Ad argumentandum tantum, ainda que transposto o óbice da Súmula 211/STJ, melhor sorte não socorre o recorrente no que pertine à aventada necessidade de citação do Município, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, notadamente porque o acórdão local afastou o interesse da Municipalidade, sob a alegação de inexistência de qualquer "fagulha de interesse do Município em suportar a defesa de seus representantes em ação que visa a imposição de pena por menoscabo à prática de atos que lhe são inerentes pela condição de Prefeito (prestação de contas), e que visam a preservação da transparência na Administração", o que evidentemente denota incursão em matéria de índole fática, interdita em sede de recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.* (REsp 703.953/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2007, DJ 03/12/2007, p. 262)

Em síntese, deve o recurso especial do Ministério Público mineiro ser acolhido para, unicamente, reconhecer-se terem os réus Marcelo Cecé Vasconcelos de Oliveira e Raimundo Cândido Júnior incorrido, de forma dolosa, nos atos de improbidade definidos na sentença de primeiro grau (fls. 686/707), que enquadrou suas condutas, respectivamente, nas hipóteses previstas nos arts. 9º, IV (Marcelo) e 11, I (Raimundo), da Lei nº 8.429/92. No mais, não poderá este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância, avançar na resolução dos demais pedidos formulados, em caráter de eventualidade, nas apelações de ambos os réus (fls. 730/751 e 757/788), bem assim no que atine ao pedido de agravamento da solução sentencial relativa ao réu Raimundo Cândido Júnior, tal como pleiteado na apelação do Ministério Público de primeira instância (fls. 796/808).

Ante o exposto, ousando dissentir da conclusão a que chegou o eminente Relator, dou parcial provimento ao recurso especial na extensão explicitada no parágrafo antecedente, ou seja, com o posterior e oportuno retorno dos autos ao e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para que prossiga na apreciação residual das três sobreditas apelações.

É o voto.

[...]

VOTO-VISTA

A jurisprudência desta Corte, a meu ver de maneira escoreita, há muito sinalizou no sentido de que "[s]e há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas. **Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário**" (AgRg no REsp n. 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 29.6.2006 – grifo nosso).

Em caso análogo, a Primeira Turma, em acórdão da relatoria do Ministro Luiz Fux, reconheceu que "as despesas com a contratação de advogado por agente político **em face da Administração Pública** não denota interesse do Estado e, *a fortiori*, deve correr às expensas do agente público, sob pena de configurar ato imoral e arbitrário" (REsp 703.953/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 3/12/2007 – grifo nosso). Também nesse toar, é o seguinte julgado: AgRg no REsp 798.100/RO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 9/11/2009.

Portanto, a contratação de advogado às custas do erário somente será possível se o gestor público, no exercício do mandato, for processado por atos que não atentem contra o Poder Público.

No caso, revela-se extrema de dúvidas a existência de lesão aos interesses do Município de Sete Lagoas/MG, que arcou com os honorários do causídico contratado para defender o ex-prefeito em ações civis públicas por atos de improbidade administrativa – n. 672.99.002.360-4 (natureza cautelar) e n. 672.99.011711-7 – cujos objetos residem na apuração de enriquecimento ilícito e de violação de princípios da administração pública.

Digo isso por uma razão muito óbvia, não parece crível que o povo tenha conferido ao prefeito um mandato para fins de prática de atos ímprobos, especificamente de enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA), ou seja, explicitamente contrários aos interesses da Municipalidade. Tal conclusão é corroborada pelo fato de o Município não constar do polo passivo de nenhuma das referidas demandas, pelo contrário, fora citado para figurar como beneficiário em caso de eventual procedência das ações (art. 17, § 3º, da LIA), tendo em vista que o *Parquet* estadual ajuizou a ação com fim de zelar pela defesa do patrimônio público (fl. 289).

Ademais, consoante bem anotou o Ministro Sérgio Kukina, é certo que o advogado Raimundo Cândido Júnior, apesar de ter sido contratado para a defesa exclusiva dos interesses municipais perante os "Tribunais Superiores", atuou na instância ordinária na defesa pessoal do ex-alcaide nos autos da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa n. 672.99.011711-7, revelando manifesta violação dos princípios da legalidade e finalidade tanto pelo gestor como pelo causídico.

Nesse passo, de acordo com o referido princípio, "o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 16ª ed. Rio de Janeiro: 2006, p. 17).

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao lecionar sobre os princípios da legalidade e finalidade, afirma que "em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido" e, por essa razão, **haverá "desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que 'o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato'"** (BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, pág. 106-107 – grifo nosso).

[...]

Como se vê, o quadro fático delineado induz à conclusão de que inexistente interesse público que justifique o uso dos cofres públicos para o patrocínio de defesa judicial de gestor acusado da prática de atos de improbidade administrativa lesivos ao patrimônio público.

Por fim, e não menos importante, não logra êxito a tese defensiva acolhida no acórdão recorrido de que não houve condenação pela prática dos atos de improbidade imputados aos recorridos, porque tal circunstância não tem o condão de tornar inexistente o conflito entre os interesses do ente político e do ex-alcaide. Ante o exposto, **acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Sérgio Kukina para dar provimento em parte ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais** apenas para reconhecer a prática dos atos de improbidade imputados aos recorridos Marcelo Cecé Vasconcelos de Oliveira (art. 9º, IV) e Raimundo Cândido Júnior (art. 11, I), como reconhecido na sentença às fls. 686-707, devendo os autos retornar à origem para o exame dos pedidos subsidiários contidos nas apelações dos recorridos, bem como quanto ao pleito de agravamento das penas formulado pelo recorrente, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido, assim se pronunciou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais no julgamento do processo abaixo transcrito:

Recurso de Revisão 747825

Procedência: Prefeitura Municipal de Jaguaráçu

Responsável: José Reis de Assis

Processo referente: Processo Administrativo n. **36740**

Procuradores: Karina Magalhães Castro Vieira - OAB/MG 82.969, Alexandre Lúcio da Costa - OAB/MG 59.821, Deborah Fialho Ribeiro Gloria - OAB/MG 66.650 e outros.

MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. DESCONSTITUIÇÃO DA MULTA APLICADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU MÁ-FÉ. IRRELEVÂNCIA. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS SEM UTILIZAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA A DEFESA DO PREFEITO MUNICIPAL. IRREGULARIDADE. CONFLITO DE INTERESSES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS RESSARCIMENTOS DETERMINADOS.

1. Decorrido prazo superior a cinco anos, contados da prolação da primeira decisão de mérito recorrível até a decisão de mérito irrecurrível, impõe-se a declaração da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos termos previstos pelo art. 118-A, inciso III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, c/c art. 392-A, inciso III, do RITCMG, Resolução n. 12/2008.

2. Reconhecida a ocorrência de prescrição, impõe-se a exclusão de multas impostas na decisão recorrida, uma vez que finda a pretensão punitiva desta Corte.

3. A alegação de que não há prova, nos autos, do desvio de recursos, da prática de conduta ímproba, de irregularidade insanável ou da ocorrência de dolo ou má-fé é irrelevante para fins de determinação do ressarcimento de valores ao erário ou de aplicação de multa pela Corte de Contas. Consoante o previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República, o agente que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a Administração Pública responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária deve responder não apenas pela aplicação da totalidade dos recursos recebidos, mas, também, pela observância do disposto nas normas de regência quando da utilização desses valores.

4. A aquisição de materiais de construção sem a devida utilização, bem como a ausência de esclarecimentos acerca da destinação de eventuais saldos dos materiais adquiridos, implicam em dano ao erário, passível de ressarcimento.

5. Não cabe ao Poder Público já representado no processo arcar com despesa de custeio para contratação de advogado em interesses particulares, eis que em matéria de interesse pessoal a realização de despesas caracterizaria ato de liberalidade incompatível com a movimentação de recurso público.

6. Em se tratando de ato praticado pelo agente político, questionado por ofensa ao ordenamento jurídico ou por falta de interesse público, fica evidente o conflito de interesses entre a defesa do patrimônio público e a defesa da autoridade.

Tribunal Pleno

3ª Sessão Ordinária – 08/03/2017

[...]

Determinou-se ainda o ressarcimento de R\$4.438,48 (quatro mil quatrocentos e trinta e oito reais e quarenta e oito centavos), referentes à despesa com a contratação de escritório de advocacia para a defesa do Prefeito Municipal em face da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada pela Câmara Municipal para apurar o cometimento, por parte do gestor, de infrações político-administrativas, crimes de responsabilidade e abuso de autoridade, e também no Mandado de Segurança impetrado pelo ex-Prefeito na tentativa de anular os atos da referida CPI.

Tal ressarcimento foi determinado uma vez que, nos termos do entendimento desta Corte, exarado na Consulta n. 28884 (249409-4), *“não cabe ao Poder Público já representado no processo arcar com despesa de custeio para contratação de advogado em interesses particulares, eis que em matéria de interesse pessoal a realização de despesas caracterizaria ato de liberalidade incompatível com a movimentação de recurso público”*, conforme Notas Taquigráficas à fl. 1904 do Processo n. 36.740.

Acerca do tema, no julgamento do Processo n. 616.102, realizado na 32ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara no dia 06/11/2014, o Conselheiro Relator Gilberto Diniz assim se manifestou em seu voto, aprovado à unanimidade por aquele Colegiado:

Cumprе destacar, entretanto, que a defesa de agente público, por procurador contratado ou pela própria procuradoria pública, nem sempre caracteriza ato ilegal, pois o agente público representa órgão ou entidade pública e, nessa qualidade, pratica atos em prol do interesse público. Em certos casos, o agente responde, em demandas judiciais e processos administrativos, pela prática desses atos, embora sejam perfeitamente legítimos, inseridos em seu rol de competências e voltados ao interesse público. Observa-se que, nesses casos, a defesa do gestor pode ser entendida como defesa do próprio órgão. Assim, a legalidade da contratação de advogado à custa do erário deverá ser aferida a partir da existência, ou não, de finalidade pública da defesa a ser produzida, ou seja, se em benefício do interesse público ou não.

Desse modo, em se tratando de ato praticado pelo agente político, questionado por ofensa ao ordenamento jurídico ou por falta de interesse público, fica evidente o conflito de interesses entre a defesa do patrimônio público e a defesa da autoridade.

[...] g.n.

Sobre a matéria, encontrei jurisprudência desta Corte de Contas, no caso em que a área técnica ao verificar a defesa do prefeito subscrita pelo procurador do município

de Água Doce do Norte, se posicionou no mesmo sentido, considerando-a indevida, em razão da competência das Procuradorias/Assessorias Jurídicas municipais, que se restringe à representação do Município nas esferas judicial e extrajudicial, não sendo cabível a defesa de interesses pessoais dos agentes políticos.

Entretanto, a área técnica naquela ocasião, ante o momento processual, prosseguiu com à análise do feito, aproveitando a defesa da forma apresentada, o que foi acatado pelo relator e colegiado, conforme disposto no Acórdão TC 1476/2018 – Segunda Câmara (Processo TC 1718/2016-4).

Neste contexto, em razão do impedimento legal contido no mencionado artigo 30, inciso I, da Lei nº 8.906/1994, tendo ainda como base as atribuições da Procuradoria Geral da Assembleia Legislativa, dispostas no art. 3º da Lei Complementar n. 287, de 14 de junho de 2004, bem como no art. 122, § 5º, da Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989, verifico que compete à Procuradoria Geral da Assembleia Legislativa a representação judicial e extrajudicial do Poder Legislativo nos atos praticados pelos seus representantes ou por sua administração interna, não cabendo, portanto, ao procurador legislativo, a defesa pessoal dos responsáveis em comento.

