



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA**

Nº 03025/2014 – SPG/DV

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.198/TO

2ª TURMA

RECORRENTE: MARCOS ANTÔNIO DA SILVA MODES E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DO TOCANTINS

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANULAÇÃO DE NOMEAÇÃO E POSSE DE CONSELHEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. USURPAÇÃO DE VAGA DESTINADA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. FALECIMENTO DE UM DOS IMPETRANTES. DIREITO PERSONALÍSSIMO. IMPOSSIBILIDADE DE SUCESSÃO DOS HERDEIROS. PRESENÇA DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, INTERESSE DE AGIR E LEGITIMIDADE ATIVA DOS IMPETRANTES, MEMBROS DO *PARQUET* ESTADUAL DE CONTAS. NECESSIDADE DE EXAME DO MÉRITO PARA SUA Apreciação. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO POR ESSA CORTE SUPERIOR SEM INCORRER EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ART. 515, § 3º, CPC. CONDIÇÕES DA AÇÃO E DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADOS. PELA EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM RELAÇÃO AO FALECIDO E PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DOS DEMAIS IMPETRANTES.

COLEND A TURMA

Trata-se de Recurso Ordinário interposto por **MARCOS ANTÔNIO DA SILVA MODES E OUTROS** contra acórdão denegatório proferido pelo

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

2

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins nos autos do mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular os atos de nomeação e posse da **Conselheira do TCE, Sra. Leide Maria Dias Mota do Amaral**, e seus efeitos, reconhecendo ainda o direito dos impetrantes de “concorrer” e “ter cativa” a vaga de Conselheiro na categoria de representante do Ministério Público do Tribunal de Contas – fls. 27.

Sustentam os recorrentes a sua legitimidade ativa *ad causam* e o interesse de agir, na medida em que a pretensão de “concorrer” à última vaga aberta de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, pertencente à cota *Parquet* de Contas, e foi preenchida pela litisconsorte passiva, não integrante do quadro de membros da instituição. – fls. 1.970.

Em contrarrazões, o Estado do Tocantins argui a falta de regularidade formal, porque não houve a impugnação do fundamento do acórdão de que o inconformismo relacionado “à regularidade do procedimento adotado na nomeação do Conselheiro Herbert” demandaria dilação probatória, incidindo na espécie a Súmula 283/STF; de interesse-adequação, ante a necessidade de dilação probatória. Aduz ainda que a nomeação do Conselheiro Herbert Carvalho de Almeida deu-se na cota do Ministério Público de Contas, **mesmo sem a obediência ao requisito da lista tríplice**, não tendo os impetrantes arguido oportunamente qualquer nulidade nesse sentido, a vaga preenchida pela litisconsorte passiva é de livre nomeação do Chefe do Executivo Estadual, e que esta preenche todos os requisitos legais para ocupar o cargo – fls. 1.991/2011.

A litisconsorte passiva, também em contrarrazões, requer a suspensão do processo para intimação dos herdeiros do recorrente falecido, nos termos do art. 265, I, do CPC ou, alternativamente, a extinção do feito sem resolução do mérito, ante a impossibilidade de formação de lista tríplice com o desaparecimento de um dos integrantes do *Parquet*; e sustenta a falta de interesse de agir dos autores, ora recorrentes, por não serem os únicos integrantes da carreira, que é constituída de 09 membros – fls. 2012/2024.

OPINO

O presente *writ* foi impetrado, com pedido de liminar, visando obter a declaração de nulidade dos atos de nomeação e posse da **Sra. Leide Maria Dias Mota do Amaral** para a vaga de Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, aberta em razão da aposentadoria compulsória do Conselheiro José Jamil Fernandes, este nomeado dentro da cota de livre indicação do Chefe do Executivo Estadual.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

3

Alegaram os impetrantes, membros do Ministério Público de Contas, que a nova vaga deveria ter sido preenchida por integrante da carreira, mediante escolha em lista tríplice, uma vez que é a única categoria ainda não contemplada na forma do art. 35, I, b, da Constituição do Estado e do art. 136, I, b, da Lei Estadual nº 1.284/2001, que adotam o modelo estabelecido no art. 73, § 2º, I, da Constituição Federal.

