
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte



2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz
Jorge Luís Salomoni
José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajarville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate

Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Maria Cristina Cesar de Oliveira
Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancanner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião.
E-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN: 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Rogério de Souza
Revisão: Equipe Fórum
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros

© Editora Fórum Ltda., 2003

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:

Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar,

Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737

E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

site: www.editoraforum.com.br

Composição do Tribunal de Contas do Estado diante da Ausência de Instituição do Ministério Público Especial

Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da
Universidade Federal da Bahia

EMENTA: Composição do Tribunal de Contas do Estado. Inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal ao disposto no art. 73, § 2º, combinado com art. 75 da Constituição Federal. Alterações normativas no plano estadual: Emenda Constitucional Estadual n.º 4, de 3 de junho de 1994, e Lei Complementar n.º 12, de 27 de setembro de 1997. Aparente lacuna constitucional decorrente da ausência de instituição do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas. Solução normativa expressa: sub-rogação *pro tempore* do Ministério Público comum nas funções do Ministério Público especial (art. 66 da Lei Complementar n. 12/97). Atribuições do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Prerrogativas inerentes ao exercício das funções sub-rogadas. Vaga de Conselheiro destinada ao Ministério Público. Procedimento de definição da lista tríplice pelo Tribunal de Contas e aplicação da analogia (art. 83 da Lei Complementar n. 5, de 4 de dezembro de 1991). Inviabilidade da ampliação das vagas de livre escolha do Governador do Estado ou do Poder Legislativo. Necessidade de respeito à ordem de provimento estabelecida na Constituição Estadual. Impossibilidade de negar ao Tribunal de Contas a prerrogativa de elaboração da lista tríplice e aos representantes do Ministério Público em exercício no Tribunal de Contas o direito de integrar a lista para nomeação de vaga destinada ao Ministério Público. Direito líquido e certo do Tribunal de Contas e do Ministério Público ao exercício de prerrogativa, de índole institucional, passível de tutela mediante mandado de segurança. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Provocação do Tribunal de Contas para determinação da ordem de provimento reconhecida pelo colegiado.

I

CONSULTA

I O eminente PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, Dr. FERNANDO STEIGER TOURINHO DE SÁ, considerando a vacância

do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas decorrente do falecimento do ilustre Conselheiro ELIEL MARTINS, ocorrido em 12 de maio de 2000, honramos com a seguinte consulta:

“A Constituição do Estado da Bahia dispõe, no art. 94, sobre a **forma** e a **ordem** de composição da Corte de Contas em termos precisos:

‘**Art. 94** - Os Tribunais de Contas têm sede na Capital do Estado, integrando-se cada um deles de **sete** Conselheiros, escolhidos, após aprovação pela Assembléia Legislativa, na **seguinte ordem**:

I -um terço pelo Governador do Estado, com aprovação da Assembléia Legislativa, sendo **um de sua livre escolha** e **os demais membros**, alternadamente, dentre auditores e integrantes do **Ministério Público junto ao Tribunal**, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

II -dois terços pela Assembléia Legislativa.’ (Grifos nossos).

“Por sua vez, regulando idêntica matéria, dispõe a Lei Orgânica do Tribunal de Contas (Lei Complementar nº 005, de 4 de dezembro de 1991, alterada pela Lei Complementar nº 12, de 29 de dezembro de 1997):

‘**Art. 48** - O Tribunal de Contas do Estado, sediado na Capital, é integrado por sete Conselheiros, cabendo ao Governador do Estado a escolha de três, mediante aprovação da Assembléia, sendo um de livre nomeação e dois, alternadamente, dentre Auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, por este indicados em lista tríplice, segundo os critérios de antigüidade e merecimento, e quatro pela Assembléia Legislativa, após argüição pública.’” (Grifos nossos)

“Adiante, em disposição transitória, estatui a Lei Orgânica do Tribunal, com as modificações produzidas pela Lei Complementar n. 12/97:

‘**Art. 76** - A indicação para a **primeira, segunda e quarta** vagas de Conselheiro que, nos termos do art. 48 desta Lei, vierem a ocorrer no Tribunal de Contas, caberá ao Chefe do Poder Executivo, e **as demais**, até o limite constitucional, à Assembléia Legislativa, e assim sucessivamente.’” (Grifos nossos)

