

22/03/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: CLAUDIO LUIS NEVES CASTELLANO
ADV.(A/S)	: ANTONIO SILVIO MAGALHÃES JUNIOR
ADV.(A/S)	: CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA
ADV.(A/S)	: DIANA COELHO BARBOSA
ADV.(A/S)	: MARCELO DE CARVALHO

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo. Processo de escolha de Conselheiros do Tribunal de Contas estadual. Critério de precedência na ordem de preenchimento das vagas. Ausência de auditor e de membro do Ministério Público de Contas. Interpretação conforme à Constituição. Vinculação das vagas.

1. Ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Constituição do Estado de São Paulo de 1989, o Tribunal de Contas desse Estado era formado exclusivamente por Conselheiros indicados pelo Governador. Entretanto, de acordo com o novo modelo constitucional, deveria passar a contar com quatro conselheiros escolhidos pela Assembleia Legislativa, sendo os três outros escolhidos pelo Governador (art. 73, § 2º, e art. 75, CF/88). A forma mais eficaz de se garantir a composição paritária no caso do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo era exatamente o estabelecimento de prioridade de indicação pela Assembleia Legislativa, nada obstando que a indicação para as vagas seguintes que não lhe fossem cativas coubesse ao Governador do Estado, na forma regrada pela Constituição Federal; ou seja, primeiramente, um indicado dentre auditores, depois, outro indicado dentre membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e, por fim, um terceiro de

ADI 374 / DF

sua livre escolha. Precedentes.

2. A suspensão de dispositivos da Constituição paulista (ADI nº 397/SP) não autorizou o Estado de São Paulo a adotar, ao seu alvedrio, critério diverso das regras contidas no art. 73, § 2º, da CF/88. As regras de composição dos Tribunais de Contas dos Estados derivam diretamente dos arts. 73, § 2º, e 75 da Constituição Federal, sendo de absorção obrigatória pelos Estados-membros, ainda que não haja reprodução expressa nas Constituições estaduais. Precedentes.

3. A aplicação que vem sendo dada no Estado de São Paulo às normas em questão tem retardado a nomeação, como Conselheiros, de auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, com a consequente hipertrofia do Poder Legislativo em relação ao Executivo, afetando, ainda, sobremaneira, a proporcionalidade, a heterogeneidade e a pluralidade na composição do Tribunal de Contas estadual. Esta Suprema Corte, por sua vez, não pode deixar espaços para soluções normativas ou interpretativas que se prestem a um atraso ainda maior na implementação do modelo constitucional. Faz-se necessário, portanto, ajustar a composição da Corte, de modo a fazer cumprir os comandos pertinentes da Carta da República.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para (1) declarar constitucional o *caput* do art. 7º do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo; e (2) conferir interpretação conforme à Constituição ao parágrafo único do art. 7º do ADCT paulista, ficando estabelecido que, com a formação completa do Tribunal de Contas do Estado (com o preenchimento das quatro vagas pela Assembleia Legislativa), as outras três vagas, da cota do Governador, devem ser preenchidas da seguinte forma: as duas primeiras, respectivamente, por auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas; e a terceira, por cidadão de livre escolha do Governador. Para ajustar, então, a composição da Corte à interpretação conforme assim conferida, a vaga decorrente da aposentadoria do Conselheiro Fúlvio Julião Biazzi deve ser, necessariamente, preenchida por um auditor da Corte de Contas, a ser indicado pelo Governador do

ADI 374 / DF

Estado, considerando-se a vaga ocupada pelo Conselheiro Renato Martins Costa correspondente à classe dos membros do Ministério Público de Contas, a qual assim deverá ser necessariamente preenchida quando vagar. Além disso, o Governador do Estado somente indicará um Conselheiro de sua livre escolha no caso de vacância do cargo hoje ocupado pelo Conselheiro Antonio Roque Citadini, nomeado antes da Constituição de 1988, e novas indicações da Assembleia Legislativa somente ocorrerão no caso de vacância das vagas hoje ocupadas pelos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Robson Riedel Marinho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Cesar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em declarar constitucional o **caput** do art. 7º do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo, conferindo interpretação conforme ao seu parágrafo único, nos termos do voto do Relator. Decidem, ademais, os Ministros, segundo as vinculações reconhecidas, que a vaga decorrente da aposentadoria do Conselheiro Fúlvio Julião Biazzi deve ser necessariamente preenchida por um Auditor da Corte de Contas, escolhido pelo Governador de Estado, e que a vaga ocupada pelo Conselheiro Renato Martins Costa corresponde à classe do Ministério Público Especial, a qual assim será preenchida quando vagar, tudo contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Cármem Lúcia, que julgavam totalmente procedente a ação. Cassada a medida liminar.

Brasília, 22 de março de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 NÃO INFORMADA

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQDO.	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.	: CLAUDIO LUIS NEVES CASTELLANO
ADV.	: ANTONIO SILVIO MAGALHÃES JUNIOR
ADV.	: CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA
ADV.	: DIANA COELHO BARBOSA
ADV.	: MARCELO DE CARVALHO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em 28 de setembro de 1990, tendo por objeto o art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo, o qual diz respeito ao processo de escolha de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Artigo 7º - As quatro primeiras vagas de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, ocorridas a partir da data da publicação desta Constituição, serão preenchidas na conformidade do disposto no art. 31, § 2º, item 2, desta Constituição.

Parágrafo único - Após o preenchimento das vagas, na forma prevista neste artigo, serão obedecidos o critério e a ordem fixados pelo art. 31, §§ 1º e 2º, desta Constituição.”

Por sua vez, os §§ 1º e 2º do art. 31 da Constituição do Estado dispõem:

“Artigo 31 - O Tribunal de Contas do Estado, integrado por sete Conselheiros, tem sede na Capital do Estado, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território estadual,

ADI 374 / NÃO INFORMADA

exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 da Constituição Federal.

§ 1º - Os Conselheiros do Tribunal serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

1 - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

2 - idoneidade moral e reputação ilibada;

3 - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

4 - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija conhecimentos mencionados no item anterior.

§ 2º - Os Conselheiros do Tribunal serão escolhidos:

1 - dois, pelo Governador do Estado com aprovação da Assembléia Legislativa, alternadamente entre os substitutos de Conselheiros e membros da Procuradoria da Fazenda do Estado junto ao Tribunal, indicados por este, em lista tríplice, segundo critérios de antigüidade e merecimento (declarado inconstitucional pelo STF na ADI 397);

2 - quatro pela Assembléia Legislativa;

3 - o último, uma vez pelo Governador do Estado, e duas vezes pela Assembléia Legislativa, alternada e sucessivamente. (declarado inconstitucional por arrastamento pelo STF na ADI 397) “

O autor alega a ocorrência de violação ao modelo federal de composição do Tribunal de Contas, de observância obrigatória pelos Estados, a teor da análise combinada dos arts. 75 e 73, § 2º, da Constituição Federal.

Faz remição, em suas razões, aos fundamentos constantes da representação do Dr. Austen S. Oliveira, acompanhada de parecer da lavra do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que faz as seguintes considerações:

“(...) o art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias anexo à Constituição do Estado de São Paulo,

ADI 374 / NÃO INFORMADA

promulgada a 5 de outubro de 1989, viola o modelo obrigatório acima referido.

(...)

Em face da norma acima, somente após quatro vagas é que se abrirá para o Governador do Estado a oportunidade de escolher Conselheiro para o Tribunal de Contas. E, com isto, a oportunidade de indicação alternada de substituto de Conselheiro e de membro da Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal.

Tal previsão não se ajusta ao princípio constitucional obrigatório, que edita a Constituição Brasileira. Esta é de que o Chefe do Executivo escolha um terço, o Legislativo dois terços dos membros do Tribunal de Contas; não que o Legislativo escolha, mesmo a título transitório, quatro de um total de sete!

Como o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Paulista desobedece a esse princípio, é ele inconstitucional, em face do art. 75, combinado com o art. 73, § 2º, da Constituição Brasileira" (fls. 20/21).

Em sessão plenária de 26 de outubro de 1990, a Corte, por maioria de votos, deferiu a medida cautelar para suspender, até o julgamento final da ação, a vigência do art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo, nos termos da ementa seguinte:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO - COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - NORMA DE DIREITO TRANSITÓRIO QUE RESERVOU A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA O PROVIMENTO DAS QUATRO PRIMEIRAS VAGAS SUPERVENIENTES A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO LOCAL - A QUESTÃO DA ORDEM DE PRECEDÊNCIA DA ESCOLHA DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - SUSPENSÃO CAUTELAR DEFERIDA.

Os Estados-membros estão sujeitos, na organização e

ADI 374 / NÃO INFORMADA

composição dos seus Tribunais de Contas, a um modelo jurídico estabelecido pela própria Carta Federal, que lhes restringe o exercício e a extensão do poder constituinte decorrente de que se acham investidos. A norma consubstanciada no art. 75 do texto constitucional torna extensíveis aos Estados-membros as regras nele fixadas.

É indiscutível o relevo jurídico da questão suscitada, a ele associa-se uma situação configuradora do 'periculum in mora', que se expressa na conveniência de evitar que o caráter abrangente da norma impugnada venha a gerar situação de possível conflito institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo do Estado, com evidente repercussão na ordem jurídica local.

O preceito questionado abrange não apenas uma, mas as quatro próximas vagas de Conselheiro, afetando-as, em bloco, a exclusiva escolha da assembléia legislativa, com absoluta supressão, ainda que de forma provisória, da possibilidade de participação do Governador do Estado no processo de investidura dos membros integrantes do Tribunal de Contas estadual.

A questão fundamental consiste em definir se a observância imposta aos Estados-membros pelo art. 75 da Constituição, no que tange à composição dos seus Tribunais de Contas, alcança a forma com que se ajustara, neste período de transição, a proporcionalidade da escolha dos Conselheiros, entre os Poderes Legislativo e Executivo do Estado, observadas, no que concerne a esse processo de investidura, as vinculações de ordem constitucional" (Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 26/10/90, DJ de 19/2/93).

Em face da decisão cautelar, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo opôs embargos de declaração, alegando que a decisão proferida não impede a Casa Legislativa de indicar nome para o preenchimento da vaga de Conselheiro, tendo em vista as regras permanentes da Constituição do Estado de São Paulo, que não foram objeto de impugnação na ação (fls. 46/48).

ADI 374 / NÃO INFORMADA

A Assembleia fez, ainda, juntar esclarecimentos no sentido de que a precedência para a indicação dos membros da Corte de Contas caberia ao Legislativo, uma vez que no regime constitucional anterior todas as nomeações eram patrocinadas pelo Poder Executivo (fls. 65/88).

A apreciação dos embargos de declaração pelo Pleno da Corte, em questão de ordem, resultou no não conhecimento do pedido, uma vez que o recurso antecedera a publicação do acórdão. Confira-se:

"EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - ACÓRDÃO NÃO PUBLICADO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXCEPCIONALIDADE DE SEU CONHECIMENTO NO CONTROLE CONCENTRADO - CONSULTA - INADMISSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELO STF.

A interposição de recurso que se antecipe à própria publicação formal do acórdão revela-se comportamento processual extemporâneo e destituído de objeto. O prazo para interposição de recurso contra decisão colegiada só começa a fluir, ordinariamente, da publicação da súmula do acórdão no órgão oficial. Por isso mesmo, os pressupostos de cabimento dos embargos de declaração - obscuridade, dúvida, contradição ou omissão - não de ser aferidos em face do inteiro teor do acórdão a que se referem. A simples notícia do julgamento efetivado não dá início ao prazo recursal.