A liminar foi indeferida pelo Tribunal *a quo*, acarretando a interposição de agravo interno que, improvido, resultou no manejo de REsp nº 1.365.626/TO, ao qual essa Corte Superior negou seguimento por perda superveniente do interesse de recorrer, diante do julgamento do *mandamus* na origem.

Ao julgar o *writ* a Corte local o extinguiu, **sem resolução do mérito**, nos termos do art. 267, VI, do CPC, sob os seguintes fundamentos:

a) a pretensão dos impetrantes seria, em verdade, “*voltada para toda a categoria do Ministério Público de Contas*”, sendo este o órgão “*diretamente interessado em defender a sua representação junto ao TCE*”, não existindo, conseqüentemente, qualquer direito individual a ser tutelado na ação mandamental impetrada - fls. 1.947;

b) por força do fundamento anterior, a ação a ser proposta seria a ação popular, ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo – fls. 1.947;

c) como o inconformismo apontado na inicial relaciona-se à suposta “*irregularidade de escolha*” da vaga preenchida pelo Conselheiro Herbert Carvalho em 1995, e não propriamente “*à vaga ocupada pela Conselheira Leide*”, a apuração de eventuais irregularidades no procedimento realizado em 1995 demandaria dilação probatória, inviável na sede do mandado de segurança – fls. 1.948;

d) incidência da Súmula nº 101/STF, pois o interesse dos impetrantes na vaga assumida pela Conselheira Leide Maria seria “*apenas reflexo*”, por dizer respeito a toda a categoria – fls. 1.951.

Daí a interposição do presente Recurso Ordinário.

1. Da suspensão do processo para intimação dos herdeiros do recorrente falecido

A litisconsorte passiva pleiteia a suspensão do feito em virtude do falecimento de um dos recorrentes, para que sejam intimados seus herdeiros, ou, alternativamente, a extinção do feito sem resolução do mérito, ante a impossibilidade de

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

4

formar a lista tríplice com o desaparecimento de um dos integrantes do Ministério Público de Contas.

Contudo, como ela mesma admite em suas contrarrazões, o direito de concorrer à vaga do Tribunal de Contas por membro do *Parquet é de natureza personalíssima*.

Além disso, tratando-se de mandado de segurança, não se admite a sucessão de partes.

Na hipótese, há que ser mantida a extinção do feito sem resolução do mérito quanto ao recorrente falecido por essa razão, ressaltando-se aos herdeiros a possibilidade de pleitear eventuais efeitos que atinjam sua esfera jurídica na via ordinária. Confira-se a ementa do acórdão abaixo, que extinguiu o feito sem resolução do mérito em razão do falecimento do impetrante, acatando a jurisprudência pacífica do STF e desse STJ:

A jurisprudência dessa E. Corte Superior de Justiça é pacífica nessa linha:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ÓBITO DO IMPETRANTE. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, ante o caráter mandamental e a natureza personalíssima da ação, não é possível a sucessão de partes no mandado de segurança, ficando ressalvada aos herdeiros a possibilidade de acesso às vias ordinárias.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infrinquentes, para denegar a segurança sem resolução do mérito. (EDcl no MS 11.581/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 01/08/2013)

2. Do conhecimento do recurso

Dentre os fundamentos para a denegação da ordem extinguindo o processo sem resolução do mérito está a necessidade de dilação probatória para a apuração de eventuais irregularidades no procedimento de escolha do Conselheiro Herbert Carvalho em 1995.

Nas razões recursais foram dispensadas quase **10 (dez) laudas** apontando documentos dos autos que sustentariam a tese de que a nomeação do Conselheiro Herbert Carvalho fora realizada na cota das vagas de livre escolha do Governador, não se lhe

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

5

podendo conferir o *status* de vaga do Ministério Público de Contas apenas porque o indicado era membro da instituição – fls. 1.972/1.981.