“A Lei Complementar nº 12, de 29 de dezembro de 1997, por fim, igualmente em disposição expressa, de natureza transitória, enuncia:

‘ Art. 66 - Enquanto não instalado o órgão específico do Ministério Público junto ao Tribunal, o Ministério Público comum continuará a atuar junto ao Tribunal de Contas, mediante corpo funcional pró-

prio, designado pelo Procurador Geral da Justiça.” (Grifos nossos)

Diante das disposições enunciadas, e à vista do recente falecimento do ilustre Conselheiro ELIEL MARTINS, posterior à indicação pelo Governador do Estado de dois nomes para o Tribunal de Contas, bem como diante da necessária observância da ordem das indicações prevista na Constituição Estadual, aparentemente em testilha com o art. 76 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, indaga-se:

- a) A vaga surgida na composição do Tribunal de Contas do Estado é destinada à escolha pela Assembléia Legislativa ou importa em vaga a ser objeto de indicação pelo Governador do Estado (neste caso, vaga vinculada a lista tríplice integrada pelos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas)?
- b) Na segunda hipótese, pode a vaga vinculada ser transformada em vaga de livre designação do Governador do Estado em razão da não instalação do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas?
- c) Não sendo possível a transformação, deve a vaga ser transferida para o Poder Legislativo?
- d) Negativas as respostas anteriores, a vaga pode ser preenchida por Membro do Ministério Público comum em exercício na Procuradoria de Justiça junto ao Tribunal de Contas, após elaboração da lista tríplice a que se refere o art. 94 da Constituição do Estado da Bahia?
- e) Se positiva a resposta, qual deve ser o procedimento a seguir para a regular formação da lista tríplice pelo Tribunal de Contas?
- f) Havendo lesão ou ameaça de lesão a prerrogativa, de índole institucional, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, cabe a utilização de mandado de segurança?

2 Resumida a indagação, passo a opinar.

II

FORMA DE COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

3 O Tribunal de Contas está inserido no conjunto dos Poderes da República como *órgão constitucional autônomo de controle*. É órgão de auxílio do Poder Legislativo, mas não lhe deve subordinação, usufruindo de ampla autonomia de ação

institucional. Além disso, os seus membros gozam de prerrogativas de independência equiparadas aos membros da magistratura. Esses elementos afastam a possibilidade de compreensão dos Tribunais de Contas como simples repartições administrativas de qualquer dos Poderes da República.¹

4 No Brasil, o Tribunal de Contas não exerce função administrativa substitutiva, função delegada ou específica de outro órgão constitucional, mas atribuições próprias, estando ordenado a realizar essencialmente uma função complementar ao exercício das demais funções públicas. O seu perfil constitucional é inconfundível e específico, tendo sido moldado ao longo de um século de atividades, conquanto continue a ser enriquecido de novas tarefas e atribuições ao longo do tempo. Nunca se admitiu, porém, no país, a sua redução a um simples prolongamento administrativo do Poder Executivo ou Legislativo.² Trata-se de órgão autônomo de direta matriz na Constituição Federal.

5 Por essas razões, recusando entregar a matéria à livre disposição da lei, cuidou a Constituição Federal de disciplinar em detalhe a organização e o funcionamento do Tribunal de Contas. Interessa aqui, no entanto, concentrar a atenção sobre a forma de composição da Corte de Contas disposta no diploma constitucional, abordando apenas secundariamente os demais aspectos desse específico conjunto de normas.

6 Sobre a composição do Tribunal, três aspectos merecem registro:

a) o rompimento da tradição constitucional, herdada da Primeira República, que reservava a designação dos Conselheiros do Tribu-

¹ "O Tribunal de Contas não age por delegação do Parlamento, mas *ex vi Constitutionis*. Em situação análoga estão os Tribunais do segundo grau de jurisdição, em face dos Tribunais superiores da mesma Justiça especializada, que lhes podem reformar as decisões mas não têm poder disciplinar sobre a administração e os atos de autogoverno deles. Subtraindo-se o Tribunal de Contas à subordinação hierárquica a outro órgão do poder estatal, quer-se assegurar-lhe a autonomia, como órgão de controle da legalidade e legitimidade dos atos administrativos de repercussão financeira; e, também, garantir-lhe a independência para que possa fiscalizar e exercer poder disciplinar sobre os agentes de todos os Poderes do Estado, inclusive os do Legislativo e do Judiciário (BORJA, Célio. Competência Constitucional dos Tribunais de Contas. CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL, 19, 1997. Conferência... Rio de Janeiro, 23 out. 1997).