A relevância de que se reveste o processo de controle concentrado de constitucionalidade pode justificar, no entanto, em casos excepcionais, a cognoscibilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de questões específicas emergentes de decisões por ele proferidas, passíveis de apreciação por esta Corte mediante formal provocação da parte interessada.

Petições recursais que mascarem verdadeiras consultas revelam-se conflitantes com a essência da atividade jurisdicional e a própria natureza das funções institucionais outorgadas pelo ordenamento constitucional ao Supremo Tribunal Federal" (fl. 122/123).

ADI 374 / NÃO INFORMADA

O Advogado-Geral da União, em petição juntada às fls. 127/142, manifestou-se pela improcedência do pedido.

Por seu turno, opinou o Procurador-Geral da República (fls. 146/152) pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, afirmando que o Constituinte de 1988 não deixou ao alcance dos Estados-membros, *“ainda que por meio de norma transitória, como é a ora atacada, o modo de compor as Cortes de Contas. Ao revés, os dispositivos da Carta Política que, in casu, atuam como padrão de confronto sintetizam normas de necessária observância pelos Estados-membros no exercício do poder constituinte derivado”*.

Em atendimento ao despacho de fl. 160, a Assembleia Legislativa do Estado, em 2005, prestou esclarecimentos (fls. 166/188) no sentido da vigência do dispositivo suspenso. Informou, ainda, que, após a promulgação da Constituição paulista de 1989, houve provimento por seis vezes do cargo de Conselheiro. Ressaltou que, em respeito ao art. 31 do diploma constitucional estadual, que tece as regras permanentes sobre a escolha dos membros da Corte de Contas, foram as quatro primeiras indicações realizadas pelo Poder Legislativo, uma pelo Governador do Estado e a última, novamente, pelo Poder Legislativo.

Em resumo, há, atualmente, o seguinte quadro: vaga nº 1, preenchida antes de 1989 por indicação do Governador; vagas nºs 2, 3, 4, 5 e 7, preenchidas após 1989 por indicação da Assembleia Legislativa; e vaga nº 6 preenchida após 1989, por indicação do Governador.

Solicitadas novas informações (fl. 191), a Assembleia Legislativa reforçou a situação acima descrita (fls. 196/201), não tendo havido nesse período nova indicação de membro ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

É o relatório.

Junte-se aos autos e distribua-se cópia aos Senhores Ministros (art. 9º da Lei n. 9.868/99 e art. 172 do RISTF).

À julgamento pelo Plenário.

22/03/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O Tribunal de Contas, instituição imbricada na República Brasileira, sofreu, no decorrer da nossa história constitucional, evolução significativa, sendo alçada na Carta Federal de 1988 ao **status** das instituições de mais alta relevância, haja vista a sua função precípua de zelar pela gestão legítima (legal, moral e transparente) da coisa pública, ora de forma independente, ora em auxílio ao Poder Legislativo.

Com o advento do regime constitucional atual, entre as questões submetidas a esta Corte, a indagação sobre a forma de composição dos Tribunais de Contas estaduais tem sido uma das mais recorrentes.

Quanto à escolha dos membros do Tribunal de Contas da União, diz a Constituição Federal:

“Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

(...)

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

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 antigüidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.”

No concernente aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, a Carta Maior, em seu art. 75, impôs a obrigatoriedade de

ADI 374 / DF

observância, no que possível, do regramento acerca da organização, da **composição** e da fiscalização dispensado ao Tribunal de Contas da União, ressaltando que eles devem ser **integrados por sete Conselheiros**.

Em face da necessidade de se estabelecer parâmetros para a transição do regime anterior para o atual, teve de intervir este Supremo Tribunal Federal para esclarecer o conteúdo normativo da Carta de 1988.

A dificuldade apresentada para se observar a proporção definida na composição dos Tribunais de Contas estaduais, em razão do número de assentos (sete) não comportar divisão exata, ensejou a edição, por esta Corte, da **Súmula nº 653**, que possui o seguinte teor:

“No Tribunal de Contas Estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo Estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha.”

Superada a questão da divisão paritária, outra identicamente tortuosa foi posta: a existência ou não de ordem de precedência na indicação dos membros das Cortes de Contas, ou, ainda, eventual necessidade de alternância entre as escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Como ora se coteja, seria lícito ao Constituinte estadual dispor sobre a ordem de prioridade das escolhas?

Já adianto que, a meu ver, e no entendimento firmado nos mais recentes julgados desta Corte, a resposta deve ser afirmativa.

As Cartas de 1967 e de 1969 - a despeito de se aproximarem do modelo atual quanto à alteridade e ao caráter ancilar da Corte de Contas com relação ao Poder Legislativo - **atribuíam com exclusividade ao Presidente da República a escolha dos membros do Tribunal de Contas da União**.

A anterior Constituição do Estado de São Paulo (Emenda Constitucional nº 2, de 30 de outubro de 1969) não divergia da Carta

ADI 374 / DF

Federal ao firmar que:

“Artigo 89 - O Tribunal de Contas, com sede na Capital e jurisdição em todo o Estado, compor-se-á de **sete Conselheiros, terá quadro próprio para o seu pessoal e exercerá, no que couber, as atribuições previstas no artigo 115 da Constituição da República e outras que a lei estabelecer, no âmbito de sua competência.**

§ 1º - Os Conselheiros serão nomeados pelo Governador, com aprovação prévia da Assembléia, dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, de comprovada idoneidade moral, com notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública, portadores de diploma de nível universitário correspondente.”

Note-se que, ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Constituição do Estado de São Paulo de 1989, o **Tribunal de Contas desse Estado era formado exclusivamente por Conselheiros indicados pelo Governador**. Entretanto, de acordo com o novo modelo constitucional, deveria passar a contar com **quatro conselheiros escolhidos pela Assembleia Legislativa**, sendo os **três outros escolhidos pelo Governador**.

Diante dessa realidade fático-jurídica, **como forma mais efetiva de realização do modelo consagrado no Estatuto Magno**, não se afigura inconstitucional a previsão transitória de que as primeiras quatro vacâncias fossem supridas por indicados do Poder Legislativo.

Isso foi, aliás, o que salientou o Ministro **Carlos Velloso** ao firmar posição, à época, minoritária, no julgamento da medida cautelar da presente ação, a cujo voto aderiram outros quatro julgadores:

“Sr. Presidente, a Constituição Federal, no que se refere à nomeação dos Ministros do Tribunal de Contas da União, não estabelece um critério de prioridade, de modo que não me parece inconstitucional um dispositivo da Constituição Estadual que, pretendendo estabelecer a proporcionalidade

ADI 374 / DF

inscrita no § 2º do art. 73 da Constituição Federal, determine que as quatro primeiras vagas que ocorrem a partir da nova ordem constitucional sejam preenchidas por indicação da Assembléia Legislativa. É que, até então, todos os Conselheiros do Tribunal de Contas foram indicados pelo Poder Executivo.

Ora, se a Constituição Federal não estabelece prioridade, quer-me parecer lícito à Assembléia – sem violentar o modelo genérico da Constituição Federal, sem violar a simetria federal –, pretender estabelecer equilíbrio no que tange à proporcionalidade. **Por isso, repito, até então todos os Conselheiros foram indicados pelo Poder Executivo**” (fl. 100).

Ademais, em julgados mais recentes – vale lembrar que a medida cautelar nesta ação foi deferida em 1990 –, esta Suprema Corte vem reconhecendo, de acordo com as peculiaridades dos casos existentes em cada ente federado, que a solução mais adequada aos desígnios constitucionais é aquela que melhor promove a mais célere recomposição do Tribunal de Contas local, satisfazendo, assim, a proporcionalidade de indicados pela Assembleia Legislativa e pelo Governador do Estado.

Alguns critérios já foram utilizados por esta Corte para resolver a questão, como se verá ao longo deste voto. Por ora, confirmam-se os seguintes julgados:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. 2. **Art. 2º da Emenda Constitucional nº 5 à Constituição do Estado do Amapá**, na parte que acrescenta, ao art. 54, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o parágrafo 2º, o qual estipula: 'Após passar o Tribunal de Contas a ter sete Conselheiros, desde que fique garantida a distribuição proporcional prevista no § 2º, I e II do art. 113, as quatro vagas serão preenchidas pela Assembléia Legislativa, observados os requisitos do § 1º do mencionado artigo'. 3. Matéria distinta da que se discute na ADIN 1474-9 - AP. 4. Alegação de ofensa ao art. 73, § 2º, I e II, da Constituição Federal. 5. Decisões do STF,

ADI 374 / DF

nas ADIN's nºs 374 e 892 sobre provimento de vagas de Conselheiros de Tribunal de Contas dos Estados. 6. O Governador nomeou três membros da Corte, ao ensejo da sua instalação [antes da Constituição de 1988]. Os quatro, a completar o número de sete, a partir de 5.10.1998, suscetíveis de nomeação, não de compreender-se na quota reservada à Assembléia Legislativa (2/3). Somente ao ensejo da vacância dos cargos cujo provimento foi de escolha do Governador, será possível estabelecer a observância necessária da regra constitucional aludida, quanto à escolha dentre auditores, membros do Ministério Público junto ao TCE e de um de livre nomeação do Governador. 7. Medida cautelar indeferida" (ADI nº 1.957/AP-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 11/06/99).

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO. ARTIGO 279-I E II DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONSELHEIRO. ORDEM DE ESCOLHA. INDICAÇÃO DO GOVERNADOR. PRECEDENTES DO STF. I - Não ofende a Carta da Republica o estabelecimento, pela Constituição Estadual, da precedência da indicação feita por um dos Poderes sobre a de outro. Precedentes (ADIn 585, entre outras). II - Deve-se observar a escolha por parte do governador -- ante a impossibilidade aritmética de adoção do modelo federal da terça parte --, de um auditor e um membro do Ministério Público, alternadamente, e de um terceiro a seu critério. Precedentes (ADIn 419, entre outras). Ação direta julgada procedente” (ADI 1.068/ES, Relator o Ministro Francisco Rezek, DJ de 24/11/95).

Vê-se, portanto, que a forma mais eficaz de se garantir a composição paritária no caso do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo era exatamente o estabelecimento de prioridade de indicação pela Assembleia Legislativa, **nada obstando que a indicação para as vagas**

ADI 374 / DF

seguintes que não lhe fossem cativas coubesse ao Governador do Estado, na forma regrada pela Constituição Federal, ou seja, primeiramente, um indicado dentre auditores, outro dentre membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, e um terceiro de sua livre escolha.

Isso se dá, especialmente porque, conforme já decidido por este Supremo Tribunal Federal, “[a] determinação acerca de qual dos poderes tem competência para fazer a escolha dos membros dos tribunais de contas estaduais deve preceder à escolha da clientela sobre a qual recairá a nomeação” (ADI nº 3.688/PE, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 24/08/07).

Essa foi, também, a conclusão da Corte no julgamento da medida cautelar da ADI 2.209/PI (Rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ de 1º/9/2000), posteriormente confirmada no julgamento de mérito (DJ de 25/4/03). O caso versava sobre a impugnação de lei piauiense que determinava que o Governador deveria observar a seguinte ordem na escolha dos membros da Corte de Contas estadual: livre escolha, escolha entre auditores e, só então, escolha entre membros do Ministério Público. No caso, havia ocorrido uma indicação pelo Governador antes da Constituição de 1988. Diante disso, esta Corte considerou que o conselheiro nomeado antes da CF/1988 fazia parte da cota do Governador e decidiu que **as indicações seguintes deveriam recair sobre as categorias de auditor e de membro do Ministério Público, a fim de que se realizasse mais rapidamente o comando constitucional.**

Eis o que afirmou o Ministro **Maurício Corrêa**:

“(...) comprovado que no Tribunal já existe uma vaga ocupada por Conselheiro nomeado por Governador -, deve-se abrir oportunidade para que as outras categorias também integrem o Tribunal, de sorte que tão cedo quanto possível sua composição não seja mais transitória, mas sim definitiva.