De maneira que presente o requisito de regularidade formal, devendo ser afastada a aplicação da Súmula 283/STJ.

3. Das condições da ação mandamental

Para analisar se há interesse de agir, inclusive na modalidade interesse-adequação e legitimidade ativa dos impetrantes, ora recorrentes, é **imprescindível** incursionar na pretensão veiculada nos autos.

Toda a fundamentação do aresto pautou-se na premissa de que “(...) o questionamento dos impetrantes se dirige à ausência de formação da lista tríplice que deveria ter ocorrido naquela nomeação de 1995”, não se reportando a lide “ao direito de um membro do MP de Contas assumir a vaga da Conselheira Leide”, o que, de acordo com o aresto, “*revela inconformismo quanto à regularidade do procedimento adotado na nomeação do Conselheiro Herbert*” - fls. 1.948.

Sob esse prisma, concluiu a Corte de origem que: **a)** não existiria qualquer direito individual a ser tutelado na presente ação mandamental; **b)** a ação a ser proposta deveria ser a ação popular, ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo; e **c)** a apuração de eventuais irregularidades no procedimento realizado em 1995 demandaria dilação probatória, inviável na sede do mandado de segurança – fls. 1.948.

Por sua vez sustentam os recorrentes que a pretensão expressa na inicial é clara no sentido de “*‘CONCORRER’ à última vaga de Conselheiro aberta e ilegalmente preenchida pela litisconsorte passiva*”, cuja tutela pertenceria, individualmente, a cada um dos legitimados, **por antiguidade**, nos termos do art. 73, § 2º, I, da CF – fls. 27.

Referido dispositivo constitucional estabelece como condição inafastável para o preenchimento da vaga do *Parquet* sejam os membros “**indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento**”, ao passo que o art. 75 da CF estende as normas estabelecidas na seção, no que couberem, “**à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios**”, ficando a cargo das Constituições Estaduais dispor sobre os Tribunais de Contas respectivos, a serem integrados por **sete conselheiros** – parágrafo único do mesmo artigo.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

6

Estabelece ainda o art. 235, *caput* e inciso I, que nos primeiros 10 (dez) anos da criação de um Estado-membro, serão observadas, entre outras “*normas básicas*”, a de que o Tribunal de Contas Estadual terá **3 (três) membros nomeados pelo Governador eleito**, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber e que, após esse período, **as nomeações obedecerão o disposto na Constituição Estadual**.

No Estado do Tocantins, assim dispõem os artigos 35, I, *b*, da Constituição Estadual e 136, I, *b*, da Lei Estadual nº 1.284/01 (LOTCE/TO), abaixo transcritos:

“Art. 35. O Tribunal de Contas do Estado tem sede na Capital, com quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o seu território, será integrado por **sete Conselheiros**, escolhidos:

I - três pelo Governador do Estado, com a aprovação da Assembléia Legislativa, sendo:

a) um, dentre Auditores **indicados em lista tríplice** pelo Tribunal de Contas, segundo critérios **de antiguidade e merecimento**;

b) um, dentre Procuradores de Contas **indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Contas, segundo os critérios estabelecidos na alínea anterior**;

c) um de sua livre nomeação;

II - quatro pela Assembléia Legislativa.”

