

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Hugo Nigro Mazzilli²

doutrina

Dispôs a Constituição que, junto aos Tribunais de Contas, deverão officiar membros do Ministério Público; e, ao cuidar da composição do Tribunal de Contas da União, a Lei Fundamental estipulou que a escolha de um terço dos Ministros dessa Corte recaia dentre *membros do Ministério Público junto ao Tribunal* (art. 73, § 2º, I); por fim, dentro da Seção do Ministério Público, assegurou que, *aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*, são aplicáveis as disposições pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura, constantes da seção em que se inserem os arts. 127-130 da Lei Maior (art. 130).

Como, porém, esse Ministério Público “junto” às Cortes de Contas não foi mencionado no texto final do art. 128 da Constituição — que cuida dos vários ramos do Ministério Público nacional —, logo após a promulgação da Constituição de 1988 a questão que naturalmente se impôs aos intérpretes foi a de saber se a Lei Maior teria ou não criado um Ministério Público especial, destinado a officiar especificamente junto aos Tribunais de Contas. Estaria ela prevendo uma nova instituição — um “Ministério Público de Contas” —, a par dos quadros do Ministério Público da União ou dos Ministérios Públicos estaduais, cuja existência veio expressamente prevista no art. 128 *caput*?

Não há como negar que, de forma clara e com todos os requisitos de instituição própria, o Ministério Público de Contas não foi previsto expressamente na Constituição de 1988.

Para compreendermos essa omissão ou esse descuido, é importante lembrar que, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, chegara-se a inserir uma alínea e ao inc. I do artigo que viria a ser o atual art. 128 da Constituição Federal, segundo a qual ficaria prevista a existência de um novo ramo do Ministério Público da União, que deveria officiar junto ao Tribunal de Contas; seria expressamente um Ministério Público autônomo, com carreira própria (como ocorre com os demais ramos do Ministério Público da União, ou seja, o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios). Esse acréscimo acabou, todavia, suprimido por força do Ato Declaratório n. D. 1.144, de iniciativa do Constituinte Ibsen Pinheiro (Emenda 2t00452). Apesar dessa supressão, ou até por causa dessa supressão, os constituintes fizeram inserir, como compensação, na mesma Seção do Ministério Público, o art. 130 da Constituição, dispositivo este

¹ Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público (SP)

originário de emenda do Constituinte Oscar Correa, o qual passou a dispor que “aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”.

Dispositivo de péssima técnica legislativa, o art. 130 da Constituição tornou-se desde o início uma fonte de fundadas dúvidas e controvérsias. Se ele criou um novo Ministério Público, que não integrava o Ministério Público da União nem o dos Estados, e que se destinava a officiar junto aos Tribunais e Conselhos de Contas, imperdoável erro técnico foi o de não ter sido incluído dentre os diversos ramos do Ministério Público de que trata o art. 128 (seja como ramo da União ou dos Estados, seja até como um *tertium genus*, se fosse a vontade do constituinte); imperdoável, ainda, não tivesse cuidado a Constituição de 1988 do processo legislativo para a organização desse Ministério Público especial, da escolha de sua chefia, da investidura de seu Procurador-Geral por tempo certo, e, por fim, da definição de suas atribuições e garantias institucionais, pois o art. 130 só manda aplicar aos *membros* desse Ministério Público junto às Cortes de Contas as normas da Seção pertinentes a *direitos, vedações e forma de investidura*. Entretanto, se não criou um novo ramo de Ministério Público, então não deveria dizer que se aplicam as disposições da Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura, pois que todos os membros do Ministério Público, oficiando ou não junto aos Tribunais e Conselhos de Contas, já deteriam naturalmente todas essas garantias...

O acompanhamento dos trabalhos da Constituinte demonstra que o atual art. 130 visava apenas a resolver uma situação de fato preexistente, ou seja, visava a estender as mesmas garantias, vedações e forma de investidura, agora conquistadas na Constituição pelo Ministério Público em geral, a agentes que já existiam, embora sem amparo constitucional à luz da Carta de 1969, junto a Tribunais e Conselhos de Contas. Embora oficiassem em nome do Ministério Público junto àquelas Cortes de Contas, até então, esses agentes não integravam nem o Ministério Público Federal nem o dos Estados. Poder-se-ia até dizer que o art. 130 fora um dispositivo que visava a solucionar uma situação concreta encontrada antes da vigência da atual Constituição — e, nesse sentido, melhor teria sido fosse ele editado como dispositivo transitório e não dispositivo da parte permanente da Lei Maior; melhor teria sido que a Constituição de 1988 tivesse previsto o Ministério Público de Contas como instituição autônoma, a par de um dispositivo transitório que, atendendo à vontade majoritária dos constituintes, se destinasse a regular uma situação concreta que existia antes da vigência da atual ordem constitucional.