(...)

Com essas considerações, tenho que a **melhor solução para a espécie deverá ser aquela que dá ao dispositivo interpretação conforme à Constituição Federal, sem redução**

ADI 374 / DF

de texto, apenas para declarar que, havendo vaga no Tribunal de Contas do Estado, deverá ser ela preenchida, segundo a previsão estabelecida nas alíneas b e c, do inciso I do § 2º do artigo 88 da Constituição do Estado, assegurando-se, em consequência, a primeira escolha para o Auditor."

Próximos dos contornos do presente caso, é possível citar, ainda, os seguintes julgados:

"Ação direta de inconstitucionalidade: processo de escolha dos Conselheiros dos Tribunais de Contas do Estado do Pará e dos Municípios - art. 307, I, II e III e § 2º, das Disposições Constitucionais Gerais, da Constituição do Estado, conforme a redação dada pela EC 26, de 16 de junho de 2004. 1. Controvérsia relativa ao critério de precedência (ou de prevalência) na ordem de preenchimento de vagas, com alternância entre o Legislativo e o Executivo. 2. Não ofende a Constituição o estabelecimento, pela Constituição Estadual, da precedência da indicação feita por um dos Poderes sobre a do outro (v.g. ADIn 419, Rezek, DJ 24.11.95; ADIn 1068, Rezek, DJ 24.11.95; ADIn 585, Ilmar, DJ 2.9.94). 3. Entretanto, no caso da composição dos Tribunais de Contas paraenses, a situação atual, marcada com indicações feitas sob quadros normativos diferentes, necessita de ajuste para se aproximar do desenho institucional dado pela Constituição. 4. 'Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento' (ADI 2.596, Pl., 19.03.2003, Pertence). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para conferir ao texto impugnado e ao seu § 1º, por arrastamento, interpretação conforme à Constituição, nestes termos: Quanto ao TCE: a) a cadeira atualmente não preenchida deverá ser de indicação da Assembléia Legislativa; b) após a formação completa (três de indicação do Governador e quatro da Assembléia), quando se abra vaga da

ADI 374 / DF

cota do Governador, as duas primeiras serão escolhidas dentre os Auditores e membros do Ministério Público junto ao tribunal; Quanto ao TCM: a) Das duas vagas não preenchidas, a primeira delas deverá ser de indicação da Assembléia Legislativa e a segunda do Governador, esta, dentre Auditores; b) após a formação completa, quando se abra a vaga das indicações do Governador, o Conselheiro será escolhido dentre os membros do Ministério Público junto ao Tribunal.” (ADI nº 3.255, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 07/12/07).

“EMENTA: I. Constituição: princípio da efetividade máxima e transição. 1. Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento. II. Tribunal de Contas dos Estados: implementação do modelo de composição heterogênea da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 rompeu com a fórmula tradicional de exclusividade da livre indicação dos seus membros pelo Poder Executivo para, de um lado, impor a predominância do Legislativo e, de outro, vincular a clientela de duas das três vagas reservadas ao Chefe do Governo aos quadros técnicos dos Auditores e do Ministério Público especial. Para implementar, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, a serem providas pelo chefe do Poder Executivo, a preferência deve caber às categorias dos auditores e membros do Ministério Público especial: precedentes do STF” (ADI nº 2.596/PA, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 2/5/03).

Assim sendo, a constatação de que, ao tempo da promulgação da Constituição do Estado de São Paulo, o Tribunal de Contas estadual era formado exclusivamente por Conselheiros indicados de forma livre pelo Governador, impunha, de um lado, a precedência do Legislativo nas

ADI 374 / DF

quatro primeiras escolhas e, de outro, a destinação das duas primeiras vagas da cota do Chefe do Executivo aos quadros técnicos de auditores e de membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

O raciocínio exposto, a meu ver, parece claro e decorre diretamente da Constituição Federal.

Feitas essas considerações e observada a evolução da jurisprudência da Corte, que a meu ver é a mais consentânea com a vontade constitucional, é possível concluir pela necessidade de revisão do entendimento adotado pelo Tribunal no julgamento da medida cautelar.

Contudo, diante do decurso do tempo, faz-se necessário examinar, ainda, a atual composição do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Já adianto que a composição hodierna causou-me certa perplexidade, a qual pretendo compartilhar com os Senhores.

Para tanto, valho-me das informações prestadas pela Assembleia Legislativa acostadas aos autos. Peço vênia para transcrevê-las na íntegra, pois **bem traduzem a situação em que se encontra, passados mais de 23 anos da promulgação da atual Constituição da República, a Corte de Contas do maior estado da Federação brasileira.** Vide:

“A Constituição Estadual de 5 de outubro de 1989, na Seção VI, do Capítulo II do Título II, determina, no 'caput' do artigo 31, que o Tribunal de Contas do Estado será composto por **sete Conselheiros**. O § 1º deste artigo dispõe sobre os requisitos necessários para a nomeação, e o seu § 2º estabelece a ordem de escolha, conforme segue:

'Artigo 31(...)

§ 2º - Os Conselheiros do Tribunal serão escolhidos:

1 – dois, pelo Governador do Estado com aprovação da Assembléia Legislativa, alternadamente entre os substitutos de Conselheiros e membros da Procuradoria

ADI 374 / DF

da Fazenda do Estado junto ao tribunal, indicados por este, em lista tríplice, segundo critérios de antiguidade e merecimento;

2 – quatro pela Assembléia Legislativa;

3 – o último, uma vez pelo Governador do Estado, e duas vezes pela Assembléia Legislativa, alternada e sucessivamente.'

Ocorre que, **em 3 de agosto de 2005**, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 397-6 e **julgou inconstitucionais os itens 1 e 3, do § 2º do artigo 31**, supra transcrito, sendo certo que referido acórdão já transitou em julgado, confirmando liminar concedida em 30 de novembro de 1990, que suspendia os efeitos somente do tem 1.

Visando aclarar o modo de **iniciar-se** o processo de escolha, quando da abertura de vagas no Tribunal, a partir de 5 de outubro de 1989, o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispôs:

ADCT

'Artigo 7º - As quatro primeiras vagas de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, ocorridas a partir da data da publicação desta Constituição, serão preenchidas na conformidade do disposto no art. 31, § 2º, item 2 desta Constituição.

Parágrafo único – Após o preenchimento das vagas, na forma prevista neste artigo, serão obedecidos o critério e a ordem fixados pelo art. 31, §§ 1º e 2º, desta Constituição.'

Verifica-se, portanto, que as quatro primeiras vagas de Conselheiro seriam preenchidas por indicação da Assembléia Legislativa, segundo o disposto no artigo 7º do ADCT da Carta Estadual. Ocorre que, também esse dispositivo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, n. 374-7, requerida pelo

ADI 374 / DF

Sr. Procurador-Geral da República, **com liminar deferida em 26 de outubro de 1990, suspendendo-lhe a vigência desde então.** Referida ADIn aguarda julgamento, quanto ao mérito.

Inobstante os incidentes judiciais mencionados (ADIn n. 397-6, que suspendeu a vigência do **item 1** do § 2º do art. 31 da C.E. e ADIn n. 374-7, que suspendeu a vigência do **artigo 7º do ADCT** da C.E.), desde a promulgação da Constituição Estadual, em 5 de outubro de 1989, **foram preenchidas 6 (seis) vagas de Conselheiro, na seguinte conformidade:**

1. EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO, na vaga de Olavo Drummond

PDL N. 8, DE 1990, transformado no DECRETO LEGISLATIVO N. 211, de 14 de dezembro de 1990

Fundamento: art. 31, § 2º, **item 2** da C.E.

Indicação da ALESP

2. EDGARD CAMARGO RODRIGUES, na vaga de Paulo de Tarso Santos

PDL N. 1, DE 1991, transformado no DECRETO LEGISLATIVO N. 213, de 21 de maio de 1991

Fundamento: art. 31, § 2º, **item 2** da C.E.

Indicação da ALESP

3. FÚLVIO JULIÃO BIAZZI, na vaga de Orlando Gabriel Zancaner

PDL N. 1, DE 1993, transformado no DECRETO LEGISLATIVO N. 215, de 1º de março de 1993

Fundamento: art. 31, § 2º, **item 2** da C.E.

Indicação da ALESP

4. CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA, na vaga de George Oswaldo Nogueira

PDL N. 6, DE 1993, transformado no DECRETO LEGISLATIVO N. 216, de 17 de novembro de 1993

Fundamento: art. 31, § 2º, **item 2**, da C.E.

ADI 374 / DF

Indicação da ALESP

5. RENATO MARTINS COSTA, na vaga de Antonio Carlos Mesquita

PDL N. 8, DE 1994, transformado no DECRETO LEGISLATIVO N. 218, de 19 de abril de 1994

Fundamento: art. 31, § 2º, **item 3** da C.E. **[de livre escolha do Governador]** Acrescente-se que nessa ocasião a ADI n. 397-6 ainda não fora julgada em definitivo, e a liminar concedida em 1990 suspendia a eficácia do item 1, somente.

6. ROBSON RIEDEL MARINHO, na vaga de José Luiz de Anhaia Mello

PDL N. 16, DE 1997, transformado no DECRETO LEGISLATIVO N. 367, de 3 de abril de 1997

Fundamento: art. 31, § 2º, **item 2** da C.E.

Indicação da ALESP

Nesse passo, importante anotar que, quando da primeira nomeação, do conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, houve questionamento judicial - mandado de segurança n. 12.167-0/4, impetrado por Waldermar Machado de Barros - onde foi discutida a validade do procedimento de escolha, tendo em vista, dentre outros fundamentos, a suspensão da vigência do art. 7º do ADCT da constituição estadual.

Entretanto, ao manifestar-se sobre o assunto, em grau de suspensão da liminar concedida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no mandado de segurança, o Exmo. Sr. Procurador-geral de República, autor da ADIn n.374-7, declarou:

'Vê-se, pois, que o procedimento legislativo de escolha de conselheiro, cujos trâmites foram sustados pela liminar, objeto deste pedido de suspensão, não constitui descumprimento à decisão deste colendo Supremo Tribunal Federal, quando da Adin 374.

Embora o Projeto de Decreto Legislativo nº 8, de

ADI 374 / DF

1990, faça, em sua justificativa, alusão ao dispositivo transitório cuja eficácia está suspensa, o certo é que o ato tem por fundamento essencial disposição permanente do texto constitucional.'

O parecer parcialmente transcrito acima, da lavra do dr. Aristides Junqueira Alvarenga, foi acolhido pelo Exmo. Presidente do STF, Ministro Néri da Silveira, que autorizou o prosseguimento do processo legislativo de escolha do Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho.

(...)

Portanto, se as **quatro primeiras nomeações, todas elas indicações da Assembléia Legislativa, não tiveram como fundamento o artigo 7º do ADCT – suspenso por liminar na ADIn 374 – mas sim disposição permanente do texto constitucional, qual seria essa disposição?**

Com toda certeza, o **item 2, do § 2º, do artigo 31, da Constituição Estadual de 1989**. Bem por isso, note-se que as quatro primeiras nomeações, todas indicações da Assembléia Legislativa, tiveram por fundamento esse dispositivo, valendo acrescentar que os respectivos processos **tiveram início no próprio projeto de decreto legislativo, apresentado pela mesa diretora**.