“Art. 136. Os conselheiros do Tribunal de Contas serão escolhidos:

I - três pelo Governador do Estado, com a aprovação da Assembléia Legislativa, sendo:

a) um, dentre Auditores indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Contas, **segundo os critérios de antiguidade e merecimento**;

b) um, dentre Procuradores de Contas **indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Contas, segundo os critérios estabelecidos na alínea anterior**;

c) um de sua livre nomeação;

II - quatro pela Assembléia Legislativa”

A constatação da existência da vaga em aberto na cota do Ministério Público é, portanto, **condição necessária** para a caracterização do próprio direito dos impetrantes de a ela concorrer, razão pela qual a questão foi tratada detalhadamente no tópico referente aos fatos e fundamentos jurídicos do *mandamus*, **com extensa argumentação, acompanhada de 22 (vinte e dois) anexos com documentos** para suportá-la - fls. 12/26.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

7

Com efeito, a determinação da natureza da vaga preenchida pelo Conselheiro Herbert Carvalho, membro da Procuradoria de Contas junto ao TCE/TC à época de sua nomeação ao Conselho, configura questão essencial para apurar se existe o direito líquido e certo perseguido na espécie, de se **candidatarem** à eleição para a formação da lista tríplice, com o encaminhamento ao Chefe do Poder Executivo Estadual, para ocupar a vaga referente à cota do Ministério Público, questionada no *mandamus*.

O Tribunal de origem, ao concluir pela inexistência de direito individual a ser tutelado na ação mandamental **interpretou uma causa de pedir como se pedido fosse**, o que não se compatibiliza com a leitura da peça inaugural.

Quanto à ausência de prova pré-constituída para a análise da controvérsia, tem-se que o mandado de segurança constitui ação constitucional de rito sumário, a exigir **pronta comprovação do direito líquido e certo** tido como violado no ato da impetração, não admitindo dilação probatória, por incompatibilidade com a sua finalidade constitucional.

A inexistência de lista tríplice no processo de nomeação do Conselheiro Herbert Carvalho foi **alegada na exordial** – fls. 12 e ss., e **em nenhum momento do processo foi refutada pela autoridade coatora, pelo Estado do Tocantins ou pela litisconsorte passiva**, que se limitam a defender a tese de que a origem do indicado determina a natureza da vaga, e não o contrário, como prevê o art. 74, § 2º, I, da CF.

Foi juntada aos autos a cópia da Mensagem nº 26, de 23/06/1995, por meio da qual o Governador do Estado do Tocantins submete ao Poder Legislativo o nome do “*Doutor Herbert Carvalho de Almeida*, para ocupar uma vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas, em decorrência da renúncia do Doutor Augusto Brito Filho ...” - fls. 1.977.

Ressalte-se que os impetrantes **não apontam** nenhum vício na escolha do referido conselheiro, limitando-se a argumentar que essa nomeação **não pode** ser computada como vaga do *Parquet* de Contas, por ter sido da escolha livre do Chefe do Executivo – fls.1.978.

De forma que além do fato ser comprovado documentalmente, **não há controvérsia sobre a sua veracidade**, sendo a questão meramente de direito, ou seja, se essa escolha, sem observância de lista tríplice e na cota de livre escolha do Governador pode ser considerada como preenchimento da cota do Ministério Público de Contas.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

8

Logo, a aferição do eventual direito líquido e certo pleiteado na espécie independe **de dilação probatória**, sendo compatível a pretensão com a estreita via do mandado de segurança.

Ultrapassada a questão da adequação da via do mandado de segurança, cumpre analisar conjuntamente o interesse de agir e a legitimidade ativa.

A peculiaridade da hipótese em tela torna imprescindível o exame do mérito da demanda, sem o qual não é possível aferir se os recorrentes são titulares do interesse de invocar a tutela jurisdicional do Estado, a fim de que se solucione a controvérsia relativa à existência, ou não, do direito de concorrerem à lista tríplice.

Para isso impõe-se a incursão na composição e preenchimento das vagas dos Conselheiros do Tribunal de Contas no Estado do Tocantins desde a sua criação.

É fato público e notório, corroborado pela documentação acostada aos autos com a exordial, que durante os primeiros 10 (dez) anos do referido Estado o respectivo TCE funcionou com apenas 03 Conselheiros, escolhidos de acordo com o que estabelece o art. 235, III, da CF, ou seja, de livre nomeação pelo Governador do Estado, o que foi feito, efetivando-se a posse dos Conselheiros **Antônio Gonçalves de Carvalho Filho, João de Deus Miranda Rodrigues e José de Ribamar Meneses**.