A afirmação de que o art. 130 visava a solucionar uma situação já existente obrigamos a incursionar um pouco mais no exame da situação anterior à própria Constituinte de 1988. Cabe aqui lembrar que, sob a Carta de 1969, o § 5º de seu art. 72 já previa que o Ministério Público deveria officiar junto ao Tribunal de Contas da União. Também não tinha aquele dispositivo criado uma instituição autônoma, à parte do Ministério Público Federal, dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, que eram

o objeto dos arts. 94 a 96 da Carta de 1969. Entretanto, isso não impediu que em diversos Estados, por questões locais, não se chegasse a implantar a efetiva atuação do Ministério Público de carreira junto àqueles Tribunais e Contas, em fraude à previsão da Carta de 1969 — como em São Paulo, p. ex., em que pese a previsão do art. 47-A da Carta estadual de 1969, bem como a previsão do art. 214 da Lei Complementar paulista n. 304/82, vigentes na época; isso também não impediu que então se chegasse a instituir, de fato, órgãos alheios ao Ministério Público Federal e dos Estados, sob o nome do mesmo ofício do Ministério Público, para atuar perante Tribunais e Conselhos de Contas.²

Assim, já sob a égide da Carta de 1969, alguns estudos procuravam distinguir duas espécies de Ministério Público: uma, a *tradicional* — que, na época, fazia parte da estrutura constitucional do Poder Executivo e que atuaria perante o Poder Judiciário —, e outra, de índole especial, que deveria atuar apenas junto aos Tribunais de Contas — ou seja, fazia parte da estrutura constitucional do Poder Legislativo.³

Entretanto, o entendimento de que, à luz da Carta de 1969, haveria um Ministério Público *executivo* e outro *legislativo*, sobre constituir írrita criação de um novo Ministério Público distinto da configuração que lhe imprimiam os arts. 94 a 96 do texto constitucional da época, ainda violava a unidade institucional, que, mesmo antes de afirmada expressamente na Lei Complementar n. 40/81, decorria sistematicamente dos arts. 94 a 96 da Carta de 1969 e já constituía princípio doutrinário assente entre nós. Além disso, *ab absurdo*, se por oficiar junto ao Poder Legislativo devesse haver um *Ministério Público legislativo*, então para oficiar junto ao Judiciário deveria haver um *Ministério Público judiciário*, e, para exercer funções administrativas extrajudiciais, a tríade deveria então ficar completa com um *Ministério Público executivo*...

Não é porque o Ministério Público, sob a vigência dos últimos textos constitucionais, sempre teve funções dentro e fora dos processos, atuando ora junto ao Poder Judiciário (nas ações que propõe ou naquelas em que intervém), ora junto a autoridades administrativas (quando, p. ex., requisita inquéritos policiais, fiscaliza presídios, autoriza o funcionamento de fundações etc.), não é simplesmente por isso que se poderia sustentar houvesse um *Ministério Público judiciário* e outro *Ministério Público executivo*...

Assim, se é verdade que, a rigor, a Carta de 1969 não chegara a instituir um Ministério Público *legislativo*,⁴ já a Constituição de 1988 criou, porém, efetivamente uma situação nova, ou seja, referiu-se a *membros* de um Ministério Público junto às Cortes de Contas, os quais passavam a ter os mesmos direitos, vedações e forma de investidura que os demais membros do Ministério Público da União e dos Estados, mas não pertenciam aos quadros de carreira nem daquele nem destes, segundo acabou depois por entender a respeito a jurisprudência do mais alto Pretório...

2. Esses órgãos autônomos já existiam em diversos Estados, como reconheceram as razões do veto ao art. 71 da Lei n. 8.625/93.

