EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DIAS TOFFOLI

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.464-DF

IMPETRANTE	: Senador ALESSANDRO VIEIRA
IMPETRADO	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DE CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ANTC), entidade de classe de âmbito nacional de representação homogênea, inscrita no CNPJ sob o nº 16.812.795/0001-72, com sede no Setor Comercial Norte, Quadra 4, Bloco B, Número 100, Sala 1201, Parte M-13, Edifício Centro Empresarial Varig, Asa Norte, Brasília, CEP 70.714-900, e a **ASSOCIAÇÃO DA AUDITORIA DE CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (AUD-TCU),** pessoa jurídica de direito privado de representação homogênea de Auditores Federais de Controle Externo-Área de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, inscrita no CNPJ sob o nº 23.766.170/0001-87, afiliada à ANTC, com sede em Setor Comercial Norte, Quadra 04, Bloco B, Número 100, Sala 1201, Parte M-13, Centro Empresarial Varig (1421), CEP 70714-900, Brasília/DF, vêm, respeitosamente, por meio de seus Advogados subscritos (**DOC. 1**), com fundamento no art. 5º, incisos XXXIV, alínea 'a', e LV, da Constituição da República, bem como no art. 138 do novo Código de Processo Civil, requerer a sua **ADMISSÃO** na condição de **AMICUS CURIAE** nos referidos autos, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir aduzidas:

1. DOS FATOS

Em 8/10/2020, o Presidente da República publicou Mensagem nº 579, de 2020, por meio da qual antecipa, de forma inédita, o ato de escolha de candidato ao cargo vitalício de Ministro do Tribunal de Contas da União (**DOC. 2**), nos seguintes termos:

"MENSAGEM Nº 579, de 7 de outubro de 2020.

Senhores Membros do Senado Federal

Considerando a necessidade de prévia organização para o funcionamento das deliberações dessa Casa, em virtude do estado de calamidade pública ocasionado pela pandemia do coronavírus, submeto à apreciação do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso III, alínea "b", combinado com o art. 73, § 2º, inciso I, da Constituição, o nome do Senhor JORGE ANTONIO DE OLIVEIRA FRANCISCO, para exercer o cargo de Ministro do Tribunal de Contas da União, em vaga decorrente da aposentadoria do Ministro José Múcio Monteiro Filho, ***a partir de 31 de dezembro de 2020****, em atenção ao* ***Aviso nº 1373 - GP/TCU****, de 5 de outubro de 2020, encaminhado à Presidência da República."* (grifamos)

O Ministro José Múcio Monteiro, atual ocupante do cargo vitalício de indicação do Presidente da República, **completou 72** (setenta e dois) anos de idade em 25/09, de acordo com informações públicas constantes do seu perfil[1] disponível na página oficial do TCU (**DOC. 3**). E, consoante o art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), os Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do TCU aposentar-se-ão, **compulsoriamente**, aos **75** (setenta e cinco) anos de idade, enquanto não for editada lei complementar. Portanto, no atual cenário jurídico, o que há de irretratável é a aposentadoria compulsória do Ministro do TCU em **25/09/2023**, quando, de forma líquida e certa, ocorrerá a vacância do cargo vitalício, cujo preenchimento passa por ato complexo, cuja escolha - que constitui um dos atos - é reservada ao Presidente da República.

Por outro lado, a sessão legislativa ordinária do Congresso Nacional compreende ao período de 2 de fevereiro a 17 de julho e de **1º de agosto a 22 de dezembro**. Dessa forma, a suposta vacância, se vier a se confirmar, ocorrerá em data posterior (31/12) ao encerramento da sessão legislativa de 2020 (22/12).