No entanto, como bem salientado na sustentação oral realizada pelo senhor Arimatheia Campos Gomes, a defesa que diz respeito à constitucionalidade da Lei Estadual n. 10.383/2015 tem interesse público envolvido, pois está o indigitado procurador tratando de salvaguardar os termos da dita lei estadual, de iniciativa do legislativo estadual, e que veio a instituir o controle interno naquele órgão.

Tanto é legítima a interveniência da procuradoria do legislativo para defesa da constitucionalidade de uma lei estadual, que inicialmente nestes autos, no voto 03002/2017-1 (peça 012), ao indeferir a medida cautelar pleiteada e determinar a oitiva do senhor Theodorico de Assis Ferraço, notifiquei a Procuradoria Geral do Estado, na pessoa de seu representante legal, em 30 (trinta) dias, para se manifestar sobre a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da lei estadual antes destacada.

Naquela ocasião, embora tenha determinado somente a oitiva da procuradoria geral do Estado, na pessoa de seu representante legal, também poderia ter notificado a

procuradoria do legislativo estadual, para defesa da constitucionalidade da citada lei estadual, o que não impede a apresentação de sua defesa neste momento processual.

Nesse sentido, entendo que resta legítima a defesa do procurador da Assembleia Legislativa do Estado do ES na defesa da constitucionalidade da lei sob análise, pois configurado está o interesse público que justifica a defesa pelo procurador legislativo.

Todavia, diferente do alegado pelo senhor Arimatheia Campos Gomes, a irregularidade ora imputada aos agentes não se restringe ao cumprimento de uma lei quanto a sua possível inconstitucionalidade, pois o mérito apresentado nestes autos tem como foco a defesa do agente quanto a seus atos frente ao órgão e não para conferir legitimidade à legislação posta em interesse da Assembleia Legislativa do Estado - ES.

Isso porque, conforme dispõe a ITC 01274/2019-3 (peça 083), os responsáveis foram citados para se defenderem sobre as seguintes irregularidades, além da inconstitucionalidade dos artigos 1º, *caput* e 7º, da Lei Estadual 10.383, de 1º de julho de 2015, tendo em vista as condutas e nexos que ora subscrevo:

Item 2.2 da ITC 01274/2019-3: designação de servidores alheios à carreira de controle interno para exercer a função de servidor efetivo;

Responsáveis:

FABIANO BUROCK FREICHO - Secretário de Gestão de Pessoas da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES)

JOEL RANGEL PINTO JÚNIOR - Diretor Geral da ALES

ROBERTO RIBEIRO CARNEIRO - Diretor Geral da ALES

Conduta: Designar servidores comissionados para exercer função de servidor efetivo na Diretoria de Controle interno.

Nexo: Como corresponsáveis pela gestão de recursos humanos na Assembleia Legislativa, cabia a correta localização do servidor comissionado exclusivamente para o exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento. Cabia aos mesmos verificar se as atribuições dos cargos criados pela Lei

nº 10.383/15 eram típicas de provimento efetivo ou em comissão. Assim, ao lotar servidor comissionado para exercer atividade típica de servidor efetivo, feriram o art. 37, caput e II e V, da CF.

DANIELA NOGUEIRA FARIA – Diretora de Controle Interno da ALES

ANDRÉ GOMES GIORI – Diretor de Controle Interno da ALES

Conduta: Anuir com a transferência de servidores comissionados para a unidade de trabalho de que é diretor, bem como anuir ou determinar realização de atribuições típicas de servidor efetivo.

Nexo: Como diretor do sistema de Controle Interno na Assembleia Legislativa – DCI, cabia a correta localização do servidor comissionado exclusivamente para o exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento. Cabia ao mesmo verificar se as atribuições dos cargos criados pela Lei nº 10.383/15 eram típicas de provimento efetivo ou em comissão. Assim, ao anuir ou determinar ao servidor comissionado realização de atribuições típicas de servidor efetivo, feriu o art. 37, caput e II e V, da CF.

Item 2.3 da ITC 01274/2019-3: Do desvio de finalidade: da nomeação em cargo comissionado para o exercício de funções do controle interno

Responsáveis:

JOÃO CARLOS LORENZONI – Membro da Mesa da Assembleia Legislativa do Espírito Santo (ALES)

ERICK CABRAL MUSSO – Membro da Mesa da ALES

ENIVALDO EUZÉBIO DOS ANJOS – Membro da Mesa da ALES

THEODORICO DE ASSIS FERRAÇO – Membro da Mesa da ALES

RAQUEL FERREIRA MAGESTE LESSA – Membro da Mesa da ALES

Conduta: Nomear servidor comissionado para as funções típicas de controle interno

Nexo: Como membro da Mesa, era corresponsável pela escolha e nomeação dos ocupantes dos cargos em comissão e função gratificada. Cabia aos mesmos verificar se as

atribuições dos cargos criados pela Lei nº 10.383/15, de iniciativa da ALES, eram típicas de provimento efetivo ou de direção, chefia e assessoramento. Bem como, abrir concurso para o preenchimento das vagas de efetivos. Além de adequar a proporção de cargos comissionados em relação aos efetivos do controle interno.

Há de se destacar que o servidor, ainda que no exercício das suas funções públicas, tem a obrigação de prestar contas de suas condutas aos órgãos de controle e, por fim, a sociedade, a serem avaliadas em razão dos parâmetros legais e constitucionais vigentes, pois este é inegavelmente o ônus de um agente público ou mesmo, de quem gerencia recursos públicos.

Nesse passo, quanto aos critérios subjetivos utilizados na decisão desta Corte, na forma alegada na defesa do senhor José Arimatheia Campos Gomes, importa esclarecer que, mesmo que a citação tenha sido baseada em critérios subjetivos, como questionado pelo procurador da ALES, as imputações aos agentes envolvidos serão apreciadas quando da análise de mérito, momento em que serão avaliadas as motivações, as excludentes, as condições do gestor, bem como as consequências práticas dessa decisão no âmbito pessoal dos mesmos e da própria administração.