3. Cf. artigo de Carlos Ayres Britto, in RDP, 69:32-44.

4. Nessa linha, cf. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, Forense, t. III, p. 256.

À vista disso, quando a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que cria normas gerais para o Ministério Público dos Estados), seu art. 28 sofreu veto, quando quis dispor sobre os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.⁵ Desta forma, no art. 25, VIII, da LONMP ficou apenas assegurado que cabe ao *Ministério Público dos Estados* ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público, quando condenados por Tribunais e Conselhos de Contas. Mas, quanto ao ofício de Ministério Público junto aos Tribunais e Conselhos de Contas, nem uma só palavra sobrou na lei de organização do Ministério Público dos Estados. Por sua vez, a Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), só se referiu à competência do Ministério Público da União para representar ao Tribunal de Contas da União, visando ao exercício das competências deste (art. 6º, XVIII, c), mas, igualmente, deixou de referir-se, sequer, ao Ministério Público de Contas.

Chamado em 1994 a enfrentar a questão da eventual existência ou não de um novo ramo do Ministério Público nacional, ou seja, o Ministério Público de Contas, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento da ADIN 789-1-DF, que *existe um Ministério Público especial* junto às Cortes de Contas, mas, contraditoriamente, *negou-lhe os mesmos predicamentos da autonomia dos demais ramos do Ministério Público nacional*: “O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na *intimidade estrutural* dessa Corte de Contas, que se acha investida — até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput*, *in fine*) — da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos”.⁶

Assim, nesse *leading case*, ao chegar a essa conclusão, o Pretório Excelso sentiu-se compelido a afirmar que esse *Ministério Público especial* não gozava do mesmo atributo da autonomia institucional “nos termos, na extensão e com o mesmo conteúdo que a Constituição outorgou ao Ministério Público comum”, pois que “integra a organização administrativa do Tribunal de Contas da União, ainda que privilegiado por regime jurídico especial”.

Ainda no mesmo julgamento, concluiu aquela Corte que “o preceito consubstanciado no art. 130 da Constituição reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro que, tendo presente um quadro de alternativas institucionais (outorga ao Ministério Público *comum* das funções de atuação perante os Tribunais de Contas ou criação de um Ministério Público *especial* autônomo para atuar junto às Cortes de Contas), optou, claramente, por uma posição intermediária, consistente na atribuição, a agentes estatais qualificados, de um *status* jurídico

5. O dispositivo vetado tinha esta redação: “A atuação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos Estados, Conselhos de Contas e Tribunais Militares far-se-á na forma da Lei Complementar.”

6. ADIn 789-1-DF, STF Pleno, v.u., rel. Min. Celso de Mello, j. 26-05-1994.

especial, ensejando-lhes, com o reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem meramente subjetiva, a possibilidade de atuação funcional independente, sem que essa peculiaridade, contudo, importasse em correspondente outorga de autonomia institucional ao órgão a que pertencem”.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal veio a ser por ele mesmo referendado posteriormente. Em julgamento mais recente, reafirmou que, como instituição, sequer o Ministério Público junto às Cortes de Contas tem autonomia administrativa e financeira.⁷

Um registro histórico pode aqui ser recordado, que, embora tenha caráter local, serve como subsídio para a discussão do problema como um todo. Pouco antes do julgamento da mencionada ADIn 789 pelo STF, agora no Estado de São Paulo, o art. 120 da Lei Complementar paulista n. 734/93 (atual Lei Orgânica Estadual do Ministério Público – LOEMP) pretendia cometer aos Procuradores de Justiça (membros da carreira do Ministério Público estadual) as funções do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas do Estado e do Município; essa lei local ainda dispusera que eventuais medidas judiciais ou extrajudiciais acaso cabíveis em face da atuação ministerial junto àquelas cortes deveriam ser tomadas pelo órgão de execução competente do próprio Ministério Público estadual comum. A primeira parte do dispositivo restou prejudicada, por tornar-se incompatível com a posição subsequentemente assumida pelo STF em relação à matéria na ADIn 789. Não foi por outra razão, aliás, que esse dispositivo do art. 120 da LOEMP jamais foi posto em prática: nunca houve um único membro do Ministério Público estadual, de carreira, a officiar junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ou junto ao Tribunal de Contas do Município da Capital paulista.

Assim, segundo o entendimento do Pretório Excelso, deve mesmo existir um Ministério Público especial junto às Cortes de Contas, cujos membros não integram os Ministérios Públicos da União nem dos Estados, mas detêm algumas garantias subjetivas, ainda que, para a Corte Suprema, essa instituição especial não devesse deter autonomias.