Ademais, a próxima sessão legislativa será iniciada com eleições para a Presidência do Senado Federal, além de nova composição das Comissões, sendo uma delas a de Constituição e Justiça, responsável pela sabatina dos candidatos aos mais relevantes cargos

1 https://portal.tcu.gov.br/institucional/ministros/presidente-jose-mucio-monteiro/

vitalícios da Magistratura Nacional, de Procurador-Geral da República e também dos indicados para os cargos com mandato por prazo certo em Agências Reguladoras.

Mas, não é só. Não se pode olvidar que a deflagração do processo de escolha somente se legitima pela conjuntura e pelos atores contemporaneamente ao fato gerador do processo, que é a aberta da vaga em si, o que ainda não ocorreu. Qual seria o limite para a antecipação da escolha? Seria prudente admitir a escolha prévia, sem a consumação do fato gerador?

2. REQUISITOS PARA A ADMISSIBILIDADE DA ANTC E DA AUD-TCU COMO *"AMICUS CURIAE"* E A PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM AS SUAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS

Consoante amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de intervenção de terceiros interessados em processos de fiscalização concentrada de constitucionalidade qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte enquanto Tribunal Constitucional, uma vez que viabiliza, em respeitosa vassalagem ao postulado democrático, que nele "***se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais***" (ADI n. 2.130-3/CS, Rel. Min. Celso de Mello). No mesmo sentido: ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 4.357/ES, Rel. Min. Luiz Fux; RE 631.053/DF, Rel. Min. Celso de Mello; RE 566.349/MG, Relª Minª Cármen Lúcia.

A questão tratada no Mandado de Segurança em epígrafe envolve, de forma inédita, aspectos constitucionais de densa relevância, no que requer o estabelecimento de **balizas temporais** para o **ato de escolha** de Ministro do TCU a ser indicado pelo Presidente da República ao Senado Federal para sabatina e aprovação, com fundamento no art. 73, § 2º, inciso I, da Lei Maior.

Nos moldes do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 1999, "*o relator, considerando a* ***relevância da matéria*** *e a* ***representatividade dos postulantes****, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".* O art. 138 do CPC, por sua vez, dispõe que "*o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação*

de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação".

Dessarte, expõem-se os elementos necessários para o deferimento do pedido das postulantes, cuja fundamentação e pertinência serão revelados nos fragmentos aduzidos a seguir.

No campo estatutário, a ANTC e sua afiliada (AUD-TCU) representam, no âmbito federal, a classe homogênea integrada por Auditores Federais Controle Externo-Área de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. A Associação Nacional representa, ainda, Auditores de Controle Externo em todas as Unidades da Federação, com Associações afiliadas de amplitude federal (TCU), estadual e municipal (SP) em 23 Tribunais de Contas, conforme legitimidade demonstrada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.440, a qual conta com Parecer exarado, em 28/08/2020, pela da Procuradoria-Geral da República, por meio do qual se manifesta pelo conhecimento parcial da ação e, na parte conhecida, pela procedência do pedido de inconstitucionalidade (peça eletrônica 39).

O interesse e a legitimidade da ANTC e da AUD-TCU para requererem o ingresso nos autos se fundam nos princípios, fundamentos e objetivos estatutários que regem as entidades, merecendo destaque a defesa do Estado Democrático de Direito, da Constituição de 1988 e das normas que não lhe forem conflitantes. Somam-se a tais princípios os fundamentos previstos nos Estatutos da ANTC (art. 3º, VII) e da AUD-TCU (art. 8º, VII), dos quais sobressai "*a imprescindibilidade do Tribunal de Contas independente, **imparcial** e apartidário, como instância julgadora e **garantidora do devido processo legal** na esfera do controle externo*".

É cediço que a intervenção do *amicus curiae* cabe quando houver "relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia" (art. 138, *caput*, do CPC/2015).