Na quinta nomeação, do Conselheiro Renato Martins Costa, o processo também iniciou-se por projeto de decreto legislativo de autoria da E. Mesa, porém, atendendo à **indicação do Senhor Governador do Estado, constante da Mensagem A-º 53, de 13 de abril de 1994, com fundamento no § 2º, ITEM 3, do artigo 31 da Constituição do Estado (Projeto de Decreto Legislativo n. 8, de 1994)**.

Na sexta nomeação, do Conselheiro Robson Riedel Marinho, o critério de escolha deveria assentar-se no fundamento do artigo 31, § 2º, ITEM 1, da Constituição do Estado. Porém, esse dispositivo também **encontrava-se com a sua vigência suspensa, - como se encontra até hoje – por força da decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal**,

ADI 374 / DF

na ADIn n. 397-6 e confirmada em 2005 pelo julgamento do mérito.

Impedidos de usar esse fundamento constitucional para a escolha, os Poderes do Estado, em obediência ao espírito do sistema de rodízio, tiveram de valer-se novamente do **ITEM 2 do § 2º do artigo 31 da Constituição Estadual**.

Vale destacar, da Justificativa do Projeto de Decreto Legislativo n. 16, de 1997 – último procedimento legislativo de escolha de Conselheiro – o seguinte tópico:

'Como se sabe, trata-se da primeira das quatro vagas a serem providas pela Assembléia, nos termos do artigo 31, § 2º, item 2, da Constituição do Estado. Na última indicação de Conselheiro (PDL 8/94), o Senhor Governador fundamentou sua mensagem no item 3 deste mesmo dispositivo constitucional. A seguir, passar-se-ia às indicações com fulcro no item 1 do § 2º do artigo 31, mas este preceptivo constitucional está suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal, em liminar concedida na ADI 397-6.' " (fls. 198/201).

Esclarecedor, ainda, é o trecho das informações prestadas pela Casa Legislativa, em 2005, acerca da peculiar forma como o Estado pretendia preencher os cargos de Conselheiro no caso de novas vacâncias. Confirase:

"Após este relato, à vista das indicações procedidas até o momento, e seu respectivo fundamento, e mais as decisões judiciais proferidas pela Suprema Corte do país, que forçaram e forçam essas indicações a calcarem-se somente nos ITENS 2 e 3 do § 2º do artigo 31 da Constituição do Estado, conforme já salientado na Justificativa do último processo de escolha, acima mencionada, (PDL n. 16/97) é de solar clareza que, respeitada a ordem possível de rodízio, com fundamento nos dispositivos constitucionais em vigor, cabe à Assembléia Legislativa indicar os Conselheiros para prover as três próximas vagas

ADI 374 / DF

que se abrirem no Tribunal de Contas do Estado, posto que o fundamento da vez é o item 2, do § 2º, do artigo 31 da Constituição Paulista, sendo certo que a última indicação (PDL 16/97) foi a primeira das quatro a que tem direito o Poder Legislativo.”

Eis, então, um quadro que demonstra a composição da Corte paulista:

CONSELHEIRO	INDICAÇÃO	DATA
1) Antonio Roque Citadini	Governador do Estado	Antes CF/88
2) Eduardo Bittencourt Carvalho	Assembleia Legislativa	Dez. 1990
3) Edgard Camargo Rodrigues	Assembleia Legislativa	Mai. 1991
4) Fúlvio Julião Biazzi	Assembleia Legislativa	Mar. 1993
5) Cláudio Ferraz de Alvarenga	Assembleia Legislativa	Nov. 1993
6) Renato Martins Costa	Governador do Estado	Abr. 1994
7) Robson Riedel Marinho	Assembleia Legislativa	Abr. 1997

Ressalto, nesse ponto, que, **em dezembro de 2011**, após a inclusão deste processo em pauta, o Conselheiro **Fúlvio Julião Biazzi** aposentou-se, de forma que, **atualmente, há um cargo vago no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**.

Ora, Senhores Ministros, verifica-se, com essas informações, o tumulto que o Estado de São Paulo vem fazendo na composição da sua Corte de Contas. **O caso é preocupante e merece reparo.**

ADI 374 / DF

Em que pese a regra do art. 73, § 2º, da Constituição Federal e os esclarecimentos da Súmula nº 653 desta Corte Suprema, até dezembro do último ano (antes da aposentadoria do Conselheiro Fúlvio Julião Biazzi), a situação fática era, em resumo, a seguinte: **o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo estava formado por (i) um conselheiro nomeado antes da Constituição de 1988, indicado pelo Governador; (ii) cinco conselheiros indicados pela Assembleia Legislativa; e (iii) um conselheiro indicado livremente pelo Governador após a Constituição de 1988.**

Desse modo, enquanto cinco dos conselheiros foram indicados pela Assembleia Legislativa, até hoje, **não há nenhum conselheiro escolhido dentre os auditores e os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.**

No caso, desconsiderou-se, por completo, a proporcionalidade de que tratam os arts. 73, § 2º, e 75 da CF/88. Não vejo, ademais, como as decisões deste Tribunal, na presente ação e na ADI nº 397/SP, possam ter servido de fundamento para tamanho desrespeito às regras da Constituição da República.

Segundo a Casa Legislativa, as nomeações dos quatro primeiros conselheiros, após a Constituição de 1988, por indicação da Assembleia Legislativa, não decorreram da regra transitória contida no art. 7º do ADCT, mas, sim, da disposição permanente trazida pelo item 2 do § 2º do art. 31 da Constituição Estadual, que afirma que quatro conselheiros serão escolhidos pela Assembleia Legislativa.

Independentemente da discussão acerca de ter havido ou não desrespeito à decisão cautelar proferida nesta ação direta, **o fato é que a Assembleia Legislativa já indicou os quatro conselheiros que lhe competia indicar, não havendo, nesse ponto, reparações a serem adotadas pela Corte de Contas.** Com a nomeação do Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, obteve-se a formação completa do Tribunal, com três Conselheiros indicados pelo Governador (antes da CF/88) e quatro pela Assembleia.

Na sequência, caberia então ao Governador, quando abertas as vagas

ADI 374 / DF

da sua cota (três conselheiros), indicar os seus ocupantes, observando, necessariamente, a regra de dois conselheiros dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para um terceiro de sua livre indicação.

Contudo, não foi o que ocorreu. Abertas duas novas vagas, resultantes da saída de dois conselheiros nomeados antes da CF/88 - portanto, da cota do Governador -, o que se seguiu foi: para a primeira vaga, em abril de 1994, uma **indicação livre do Governador do Estado**; e, para a segunda vaga, em abril de 1997, **mais uma indicação do Poder Legislativo**.

Note-se que, a Assembleia Legislativa aponta como fundamento para essas nomeações a decisão liminar concedida na ADI nº 397/SP.

Com efeito, a parte permanente da Constituição do Estado de São Paulo atinente à escolha e à nomeação dos Conselheiros (art. 31, § 2º) foi objeto de sindicância na ADI nº 397/SP, de relatoria do Ministro **Eros Grau**, tendo, à época, a seguinte redação:

“Art. 31. (...)

§ 2º - Os Conselheiros do Tribunal serão escolhidos:

1 - dois, pelo Governador do Estado com aprovação da Assembleia Legislativa, alternadamente entre os substitutos de Conselheiros e membros da Procuradoria da Fazenda do Estado junto ao Tribunal, indicados por este, em lista tríplice, segundo critérios de antiguidade e merecimento;

2 - quatro pela Assembleia Legislativa;

3 - o último, uma vez pelo Governador do Estado, e duas vezes pela Assembleia Legislativa, alternada e sucessivamente”.

Em sessão plenária de 30 de novembro de 1990, esta Corte deferiu, por unanimidade, medida liminar na ADI 397/SP, suspendendo, assim, até o julgamento da ação, os efeitos do item 1 do § 2º do art. 31 da Constituição do Estado de São Paulo. **Vide** a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

ADI 374 / DF

MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (ITEM '1', PAR. 2., ART-31). CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CRITÉRIO DE ESCOLHA DISSOCIADO DO PARADIGMA FEDERAL, AO QUAL ESTARIA VINCULADO O CONSTITUINTE ESTADUAL (CE, ARTS. 73, PAR. 2., INC. I, E 75). PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. 'PERICULUM IN MORA'. LIMINAR DEFERIDA." (ADI 397/DF-MC, Relator o Ministro. Célio Borja, DJ de 22/2/91).

Em 2005, houve pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal acerca dos critérios de escolha dos membros da Corte de Contas paulista, julgando, por unanimidade, procedente a ação, e **declarando a inconstitucionalidade dos itens 1 e 3 do § 2º do art. 31 da Constituição do Estado de São Paulo**. O acórdão lavrado nessa oportunidade assentou:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ITEM '1' DO § 2º DO ARTIGO 31 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. TRIBUNAL DE CONTAS. CONSELHEIRO. ESCOLHA. MEMBROS DA PROCURADORIA DA FAZENDA DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 653 DA SÚMULA DESTA CORTE. 1. Nos termos do Enunciado n. 653 da Súmula desta Corte, nos Tribunais de Contas estaduais, compostos por sete Conselheiros, três deles serão escolhidos pelo Governador do Estado, cabendo-lhe indicar um entre auditores e outro entre membros do Ministério Público Especial, o terceiro sendo da sua livre escolha. Os demais são escolhidos pela Assembléia Legislativa. 2. Quanto aos dois primeiros, apenas os auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas podem figurar entre os possíveis Conselheiros. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente" (DJ de 9/12/05).

Em verdade, quando esta Corte, no julgamento da medida cautelar

ADI 374 / DF

na ADI 397, suspendeu a eficácia do item 1 do § 2º do art. 31 da Constituição estadual, o fez exatamente em virtude do critério nele definido estar dissociado daquele expresso no paradigma federal.

A suspensão desse dispositivo da Constituição paulista de modo nenhum autorizou o Estado de São Paulo a adotar, ao seu alvedrio, critério diverso das regras contidas no art. 73, § 2º, da CF/88. Não há que se falar, como sustenta a Assembleia, que as decisões judiciais proferidas por esta Suprema Corte *“forçaram e forçam essas indicações a calcarem-se somente no ITENS 2 e 3 do § 2º do artigo 31 da Constituição do Estado”*.

Ressalte-se que o entendimento da Assembleia Legislativa levaria ao absurdo de o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no futuro, ser composto tão somente por conselheiros indicados pela Casa Legislativa, uma vez que, com a decisão de mérito na ADI 397, apenas subsistiria o item 2 do § 2º do art. 31 da Constituição paulista (que prevê as vagas da Assembleia).

O cumprimento das decisões desta Corte exigia, exatamente, a adoção dos critérios contidos no paradigma federal, quais sejam, a indicação pelo Governador de dois conselheiros dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, alternadamente, e a de um conselheiro de sua livre escolha (art. 73, § 2º, I, e art. 75, CF/88). **Isso foi devidamente explicitado nos julgados deste Supremo Tribunal** e, mesmo com as duas decisões desta Suprema Corte em sede de ação direta de inconstitucionalidade, não cumpriu o Estado de São Paulo o que foi estabelecido.