Os membros desse Ministério Público especial que atuam junto aos Tribunais de Contas devem dar pareceres e officiar como *custos legis* nos procedimentos e processos cometidos ao controle externo daquela corte;⁸ mas, caso no exame das contas se apure a existência de ilícito penal, devem as peças necessárias ser remetidas aos membros do Ministério Público que tenham atribuições perante os juízes e tribunais judiciários, para a promoção da ação penal; da mesma forma, em havendo base para a propositura de eventual ação civil pública, as peças pertinentes deverão ser remetidas aos membros do Ministério Público comum, que detenham atribuições para ajuizá-la.

7. ADInMC 2.378-GO, Informativo STF, 221. Informativo STF, 348, j. 19-05-2004.

8. CR, art. 71.

A disciplina da atuação do Ministério Público junto aos Tribunais e Conselhos de Contas passou a caber à legislação infraconstitucional, de natureza ordinária.⁹

Mas, se de acordo com o Pretório Excelso, os membros do Ministério Público especial gozam dos mesmos *direitos, vedações e forma de investidura* que os membros do Ministério Público comum, o que dizer quanto aos demais predicamentos e garantias da instituição, especialmente aqueles referentes à autonomia institucional (autonomias administrativa, financeira e funcional)?

No posterior julgamento de medida cautelar e depois no julgamento do próprio mérito da ADIn 2.378-GO, o Supremo Tribunal Federal, mantendo seu entendimento anterior, reafirmou majoritariamente a orientação no sentido de que o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas não dispõe de fisionomia institucional própria (o que já tinha dito com todas as letras na ADIn 789-DF). Considerou ainda ser inconstitucional conferir ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado as prerrogativas do Ministério Público comum, sobretudo as relativas à autonomia administrativa e financeira, à escolha, nomeação e destituição de seu titular e à iniciativa de sua lei de organização, visto que, no entender majoritário da Corte, seriam incompatíveis com a regra do artigo 130 da Constituição Federal. Assim, para o Tribunal, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas integra o próprio Tribunal de Contas, de tal modo que é esta Corte que detém a competência “para fazer instaurar o processo legislativo concernente à estrutura orgânica do Ministério Público que perante ele atua” (CF, art. 73, *caput*, in *fine*).¹⁰ Nessa linha de entendimento, o STF afirmou por maioria que o Ministério Público especial é uma instituição sem autonomia administrativa e financeira, bem como sem as mesmas regras de nomeação e destituição do seu próprio chefe.

Parece-nos, porém, que nesse julgamento da ADIn 2.378-GO, foi mais sensível às consequências do problema o voto vencido do Min. Marco Aurélio, ao afirmar que “o Ministério Público é órgão que deve atuar com absoluta independência. É órgão que, a teor da Carta de 1988, para bem atender aos anseios da sociedade, precisa de autonomia, a qual se faz presente no campo financeiro e, também, no campo administrativo”.

Tinha toda a razão esse Ministro, ainda que não tenha obtido apoio de todos seus pares, salvo do Ministro Carlos Ayres Brito, que, com razão, buscava uma interpretação “contextual ou sistemática” que favorecesse o reconhecimento das autonomias do Ministério Público especial (voto vencido na ADIn 2.378-GO).

Se foi vontade do legislador constituinte criar um Ministério Público especial — e foi isso o que afirmou o Supremo Tribunal Federal —, forçoso seria reconhecer que faltou não só ao sistema constitucional vigente, como à própria Corte Suprema em seus julgamentos, a melhor explicitação dos necessários predicamentos de autonomia funcional, administrativa e financeira para essa instituição, assim como já

9. Nesse sentido é o precedente do STF, indicado na nota de rodapé n. 5, retro.

10. No mesmo sentido, a medida cautelar na ADIn 1.858-GO, DJU, 18-05-2001, p. 431.

a detêm os demais Ministérios Públicos ditos *comuns*. Não o tendo feito por expresse a Constituição de 1988, caberia às Cortes Judiciais, e especialmente à mais alta delas, dentro de uma interpretação sistemática da Lei Maior, reconhecer ao Ministério Público especial os atributos completos de autonomia funcional, administrativa e financeira, sob pena de termos um dos ramos do Ministério Público desfigurado da vocação institucional que a Constituição quis imprimir a essa instituição como um todo.