² O perfil constitucional específico assumido pelo Tribunal de Contas no Brasil tem motivado a formulação de conceitos novos para referir a situação institucional do órgão. CARLOS SIQUEIRA CASTRO, por exemplo, concebe o Tribunal de Contas como uma "função essencial ao Poder Legislativo". Neste sentido, escreveu: "Penso que o Tribunal de Contas deve ser concebido, assim como o Ministério Público com relação ao Poder Judiciário, como uma Função Essencial ao Legislativo. Tanto assim é que o art. 73 de nossa Carta Política confere-lhe, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 do mesmo diploma constitucional, que traduzem as competências privativas dos Tribunais Judiciários e que expressam a sua independência e autonomia enquanto um dos Poderes da República. É justo reconhecer, até mesmo, que instituições desse gênero tendem a constituir-se naquilo que Gerard Lebrun e Bertrand du Jovenel, em prestigiosas obras acerca da institucionalização do poder político, designam de instituições quase-Poder. É o caso notório das Funções Essenciais à Justiça, a exemplo do Ministério Público, e da Função Essencial à Soberania Legislativa, conforme presentemente expressada pelas atribuições constitucionais do Tribunal de Contas. Instituições desse porte, muito embora não tenham se aperfeiçoado como um autêntico Poder orgânico da soberania, perseverando enquanto instituições intra-Poder, passaram a exibir, por exigência da evolução do constitucionalismo democrático, traços que são peculiares aos Departamentos funcionais da soberania, ou seja, aos três Poderes do Estado. (Cf. A Atuação do Tribunal de Contas em Face da Separação de Poderes do Estado. CONGRESSO DOS

- nal exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, estabelecendo a lei maior uma divisão no número das indicações entre o Poder Executivo (1/3) e o Legislativo (2/3) (art. 73, § 2º);
- b) a utilização das normas de composição e organização do Tribunal de Contas da União como paradigma a seguir na composição do Tribunal de Contas dos Estados (art.75, *caput*).
- c) a determinação de serem os Tribunais de Contas dos Estados compostos por sete membros (art. 75, Parágrafo Único).

Essas normas não ensejaram qualquer problema quando aplicadas ao Tribunal de Contas da União, composto de **nove** membros (art. 73). No entanto, para os Estados, a disciplina colocava em xeque a matemática: **sete** é um número primo e não conhece divisão perfeita por três. Logo, colocou-se o problema: como determinar quantos vagas cabem à indicação do Poder Executivo, a quem compete escolher um terço dos membros do Tribunal, sujeitos a posterior aprovação pelo órgão legislativo, e ao Poder Legislativo, responsável pela escolha soberana dos dois terços restantes?

Nos Estados, as soluções variaram, mas predominava a partilha nos seguintes termos: reserva de duas vagas para indicação do Governador, uma vinculada à escolha entre os Auditores do Tribunal e outra vinculada à escolha entre os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, alternadamente; reserva de cinco vagas para escolha livre da Assembléia Legislativa. A Constituição do Estado da Bahia, por exemplo, originalmente adotava esse partilha no art. 94.

7 Não demorou, porém, para que o Supremo Tribunal Federal fosse provocado a decidir a matéria e a oferecer uma solução de harmonização do art. 73, §2º, combinado com o art. 75 da Constituição Federal.

8 O *leading case* na matéria é a Adin 219, Relatada pelo eminente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgada em 24/06/1993. Discutia-se na ação norma da Constituição da Paraíba que retirava a fração da cota do Poder Executivo e completava assim em **cinco** o número dos escolhidos pela Assembléia Legislativa. A norma constitucional estadual foi declarada **inconstitucional**. Entendeu o Supremo Tribunal, por maioria, vencido o Relator, essencial que se reservasse ao Poder Executivo ao menos **uma vaga livre**, à semelhança da existente no modelo federal, uma vez que a própria Constituição Federal vinculava duas indicações do Poder Executivo, alternadamente, a listas compostas entre membros dos Auditores do Tribunal e membros do Ministério Público junto ao Tribunal. Nesta mesma decisão, porém, assentou o Supremo Tribunal Federal duas ou-

tras conclusões:

(a) a ordem de enunciação do art. 73, §2º, do texto permanente da Constituição Federal não determina qualquer ordem a seguir na composição do Tribunal de Contas dos Estados, podendo a Constituição Estadual adotar, em sede de direito transitório, qualquer ordem no provimento das vagas do Tribunal;

(b) nada obstante, se alguma preferência tivesse de se adotar, deveria se dar prioridade nas Constituições Estaduais a implantação das vagas do Poder Legislativo, por se tratar da interpretação que mais rapidamente ensejaria a implantação do modelo constitucional previsto para os Tribunais de Contas.³

9 Essa orientação fundamental determinou todos os demais pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal na matéria. Vale referir, por exemplo, os Acórdãos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 419, 585 e 1.566. Merecem registro, também, os acórdãos lavrados, em sede de decisão cautelar, nas ações de inconstitucionalidade propostas perante a Corte (ADIMC n.º 219, 585, 892, 1.054, 1.566 e 1.190).

III

SOLUÇÃO NORMATIVA DO PROBLEMA NA BAHIA

10 O entendimento do Supremo Tribunal Federal repercutiu no Estado da Bahia. A resposta do legislador foi rápida: a Emenda Constitucional n.º 4, de 3 de junho de 1994, que modifica a composição do Tribunal de Contas e estabelece ordem de escolha dos membros do órgão; a Lei Complementar n. 12, de 27 de setembro de 1997, que detalha a matéria, dispondo igualmente sobre a ordem

³ A importância da decisão impõe o registro integral da ementa desse aresto: "EMENTA: I – Tribunal de Contas dos Estados: organização submetida às normas constitucionais regentes do Tribunal de Contas da União (CF, art. 75): inteligência, quanto à ordem de nomeação e à divisão das escolhas. 1 – A ordem dos incisos do art. 73, par. 2º, CF não resolve nem visou a resolver a questão transitória do sistema de provimento das vagas no Tribunal de Contas, subseqüentes a promulgação constitucional: logo — não obstante o art. 75 CF — não importa que, ao imitar o modelo federal, haja a Constituição do Estado invertido a sua enunciação. 2 – A vista dos textos constitucionais pretéritos, todos os membros dos Tribunais de Contas, sob eles nomeados, haviam sido escolhidos pelo Poder Executivo; ora o princípio a observar, no campo do Direito Constitucional intertemporal, e o que resolve o problema transitório, sempre que possível, de modo a propiciar a efetivação mais rápida do novo sistema constitucional permanente: portanto, e independentemente da ordem da previsão: no texto da competência respectiva, a prioridade no provimento das vagas no tribunal de contas, subseqüentes a promulgação das novas constituições estaduais, deveria tocar ao poder legislativo. 3 – Inconstitucionalidade da Constituição do Estado no ponto em que reservou, a escolha da Assembléia Legislativa, cinco das vagas de conselheiros do Tribunal de Contas, uma vez que, limitada a escolha do Governador para as duas restantes aos auditores e Membros do Ministério Público, ao contrário do modelo federal obrigatório, nenhuma ficou entregue à livre escolha do poder executivo: decisão, no ponto, por maioria de votos, vencido o relator. II – Inconstitucionalidade: é de declarar-se a inconstitucionalidade de preceito transitório da Constituição Estadual cujo único efeito útil ofenderia a lei fundamental da República. III – Ação Direta de Inconstitucionalidade: inépcia da petição inicial, dado que não imputa violação da Constituição Federal a norma questionada, limitando-se a taxá-la de "ilusão constitucional", por isso, inexequível." (ADI, n. 219, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, publicação: DJ Data-23/09/94 PP-***** EMENT vol-01759-01 PP-00039, Data do

de provimento do Tribunal de Contas.