Finalizando este tópico, quanto à ilegitimidade da representação processual, reconheço no caso concreto a ausência de interesse público que justifique a defesa pessoal dos agentes pelo procurador legislativo em questão, sendo necessário, em atenção aos princípios do contraditório e ampla defesa, proporcionar às partes prazo para ratificação dos termos da defesa já acostada ou indicação de novo patrono com a finalidade de sanar o vício, sob pena de incorrer em nulidade processual, com grave prejuízo ao devido processo legal e, sobretudo, para os responsáveis, por cerceamento de defesa.

Pelo exposto, determino a notificação dos agentes responsáveis abaixo indicados para, no prazo de 10 (dez) dias, apresente suas respectivas defesas pessoais ou ratifiquem os termos da defesa, ou mesmo, apresentem novo patrono, sob pena de serem tidos como inexistentes os atos praticados pelo procurador legislativo **na parte da peça de defesa do mérito por ele encartada**, hipótese em que não será reconhecida e apreciada, em obediência ao disposto no § 2º do art. 292 do RITCEES:

- senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro.

Contudo, deixo de notificar a senhora Daniela Nogueira Faria para regularização da representação, uma vez que a mesma já apresentou em seu nome, como advogada, sua defesa pessoal (peça 077).

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), divergindo do entendimento técnico e acompanhando em parte a manifestação ministerial, no que diz respeito à prejudicial de mérito de ilegitimidade processual (item II.1.1), VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

III.1 PRELIMINARMENTE

III.1.1 **ACOLHER PARCIALMENTE A PREJUDICIAL DE MÉRITO**, proposta pelo ministério público especial de contas, que diz respeito à indevida representação processual para defesa pessoal dos agentes públicos envolvidos, e nesse sentido voto para **NOTIFICAR** os senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro, para no prazo de 10 (dez) dias, ratificarem os termos da defesa exercida pelo procurador legislativo, senhor José Arimathea Campos Gomes, ou apresentarem novo patrono, sob pena de aplicação do § 2º do art. 292 do RITCEES, na forma da fundamentação constante no item II.1.1;

III.2 Após a regularização da representação, retorne os autos à área técnica para apreciação da defesa dos agentes notificados, e em sequência, para manifestação do órgão ministerial.

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Com o intuito de me inteirar de modo mais minucioso acerca do tema tratado no processo em tela, pedi vista e, após detida análise, submeto o presente voto à apreciação deste Colegiado.

Tratam os autos de representação formulada pelo corpo técnico desta Corte de Contas, em desfavor do senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo–ALES, exercício 2015 a 2016, referente à criação de cargos de livre nomeação para desempenho de funções típicas de servidores efetivos, vinculadas ao controle interno do Poder Legislativo Estadual, tendo por base a fiscalização realizada na modalidade Levantamento, cujo objeto consistia no Controle Interno dos Órgãos e Poderes do Estado do Espírito Santo - processo TC 8397/2016.

Sobre a irregularidade apontada nesta representação foi elaborada a Instrução Técnica Inicial 00276/2017 (peça 07), na qual foi sugerida a concessão de cautelar para revogação das nomeações consideradas irregulares, bem como a citação do senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo, em razão da inconstitucionalidade dos artigos 1º e 7º da Lei Estadual n. 10.383, de 10 de junho de 2015 (peças 021 – fls. 09/015 e 025 – fls. 11/17) e da nomeação de servidores em cargo comissionado para o exercício de funções do controle interno, em desvio de finalidade.

Nestas condições, foi proferido pelo Conselheiro Relator o voto 03002/2017-1 (peça 012), no qual restou indeferida a medida cautelar pleiteada, determinada a oitiva do

senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo, para se pronunciar sobre a cautelar pleiteada, no prazo de 10 dias, notificando a Procuradoria Geral do Estado, na pessoa de seu representante legal, em 30 (trinta) dias, para se manifestar sobre a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da lei destacada (Lei Estadual 10.383/2015), bem como o atual presidente da Assembleia Legislativa, senhor Erick Cabral Musso, para ciência a presente demanda em processamento neste Tribunal.

Ainda no voto 03002/2017-1 (peça 012), o Relator manteve a citação do senhor Theodorico de Assis Ferraço, ex-presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo, na forma sugerida na referida Instrução Técnica Inicial 276/2017 (peça 07), sendo integralmente acompanhado pelo plenário, nos termos da Decisão 01811/2017-8 (peça 013).

Devidamente citado e notificado, o responsável, senhor Theodorico de Assis Ferraço, apresentou justificativas (peça 020 e 024), em síntese afirmando que os fatos e irregularidades a ele imputadas e narradas na peça de citação não estariam dentre as atribuições da presidência do Poder Legislativo estadual, conforme previsto no artigo 23 do Regimento Interno da ALES, de 03 de outubro de 2001 (peça 26).

No que se refere à questionada inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.383/2015, também os procuradores do estado, senhores Alexandre Nogueira Alves e Rodrigo Francisco de Paula, encartaram justificativas (peça 028).

Nesse passo, a unidade técnica entendeu necessária a complementação de documentos para a correta indicação dos responsáveis pela nomeação de servidores para exercício de cargos comissionados e desempenho de atividades típicas de servidores efetivos e para tanto, através da Manifestação Técnica 00080/2018-3 (peça 035), apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Com base na análise acima apresentada, sugere-se que o Sr. Relator notifique atual Presidente da Assembleia Legislativa, estabelecendo prazo, para a apresentação dos seguintes documentos:

- Ato de nomeação de todos os cargos em comissão lotados na Diretoria de Controle Interno, a partir de julho de 2015;
- Atos de lotação de todos os cargos em exercício na Diretoria de Controle Interno, de servidores efetivos ou comissionados, a partir de julho de 2015;
- Cópia integral do projeto de lei que deu ensejo à Lei 10.383/2015

Acompanhando os termos da proposta técnica acima transcrita na MT 00080/2018-3, a SEGEX proferiu a Decisão 00063/2018-1 (peça 037), seguida do Termo de notificação 00095/2018-1 (peça 038), que foi atendido pelo seu signatário com o encaminhamento de resposta 00218/2018-1 (peça 041) e documentos (peça 042).