De plano, surge inequívoca a relevância da matéria em discussão, no que apresenta densidade constitucional e especial significado para a ordem jurídica nacional, notadamente quando considerado o risco de se consolidar, nos segmentos mais relevantes da República, a prática de instituir uma espécie de "**cadastro de reserva**" para cargos de Ministro do Tribunal de Contas da União, constituindo precedente de alto risco, porque pode distorcer a titularidade da escolha para este e para outros cargos relevantes, tais como os de Ministro da Suprema

Corte e da Corte de Justiça, de Procurador-Geral da República, dentre outros, cuja indicação é reservada ao **Presidente da República em exercício à época do surgimento da vacância**. Diferentemente, reitera-se, surgem disfunções capazes de abalar consideravelmente os fundamentos da República, comprometendo inclusive o direito de eventual sucessor fazer as respectivas indicações à época da vacância.

As regras especiais da intervenção não são exaurientes quanto às hipóteses objetivas de seu cabimento, são ilustrativas. Tem-se, portanto, duas as balizas: de um lado, a especialidade da matéria, o seu grau de complexidade; e de outro, a importância da causa, que transcende o interesse das partes, com repercussão transindividual ou institucional.

Além disso, são requisitos alternativos ("ou"), não necessariamente cumulativos: tanto a sofisticação da causa quanto sua importância ultra partes pode autorizar, por si só, a intervenção.

O fato é que, de toda forma que se ponha o presente caso, ele se enquadra tanto na questão da relevância e complexidade da matéria, quanto na repercussão social da controvérsia, possibilitando a tendência de reproduzir-se em uma significativa quantidade de litígios, pois que versam sobre temas fundamentais para a ordem jurídica. No limite, os Parlamentares que integrarem a Comissão de Constituição e Justiça e o Plenário do Senado Federal poderiam igualmente criar "**cadastros de reserva**" - antes mesmo do surgimento de vagas - para diversos cargos relevantes sujeitos à sabatina e à aprovação dos respectivos colegiados, criando um problema entre as legislaturas.

Em uma causa como essa, **de inequívoco ineditismo**, é justificável a intervenção de *amicus curiae*, que poderão contribuir sob vários aspectos, inclusive o técnico, para o debate de matéria eminentemente constitucional.

Resta comprovado, portanto, que a ANTC e a AUD-TCU regem-se por princípios e fundamentos que justificam o pedido, possuindo legitimidade para requerer o ingresso na condição de *amicus curiae*, ainda mais em hipótese na qual também é clara a pertinência temática entre seus objetivos estatutários, fins institucionais e o objeto da ação.

É necessário realçar, ainda, que se tem admitido tal espécie de intervenção sempre que o relevante interesse público a justifique. A intervenção do *amicus curiae* no processo deve se ater ao interesse público, sobre o qual se legitima a participação processual do terceiro. **O**

interesse institucional, no presente caso, caracteriza-se como público, porquanto transcende o interesse individual do próprio *amicus curiae*.

Desse modo, não sobejam dúvidas de que o pedido de ingresso na qualidade de interessado formulado pela ANTC e pela AUD-TCU se apresenta capaz de comprovar concretamente a existência de razão legítima para a entidade intervir no presente feito.

Por outro lado, considera-se de todo proveitoso para a democratização do debate, para a construção do sentimento constitucional no País e para o próprio ofício do Poder Judiciário, ouvir o que entidades, dotadas de representatividade adequada, têm a dizer.

À guisa de conclusão, importa sublinhar que as recentes emendas constitucionais e legislação aplicável, que vêm encontrando respaldo nas decisões da Suprema Corte, tendem a democratizar as discussões em curso nos tribunais que possam ter efeitos ***pan processuais***, de forma a produzir efeitos para além das partes diretamente envolvidas no processo. Foi com arrimo no sobredito intento, que, formalmente, foi criada a figura do *amicus curiae*.

Dessa forma, é indiscutível a legitimidade da **ANTC** e da **AUD-TCU** para requererem o ingresso na condição de *amicus curiae*, **ainda mais em hipótese na qual também é clara a pertinência temática entre o objeto da ação e os fins sociais das entidades patrocinadoras**.