À luz dessas considerações, para atender de forma mais eficaz os preceitos constitucionais acerca da composição do Tribunal de Contas, após as quatro indicações feitas pela Assembleia Legislativa paulista, **uma vez abertas duas novas vagas da cota do Governador, era mister que fossem essas preenchidas por um auditor e por um membro do Ministério Público junto ao Tribunal.**

No caso, **não havia espaço para mais uma livre indicação do Chefe do Executivo** (pois os conselheiros remanescentes da ordem constitucional anterior já tinham sido indicados pelo Governador); **menos**

ADI 374 / DF

ainda para mais uma indicação da Assembleia Legislativa, ao passo que nenhum auditor ou membro do Ministério Público junto ao tribunal foi, até então, escolhido pelo Governador do Estado para ocupar uma vaga de conselheiro no Tribunal de Contas.

A aplicação que vem sendo dada no Estado de São Paulo às normas em questão tem retardado e inviabilizado a nomeação de auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, com a consequente hipertrofia do Poder Legislativo em relação ao Executivo, afetando, ainda, sobremaneira, a proporcionalidade, a heterogeneidade e a pluralidade na composição do Tribunal de Contas estadual.

Percebe-se que, caso houvessem sido adotadas as regras constitucionais e as orientações já firmadas por esta Corte, a transição da composição do Tribunal de Contas paulista já se teria completado, tanto em relação às indicações do Poder Legislativo, quanto em relação às indicações do Governador, pois **desde a promulgação da Constituição de 1988 já foram preenchidas seis das sete vagas de conselheiros.**

É importante frisar que, nos termos da jurisprudência desta Corte (ADI nº 2.209/PI, ADI nº 3.255/PA; ADI nº 2.596/PA), o conselheiro nomeado antes da CF/1988 (no caso, o Conselheiro Antonio Roque Citadini) faz parte da cota de livre escolha do Governador. Portanto, já se deveria ter aberto a oportunidade para que as outras categorias (auditor e membro do Ministério Público) integrassem o Tribunal, **de sorte que a composição da Corte não seria mais transitória, mas sim definitiva.**

Contudo, a aplicação indiscriminada do art. 31 da Constituição paulista e as injustificáveis interpretações adotadas pelo Estado de São Paulo, **ao invés de permitirem à Corte de Contas alcançar sua composição permanente, geraram um verdadeiro retrocesso na transição de um regime a outro, invertendo, inclusive, a proporcionalidade exigida na Constituição.**

Desse modo, os sabores da política local estão não apenas a impedir a máxima efetividade da Constituição, a qual conferiu novo formato a esse órgão de controle, mas também a **dar a ele uma configuração totalmente descompassada com o modelo imposto pela Carta de 1988.**

ADI 374 / DF

Ora, Senhores Ministros, os Estados-membros não gozam de liberdade para retardar a transição de um regime constitucional a outro. Tampouco podem fechar os olhos aos critérios expressos na Carta Magna e às decisões deste Tribunal. Esta Suprema Corte, por sua vez, não pode deixar espaços para soluções normativas ou interpretativas que se prestem a um atraso ainda maior na implementação do modelo constitucional.

Essa flagrante situação de inconstitucionalidade vivenciada no Estado de São Paulo não pode perdurar, sendo necessária imediata adequação ao modelo proposto na Constituição Federal.

É bem verdade que, na ocasião das duas últimas nomeações, não haviam sido criados, ainda, o quadro de Auditor do Tribunal de Contas nem o Ministério Público oficiante na Corte de Contas paulista.

Com efeito, o quadro de Auditor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi criado pela Lei Complementar nº 979, de 2005. Por sua vez, só recentemente a Lei nº 1.110, de 2010, criou o Ministério Público no âmbito da Corte de Contas paulista, tendo sido finalizado, em dezembro do ano passado, o concurso público para provimento dos cargos, os quais já foram providos neste mês de fevereiro.

Ora, decorridos mais de vinte e três anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a inexistência de membros do Ministério Público Especial poderia dar ensejo, inclusive, a um **cenário de omissão inconstitucional do Poder Público**, conforme já assentou esta Corte no julgamento da ADI 3.276/CE. Confira-se:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. EC 54 À CONSTITUIÇÃO DO
ESTADO DO CEARÁ. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E
TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. MODELO
FEDERAL. ARTIGOS 73, § 2º, INCISOS I E II, E 75 DA
CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VAGA DESTINADA AOS
MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AOS AUDITORES.
INEXISTÊNCIA DE LEI QUE IMPLEMENTA AS CARREIRAS.
INÉRCIA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA QUANTO À

ADI 374 / DF

CRIAÇÃO DE CARGOS E CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL E DOS AUDITORES. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. 1. A nomeação livre dos membros do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Contas dos Municípios pelo Governador dar-se-á nos termos do art. 75 da Constituição do Brasil, não devendo alongar-se de maneira a abranger também as vagas que a Constituição destinou aos membros do Ministério Público e aos auditores. Precedentes. 2. O preceito veiculado pelo artigo 73 da Constituição do Brasil aplica-se, no que couber, 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. Imposição do modelo federal nos termos do artigo 75. 3. A inércia da Assembléia Legislativa cearense relativamente à criação de cargos e carreiras do Ministério Público Especial e de Auditores que devam atuar junto ao Tribunal de Contas estadual consubstancia omissão constitucional. 4. Ação direta de constitucionalidade por omissão julgada procedente" (ADI nº 3.276/CE, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 1º/2/08).

Conforme entendimento já consolidado nesta Corte (ADI nº 3.276/CE e ADI nº 4.416/PA-MC), essa omissão não autoriza a utilização de critério de escolha incompatível com o modelo federal traçado na Carta Magna.

Embora a situação tenha peculiaridades, é possível dar a ela tratamento análogo ao que foi dado nos precedentes já citados desta Corte.

Vejamos, então, o que disciplina o art. 7º do ADCT, ora impugnado:

"Artigo 7º - As quatro primeiras vagas de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, ocorridas a partir da data da publicação desta Constituição, serão preenchidas na conformidade do disposto no art. 31, § 2º, item 2, desta

ADI 374 / DF

Constituição.

Parágrafo único - Após o preenchimento das vagas, na forma prevista neste artigo, serão obedecidos o critério e a ordem fixados pelo art. 31, §§ 1º e 2º, desta Constituição.”

Como visto, nos termos da mais recente jurisprudência da Corte, não há vício de constitucionalidade na regra de transição que determina o provimento das primeiras quatro vagas de Conselheiros por indicação da Assembleia Legislativa, já que as nomeações anteriores à Constituição de 1988 cabiam ao Governador do Estado. Portanto, o **caput** do art. 7º harmoniza-se com a Carta Federal, sendo a fórmula mais rápida de se chegar à proporcionalidade exigida na Constituição.

Já o parágrafo único do art. 7º **faz referência aos critérios e à ordem fixados pelo art. 31, §§ 1º e 2º, da Constituição do Estado**, sendo que os itens 1 e 3 do § 2º do art. 31, que estabeleciam como deveriam ser as indicações do Governador, **foram declarados inconstitucionais por esta Corte na ADI nº 397**.

Portanto, para evitar maiores tumultos e para restabelecer a constitucionalidade da situação ora vivida no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a melhor solução para o caso é **conferir interpretação conforme à Constituição ao parágrafo único do art. 7º do ADCT da Constituição paulista**, a fim de esclarecer que, com a formação completa do Tribunal de Contas (com o preenchimento das quatro vagas pela Assembleia Legislativa), na linha da ampla jurisprudência desta Corte, as outras três vagas, da cota do Governador, devem ser preenchidas da seguinte forma: duas, respectivamente, por auditor e por membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e uma por indivíduo escolhido livremente pelo Governador.

Como, no caso, temos uma situação prolongada no tempo e diante das decisões já proferidas por este Supremo Tribunal, faz-se necessário ajustar a composição da Corte, de modo a fazer cumprir os comandos pertinentes da Carta da República, nos seguintes termos:

ADI 374 / DF

Como a Assembleia Legislativa já indicou os quatro conselheiros que lhe competia indicar, não há, nesse ponto, reparações a serem adotadas pela Corte de Contas. Novas indicações pela Assembleia Legislativa somente ocorrerão nos casos de vacância das vagas hoje ocupadas pelos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Robson Riedel Marinho.

Em relação às indicações do Governador do Estado, diante da recente vaga surgida com a aposentadoria do Conselheiro **Fúlvio Julião Biazzi** (indicado pela Assembleia Legislativa), viabilizando a regularização, ao menos em parte, da composição da Corte, deve essa vaga, **necessária e imediatamente**, ser preenchida por um auditor da Corte de Contas, a ser indicado pelo Governador do Estado, **validando-se, assim, a nomeação de Robson Riedel Marinho**, restando, consequentemente, regularizada a proporcionalidade entre as indicações da Assembleia Legislativa (quatro) e do Governador (três).

Quanto à presença de um membro do Ministério Público Especial, como consequência da interpretação conforme conferida, seria necessária a anulação da nomeação do Conselheiro Renato Martins Costa. Contudo, tendo em vista que, na ocasião (abril de 1994), ainda não havia sido criado o Ministério Público de Contas no Estado de São Paulo, o que só ocorreu com a Lei nº 1.110, de 2010, e considerando, ainda, que o Conselheiro Renato Martins Costa é oriundo do Ministério Público estadual, entende-se, **excepcionalmente**, que a vaga por ele ocupada corresponde à vaga do membro do Ministério Público de Contas e, no caso de vacância, deve ser ela necessariamente preenchida por um membro do Ministério Público Especial.

Por sua vez, como o Conselheiro Antonio Roque Citadini, nomeado antes da CF/1988, na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal, faz parte da cota de livre escolha do Governador, este somente indicará um Conselheiro de sua livre escolha no caso de vacância desse cargo.

Ante o exposto, voto pela parcial procedência do pedido para:

ADI 374 / DF

(1) declarar constitucional o **caput** do art. 7º do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo; e

(2) conferir interpretação conforme à Constituição ao parágrafo único do art. 7º do ADCT paulista, estabelecendo-se que, com a formação completa do Tribunal de Contas do Estado (com o preenchimento das quatro vagas pela Assembleia Legislativa), as outras três vagas, da cota do Governador, devem ser preenchidas necessariamente da seguinte forma: duas, respectivamente, por auditor e por membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e uma por indivíduo escolhido livremente pelo Governador.

Para ajustar, então, a composição da Corte à interpretação conforme assim conferida, a vaga decorrente da aposentadoria do Conselheiro Fúlvio Julião Biazzi deve ser, necessariamente, preenchida por um auditor da Corte de Contas, a ser indicado pelo Governador do Estado. Considera-se, por outro lado, que a vaga ocupada pelo Conselheiro Renato Martins Costa correspondente à classe dos membros do Ministério Público de Contas, a qual assim deverá ser necessariamente preenchida quando vagar.

Além disso, o Governador do Estado somente indicará um Conselheiro de sua livre escolha no caso de vacância do cargo hoje ocupado pelo Conselheiro Antonio Roque Citadini, nomeado antes da Constituição de 1988. Por seu turno, novas indicações da Assembleia Legislativa somente ocorrerão no caso de vacância das vagas hoje ocupadas pelos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Robson Riedel Marinho.