Recebidos os documentos solicitados e em atendimento ao despacho 19574/2018-9 (peça 044), os autos foram devolvidos a área técnica para reinstrução do feito, que elaborou nova peça citatória – ITI 00367/2018-6 (peça 045), pugnando pela citação de outros agentes responsáveis, com exceção do senhor Theodorico de Assis Ferraço, que já havia sido citado e se defendido da irregularidade proposta.

Na ocasião, o Relator proferiu a Decisão Monocrática 01715/2018-1 (peça 048), acompanhando a proposta técnica e ordenando a citação dos seguintes responsáveis, em razão das respectivas irregularidades a eles imputadas:

3.1. DESIGNAÇÃO DE SERVIDORES ALHEIOS À CARREIRA DE CONTROLE INTERNO PARA EXERCER A FUNÇÃO DE SERVIDOR EFETIVO

ANDRÉ GOMES GIORI –Diretor de Controle Interno da ALES

DANIELA NOGUEIRA FARIA –Diretora de Controle Interno da ALES

FABIANO BUROCK FREICHO -Secretário de Gestão de Pessoas da ALES

JOEL RANGEL PINTO JÚNIOR -Diretor Geral da ALES

ROBERTO RIBEIRO CARNEIRO -Diretor Geral da ALES

3.2 DESVIO DE FINALIDADE: DA NOMEAÇÃO EM CARGO COMISSIONADO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DO CONTROLE INTERNO

ENIVALDO EUZÉBIO DOS ANJOS – Membro da Mesa da ALES

ERICK CABRAL MUSSO – Membro da Mesa da ALES

JOÃO CARLOS LORENZONI – Membro da Mesa da Assembleia Legislativa do Espírito Santo (ALES)

RAQUEL FERREIRA MAGESTE LESSA –Membro da Mesa da ALES

THEODORICO DE ASSIS FERRAÇO –Membro da Mesa da ALES (já citado)

Na sequência, a senhora Daniela Ramos Nogueira Faria apresentou sua defesa (peça 77), bem como os senhores André Gomes Giori, Enivaldo Euzebio dos Anjos, Erick Cabral Musso, Fabiano Burock Freicho, João Carlos Lorenzoni, Joel Rangel Pinto Junior, Raquel Ferreira Mageste Lessa, Roberto Ribeiro Carneiro apresentaram sua defesa por meio do Procurador Legislativo, senhor José Arimathéa Campos Gomes (peça 79).

Há de se salientar que, diferente dos demais responsáveis, a senhora Daniela Ramos Nogueira Faria apresentou individualmente e em seu nome, como advogada, sua defesa pessoal (peça 77).

Na forma regimental os autos foram para área técnica, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva – 01274/2019-3 (peça 083), propondo o seguinte encaminhamento:

3 PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

3.1. Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Fiscalização (representação) no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades:

3.1.1 – Irregularidade encontrada: Designação de servidores alheios à carreira de controle interno para exercer a função de servidor efetivo

Base legal: art. 37, caput e II e V, da CF e art. 70, § 2º-B da Resolução n. 2.890/2010

Responsáveis: André Gomes Giori, Daniela Nogueira Faria, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior, Roberto Ribeiro Carneiro.

3.1.2 – Irregularidade encontrada: Desvio de finalidade: da nomeação em cargo comissionado para o exercício de funções do controle interno

Base Legal: art. 37, caput e II e V, da CF

Responsáveis: Enivaldo Euzébio dos Anjos, Erick Cabral Musso, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, Theodorico de Assis Ferraço.

3.2. Dessa forma, diante do preceituado no art. 319 , da Res. TC 261/2013, conclui-se opinando, preliminarmente, por:

3.2.1 Negar exequibilidade à expressão “de Supervisor de Planejamento e Controle Prévio e de Supervisor do Setor de Auditoria Interna” contida no artigo 1º, caput, da integralidade dos incisos VIII, XIII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII do art. 1º, §2º, bem como do art. 7º, todos da Lei estadual nº 10.383, de 1º de julho de 2015.

3.2.2 Declarar a revelia aos Senhores André Gomes Giori, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Erick Cabral Musso, Fabiano Burock Freicho, João Carlos Lorenzoni, Joel Rangel Pinto Júnior, Raquel Ferreira Mageste Lessa, Roberto Ribeiro Carneiro, por apresentarem defesa com ausência de capacidade postulatória.

3.2.3 Quanto ao mérito, sugere-se:

3.2.3.a) Rejeição das razões apresentadas pela Sra. Daniela Nogueira Faria mantendo a irregularidade prevista no item 3.1.1 desta ITC, aplicando-se multa à responsável conforme art. 135, II da LC 621/2012;

3.2.3. b) Manter a irregularidade prevista no item 3.1.1 desta ITC em relação aos Srs. André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior, Roberto Ribeiro Carneiro, aplicando-se-lhes multa conforme art. 135, II da LC 621/2012;

3.2.3. c) Rejeição das razões apresentadas pelo Sr. Theodorico de Assis Ferraço mantendo a irregularidade prevista no item 3.1.2 desta ITC, aplicando-se multa ao responsável conforme art. 135, II da LC 621/2012;

3.2.3. d) Manter a irregularidade prevista no item 3.1.2 desta ITC em relação aos Srs. Enivaldo Euzébio dos Anjos, Erick Cabral Musso, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa aplicando-se-lhes multa conforme art. 135, II da LC 621/2012.