Se o Ministério Público de Contas oficia *junto* ao Tribunal de Contas, necessariamente não é *parte* do Tribunal de Contas, nem se *confunde* com ele; se é *fiscal*, não pode integrar-se ou confundir-se com o *fiscalizado*. Com efeito, como poderia o Ministério Público junto aos Tribunais e Conselhos de Contas desincumbir-se de seus misteres com independência diante do próprio Tribunal de Contas que ele fiscaliza, se não goza de autonomia funcional, administrativa e financeira?

Ora, a Constituição é muito clara em dizer que “o Ministério Público” é uma instituição (art. 127, *caput*).

Segundo clássica lição de Hauriou, em nossa tradução livre, “uma instituição é uma ideia de obra ou empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização dessa ideia, produzem-se manifestações de comunhão, dirigidas pelos órgãos de direção e reguladas pelos procedimentos”.¹¹

Dessa conceituação, extraem-se os seguintes elementos da instituição: *a*) uma ideia de uma obra no meio social (é o objeto); *b*) uma organização (são os meios, isto é, seus órgãos e procedimentos); *c*) uma comunhão para o fim social (é o fim, o bem comum).

A Constituição considerou o Ministério Público uma instituição, porque está devidamente organizado para tarefas específicas a realizar no meio social, todas elas voltadas para o bem comum. A mesma Constituição previu a atuação de *membros do Ministério Público* junto às Cortes de Contas. É natural, portanto, que todos os membros da *mesma* instituição comunguem dos seus predicamentos, inclusive e especialmente aqueles que se destinam a assegurar o adimplemento *dos fins institucionais*.

Assim, se o Ministério Público de Contas é *Ministério Público*, e se o Ministério Público é uma *instituição*, o Ministério Público de Contas necessariamente deve comungar de todos os predicamentos necessários da instituição, especialmente aqueles de que cuida o art. 127 da Constituição, que dá os contornos institucionais ao Ministério Público brasileiro. Entre esses predicamentos, estão a autonomia e a independência funcional, que são conceitos distintos. *Por força da autonomia funcional*, o Ministério Público de Contas deve decidir livremente o que fazer dentro de suas atribuições

11. Maurice Hauriou, La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social, in Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la Nouvelle Journée, n. 23, p. 96, Paris, 1925, réimprimé Université de Caen, 1990.

e sob os limites da Constituição e das leis, sem se ater a injunções de outros órgãos do Estado alheios à instituição ministerial — o que isenta seus membros de subordinarem-se a ordens, avisos, portarias, instruções ou determinações funcionais de outros órgãos do Estado, até mesmo das próprias Cortes de Contas. *Por força da independência funcional*, os membros do Ministério Público de Contas devem tomar com liberdade as decisões funcionais que lhes caibam, sem estarem subordinados entre si, devendo obediência e respeito apenas à Constituição e às leis.

Desde que seja reconhecido como integrante da *instituição Ministério Público*, necessariamente o Ministério Público de Contas se submete ao mesmo controle externo do Conselho Nacional do Ministério Público. Com efeito, segundo a Constituição, a esse Conselho compete o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público enquanto instituição, sem distinção alguma entre seus ramos; conseqüentemente, isso também inclui o controle do cumprimento dos deveres funcionais de todos os membros do Ministério Público.¹

Enfim, urge, pois, rever o estatuto jurídico do Ministério Público de Contas, para adequar sua existência e seu funcionamento aos mesmos termos e parâmetros de todos os demais ramos do Ministério Público nacional. E, para aumentar a eficácia de sua atuação, não se justifica que seus órgãos atuem somente junto às Cortes de Contas, mas, agora em litisconsórcio com os órgãos dos Ministérios Públicos ditos comuns,² possam, em atuação harmônica e integrada, participar da propositura e acompanhamento das ações cíveis e penais para responsabilizar os gestores do dinheiro público, por fatos decorrentes dos mesmos ilícitos por eles investigados junto às Cortes de Contas.

1. V. nosso Regime jurídico do Ministério Público, 8ª ed., Saraiva, 2014, p. 427.

2. V.g., arts. 5º, § 5º, da Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe deu o art. 113 da Lei n. 8.078/90.