Com a aposentadoria compulsória do Conselheiro José Ribamar, em janeiro de 1995, ocorreu a nomeação do Conselheiro **José Wagner Praxedes**, egresso da **Auditoria** e escolhido pelo Governador **em lista tríplice elaborada pelo pleno do TCE**, seguindo o critério **de antiguidade**, a teor do que estabelecem os artigos 235, X, da CF c/c o art. 136, I, a, da Constituição Estadual – fls. 500, 516 e 525.

Em maio do mesmo ano, transitou em julgado o RE nº 167.137/TO, por meio do qual o C. Supremo Tribunal Federal julgou procedente ação popular ajuizada contra o Estado do Tocantins, anulando as duas primeiras nomeações, dos Conselheiros Antônio Gonçalves e João de Deus, devolvendo ao Governador o direito de recompor as vagas pelo critério de livre escolha - art. 235, III, da CF – fls. 541/589.

Na sequência assumiram os Conselheiros **José Jamil Fernandes Martins**, no lugar do Conselheiro Antonio Gonçalves, e **Herbert Carvalho**, este na vaga deixada pelo Conselheiro João de Deus, **mediante livre escolha do Governador**.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

9

Para completar as 7 (sete) vagas previstas no art. 75 da CF, foram nomeados mais 4 (quatro) Conselheiros: Doris Terezinha Pinto Cordeiro de Miranda Coutinho, Manoel Pires dos Santos, Napoleão Luz Sobrinho e Severiano José Costandrade de Aguiar, **todos indicados pela Assembleia Legislativa** – fls. 292/495.

Com a aposentadoria compulsória do Conselheiro José Jamil, o Governador nomeou, **livremente**, com fundamento no art. 35, I, c, da Constituição Estadual, a **Conselheira Leide Maria Dias Mota Amaral** – fls. 46/127.

À luz dos já mencionados artigos 35, I, b, da Constituição Estadual e 136, I, b, da Lei Estadual nº 1.284/01, as referidas 7 (sete) vagas do TCE/TO devem **sempre e incondicionalmente** estar assim dispostas:

I) 3 (três) conselheiros escolhidos pelo Governador do Estado, com a aprovação da Assembleia Legislativa, sendo:

(a) **1 (um)** escolhido dentre Auditores indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Contas, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

(b) **1 (um)** escolhido dentre Procuradores de Contas indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Contas, segundo os critérios estabelecidos na alínea anterior; e

c) 1 (um) de sua livre nomeação;

II) 4 (quatro) conselheiros escolhidos pela Assembleia Legislativa.

Ocorre que antes da nomeação da Conselheira Leide Maria a composição do Tribunal era a seguinte:

I) 4 (quatro) Conselheiros escolhidos **diretamente pela Assembleia Legislativa** (Doris Terezinha Pinto Cordeiro de Miranda Coutinho, Manoel Pires dos Santos, Napoleão Luz Sobrinho e Severiano José Costandrade de Aguiar);

II) 3 (três) escolhidos pelo Governador (José Wagner Praxedes, José Jamil Fernandes Martins e **Herbert Carvalho**), sendo apenas o primeiro ocupante da vaga da Auditoria, escolhido dentre os integrantes de lista tríplice formada pelo Tribunal de Contas e os dois últimos livremente, em substituição aos dois conselheiros originalmente nomeados conforme o art. 235, III, da CF, mas afastados por decisão do Pretório Excelso nos autos do RE nº 167.137/TO.