Todavia, o órgão ministerial apresentou, preliminarmente, proposta, através da Manifestação do Ministério Público de Contas 003012019-5 (peça 087), divergindo da revelia proposta pela área técnica no citado item 3.2.2 da ITC 01274/2019-3 (peça 083), inobstante a defesa dos responsáveis ali apontados ter sido exercida e apresentada pelo procurador legislativo, em afronta ao impedimento legal contido no artigo 30, inciso I, da Lei n. 8.906/1994.

Nesse sentido pugnou o *parquet* a notificação dos senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro, para no prazo de 10 (dez) dias ratificar os termos da defesa ou apresentar novo patrono, sob pena de aplicação do § 2º do art. 292 do RITCEES.

Adiante, na 29ª sessão plenária, realizada no dia 27/08/2019, foi apresentada defesa oral pelo patrono da senhora Daniela Ramos Nogueira Faria (diretora do Controle Interno da Assembleia Legislativa), senhor Marlilson Machado Sueiro de Carvalho, bem como pelo senhor José Arimateia Campos Gomes, representando a procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, conforme segue transcrito nas Notas Taquigráficas 00207/2019-1, peça 096

Na sessão do Plenário, de 03/12/2019, o Conselheiro Relator apresentou voto com a seguinte proposta de deliberação:

III.1 PRELIMINARMENTE

III.1.1 **ACOLHER PARCIALMENTE A PREJUDICIAL DE MÉRITO**, proposta pelo ministério público especial de contas, que diz respeito à indevida representação processual para defesa pessoal dos agentes públicos envolvidos, e nesse sentido voto para **NOTIFICAR** os senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro, para no prazo de 10 (dez) dias, ratifiquem os termos da defesa exercida pelo procurador legislativo, senhor José Arimateia Campos Gomes, ou apresentarem novo patrono, sob pena de aplicação do § 2º do art. 292 do RITCEES, na forma da fundamentação constante no item II.1.1;

III.2 Após a regularização da representação, retorne os autos à área técnica para apreciação da defesa dos agentes notificados, e em sequência, para manifestação do órgão ministerial.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Examinando os termos do Voto do Relator, depreendo das razões ali apresentadas a proposta de deliberação para que o Plenário desta Corte de Contas decida por

notificar os senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro, para no prazo de 10 (dez) dias, ratifiquem os termos da defesa exercida pelo procurador legislativo, senhor José Arimathea Campos Gomes, ou apresentem novo patrono, sob pena de aplicação do § 2º do art. 292 do RITCEES, tendo em vista o entendimento relacionado à incorreção da representação processual para a defesa pessoal dos agentes públicos envolvidos.

Na visão do Conselheiro Relator, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, em suma, em que pese à legitimidade da defesa, pelo procurador da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo - ALES, da constitucionalidade da lei sob análise, indevida seria a representação processual pela procuradoria do ALES em favor dos agentes públicos citados, uma vez que as imputações a eles destinadas nada teriam a ver com a defesa do órgão ou de atos praticados em favor do respectivo órgão público, mas estariam sim associadas a condutas decorrentes de atos pessoais dos agentes.

A despeito do posicionamento acima apresentado, com a devida vênia, entendo que a análise da presente questão passa, também, pela delimitação de outros fatores determinantes para o aperfeiçoamento do entendimento a ser adotado por este Tribunal de Contas no caso concreto e em casos similares, principalmente no que, de fato, consistiria a prerrogativa de “[...] *representação judicial e extrajudicial do Poder Legislativo nos atos praticados pelos seus representantes ou por sua administração interna*”, atribuída à Procuradoria Geral da Assembleia Legislativa no § 5º da Constituição Estadual; ou aquela especificada na Lei Complementar nº 287/2004, que trata da organização da Procuradoria-Geral da ALES, dispondo em seu art. 3º que “[...] *São atribuições institucionais da Procuradoria Geral da Assembleia Legislativa, órgão diretamente subordinado à Mesa Diretora: I - representar a Assembleia Legislativa judicial e extrajudicialmente, ativa e passivamente;*”.

Isso porque, amparando-se numa interpretação meramente gramatical ou literal do texto legal, seria possível concluir que à Procuradoria das ALES competiria somente a representação judicial e extrajudicial do Poder Legislativo, uma vez que o texto não menciona expressamente a possibilidade de defesa de agentes que atuam em

seu nome.

Lado outro – para além do texto preconizado na Constituição Estadual, que é esclarecedor ao autorizar expressamente à Procuradoria Legislativa a representação judicial e extrajudicial do Poder Legislativo nos atos praticados pelos seus representantes –, a partir de uma interpretação extensiva do mesmo texto, seria plausível o entendimento de que a previsão legal contida no art. 3º da Lei Complementar nº 287/2004 não restringiria a atuação da Procuradoria em favor da representação do órgão em si, mas também de seus agentes.

Aliás, quanto a esta segunda posição especificamente, é fundamental a lembrança de que é por meio desses agentes que atuam em seu nome, que a vontade do órgão é externada, uma vez que, por si só, este não deteria qualquer capacidade volitiva, justamente por se tratar de uma abstração ou ficção jurídica, conforme compreensão doutrinária amplamente disseminada, que faz alusão à aplicação da teoria do órgão no direito administrativo brasileiro.

Fato é que, adotando-se esta segunda corrente, que acolhe a possibilidade de defesa, pela Procuradoria Jurídica, dos agentes públicos que atuam em prol do referido órgão público, restaria ainda a indagação acerca de quais parâmetros balizariam esta atuação, a fim de evitar situações esdrúxulas em que, por exemplo, um agente fosse defendido às custas do órgão público para o qual atua, tendo eventual conduta por ele praticada sido contrária ao interesse público, às finalidades do órgão ou até mesmo lesivas ao seu patrimônio.