11 A norma constitucional estadual, enunciada no art. 94, em primeira leitura, sugere **duas** ordens de preferência: (a) uma entre os Poderes Executivo e Legislativo e (b) uma dentro da cota constitucional do Poder Executivo. Pela primeira, recebem preferência as vagas destinadas ao Poder Executivo, em número de três; aprovados os nomes escolhidos pelo Governador, abrir-se-ia a oportunidade para as escolhas seguintes serem realizadas pela Assembléia Legislativa. Pela segunda ordem de preferência, a primeira vaga destinada ao Governador do Estado seria livre, desvinculada de qualquer lista prévia formulada pelo Tribunal de Contas, seguida de vaga destinada a Auditor do Tribunal e, finalmente, a vaga vinculada à lista formada por membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

A seguir essa inteligência, o disposto no art. 76 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 12/97, é evidentemente **inconstitucional**, pois estabelece ordem diversa. Por esta disposição legal transitória prescreve, expressamente, caber ao Governador do Estado a indicação da primeira, segunda e **quarta** vagas de Conselheiro do Tribunal de Contas, sendo as demais, até o limite constitucional, reservadas à Assembléia Legislativa.

Se adotada essa compreensão da norma constitucional estadual, a vaga que agora se abre no Tribunal de Contas é destinada ao Governador do Estado, mas vinculada à lista tríplice formada entre os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Essa interpretação anula a ordem estabelecida no art. 76 da Lei Orgânica, oferecendo entretanto um inconveniente: torna mais distante a implementação do novo modelo constitucional, que inclui a participação soberana do Poder Legislativo na composição do Tribunal de Contas.

É viável, no entanto, adotar entendimento diverso, desde que se interprete que a Constituição Estadual estabelece apenas uma ordem de preferência no interior das vagas do Poder Executivo, sem precisar uma seqüência de necessária observância na distribuição das vagas entre os Poderes. Nesta hipótese, e apenas nesta hipótese, pode-se admitir a constitucionalidade do art. 76 da Lei Orgânica, por incidir em domínio ainda aberto à ponderação legislativa. É a opção interpretativa que conta com nossa adesão, por duas razões fundamentais: (a) propicia a mais rápida efetivação do novo sistema constitucional, conforme salientado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 219; (b) pela semelhança estrutural do art. 94 da Constituição Estadual com o art. 73, par. 2º, da Constituição Federal, afastada apenas quanto à precisa identificação da

seqüência a seguir na parte relativa às vagas do Poder Executivo, o que permite aplicar à disposição da Constituição da Bahia o entendimento adotado pela Suprema Corte quanto ao sentido objetivo da ordem dos incisos no art. 73, par. 2º, da CF (ADIN 219 e, especialmente, 585).

Neste caso, a vaga agora surgida com o falecimento do Conselheiro ELIEL MARTINS seria destinada à livre escolha pela Assembléia Legislativa. A vaga seguinte, no entanto, seria destinada à escolha do Governador do Estado entre os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

IV

MINISTÉRIO PÚBLICO COMUM E MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS

13 A Constituição Federal de 1988, na parte relativa ao Tribunal de Contas da União, referiu-se seguidas vezes a membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

HUGO NIGRO MAZZILI sintetizou o sentido constitucional dessas disposições:

“Para que as Cortes de Contas bem desempenhem seu papel fiscal, não dispensou o constituinte a presença do Ministério Público, para colaborar na tomadas das contas e, certamente, para garantir, se necessário, a eficácia das decisões tomadas, como titular que é da ação civil e da ação penal pública. Assim, ao cuidar da composição do Tribunal de Contas da União, a Constituição previu fosse um terço de seus Ministros escolhidos entre ‘auditores e **membros do Ministério Público junto ao Tribunal**’. Por sua vez, o art. 130 afirmou 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”.⁴ (Grifos do autor)

Na interpretação dessas normas, porém, duas correntes doutrinárias se formaram: a primeira, sustentando tratar-se de Ministério Público especial, distinto do Ministério Público comum, encartado na estrutura do Tribunal de Contas; a segunda,