3. CONTRIBUIÇÃO DAS PETICIONANTES, NA CONDIÇÃO DE *AMICUS CURIAE*, À ADOÇÃO DA SOLUÇÃO CONSTITUCIONALMENTE MAIS ADEQUADA

Vale-se o Presidente da República da calamidade pública causada pelo novo coronavírus para justificar a antecipação de seu ato em mais de dois meses e meio, sem que haja previsão constitucional ou legal que ampare tal antecipação do ato complexo.

Não há, no texto da Emenda Constitucional nº 106, de 2020, qualquer previsão que possa justificar a escolha e indicação para preencher a vaga de Ministro do TCU sem que haja vacância do cargo. A Lei nº 13.979, de 2020, também não ampara a medida.

Tampouco há qualquer risco fático de comprometimento do quórum de votação ou descontinuidade das atividades do TCU caso a suposta vacância venha mesmo se confirmar no dia 31/12/2020, até porque a Corte de Contas dispõe de **4** (quatro) **Ministros Substitutos**

de carreira, concursados especificamente para exercer funções judicantes e compor o quórum nas deliberações dos órgãos colegiados do TCU (Câmaras e Plenário), recurso de que nenhum outro Tribunal do Judiciário dispõe.

O art. 105 da Lei nº 8.443, de 1992, estabelece que a escolha de Ministros do TCU pressupõe, de forma taxativa a existência de vaga, nos seguintes termos:

> "*Art. 105. O* ***processo de escolha*** *de ministro do Tribunal de Contas da União, em caso de* ***vaga ocorrida*** *ou que* ***venha a ocorrer*** *após a promulgação da Constituição de 1988, obedecerá ao seguinte critério:*
>
> *I - na primeira, quarta e sétima* ***vagas****, a* ***escolha caberá ao Presidente da República****, devendo recair as duas últimas, respectivamente, em auditor e membro do Ministério Público junto ao Tribunal."* (grifamos)

Tanto o art. 73, § 2º da Constituição da República quanto a Lei Orgânica do TCU são claros no sentido de que a **existência de vaga constitui condição de procedibilidade** para se iniciar o processo formal de escolha, por meio de sucessivos atos complexos. Ou seja, somente com a abertura da vaga de Ministro surge a competência do Presidente da República para indicar o nome e a competência do Senado Federal para apreciá-lo e, se for o caso, aprová-lo.

Como dito, não há, no texto constitucional, espaço para formação de uma espécie de "**cadastro de reserva**" para o cargo de Ministro do TCU, dos Tribunais Superiores e do STF. Outro aspecto da mais alta relevância é que, por força da simetria explícita prevista no art. 75 da Constituição da República, as normas de organização do TCU são automaticamente aplicadas pelos 32 Tribunais de Contas **estaduais e municipais** (RJ e SP).

Dessa forma, a prática danosa de instituir "cadastro de reserva" pode atingir não apenas o processo de escolha nos Tribunais de Contas dos entes subnacionais, mas também interferir na escolha dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios tendo em vista o disposto no art. 128, §º 3º do mesmo Diploma.

Até o encerramento de 2020, podem ocorrer várias intercorrências com potencial de mudar os rumos do processo de escolha antecipado em mais de quase três meses. O cargo de Presidente da República, por exemplo, pode vagar por falecimento, impedimento, renúncia, afastamento, dentre outras hipóteses previstas nos arts. 79 a 81 da Constituição da República,

sendo o seu sucessor – que pode ser o Vice-Presidente ou outro Presidente eleito direta ou indiretamente – a autoridade competente para dar início ao processo de escolha. Reiterando-se que tais situações podem ocorrer com Governadores de Estado e do Distrito Federal.

Para além disso, não se pode desconsiderar que a manifestação de intenção do Presidente do TCU é **revogável**, sendo líquida e certa, à luz do ordenamento jurídico vigente, a sua aposentadoria em **25/09/2023**, quando completará 75 anos, data em que o próprio cargo de Presidente da República poderá estar ocupado por um sucessor, desde janeiro de 2022, quando se inicia outra legislatura.