Em resumo, as escolhas dos membros do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ficam assim vinculadas, conforme disposto no seguinte quadro mnemônico:

ADI 374 / DF

CONSELHEIRO	INDICAÇÃO E ORIGEM
Antonio Roque Citadini	Livre indicação do Governador do Estado
Eduardo Bittencourt Carvalho	Indicação da Assembleia Legislativa
Edgard Camargo Rodrigues	Indicação da Assembleia Legislativa
Vaga decorrente da aposentadoria do Conselheiro Fúlvio Julião Biazzini	Necessária indicação pelo Governador do Estado de um auditor do Tribunal de Contas
Cláudio Ferraz de Alvarenga	Indicação da Assembleia Legislativa
Renato Martins Costa	Corresponde à vaga do membro do Ministério Público de Contas e assim será necessariamente preenchida no caso de vacância
Robson Riedel Marinho	Indicação da Assembleia Legislativa

É como voto.

22/03/2012

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 DISTRITO FEDERAL

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Apenas para me orientar: não havia nem representante de auditor, nem do Ministério Público Especial até então.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Até hoje.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E ainda hoje não há.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).



22/03/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Toffoli, o Conselheiro está lá desde abril de 97 - esse que teria que sair imediatamente e ser substituído -, certo? Pelo quadro apresentado por Vossa Excelência, na proposta de voto de Vossa Excelência, ficariam convalidados os atos por ele praticados nesses quinze anos e o seu imediato afastamento. No quadro que tenho, seria isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Foi de livre escolha do Governador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Houve uma liminar implementada pelo Supremo, em 1990, que talvez não tenha sido observada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Anterior a isso. Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vamos placitar essa inobservância?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso estou demarcando que há descumprimento de decisão quando foi praticado, quer dizer, em 1994 e 1997 - que são os dois; o outro também -, já havia decisão do Supremo que teria sido descumprida.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Somos os

ADI 374 / DF

remanescentes da "velha guarda".

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Velha, não: jovem.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu fiz menção a essas leis e a essa criação à fl. 21 do meu voto. Como Vossa Excelência já havia aparteado e feito as referências, eu pulei essa parte, para abreviar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Sr. Presidente, **eu sempre penso que a questão da modulação é algo para ser debatido aqui em Plenário.** Eu não sou, de maneira nenhuma, contrário a uma eventual modulação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Está correto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Então, eu trouxe a sugestão de que houve uma nulidade – há hoje uma nulidade – quanto à proporcionalidade, configurada na investidura de Renato Martins Costa. Eu trago aqui o meu voto no sentido da teoria dogmática ortodoxa da nulidade constitucional, devendo remanescer, não obstante, os efeitos dos atos praticados. Mas não me oponho, de maneira nenhuma, se a Corte assim entender, a placitar essa situação com indicação futura; estou aberto a essa discussão.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, há um fato, a meu ver, muito grave.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É a decisão que o Supremo já tinha tomado, essa é uma situação que tem que ser considerada. Houve descumprimento da decisão do Supremo em dado momento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que se procedeu contrariando-se um pronunciamento do Supremo. Isso é, para mim, muito grave.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Isso tem que ser levado em conta.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E a manutenção de um quadro constitucional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, mas há um dado, o Ministro Celso de Mello talvez possa ter informações mais precisas, ao que me recordo, o Conselheiro Renato Martins Costa foi membro do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Como o Fúlvio Julião também.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Também. O Cláudio Alvarenga também.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Há um aspecto, portanto, a ser considerado: quer dizer, há, ainda que por vias transversas, uma representação do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O Ministério Público foi majoritário no Tribunal de Contas de São Paulo. Não tenho dúvida.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Essa questão do auditor – da alternância, o auditor e o Ministério Público, ou mesmo sem alternância, considerados os nove membros e três indicações pelo Chefe do Executivo – não compõe a controvérsia que estamos enfrentando.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A situação aqui talvez seja mais grave, porque, neste caso, a liminar foi deferida em 1990. Ainda não contava com um ano no Tribunal, e, hoje, já me aproximo dos vinte e dois anos!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, em que plano ficam os pronunciamentos do Supremo? Desrespeita-se a decisão do Supremo, nomeia-se na força, e o próprio Supremo acaba placitando o quadro!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não foi isso que aconteceu.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ministro Celso de Mello, havia - quando do provimento desse cargo pelo atual Conselheiro Martins Costa, cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas de São Paulo - disponível para nomeação, membro do Ministério Público de Contas?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, não havia quadro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, não existia. Só foi regulamentada em 2010.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, realmente, não havia como prover.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, eu vou fazer a leitura de parágrafo do meu voto que eu procurei resumir.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vamos ouvir o Relator.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

ADI 374 / DF

Deixe-me fazer a leitura: "O quadro de auditor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi criado pela Lei Complementar nº 979/2005."

Então, até 2005, não havia auditor no Tribunal de Contas de São Paulo, o quadro foi criado em 2005.

Por sua vez, só com a Lei nº 1.110/2010 é que se criou o Ministério Público Especial do Tribunal de Contas.

Está na página 21 do meu voto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Agora, o que mais me choca, realmente, é o fato de, consolidada a jurisprudência deste Tribunal, ainda hoje se ler nos jornais que a Assembleia e o Governador estão discutindo de quem seria a próxima vaga.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) -
Exatamente, estão discutindo quem vai indicar, se a Assembleia ou se o governador.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A Assembleia querendo indicar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É que, neste caso, ainda que o governador quisesse...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também, Presidente, fiquei em dúvida, e estava ali dizendo isso ao Ministro Celso, quando vi a fórmula adotada, já de definir quem eventualmente seria excluído a partir da nulidade, tendo em vista todas as implicações; e

ADI 374 / DF

ainda mais agora, quando se afirma que essa pessoa foi designada há dezoito anos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Oriunda do Ministério Público, informa agora o Ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Egressa do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, a mim me parece, que aqui é um caso típico de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade. Claro, é lamentável que não tenha havido o cumprimento da decisão; agora, teria cabido reclamação para o próprio Supremo Tribunal Federal dos setores interessados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Se declarar a inconstitucionalidade, pura e simples, resolve.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, quanto às implicações, existe a teoria do servidor, diria do agente de fato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isso. A próxima vaga já terá que ser provida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Os atos praticados se mostram válidos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O problema não é esse; o problema é que, se abrir vaga da Assembleia, esta

ADI 374 / DF

vai ter o direito de nomear um quarto.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Não, já tem quatro, hoje.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Já tem quatro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas é isso que estamos dizendo: se ficarmos aguardando a próxima vaga, ela poderá ser da competência da Assembleia; não sabemos qual será a próxima vaga.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, que o Tribunal regule como é que isso vai ser feito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas, se o Tribunal julgar procedente a declaração de inconstitucionalidade, o que vai ocorrer? É que, daqui para diante, a composição vai se fazer de acordo com o modelo federal, sem necessidade de se alijar ninguém. Porque a liminar é de 90, e foi considerada regra inconstitucional, mas o estado de fato parece que é outro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E foi descumprida, Excelência. Uma liminar do Supremo foi descumprida.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - O Ministro está propondo a procedência, e nós estamos aqui achando que é procedência e pronto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Propondo a procedência da declaração de inconstitucionalidade.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, quanto aos atos praticados, quanto ao que o conselheiro recebeu, tem-se a teoria do servidor de fato, que pode ser transportada para esse campo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

No meu voto, eu assentei essa convalidação. Se houver uma maioria no sentido de modular, eu adiro à maioria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que me preocupa, sobremaneira, é ter o Supremo, por um escore apertado – reconheço: seis votos a cinco, foi relator o ministro Celso de Mello –, implementado uma liminar e o Estado a descumprido. Isso me preocupa muito. Por quê? Porque se aposta na passagem do tempo, e, depois, na placitação do fato consumado. Qual a importância de nossas liminares, nenhuma?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, mas o caso tem particularidades: trata-se de um ex-membro do Ministério Público; vejo aqui, no *site* do Tribunal, é alguém que já exerceu várias vezes a presidência do tribunal; já está certamente próximo da aposentadoria compulsória; é uma pessoa que prestou relevantes serviços.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Compulsória, não.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ele é jovem. No tempo em que eu era magistrado, foi promotor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, mas,

ADI 374 / DF

enfim, a proximidade é relativa. O tempo mede-se, e cada um tem o seu próprio parâmetro para medir o tempo. Mas, de qualquer maneira, é uma pessoa que tem servido ao Estado de São Paulo de forma digna. Não se tem nenhuma notícia, enfim, de alguma...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A pessoalidade não está em jogo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, mas nós examinamos a questão sob o aspecto da razoabilidade também, eu penso que seria uma violência...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então, colhemos aí a opinião do Tribunal. Vamos ouvir.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu acho complicado para o Supremo Tribunal Federal, conforme afirma o Ministro Marco Aurélio, com todas as consequências, mas, aqui, não se pode alegar, nem em sonhos, por exemplo, boa-fé ou confiança, porque boa-fé contra uma decisão do Supremo de constitucionalidade é chegar a uma paroxismo ao qual não vou de jeito algum. Sabia que havia uma decisão, era uma pessoa que conhece o Direito, conhece a decisão e assumiu o risco.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Relegaram a segundo plano a nossa decisão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Assumiu o risco. Eu acho que pode ter prestado e deve ter prestado serviços. Nós não estamos discutindo isso, estamos discutindo que o exercício foi contrário a uma ordem do Supremo. E como o Poder Judiciário não tem nem espada, nem

ADI 374 / DF

força, a não ser a autoridade de suas decisões, ou bem temos autoridade quando decidimos e exigimos esse cumprimento, ou bem vamos relativizar o próprio Supremo.

Eu acho que aqui há peculiaridades, com todo o respeito, tenho acompanhado algumas vezes, sim, mas fico preocupadíssima com esse tipo de coisa, porque o Relator começou dizendo que houve um descumprimento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidência, não é?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, bem ou mal, Ministro, a nossa liminar não ganhou pelo escore um peso menor.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas teve a ADI nº 397.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Aliás, uma coisa comum aqui.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sei, Ministro, mas é muita “cara de pau”: em cima de um pronunciamento do Supremo, praticar-se ato contrariando essa decisão. É muita “cara de pau”!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas havia a impossibilidade fática de se nomear alguém, porque não havia quadro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas não é imputável ao conselheiro.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É uma outra peculiaridade. A decisão do Supremo não foi descumprida pelo fato, em si, da nomeação, mas, no retardo na propositura de lei estruturando o Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Ministro, não foi bem isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Em matéria de iniciativa de lei, fica difícil dizer.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Imputável ao Estado geral, né?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Volto a dizer que o caso envolve a problemática do preenchimento de cadeiras.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nem mesmo ao governador, por que como é que ele ficaria com uma vaga em aberto no tribunal? O tribunal tinha que continuar funcionando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, não ficaria,

ADI 374 / DF

aplicar-se-ia a Constituição Federal, observada a premissa da nossa liminar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas é que não havia quadro, à época, de membro do Ministério Público Especial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas seria um outro desdobramento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Este é um tema que me sensibiliza, porque é um fato real que ao tempo da referida indicação não existia o Ministério Público Especial junto ao TCE.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No caso concreto, não estamos questionando egresso do Ministério Público, da auditoria. Não é isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a liminar foi deferida exatamente para que na época se obedecesse o modelo federal. Então, se não havia quadro, tinha de ter criado o quadro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, qual a solução inicial que proponho no meu voto? O que ocorreria com a Assembleia Legislativa, a partir da nossa decisão, sem modulação, a não ser aquela modulação, digamos, parcial, que é de considerar convalidados os atos praticados pelo Conselheiro Renato Costa ao longo da sua atuação lá no tribunal? O que ocorreria? Nós teríamos rapidamente a adequação - rapidamente a partir da nossa