Do exame desse breve histórico, evidencia-se o não cumprimento, por parte do Chefe do Executivo local, do art. 235, X, da CF, que determina, para o preenchimento das vagas de conselheiro do TCE/TO, a obediência estrita aos ditames da Constituição Estadual, cujo art. 35, acima transcrito, enumera requisitos específicos para as vagas de li-

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

10

vre escolha do Governador, como a do *Parquet* de Contas (inciso I, alínea *b*, do dispositivo), cujos indicados **devem provir de lista tríplice do Tribunal de Contas.**

O Estado do Tocantins sustenta que “*antes mesmo que se completassem os dez anos da criação do Estado, e mesmo tendo oportunidade de nomear livremente cidadãos para compor as aludidas vagas, resolveu, de forma louvável, já contemplar a Auditoria e a Procuradoria, formando um colegiado composto de três membros garantindo a representatividade da Auditoria e do Ministério Público de Contas, antecipando, assim, democraticamente, o novo regime estabelecido pela Carta Magna*” - fls. 2.001.

No tocante à vaga do Ministério Público, a tese sustentada pelos recorridos, de que, por ser o Conselheiro Herbert Carvalho oriundo da Procuradoria de Contas do Estado a vaga por ele preenchida tratar-se-ia, **automaticamente**, daquela prevista no aduzido art. 35, I, *b*, da CE/TO, conflita com as normas de regência da matéria, pois significaria aceitar que a origem do indicado é que determina a natureza da vaga!

A livre escolha do Governador do Estado de membro do Ministério Público de Contas, para uma das vagas em que lhe era legítima a indicação, sem qualquer outra formalidade, não cumpre o requisito constitucional de destinar uma vaga para o *Parquet* mediante escolha **dentre os integrantes de lista tríplice formada pelo órgão fiscalizador obedecido o critério da antiguidade**, pois “*o que importa não é a origem do indicado, mas sim a autoridade que lhe indica*” (STF, ADI nº 3.688/PE, Pleno, rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 24/08/2007).

De mais a mais, **a escolha foi, sim, de livre nomeação do Governador**, porque realizada nos primeiros 10 (dez) anos de existência do Estado e para o exclusivo fim de suprir vaga reaberta por ocasião da declaração de nulidade, pelo C. STF, da anterior nomeação do Conselheiro João de Deus, em cumprimento ao art. 235, III, da CF.

Observe-se que da Mensagem nº 26/95, acima já referida, não consta ao menos que o escolhido pertence ao órgão ministerial de contas. Confira-se:

“ (...)

Espero, pois, dessa Augusta Assembleia que, em face dos méritos e da competência pessoal do Doutor Herbert Carvalho de Almeida, pela sua idoneidade, reputação ilibada, experiência comprovada e notórios conhecimentos, conceda a necessária autorização para que seja nomeado como conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.”

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

11

De maneira que evidenciada que não há vinculação entre a aludida escolha e a categoria profissional, que não foi precedida de **lista tríplice formada pelo critério de antiguidade para nomear o Conselheiro Herbert Carvalho.**

A exigência da lista está expressamente prevista nos artigos 35, I, *b*, da Constituição Estadual e 136, I, *b*, da Lei Estadual nº 1.284/01 (LOTCE/TO), cuja observância é cogente a teor do art. 235, X da CF, e, subsidiariamente, caso omissas as normas tocantinenses a respeito da matéria, o art. 73, § 2º, I, da CF.

Diante desse quadro fático tem-se que a vacância deixada pela aposentadoria compulsória do Conselheiro José Jamil abriu o assento para o cumprimento do art. 35, I, *b*, da Constituição Estadual, providência que não foi levada a efeito com a nomeação da Sra. Leide Maria para o cargo, porquanto fundamentada no art. 35, I, *c*, do mesmo diploma, que trata das vagas de “*livre nomeação*” do Chefe do Executivo – fls. 47/51.

Resta analisar se os recorrentes preenchem os requisitos para concorrer à vaga inerente à instituição.

Previu a regra de transição estabelecida no art. 235 da CF que nos dez primeiros anos após a criação do Estado do Tocantins o Tribunal de Contas local teria três membros, nomeados de livre escolha do Governador eleito, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber (inciso III), devendo as nomeações que se seguirem às primeiras ser disciplinadas na Constituição Estadual (inciso X).

No âmbito federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União são escolhidos de acordo com as regras estabelecidas no art. 73, § 2º, da CF: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois **alternadamente** dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, **segundo os critérios de antiguidade e merecimento**; II – os dois terços restantes, pelo Congresso Nacional.

O art. 75, *caput*, da CF, por sua vez, dispõe que as normas veiculadas no Capítulo I, Seção IX, da Carta Magna aplicam-se, no que couberem, à organização e composição dos Tribunais de Contas dos Estados, o que abarca os ditames do art. 73, § 2º, da mesma Carta.

A Constituição Estadual e a Lei Orgânica do órgão trazem como requisito para a nomeação de Auditores e membros do Ministério Público ao cargo de

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

12

Conselheiro que os mesmos sejam indicados em listas tríplexes formuladas pelo TCE **sob os critérios de antiguidade e merecimento**.

A interpretação ao art. 35, I, *b*, da Constituição Estadual, que trata da matéria no âmbito estadual, deve ser feita em consonância com o art. 73, § 2º, da CF, acerca do qual o Tribunal Pleno do Pretório Excelso **há muito** possui posicionamento firmado no sentido de que: *“A indicação, pelo Tribunal de Contas, ao Chefe do Poder Executivo, dos nomes de auditores ou de membros do Ministério público junto ao Tribunal, conforme o caso, alternadamente, por antiguidade e merecimento, deve ser feita sempre em lista tríplex”* (RE nº 179.461, rel. Ministro Néri da Silveira, DJe de 22/03/1996).

Em outro precedente de notória relevância para o caso, a Corte Suprema concluiu que o modelo federal de organização, **composição** e fiscalização dos Tribunais de Contas, fixado que está na Carta Magna, *“é de observância compulsória pelos Estados, nos termos do 'caput' art. 75 da Carta da República”* (ADI nº 4.416 MC/PA, Tribunal Pleno, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 27/10/2010).

Nesse contexto, como **jamais** houve qualquer nomeação de membro do *Parquet* de Contas para a vaga de Conselheiro do TCE/TO, senão **por livre escolha do Governador**, ou seja, sem o atendimento das regras veiculadas nos artigos 73, § 2º, e 235, X, da CF, 35, I, *b*, da Constituição Estadual, e no 136, I, *b*, da LOTCE/TO, sendo este o **primeiro provimento da vaga do órgão ministerial de contas**, o preenchimento dessa vaga deverá obedecer ao critério de **antiguidade**, por ser esta a opção veiculada na Carta Magna.

Note-se que esse critério foi observado em relação à vaga da Auditoria!

De fato, o anexo 9 acostado à inicial do *mandamus* comprova que o Conselheiro José Wagner Praxedes, representante dos Auditores, foi escolhido **em lista tríplex** formada pelo critério **da antiguidade** – fls. 208.

A propósito do conceito de alternância, convém salientar ainda que essa E. Corte Superior já teve a oportunidade de se manifestar quanto à sua incidência no processo de preenchimento de vagas destinadas ao quinto constitucional, no julgamento do RMS nº 38.925/MS, 2ª Turma, rel. p/ acórdão Ministro Humberto Martins, DJe de 03/06/2013, concluindo o voto vencedor que *“a alternância se dá pela última entrada”*.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

13

Embora a conclusão desse E. STJ tenha sido alcançada na análise da alternância do preenchimento da vaga entre advogados e membros do *Parquet*, o entendimento se estende à hipótese em exame, por força dos dispositivos constitucionais já mencionados.

Logo, associando-se as razões expendidas até aqui ao fato de os recorrentes serem à época da impetração os 3 (três) primeiros membros do Ministério Público junto ao TCE/TO na ordem de antiguidade da instituição – fls. 37, restam evidenciados não apenas o interesse e a legitimidade ativa para a demanda, mas também o próprio direito de concorrer à formação da respectiva lista tríplice.

Está demonstrada a análise implícita do mérito do mandamus pelo Tribunal *a quo*, o que autoriza esse E. STJ a manifestar-se concretamente a respeito do mérito, sem incorrer em supressão de instância,

Convém ressaltar a urgência no deslinde da controvérsia trazida à apreciação dessa Corte Superior, na medida em que desde a criação do Estado do Tocantins pela Constituição Federal de 1988, art. 13 do ADCT, há cerca de 25 (vinte e cinco) anos, o Tribunal de Contas local opera em desconformidade com o modelo constitucional previsto no art. 73, § 2º, pois sem o devido preenchimento da cota do Ministério Público, mais uma vez rechaçado na última vacância.

A propósito, em caso semelhante ao dos autos, no qual analisado pelo C. STF o critério de escolha dos Conselheiros do TCE no Estado do Piauí, assim constou do voto condutor do aresto, da lavra do Ministro Maurício Corrêa:

“(…) destaco os fundamentos do voto que proferi no julgamento da liminar, vazado nos seguintes termos (fls. 192/194):

(…) 24. *Garantida pela Constituição essa estrutura que viabiliza um sistema misto de composição do Tribunal, em que ficou dividido o controle das contas públicas com a participação não só de nomes oriundos de seleção feita pelo Congresso Nacional, mas também de outros seguimentos que compõem o sistema, é de ver-se que essa composição, de natureza heterogênea, há que ter atuação simultânea, de tal sorte que a pluralidade eleita pelo Constituinte não se resume apenas a uma ficção sazonal, mas sim efetiva, permanente, estável, constante, imutável, para que se resguarde, de forma proporcional como estabeleceu a norma que a instituiu, a presença de todas as categorias na composição da Corte.* 25. *Creio que se assim não fosse, forma de provimento totalmente*

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradoria Geral da República

RMS Nº 44.198/TO

14

distinta da que previa o ordenamento passado, de que era titular único para as nomeações o Presidente da República, não terai a Carta Federal atual compartilhado a escolha – leia-se, a meu ver, a composição – agora não só pelo Chefe do Poder | Executivo, mas também pelo Congresso Nacional e as duas classes nela envolvidas.” (ADI nº 2.209/PI, Tribunal Pleno, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 25/04/2003)

Com base nesses fundamentos o Pretório Excelso concluiu que tinha aplicação ao caso o princípio da razoabilidade, para que, no campo do direito intertemporal, a composição daquela Corte de Contas pudesse adequar-se gradativamente ao parâmetro federal, “(...) *de sorte que, tão cedo quanto possível sua composição não seja mais provisória, mas sim definitiva*”.

Ora, o mesmo tratamento deve ser aplicado à espécie, porquanto com a última vacância ocupada pela Sra. Leide Maria Dias Mota do Amaral, **por livre escolha do Governador do Estado**, adiou-se mais uma vez o ajuste da composição do TCE/TO aos parâmetros constitucionais, por meio da nomeação de um representante do Ministério Público, legitimamente indicado em lista tríplice por critério de antiguidade, sendo de palpável urgência a concessão da ordem perseguida na espécie.

Além disso, a Conselheira já está exercendo de forma ilegítima o cargo desde 18 de maio de 2011, situação que está sendo protelada com grave violação à ordem constitucional e prejuízo ao controle das contas da Administração.

Por fim, ainda que assim não se entenda, tendo a autoridade impetrada prestado as informações e estando o processo devidamente instruído com provas suficientes e necessárias ao deslinde da controvérsia, incide à hipótese a Teoria da Causa Madura, a viabilizar o julgamento imediato do mérito da impetração, a teor precedentes dessa Corte Superior (RMS nº 43.434/MG, 2ª Turma, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 09/12/2013).

Ante o exposto opino pelo provimento do recurso.

Brasília, 10 de fevereiro de 2014

D a r c y S a n t a n a V i t o b e l l o
SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

\\G