Ou, ainda, nesse interregno, pode o Congresso Nacional aprovar emenda à Constituição da República que transfira essa competência presidencial de indicar candidato à vaga de Ministro do TCU para o Poder Legislativo, até mesmo para reduzir os conflitos de interesse que sempre permeiam indicações presidenciais, cujas contas anuais estão sujeitas a pareceres prévios do TCU para subsidiar o julgamento na esfera de controle externo pelo Congresso Nacional, cujo resultado pode desencadear processo de *impeachment* em esfera autônoma político-jurídica.

Para além desse aspecto, a antecipação dos atos complexos subverte o devido processo legal de escolha no Senado Federal, cuja sessão legislativa de 2020 se encerra em 22/12, antes mesmo da possível vacância, anunciada para 31/12, sem que haja qualquer garantia de sua concretude. Nesse sentido, os atos praticados pelo Senado Federal e suas Comissões, com as composições e lideranças atuais, configuram usurpação de competência dos respectivos legitimados na próxima sessão legislativa, que tem início em **02/02/2021**. Até lá, como dito, não há qualquer risco de comprometimento da composição do TCU, já que o próprio constituinte dotou a instituição de Ministros Substitutos legitimados para exercerem as mesmas competências dos titulares nos termos do § 4º do art. 73 da Lei Maior.

Em suma, a manifestação de vontade do Presidente do TCU, que sinaliza administrativamente com a intenção de exercer seu direito de se aposentar voluntariamente, por ora, não faz surgir a competência do Presidente da República tampouco do Senado Federal, pois, enquanto não for publicado no Diário Oficial o ato de aposentadoria do Ministro e atual Presidente do TCU, a Corte de Contas da União ainda dispõe de **9 (nove) Ministros** e, por esse motivo, não há vaga a ser preenchida, não sendo juridicamente plausível a formação de "**cadastro de reserva**" para cargo de inequívoca envergadura na estrutura da República.

Permitir o prosseguimento dos atos complexos que singularizam o processo de escolha deflagrado sem a publicação do ato de aposentadoria do cargo vitalício constitui inaceitável burla ao arcabouço constitucional que baliza a indicação presidencial e a aprovação pelo Senado Federal, pois não há vacância.

4. DO PEDIDO

Em face de todo o exposto, em especial do risco de inaugurar o arriscado precedente de formação de "**cadastro de reserva**" para cargos vitalícios de Ministros do TCU, de Tribunais Superiores e do STF, assim como de Procurador-Geral da República, e todos os respectivos cargos simétricos das esferas estadual e municipal, e atendidos os requisitos do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868, de 1999, pugna-se pela admissão, na condição de *amici curiae*, da Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (AUD-TCU) e da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC) no Mandado de Segurança nº 37.464, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar razões complementares àquelas ora apresentadas e proceder à sustentação oral no sentido da procedência do pedido autoral, com a declaração de **NULIDADE** do ato presidencial de indicação antecipada de nome para cargo vitalício inexistente no quadro do Tribunal de Contas da União e suspensão cautelar imediata da sessão de apreciação da **Mensagem SF nº 61**, referente à sabatina agendada para ocorrer no dia **20/10/2020**, às 9h, na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal.

Nesses termos,
Pede Deferimento.
Brasília-DF, 16 de outubro de 2020.

ISMAR DOS SANTOS VIANA
Assinado de forma digital por ISMAR DOS SANTOS VIANA
Dados: 2020.10.16 16:01:00 -03'00'

ISMAR DOS SANTOS VIANA
Vice-Presidente Nacional da ANTC - OAB/SE nº 8.353

KASLA GARCIA GOMES TIAGO DE SOUZA
Diretora Jurídica da ANTC - OAB/MS nº 8.226