⁴ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N. 8.443/92 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - A QUESTÃO DE SUA EXISTÊNCIA AUTÔNOMA - CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA ESTABELECIDADA - ALCANCE DA NORMA INSCRITA NO ART. 130 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RELEVÂNCIA JURÍDICA DO TEMA - “PERICULUM IN MORA” DESCARACTERIZADO PELA SUSPENSÃO DA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. - É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, especial posição na estrutura do Poder estatal. A independência institucional constitui uma das mais expressivas prerrogativas político-jurídicas do “Parquet”, na medida em que lhe assegura o desempenho, em toda a sua plenitude e extensão, das atribuições a ele conferidas. O Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A atuação independente dessa Instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delinea-se como fator de certeza quanto à efetiva submissão dos Poderes à lei e à ordem jurídica. - A discussão pertinente à existência autônoma, sob regime jurídico especial, do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas assume relevo jurídico em face de posição doutrinária que reconhece ao Ministério Público comum ou ordinário a atribuição institucional de atuar perante aqueles órgãos auxiliares do Poder Legislativo no exercício do controle externo. - Sem o concurso do requisito do “periculum in mora”, não se viabiliza, em sede de controle normativo abstrato, a concessão de medida cautelar, ainda que se revista de plausibilidade jurídica a tese sustentada na ação direta. (STF, ADIMC, n. 789, Rel. CELSO DE MELLO, Publicação: DJ DATA-26/02/93 PP-02356 EMENT VOL-01693-02 PP-00196, Sessão: TP - TRIBUNAL PLENO, Data do Julgamento: 22/10/1992).

sustentando tese diametralmente oposta, vale dizer, tratar-se de referência constitucional à atuação de membros do Ministério Público comum em atuação nos Tribunais de Contas, sem ruptura com o princípio da unidade do Ministério Público.

Não interessa aqui referir os argumentos de uma ou outra corrente. Depois de alguma vacilação inicial,⁵ é fato que o Supremo Tribunal Federal resolveu a questão em favor da primeira orientação doutrinária, assentando entendimento firme no sentido de conceber a necessidade de instituição de um Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas.

O *leading case* desta orientação é a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 789, Relatada pelo Min. CELSO DE MELLO, publicada no Diário de Justiça de 19/12/1994.

Registre-se o inteiro teor da sua ementa:

CONSTITUIÇÃO - AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE. - O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, par. 2º, I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. — O Ministério Público junto ao TCU 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 a sua organização, a sua estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos. — Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar e reclamada, no que concerne ao Parquet, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, par. 5.). — A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais

A & C. R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 195-208, abr./jun. 2003

de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum. (ADI, n. 789, Relator: CELSO DE MELLO Publicação: DJ DATA-19/12/94 PP-35180 EMENT VOL-01772-02 PP-00236, Sessão: TP - TRIBUNAL PLENO, Data do Julgamento: 26/05/1994).

Essa orientação da Suprema Corte repercutiu também no Estado da Bahia. Em certo momento, por ato do Procurador Geral de Justiça do Estado, deliberou-se suspender a atuação do Ministério Público comum na Corte de Contas do Estado. A decisão foi, no entanto, logo revogada, ante os evidentes prejuízos que acarretaria ao funcionamento do Tribunal de Contas. Deliberou-se então a adoção de uma solução de compromisso: o Tribunal de Contas encaminhou à Assembléia Legislativa proposta de alteração da lei orgânica da Corte, estabelecendo disposição expressa, de caráter transitório, **sub-rogando** o Ministério Público comum nas funções do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas até que este fosse instalado.

A proposição foi aprovada, convertendo-se no art. 66 da Lei Complementar nº 12, de 1997:

“Art. 66 - Enquanto não instalado o órgão específico do Ministério Público junto ao Tribunal, o Ministério Público comum continuará a atuar junto ao Tribunal de Contas, mediante corpo funcional próprio, designado pelo Procurador Geral da Justiça.”

V

CONSEQÜÊNCIAS DA SUB-ROGAÇÃO “PRO TEMPORE” DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMUM NAS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS

14 A sub-rogação *pro tempore* do Ministério Público comum nas funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas empresta validade às atuações dos Procuradores de Justiça designados para officiar no Tribunal de Contas do Estado. Impede também a paralisia de processos, assegurando o funcionamento válido e regular ao Tribunal de Contas.

15 No Tribunal, os Procuradores de Justiça cumprem relevantíssimas tarefas, em especial: emitir pareceres nos processos da Corte, comparecer às sessões do Tribunal, requisitar auditoria financeira em órgãos ou entidades da administração direta e indireta e interpor recursos das decisões do Tribunal.

16 A **sub-rogação temporária**, prevista na lei, não é feita em termos parciais. Todas as atribuições do Ministério Público especial são assumidas pelo Ministério Público comum até que a instalação do primeiro ocorra. Não há reserva, **não há contenções**, não há ressalvas.