Sobre isso, cumpre ressaltar que atualmente há entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que antes da efetiva promoção de atos voltados à defesa do agente público deva ser realizado um “juízo de valor prévio” acerca do ato por ele praticado, de modo que se possa aferir, ainda que perfunctoriamente, a existência ou não de finalidade pública nos atos a ele imputados. Conforme lições do Ministro Gilmar Mendes¹:

Essa regulação, obviamente, obriga a um **juízo prévio de valor** quanto à verossimilhança das alegações postas na ação contra o servidor ou agente público, justamente para prevenir

¹ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Medida Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 5, n. 103, p. 22-27, abr. 2001.

situações em que o servidor, acionado, que tenha contra si severas e pesadas acusações de prática de atos ilegítimos (com substanciais elementos sinalizadores ou evidenciadores de tal procedimento, nos autos), venha a ter a prática de tais atos, pelo menos no primeiro momento processual, indevidamente legitimada pela assunção de sua defesa pela Advocacia-Geral da União. Dito isso, resta evidente que a autorização legal — que hoje alcança igualmente os titulares de cargos efetivos e não somente aqueles ocupantes de cargos em comissão e funções de direção e assessoramento superior — jamais haverá de implicar conflito algum de interesses entre a defesa do patrimônio público e a defesa da autoridade pública. Com efeito, se os atos a serem defendidos vinculam-se estritamente ao desempenho das atribuições institucionais dos agentes públicos e se somente se oferecerá defesa em havendo interesse público em fazê-lo, é manifesto que o dado paradigmático reside na existência de um ato oficial veiculador de manifestação do próprio e autêntico interesse público. **Em verdade, o crivo decisivo haverá de restar configurado exatamente na existência de interesse público em defesa do ato oficial eventualmente impugnado.**

Assim, **verificado o interesse público na defesa do ato, haverá a representação judicial da União de contestar a impugnação contra ele oferecida, o que, ao contrário do que sugerido por alguns, constituirá ato evidentemente coerente com a defesa do agente público responsável pela prática do ato impugnado.** Essas exigências evidenciam, destarte, que somente se defenderá o agente público se houver interesse público na defesa do ato por ele praticado, o que elimina a mais remota possibilidade de conflito de interesses e afigura-se obviamente consequência absolutamente natural da defesa do ato impugnado. A esse respeito, assevere-se que a Advocacia-Geral da União já se recusou a promover a defesa de agentes políticos — embora para tal expressamente provocada — por não identificar os pressupostos legais que a autorizariam. Imagine-se, por outro lado, a circunstância em que agente público cujos atos representam a mais inequívoca manifestação da legalidade e do interesse público queda alvo de dezenas de ações judiciais decorrentes de motivações eminentemente políticas. Em um tal contexto, seria legítimo que viesse o Estado a promover a defesa dos atos praticados e declinasse do dever moral de promover a defesa da prática desses mesmos atos pelo agente público ou responsável? Seria igualmente ético relegar o agente público à ruína financeira decorrente da necessidade de fazer-se representar em juízo — incontáveis vezes — a expensas próprias?

(grifei e sublinhei)

É preciso esclarecer que para os que advogam² a possibilidade da realização de defesa de agentes públicos nas circunstâncias ora delineadas, a realização do mencionado “juízo prévio de valor” acerca do ato praticado pelo agente, deve ser

² Conforme ponderações extraídas no Parecer emitido pelo Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 804.610, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

levado a efeito pela própria e respectiva procuradoria jurídica, considerando, para isso, a presunção de que este órgão possui capacidade técnica para avaliar a legalidade dos atos eventualmente questionados.

Desta avaliação de caráter não exauriente e sumária, logicamente, poderão decorrer três situações distintas, quais sejam: a constatação da possibilidade de defesa pelo órgão jurídico respectivo; a negativa de representação dos agentes públicos diante de ilicitudes aferidas *prima facie*; e, em casos dúbios, vale dizer, de incerteza acerca da legalidade ou não dos atos praticados pelo agente, a conclusão de que tal representação se faz obrigatória, sob pena de violação da presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados por agentes públicos.

No caso vertente, a partir dos argumentos trazidos na sustentação oral realizada pelo Sr. José Arimateia Campos Gomes, Procurador da ALES, resta evidenciada a realização de um juízo prévio de valor sobre os atos assinalados no presente processo TC, indicando claramente o entendimento interno daquela procuradoria legislativa no sentido de ser possível a defesa dos agentes citados.

Conforme trechos abaixo destacados, a Procuradoria se posiciona abertamente pela viabilidade do uso de suas atribuições legais de representação em favor dos agentes citados, embasando-se no entendimento de que, na condição de provedores de representação jurídica à ALES, estariam simplesmente exercendo a defesa dos atos praticados pelos servidores no exercício das funções. Quanto a isso, destaco os seguintes trechos:

[...]

O ilustre representante do Ministério Público, data vênha, não foi feliz na sua apreciação quanto ao tema. Sustentou sua excelência três afirmativas. A primeira, que haveria interesse privado na causa. A segunda, que não haveria interesse público a justificar a defesa dos servidores e do órgão pelo Procurador. Então, vamos procurar aqui, com muita tranquilidade, esclarecer que, em verdade, esses argumentos não encontram sustentação em nosso ordenamento jurídico hoje. Por qual razão? Em primeiro lugar, pela própria natureza da querela, que já foi apresentada aqui; toda a discussão nos autos do processo é a seguinte: a lei está vigendo ou não? A lei tem eficácia ou não tem eficácia? É constitucional ou inconstitucional? Bem! A presunção é da constitucionalidade das leis, até que sejam afastadas do mundo jurídico. Ora, pela própria natureza do conflito, envolvido no processo, já se percebe que não há interesse particular algum, há interesse sim de natureza meramente funcional. Os atos foram praticados

em observância à norma vigente. Caso se entenda que a norma é inconstitucional, teríamos que discutir quais seriam os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade. Talvez modulá-los, *ex tunc*, *ex nunc*, prospectivo, interpretação conforme. Teríamos que cuidar desse aspecto. Mas, por enquanto, a norma está vigendo. De modo que não há, em nenhum momento, no curso deste processo, qualquer análise que, pelo menos, tangencie a manifestação de interesse particular. E foi por isso que a Procuradoria atuou nos autos deste processo. Não se trata de interesse privado. Trata-se, simplesmente, da defesa de atos praticados no exercício de suas atribuições por cada um dos servidores. Portanto, o ato legítimo dentro da competência legal e para materialização ou consecução do interesse público. Que essas são as hipóteses que se admite a interveniência da Procuradoria da Casa. Muito bem! Na medida em que se manifesta o Ministério Público, é preciso se atentar para um fato. Essa questão é extremamente relevante. Se não considerarmos assim, estaremos abandonando a clássica teoria do órgão.

[...]

É a defesa pessoal? Não, a defesa dos atos que eles praticaram no exercício das funções. Sempre com a mesma cautela que adota a Procuradoria da Assembleia: um **juízo prévio de admissibilidade. A hipótese é de ato legítimo, é a consecução de interesse público? O agente agiu no limite de sua competência? Então haverá a defesa.** A mesma regra existe na Constituição do Estado Espírito Santo. Existe essa regra na constituição do Estado do Espírito Santo para assegurar o nosso direito de intervenção. Diz o artigo 122, § 5º, da Constituição Estadual, me permito ler, porque creio que os senhores não tenham em mãos nesse momento: “Compete à Procuradoria Geral da Assembleia Legislativa a representação judicial e extrajudicial do Poder Legislativo nos atos praticados pelos seus representantes ou por sua administração interna”. Vejam! Já emana da Constituição Estadual atribuição direta de que a Procuradoria patrocine a defesa técnica nesses casos.

[...]

Repito, perdoe-me, quase *ad nauseam*, não há possibilidade de que tal ocorra sem um juízo prévio de admissibilidade. Porque se a hipótese, configuradas aquelas em que não se encartam no ato legítimo e de competência de interesse público, por certo não poderá a Assembleia atuar. Pois bem! São esses elementos que autorizam a interveniência da Assembleia Legislativa nesta e em outras ações.

[...]

Já deve se lembrar do administrativista Drome, que dizia assim, “a administração virou uma máquina de impedir”. E o que o servidor público procura hoje é se defender da atuação dos órgãos de controles. Às vezes, mais do que realizar a finalidade pública. E o Drome falava do código do fracasso: art. 1º - não pode; art. 2º - em caso de dúvida, abstenha-se; art. 3º - se é

urgente, espere; art. 4º - sempre é mais prudente não fazer nada. Senhores, a realidade que subjaz a nossa atuação profissional, creiam, é essa. Há muitos servidores com temor! E esse temor se justifica, muitas vezes, pela dificuldade que ele tem de fazer a sua própria defesa. Então, não há como nós cindirmos a responsabilidade do servidor da atuação do órgão. Exceto quando ele excede, como mencionei.

[...]

(grifei e sublinhei)

Com efeito, considerando a fundamentação acima erigida com fundamento nos fatos e nas normas atinentes à situação em debate, entendo que, no caso concreto, a definição da questão preliminar aventada pelo Ministério Público de Contas deve atender à presunção de legitimidade dos atos praticados pelos agentes citados, ao menos até que se julgue o mérito do presente processo, entendimento este que, momentaneamente, deve permitir o prosseguimento regular do feito sem que haja necessidade de notificação dos citados para que ratifiquem os termos das defesas apresentadas, nem tampouco constituam de novos patronos, porquanto que presumido – ainda que precariamente – o interesse público nos atos praticados, de modo a autorizar o exercício das prerrogativas da procuradoria legislativa em prol dos servidores da ALES.

Ante o exposto, divirjo³ do Voto do Eminentíssimo Conselheiro Relator, de modo que VOTO para que seja adotada a seguinte deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. Reconhecer a capacidade postulatória da Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo para defesa dos seus agentes pela prática dos atos em defesa do interesse público, dando-se prosseguimento ao feito;

2. Dar ciência aos interessados.

³ Divergência em relação à notificação dos senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro, para no prazo de 10 (dez) dias, ratifiquem os termos da defesa exercida pelo procurador legislativo, senhor José Arimathea Campos Gomes, ou apresentem novo patrono, sob pena de aplicação do § 2º do art. 292 do RITCEES.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro

1. DECISÃO TC-0195/2020:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo então relator, em:

III.1.1 **ACOLHER PARCIALMENTE A PREJUDICIAL DE MÉRITO**, proposta pelo ministério público especial de contas, que diz respeito à indevida representação processual para defesa pessoal dos agentes públicos envolvidos, e nesse sentido voto para **NOTIFICAR** os senhores Erick Cabral Musso, Enivaldo Euzébio dos Anjos, João Carlos Lorenzoni, Raquel Ferreira Mageste Lessa, André Gomes Giori, Fabiano Burock Freicho, Joel Rangel Pinto Júnior e Roberto Ribeiro Carneiro, para no prazo de 10 (dez) dias, ratificarem os termos da defesa exercida pelo procurador legislativo, senhor José Arimathea Campos Gomes, ou apresentarem novo patrono, sob pena de aplicação do § 2º do art. 292 do RITCEES, na forma da fundamentação constante no item II.1.1;

III.2 Após a regularização da representação, retorne os autos à área técnica para apreciação da defesa dos agentes notificados, e em sequência, para manifestação do órgão ministerial.

2. Por maioria, nos termos do voto do então relator, conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, vencido o conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges que votou por reconhecer a capacidade postulatória da Procuradoria Geral da ALES para defesa dos seus agentes.

3. Data da Sessão: 04/02/2020 - 2ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (no exercício da presidência nos termos do art. 21, parágrafo único, c/c art. 83 do Regimento Interno), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (relator nos termos do art. 86, §§2º, 3º e 4º do Regimento Interno), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público Especial de Contas: Luciano Vieira.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

No exercício da Presidência