ADI 374 / DF

decisão, não a partir da Constituição de 88 - da composição do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo à Carta de 88. Por quê? Porque temos quatro conselheiros indicados pela Assembleia. Temos um de indicação livre do governador, que é o Citadini, que foi indicado ainda antes da Constituição de 88. E se abririham duas vagas. Quer dizer, na verdade, uma já aberta com a aposentadoria de Fúlvio Biazzi. E, com a decisão e a anulação da nomeação de Renato Costa, se abriria uma segunda vaga. Para essas duas vagas, o governador do estado teria que indicar um representante dos auditores, que a carreira já existe, e um do Ministério Público Especial, recém criado pela lei; ou seja, nós teríamos a imediata adequação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E foi indicado, é uma mulher.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
E haveria agora um do Ministério Público Especial.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Cristiana de Castro Moraes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Por ora, Senhor Presidente, eu vou manter o meu voto. Eu entendo as ponderações formuladas, mas, por ora, eu vou manter o meu voto. Se a dourada maioria se formar em outro sentido, também não tenho maiores problemas em readequar o voto, mas eu queria afirmar, de início, que, quanto à proposta de voto que trago ao Colegiado, a minha convicção é de que ela adéqua, de maneira célere, a composição do Tribunal de Contas à Carta de 1988.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Só uma observação mais, Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permitir e os Colegas também tiverem a paciência de ouvir. Aí dos dois requisitos me

ADI 374 / DF

parece que um deles foi atendido, quer dizer, a indicação pelo governador; o segundo é a ocupação deste cargo, ou a indicação desse cargo deve recair sobre um membro do Ministério Público Especial, que não existia à época, mas o governador escolheu, sim, alguém do Ministério Público, mas do Ministério Público local. Quer dizer, então nós estamos diante de uma situação atípica, uma situação transitória.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas nós teríamos que considerar essa indicação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E já houve casos, inclusive, em que nós reconhecemos a validade da atuação do Ministério Público ordinariamente, na falta do Ministério Público Especial.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu faço referência também à ADI 397. A ADI 397 foi julgada, também em liminar, em 1990, e contra o corpo da Constituição do Estado de São Paulo, não contra o ADCT.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O art. 31. E, em cautelar, em 1990, glosou-se o item 1 do § 2º do art. 31, que dizia que tinha que ser escolhido alternadamente entre procurador da fazenda e...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E depois, no mérito, acrescentou-se à liminar também o item 3.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Porque as quatro primeiras indicações seriam da Assembleia, para adequar a proporcionalidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Essa perplexidade perdura até hoje.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas não se deixou aberto. Deu-se o dito pelo não dito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Eu sei, Ministro, mas, se voltarmos no tempo, vamos reafirmar o que consignamos quando da apreciação da liminar, já que a Carta da República versou prerrogativas: a da Casa Legislativa e a do Poder Executivo. E entendemos que o passado era o passado, que dali para a frente a Carta da República teria que ser observada. O que fez o Estado de São Paulo? Vista grossa que não posso placitar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, para se aguardar, mas não se aguardou, Ministro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que é interessante aqui é que cumprir a decisão, segundo o entendimento do Supremo, à época, era impossível, porque não havia legislação que previsse.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR) - Mas, aí, para considerar, Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não havia o cargo de Ministério Público nem de auditor.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Então nós teríamos que consignar aqui ...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Impossibilidade material.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Material.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Eu não tenho esses dados na ação, no processo. O Ministro Celso afirma que o conselheiro...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência está com a palavra.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
O Ministro Celso consigna que o Conselheiro Renato Martins Costa seria, à época da sua indicação, integrante do Ministério Público do Estado de São Paulo?

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ele era.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E não havia Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não havia.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Então, aí, teríamos que aceitar que o Tribunal de Contas, hoje, tem quatro conselheiros indicados pela Assembleia; está, em exercício, um indicado por livre escolha do Executivo, que é o Citadini, indicado ainda antes da Constituição de 88, e que permanece em exercício.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Essa é de livre escolha.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Tem uma vaga aberta para indicação, por parte do governador, de um auditor, que a Assembleia estaria recusando, porque entendia que a vaga do Fúlvio Julião Biazzi era da Assembleia Legislativa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Ela já foi ouvida pela Assembleia há uma semana: no dia 15 deste mês, a auditora foi ouvida.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Então ficaria essa indicação como a de auditor. E nós consignaríamos aqui - se alcançássemos o **quorum** de oito, porque aí seria uma modulação - que essa vaga de Renato Costa é correspondente à do Ministério Público Especial, que, à época, não existia.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Só por isso. Eu acho que esse é o argumento decisivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Só por isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É que não havia então ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Mas, para que não haja mais debates lá, essa vaga fica sendo considerada como do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
E aí fica o quadro completo: quatro da Assembleia; um, por indicação do governador, oriundo do Ministério Público; a auditora, que agora foi indicada; e o Citadini, que está em exercício, como de livre escolha.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - De resto, o Tribunal de Contas de São Paulo, na verdade, é quase uma sucursal do Ministério Público. Essa é a verdade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Se a Corte estiver de acordo, eu adéquo aqui a proposta de voto nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ministro Toffoli, eu acho que uma interpretação também finalística ou teleológica da Constituição conduziria a essa solução.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O
eminente Relator está de acordo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Quando a Constituição tornou obrigatória a participação de um membro do Ministério Público nas Cortes de Contas, a Constituição foi muito sábia, porque o Ministério Público é o único profissional do Direito, rigorosamente, a integrar os Tribunais de Contas. Os outros não são necessariamente da área jurídica; nem os auditores nem os conselheiros.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E nem os Ministros do TCU; apenas os membros do Ministério Público é que são da área jurídica. E essa exigência da Constituição, no caso, foi observada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O
eminente Relator está de acordo com a solução.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas assentando, então, a partir de agora, os respectivos conselheiros e suas origens, para não haver mais dúvidas no futuro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, a
próxima vaga que surgir de competência do governador tem que ser preenchida por membro do Ministério Público Especial.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Com alternância, sob a cláusula da alternância.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu acho que seria importante que o eminente Relator deixasse enunciado, no dispositivo do acórdão, que esta decisão é tomada no pressuposto de que a vaga existente seja preenchida pelo auditor.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ou pelo membro do MP Especial, para que a Assembleia legislativa ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não, mas, se nós placitarmos a indicação de Renato...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ou seja, não será de livre nomeação. Pronto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A Assembleia quer nomear um.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A minha proposta, Senhor Presidente...

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Não, a do Fúlvio é que Vossa Excelência estava propondo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A minha proposta é nós já fixarmos cada conselheiro e a sua origem. Nós temos hoje quatro conselheiros indicados pela Assembleia. Quando qualquer um desses quatro se aposentar, a Assembleia é quem indica. Nós temos um conselheiro indicado livremente pelo governador, Conselheiro Roque Citadini, antes da Constituição de 88. Quando esse conselheiro se aposentar, a sua indicação é de livre escolha do governador.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, não, enquanto não houver representante típico do Ministério Público Especial, acho que precisaria garantir-lhe a vaga.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É que a minha proposta levaria a concluir que o Renato Martins Costa cumpre essa função do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Cumpre, mas transitoriamente. É uma solução de compromisso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Aí nós permaneceremos numa situação de indefinição e de disputa. Aí não se soluciona a questão de modo definitivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não se vai conseguir compor e cumprir a Constituição com essa proposta.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu prefiro, Senhor Presidente, que, então, nós consideremos o Renato Martins Costa indicado na qualidade de Ministério Público, por quê? Porque, quando daquela indicação, não havia a carreira de Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado. O que fez o senhor governador, então? Procurou alguém no Ministério Público do Estado e o indicou. Então, ele ocupa a vaga do Ministério Público Especial. Quando Sua Excelência vier a se aposentar, a indicação recairá sobre, aí sim, um integrante do Ministério Público Especial. E a auditora que agora está sendo indicada, quando um dia vier a se aposentar, será substituída por um auditor ou auditora.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu prefiro chamar Ministério Público de Contas. Acho apropriado.

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Estou de acordo com essa solução, mas temos de deixar fixado que o auditor tem de ser nomeado agora, como condição necessária.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não, eu só o farei se tivermos aqui oito votos para fazê-lo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então, o auditor tem que ser nomeado agora.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Porque aí fica estabelecido qual é a vaga e qual é a origem.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Será MP.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Será do auditor. Ministro Cesar Peluso tem razão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Que foi uma carreira criada agora em 2010.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Será do MP Especial.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Existe um auditor lá no Tribunal de Contas.....

ADI 374 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
Está sendo indicado agora.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então, está resolvido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Está sendo indicado na vaga do Fúlvio Julião.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):
O Tribunal está de acordo em já assentar que essa vaga é de auditor e que a vaga de Renato Costa é de Ministério Público?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É, eu acho melhor que o Tribunal vincule as vagas às respectivas origens.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É isso que o eminente Relator vai fazer, expondo o quadro com as vinculações, de tal modo que a vaga atual seja vinculativamente da classe de auditores.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E depois segue a ordem.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR) - Vou voltar a dizer, já existem quatro conselheiros da Assembleia. A Assembleia só poderá fazer indicações quando se aposentar um destes quatro. Existe um de livre provimento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É o

ADI 374 / DF

Roque Citadini.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O governador só indicará alguém para a vaga de livre provimento quando o Roque Citadini se aposentar. Existe um Conselheiro do Ministério Público, Renato Martins Costa. Quando ele se aposentar, a indicação recairá sobre o Ministério Público Especial.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E existe uma vaga em aberto, cuja indicação é do governador, dentre auditores. É isso que vou fixar no meu voto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Da classe de auditores.

22/03/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, rememoro o que está em jogo. Não está em jogo se se deve observar a origem em si, presentes o Ministério Público e a Auditoria, no preenchimento das cadeiras no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Está em jogo preceito transitório que – como disse quando votei deferindo o pedido de concessão de liminar – implementou uma verdadeira compensação. Por que uma verdadeira compensação? Porque, antes da Carta de 1988, o todo poderoso Executivo escolhia aqueles que deveriam ser nomeados para as cadeiras no Tribunal de Contas. Então se introduziu, em desrespeito à Constituição Federal, na Carta do Estado, uma disposição transitória. Em que sentido? No sentido de que, até que completada a quota de indicação do Legislativo, não se teria o implemento, pelo governador, da prerrogativa assegurada pela Carta de 1988.

Na apreciação do pedido de concessão de liminar, realmente tivemos um escore apertado. Formaram na maioria: o relator, ministro Celso de Mello, o ministro Moreira Alves, o ministro Sydney Sanches, o ministro Octavio Gallotti, o ministro Paulo Brossard e eu próprio. Ficaram vencidos: o Presidente, ministro Néri da Silveira, o ministro Carlos Velloso, o ministro Sepúlveda Pertence, o ministro Célio Borja e o ministro Aldir Passarinho.

Esse pronunciamento do Supremo foi levado em conta? A resposta é desenganadamente negativa. Não foi observado o pronunciamento do Supremo, colocando-se, em segundo plano, sob a minha óptica, o texto constitucional, no que encerra prerrogativas. O chefe do Executivo indicando, de forma vinculada, dois integrantes, observados os segmentos Ministério Público e auditores. A Assembleia, ou Legislativo, indicando o que sobeja, de forma livre, um integrante: ou seja, aqueles que deveriam preencher as cadeiras destinadas ao próprio Legislativo, considerado os dois terços.