17 É certo também que os membros do Ministério Público comum, ao atuarem nas funções sub-rogadas, gozam das mesmas garantias e prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Em primeiro lugar, porque não perdem as prerrogativas próprias (art. 130, CF). Em segundo lugar, porque a **sub-rogação de encargos pressupõe a sub-rogação de prerrogativas para o exercício dos encargos recebidos**. Haveria absoluto desequilíbrio de situação jurídica se, por absurdo, o legislador deferisse a atribuição de novos encargos ao Ministério Público comum sem a correspondente atribuição das prerrogativas inerentes ao exercício da função sub-rogada.

18 Por isso, não há como recusar ao Ministério Público comum, enquanto permaneça sub-rogado nas funções do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas, o direito de ter membros seus indicados em lista tríplice para a vaga reservada a membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado. Trata-se de direito, de índole institucional, irrenunciável.

19 Não se alegue que falta norma reguladora da formação da correspondente lista tríplice.

Em primeiro lugar, porque não é possível fugir ao figurino constitucional que estabelece a existência de duas vagas vinculadas na cota destinada a escolha pelo Poder Executivo. Não pode o Executivo, a título de não instalação do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas, atribuir-se mais uma vaga livre, especialmente quando a lei, de modo expresse, determina validamente a sub-rogação de membros do Ministério Público comum nas funções do Ministério Público especial.

Em segundo lugar, porque a própria Lei Complementar n. 005/91, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado, indica o instrumento de integração, ao prescrever no art. 83:

“Art. 83 - Aplicam-se ao funcionamento, organização e procedimentos do Tribunal de Contas do Estado, quando sua Lei Orgânica for omissa, os princípios e normas da legislação que rege a magistratura.”

Ora, consultando a Constituição Federal e a Constituição do Estado da Bahia, verifica-se que essa integração é perfeitamente possível, pois os dois diplomas constitucionais contêm disposições expresas sobre a reserva de vagas nos Tribunais a membros do Ministério Público e estabelecem indicações precisas sobre o modo de formação das respectivas listas (v.g. art 94, CF; art. 122, CE). A seguir o modelo, caberia ao Ministério Público estadual a formação de uma lista sêxtupla, composta pelo seu Conselho Superior. Ao Tribunal de Contas, a redução da lista sêxtupla a

⁶ A aplicação da analogia em matéria de direito público é amplamente admitida. Cf., especialmente, D'ALESSIO Francesco. *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*. Torino, 1932, v. 1, p. 147 et seq.; CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991, v. I, p. 134-135; BASAVILBASO, Benjamin Villegas. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1949, v. I, p. 359-61; DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. 2. ed. 1974, v. I, p. 397; LINARES, Juan Francisco. *El Caso Administrativo no Previsto y la Analogía Jurídica en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires, 1942

uma lista tríplice e, por fim, ao Governador do Estado a escolha de um dos integrantes da lista tríplice elaborada pelo Tribunal. Ao final, a Assembléia Legislativa avaliaria o nome indicado em votação secreta, após argüição pública (art. 71, XVII, da Constituição do Estado da Bahia).⁶

VI

DEFESA DA PRERROGATIVA

20 O Ministério Público Estadual, por seu Procurador Geral, está legitimado a impetrar segurança para resguardo de suas competências e prerrogativas, independentemente do fato de não possuir personalidade jurídica e estruturar-se como um dos órgãos constitucionais do Estado. A jurisprudência, nestes casos, tem reconhecido ao Ministério Público a *personalidade judiciária* necessária para ingresso em juízo, inclusive contra órgãos constitucionais do mesmo Estado.

Exemplo frisante do que vem de ser dito pode ser retirado do MS 21239/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 05/06/1991, no qual o Ministério Público Federal impugnou atos do Presidente da República ofensivos ao exercício de suas prerrogativas constitucionais.

A ementa do acórdão, Relatado pelo eminente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, pela riqueza de suas conclusões, merece registro literal:

“EMENTA: I. Mandado de Segurança: legitimação ativa do Procurador-Geral da República para impugnar atos do Presidente da República que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos da autonomia do Ministério Público: análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência.

1. A Legitimidade *ad causam* no Mandado de Segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (CF. Jellinek, Malberg, Duguít, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em “Subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

2. A Jurisprudência — com amplo respaldo doutrinário (V.G., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) — tem reconhecido a capacidade ou “personalidade judiciária” de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do Mandado de Segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas.

3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do Ministério lhe é inerente — porque instrumento essencial de sua atuação — e não se pode dissolver na personalidade jurídica do Estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os Tribunais têm assentado o cabimento do Mandado de Segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais.

4. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do Mandado de Segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos. [...] (STF, MS-21239 / DF, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ Data-23-04-93 Pp-06920 Ementa Vol-01700-02 Pp-00237, Julgamento 05/06/1991 - Tribunal Pleno).

O precedente tem perfeita aplicação ao caso presente, desde que se apure, efetivamente, desrespeito a prerrogativa do Ministério Público na necessária participação do órgão e de seus membros, com atuação junto ao Tribunal de Contas, no processo de escolha das vagas vinculadas ao Ministério Público especial a que se refere o art. 94 da Constituição Estadual. Nesta matéria, tendo em vista o princípio da harmonia dos órgãos superiores do Estado, deve-se agir com prudência e sem paixões políticas ou partidárias.

21 Diante da ausência de deliberação expressa do Tribunal de Contas sobre o assunto, indubitavelmente da mais alta relevância, quer para a Corte quer para o Ministério Público, sugerimos a imediata provocação do Tribunal, para que declare a ordem de provimento reconhecida pelo colegiado, definindo a inteligência que adota quanto à constitucionalidade da ordem estabelecida no art. 76 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas em confronto com o art. 94 da Constituição do Estado, bem assim os critérios que adotará na formação da lista tríplice quando se tratar de vaga destinada aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

VII

CONCLUSÃO

22 As considerações anteriores, limitadas a uma apreciação técnica das questões propostas, podem ser traduzidas em termos sintéticos, como resposta aos quesitos formulados:

- a) O Tribunal de Contas, órgão constitucional autônomo de controle, tem sua composição predeterminada na Constituição Federal. A forma de composição, no entanto, apresenta dificuldades, pois a Constituição reserva ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo a

A & C. R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 195-208, abr./jun. 2003

escolha, respectivamente, de 1/3 e de 2/3 dos membros do Tribunal, mas impõe aos Estados um número de sete conselheiros. Na impossibilidade de dividir sete por três, assentou o Supremo Tribunal Federal que cabe ao Poder Executivo realizar três indicações para o Tribunal de Contas, uma livre e duas vinculadas a listas tríplexes formadas entre os Auditores e os Membros do Ministério Público junto ao Tribunal. Ao Poder Legislativo restariam quatro vagas de sua livre escolha.

b) O Supremo Tribunal também definiu que os Estados membros são livres para definir a ordem de indicação dos membros do Tribunal. No Estado da Bahia duas normas foram editadas com o propósito de regular a matéria: a Emenda Constitucional n° 4, de 3 de junho de 1994, e a Lei Complementar n° 12/97. Numa interpretação sistemática e teleológica das disposições regentes da matéria, extrai-se que a vaga agora surgida com o falecimento do ilustre deputado ELIEL MARTINS deve ser entendida como vaga reservada à Assembléia Legislativa, sendo a próxima vaga destinada ao Governador do Estado, para escolha entre os indicados em lista tríplex integrada pelos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

c) Até que seja instalado o Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas da Bahia, o Ministério Público comum, por expressa previsão legal, assumiu as funções do órgão especial, atuando validamente em todas as atribuições do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

d) As vagas de Conselheiro do Tribunal de Contas reservadas aos Membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas devem ser preenchidas por integrantes do Ministério Público comum designados pelo Procurador Geral de Justiça para atuarem junto ao Tribunal de Contas.

e) Não é possível, em razão da não-instalação do Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas, ampliar o número de vagas destinadas ao Poder Legislativo ou transformar a vaga vinculada em vaga de livre escolha do Governador do Estado.

f) É possível, tecnicamente, a defesa de prerrogativa institucional do Ministério Público por mandado de segurança, consoante a jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal.

g) O Tribunal de Contas deve ser provocado, com as cautelas e as homenagens devidas, para que se pronuncie quanto à constitucionalidade do art. 76 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado em face do que dispõe o art. 94 da Constituição do Estado da Bahia, bem como sobre os critérios que adotará na formação da lista tríplex referente à vaga destinada aos Membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

É o parecer, s.m.j.

Salvador, 12 de junho de 2000.