Presidente, volto a dizer que fico muito preocupado quando se

ADI 374 / DF

potencializa o fato consumado, presente a passagem do tempo. Há duas implicações seriíssimas: a primeira implicação é que, potencializando-se até mesmo um critério que se mostra neutro quanto à Administração Pública, o da pessoalidade, aponta-se que, simplesmente, a Constituição de 1988 não esteve em vigor no Estado de São Paulo e que estaria vigorando – sobrepondo-se à Carta, ao Documento Maior desta sofrida República, em que não existe o respeito ao arcabouço normativo, principalmente ao constitucional, e esse desrespeito advém da atuação de homens públicos – o que se continha nessa mesma Carta.

Segunda implicação: em 1990, o Supremo praticamente congelou o quadro. E mesmo diante de decisão fundamentada à exaustão – como são as de Sua Excelência o ministro Celso de Mello –, o que fez o Estado de São Paulo? Desconheceu a liminar do Supremo e continuou nomeando segundo não a Carta Federal – que deveria ter sido, nesse espaço de tempo, observada –, mas a do Estado e a norma transitória, que previa o preenchimento das vagas, sem a participação do Executivo.

Presidente, repito: houve o desrespeito escancarado a pronunciamento do Supremo. Vou repetir: desconheceu-se que houve, com a Carta de 1988, uma virada de página, que aquelas nomeações pretéritas se mostraram, segundo a Carta de 1969, verdadeira Constituição, plenamente válidas, e que dali para adiante se teria que observar o figurino confeccionado pelo constituinte de 1988.

Não está em discussão se o preenchimento deve ser por egresso do Ministério Público ou da Auditoria. O que está em discussão é a reserva especial das indicações conflitantes com a Carta de 1988 – daí o deferimento da liminar pelo Supremo – pela Assembleia, até chegar-se ao que buscado por esta Carta. Mas não se pode, a meu ver, potencializar a compensação.

O que ocorreu quanto ao Tribunal de Contas da União? Algo semelhante ao que elaborado por São Paulo nesse dispositivo transitório que teve eficácia suspensa e mesmo assim foi aplicado? Não. No tocante ao Tribunal de Contas da União, partiu-se para a observância da Carta de 1988.

ADI 374 / DF

Agora, a passagem do tempo é conducente a colocar-se em segundo plano a Constituição Federal? A dizer-se que só vigora doravante? E que esses vinte e tantos anos de existência devem ser esquecidos? A passagem do tempo – e reconheço que ela se verificou, pois a liminar é de 1990 e não havia completado um ano no tribunal e hoje já me aproximo, como ressaltei há pouco, dos vinte e dois – é capaz de, quem sabe, até mesmo pelo fato de ter-se composição diversa daquela de 1990, levar à mitigação, e as consequências dessa flexibilização são seriíssimas, do nosso pronunciamento e placitar-se o que foi feito de forma conflitante com esse pronunciamento e também com a Carta da República? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. E não me impressiona a implicação de um julgamento confirmando a óptica pretérita, que, a meu ver, se mostrou afinada com a Constituição Federal. Não me impressionam os atos praticados pelos que foram nomeados à margem da Constituição Federal e à margem – o que é mais sério ainda, o que agrava mais o descumprimento da Constituição – do pronunciamento da mais alta Corte do País. Por quê? Porque há uma teoria consagrada, a teoria do servidor de fato.

Certamente o nomeado, fechando-se os olhos ao que decidira o Supremo, fechando-se os olhos à Constituição Federal, não terá que devolver o que percebeu dos cofres públicos. Certamente os atos praticados não serão aniquilados, afastados do campo da eficácia.

Presidente, peço vênia ao relator – se é que Sua Excelência está a evoluir ou involuir, não vou julgá-lo – para reafirmar o que disse em 1990. Estou sendo coerente com o que veiculei à época. Quisesse o constituinte uma compensação, teria previsto no Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988, e os Estados – imagino, mas pelo visto, talvez não seja bem assim – devem ter elaborado as Constituições estaduais seguindo os ditames da Constituição Federal.

Presidente, julgo procedente o pedido formulado.

22/03/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374
CONFIRMAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Eu não me fiz entender bem sobre a Assembleia. A minha preocupação realmente é quanto ao descumprimento, tanto, Senhor Presidente, que eu vou manter o voto que tinha preparado e fico vencida, acompanhando a divergência, com as vêrias do Ministro-Relator e da maioria já formada, até porque em 2003 foi elaborada a Súmula 653 deste Supremo Tribunal, que é expressa:

"No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha."

Ou seja, a matéria, se não estava amadurecida em 1990, como foi tão bem exposto aqui, desde 2003 estava consolidada, sumulada e, ainda assim, não se tomou a providência, respeitando obviamente e, claro, não imaginando nem que outros órgãos não tenham atuado.

O que eu disse é que eu não considerava razoável supor que alguém - e digo isso como servidora pública, desde os meus vinte e cinco anos - na área jurídica ou mesmo em tribunal de contas, tendo essa decisão, não tenha permanecido no cargo desconhecendo que havia uma liminar que poderia levar a esta decisão final. Afinal de contas, a cautelar numa ação direta de inconstitucionalidade será objeto de julgamento e, pelos meus levantamentos, quase 95% (noventa e cinco por cento) são confirmadas. Raros são os casos em que nós não confirmamos, ainda que em casos de conveniência, como há pouco tempo fiz um voto de um caso do Rio Grande do Sul. Então, isso acontece.

Por isso, Presidente, peço vênia ao Ministro-Relator, que expôs tão

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 71

ADI 374 / DF

bem as preocupações, e a todos os Ministros, especialmente às achegas, sempre muito lúcidas e que ajudam muito, no meu caso e no de todos, do Ministro Celso de Mello, para manter o meu voto pela procedência da ação.

XXXXX

22/03/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, muito embora comungue evidentemente da posição institucional hígida do Ministro Marco Aurélio, entendo que efetivamente as decisões do Supremo não devem ser descumpridas. Verifico, nesse momento, pela explanação do Ministro Celso de Mello, que efetivamente não houve o descumprimento, ao revés, houve uma tentativa imediata de cumprimento, sustada por uma medida judicial que, depois, voltou a ser revogada.

Isso é um primeiro aspecto. Agora, um segundo aspecto, evidentemente eu não votei sobre essa liminar, mas se votasse, eu entenderia da seguinte forma: esse propósito da regra esculpida no artigo 7º do ADCT foi de compensar as nomeações feitas pelo TCE paulista antes do advento da Carta de 88 com a nova realidade normativa. Antes de 88, os Conselheiros do Tribunal de Contas eram todos indicados pelo Chefe do Poder Executivo. Com o advento da Carta de 88, o Tribunal de Contas do Estado passou a ser composto por membros escolhidos pelo Chefe do Executivo, um terço deles, e por membros escolhidos pelo poder Legislativo, dois terços deles.

A intenção, no meu modo de ver, dessa regra do artigo 7º do ADCT foi a de permitir que, com as quatro nomeações pela Assembleia legislativa, se estabelecesse uma proporção de nomeações, pós 88, que se adequasse, o quanto antes, à composição prevista pela Constituição atual, quatro mais três.

Eu destaco o enunciado contido na Súmula 653 que dispõe:

"No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre

ADI 374 / DF

escolha."

Então, da mesma forma como sustentou a Advocacia-Geral da União, à luz do artigo 75, verifico que essa regra transitória da Constituição Paulista não foi além do previsto no modelo federal, muito ao contrário. Entendo que se criou uma regra de transição em que as quatro primeiras indicações deveriam ser feitas pela Assembleia legislativa. A intenção do dispositivo foi a de meramente dar agilidade ao propósito da regra da Carta de 1988, que estabelece essa proporção quatro mais três. Seu objetivo principal foi viabilizar a implantação mais célere da composição, exatamente de acordo com a Súmula nº 653. E a regra estadual se insere exatamente no que dispõe o artigo 75, parágrafo único, da Constituição da República.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência me permite? A Súmula nº 653, em rigor, não foi desrespeitada. Há a falta de uma condição material objetiva: A existência do Ministério Público na estrutura dos Tribunais de Contas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E aqui, Ministro Ayres, olha o que diz o art. 75, parágrafo único:

"Art. 75...

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros."

O Supremo Tribunal, quando analisou a mesma regra transitória referente à Constituição do Estado do Amapá, entendeu que essa regra era constitucional. Era um caso muito semelhante.

Na ADI 1.957, na parte da redação da ementa que nos interessa, diz:

"Não há inconstitucionalidade na norma impugnada, visto que não se poderia exigir a presença dos auditores e dos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, durante a primeira composição do tribunal local, haja vista que estes não existiam."

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Relator Ministro Gilmar Mendes. É de 1º de setembro de 2010.

ADI 374 / DF

No mesmo sentido, foi chancelada a regra transitória estadual na ADI nº 3.255, de 2007, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. O que diz a regra?

"1. Controvérsia relativa ao critério de precedência (ou de prevalência) na ordem de preenchimento de vagas, com alternância entre o Legislativo e o Executivo.

2. Não ofende a Constituição o estabelecimento, pela Constituição Estadual, da precedência da indicação feita por um dos Poderes sobre a do outro (v.g. ADIn 419, Rezek, DJ 24.11.95; ADIn 1068, Rezek, DJ 24.11.95; ADIn 585, Ilmar, DJ 2.9.94).

3. Entretanto, no caso da composição dos Tribunais de Contas paraenses, a situação atual, marcada com indicações feitas sob quadros normativos diferentes, necessita de ajuste para se aproximar do desenho institucional dado pela Constituição."

E vejam o que ficou estabelecido no Supremo Tribunal Federal:

"4. 'Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento' (ADI 2.596, Pl., 19.03.2003, Pertence).

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para conferir ao texto impugnado (...)"

E na ADI nº 2.596, Ministro Sepúlveda Pertence, a mesma solução:

"Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento."

Então, diante desse exposto, Senhor Presidente, eu, se tivesse votado na época da liminar, e agora, votando sobre o mérito, entendo que é constitucional esse artigo 7º do ADCT.

22/03/2012

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Sim, quanto ao **caput**. Declara constitucional e dá interpretação conforme ao parágrafo único.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Dou interpretação conforme ao parágrafo único, estabelecendo a vinculação de todas as indicações.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro, chamei a atenção exatamente para o fato de que era de 2003. Agora estamos julgando - e a placitar também - nove anos depois.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Da sua edição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Assim como a declaração de inconstitucionalidade é **ex tunc**, a de constitucionalidade também é.





PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 374

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO. (A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. (A/S) : CLAUDIO LUIS NEVES CASTELLANO

ADV. (A/S) : ANTONIO SILVIO MAGALHÃES JUNIOR

ADV. (A/S) : CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA

ADV. (A/S) : DIANA COELHO BARBOSA

ADV. (A/S) : MARCELO DE CARVALHO

Decisão: O Tribunal declarou constitucional o *caput* do art. 7º do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo, conferindo interpretação conforme ao seu parágrafo único, nos termos do voto do Relator, e decidiu, segundo as vinculações reconhecidas, que a vaga decorrente da aposentadoria do Conselheiro Fúlvio Julião Biaffi deve ser necessariamente preenchida por um Auditor da Corte de Contas, escolhido pelo Governador de Estado, e que a vaga ocupada pelo Conselheiro Renato Martins Costa corresponde à classe do Ministério Público Especial, a qual assim será preenchida quando se vagar, tudo contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Cármem Lúcia, que julgavam totalmente procedente a ação. Cassada a medida liminar. Votou o Presidente, Ministro Cesar Peluso. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 22.03.2012.

Presidência do Senhor Ministro Cesar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário