

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS: ESTÁGIO PROBATÓRIO; VITALICIAMENTO; CORREIÇÃO FUNCIONAL, ESCOLHA DE PROCURADOR-GERAL E AUTONOMIA INSTITUCIONAL.

Juarez Freitas¹

PARECERES E CONSULTAS

1. Da consulta; 2.1 Das premissas hermenêuticas e do regime jurídico-institucional do ministério público de contas; 2.2. Do Regime Jurídico-Institucional do Ministério Público de Contas; 3. Das Respostas aos Quesitos.

PARECER

Ministério Público de Contas. Parquet Especial. Autonomia e o princípio irrenunciável e indisponível da independência funcional. CF, art. 130 - alcance e significado. Vitaliciamento. Disciplina e avaliação pelo próprio MP de Contas. Caso especial dos primeiros membros. Atividade de corregedoria exclusiva e intransferível dos membros da Carreira do MP de Contas. Escolha do Procurador-Geral. Obrigatória lista tríplice dentre integrantes da Carreira.

1. DA CONSULTA

A Associação Nacional do Ministério Público de Contas honra-me, sobremaneira, ao solicitar Parecer que tem por objeto os seguintes Quesitos:

- I. Tendo em vista o exercício perante um Tribunal, à semelhança dos Procuradores de Justiça, é viável a realização de estágio probatório para os Procuradores do Ministério Público de Contas, ou eles já são vitalícios desde a posse?***

- II. Caso a resposta seja pela viabilidade, como se efetivaria o estágio probatório dos primeiros membros de um Ministério Público de Contas?***

III. É admissível a submissão dos Procuradores de Contas à Corre-

¹ Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS). Estudo apresentado à AMPCON em 02 de setembro de 2009.

gedoria do Tribunal de Contas, capitaneada por Conselheiros?

IV. É admissível a expedição de ofícios diretamente pelos Procuradores de Contas às autoridades e demais pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, tendo em vista a teoria dos poderes implícitos, ou por aplicação subsidiária/analógica da Lei Orgânica do Ministério Público?

V. Qual é a forma de escolha do Procurador-Geral do MP de Contas?

Enunciados os Quesitos, urge passar às premissas que nortearão as respostas.

2. DAS PREMISSAS HERMENÊUTICAS E DO REGIME JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2.1. Das Premissas Hermenêuticas

Para elucidar o regime jurídico do Ministério Público de Contas e efetuar consistente exegese do seu desenho constitucional, sobem de ponto os princípios, entre os quais o da autonomia institucional e o da independência dos agentes do Ministério Público. Princípios que incidem de modo direto e imediato, vale dizer, sem carência de regulamentação, ainda que as regras (como as da PEC 27/2007 ou do Anteprojeto de Lei Nacional de Processo de Fiscalização de Contas) possam e devam contribuir à crescente concretização das diretrizes mais elevadas do ordenamento.²

É fato que, partindo de premissas diversas daquelas que serão aqui expostas, vezes há que sustentam, equivocadamente, para exemplificar, que, por não existir alusão ao MP de Contas no art. 128 da CF, este não seria Ministério Público, ou que se apegam a questões políticas oriundas do originalismo estrito para inferir algo dessa ordem.

Ora bem, nesses casos, com o merecido respeito, verifica-se uma desconsideração às melhores premissas hermenêuticas, segundo as quais o art.

² Tais premissas hermenêuticas constam em minha obra *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. Encontram-se subjacentes, ainda, à doutrina tecida em meu livro *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

130 da CF, como qualquer dispositivo, não pode ser ignorado na sua condição de texto que se desprende do passado e demanda uma leitura teleológica atenta ao presente e ao futuro, sem inflacionar esta ou aquela manifestação original do coletivo legislador histórico.

Desconsideram, na realidade, que o texto do art. 128 da CF, com suas eventuais lacunas, justamente não pode ser dissociado do art. 130, do art. 73 e de outros comandos normativos que devem iluminar a sua cognição.

Ademais, nunca é demais salientar que o texto da Constituição apenas se torna significativo na sua interação com o intérprete, motivo pelo qual não deve ser visto como mero objeto, porém, antes, como significado resultante da construção a partir do texto.

Precisamente: não se esposam posturas exclusivamente historicistas, nem disjuntivistas, monológicas ou de relativismo cético, em função do papel constitutivo do intérprete, especialmente do intérprete constitucional, na geração da identidade e na decifração do que é o melhor para o sistema.

Por isso, com o desiderato de bem responder aos Quesitos e empreender interpretação constitucional congruente e consistente, imperativo explicitar, desde logo, as premissas hermenêuticas.

Eis, então, as premissas norteadoras da compreensão do modelo jurídico-institucional do Ministério Público de Contas:

- a. Consoante adequada interpretação tópico-sistemática da Constituição, os princípios fundamentais são a base e o ápice do sistema. Nessa medida, obrigatório o acolhimento da postura “constitucionalista”, em vez do “legalismo estrito”, isto é, deve ser assumido o pressuposto de que uma hierarquização devida revela-se mais significativa do que a subsunção, no enalço do justo equilíbrio entre preocupações formais e pragmáticas. Bem interpretar qualquer dispositivo da Carta (como é o caso do art. 130) implica colocá-lo, plasticamente, em conexão com a totalidade axiológica do sistema.
- b. As melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais. O princípio da

proporcionalidade quer dizer finalística e nuclearmente isto: promover a harmonia dos princípios jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre o outro, salvaguardar, justificadamente, o que restou relativizado, preservando, ao máximo, os valores em colisão. A partir dessa premissa, resulta nítido o viés desproporcional da negativa de autonomia à instituição do Ministério Público de Contas, por acarretar grave e custoso desserviço à tutela da ordem jurídica.

- c. A exegese sistemática da Constituição tem de promover a maior sinergia possível do Estado inteiro, respeitado o princípio da deferência¹ e reforçada a autonomia das Carreiras de Estado como uma insuprimível condição para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República, tais como estampados no art. 3º da CF. É que a boa interpretação favorece a defesa integrada dos direitos e garantias das Carreiras de Estado como maneira de preservar e assegurar, ao máximo, os direitos fundamentais em conjunto, notadamente o direito fundamental à boa administração pública.² Nesse sentido, não cabe subtrair autonomia e independência para privilegiar esta ou aquela instituição de Estado, uma vez que a aludida sinergia é meta republicana, por excelência.
- d. A boa interpretação sistemática constitucional precisa buscar a maior otimização possível do discurso normativo. Quer dizer, ao intérprete cumpre guardar vínculo com a efetividade, no mundo real, das finalidades da Carta. Além disso, tudo que se encontra na Constituição é visto como tendente à eficácia, como no caso do disposto no art. 130

1 A propósito, força lembrar, sem endossar plenamente a noção hermenêutica de clareza, a lição clássica de James Thayer in “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, Harvard Law Review, Vol. VII, 1893-94, pp 129-156, com especial destaque para as seguintes considerações à p.144: “(...) It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, - so clear that it is not open to rational question. That is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply, - not merely their own judgment as to constitutionality, but their conclusion as to what judgment is permissible to another department which the constitution has charged with the duty of making it. This rule recognizes that, having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much which will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admits of different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitutional.”

2 Sobre o direito fundamental em apreço, vide o meu livro *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, especialmente o conceito presente à p.22.

da CF. De fato, nada há nos comandos da Lei Maior que não deva repercutir no sistema. Na dúvida, convém preferir, em lugar da leitura estéril ou ablativa eficaz, uma exegese conducente à plenitude vinculante e inclusiva dos princípios de caráter essencial³, entre os quais o da autonomia institucional e o da independência funcional do Ministério Público de Contas.

- e. Toda e qualquer exegese sistemática constitucional deve ser alicerçada numa fundamentação objetiva e imparcial das premissas eleitas, evitadas interpretações que pequem ora pelo subjetivismo redutor da “juridicidade”, ora pelo decisionismo movido sob o influxo deletério das paixões e animosidades pessoais. Nesse prisma, a análise fria e imparcial do regime jurídico do Ministério Público de Contas conduz, como se antevê, ao reconhecimento, sem peias, da autonomia da própria Carreira. _
- f. A boa interpretação sistemática constitucional é aquela que se faz, desde sempre, contemporânea.⁴ Quer dizer, o intérprete constitucional de modo precípua, na linha do efetuado pelo Supremo Tribunal em julgamentos colacionados a seguir, tem de atuar como atualizador permanente do texto constitucional, dele extraíndo as melhores possibilidades subjacentes à indeterminação, voluntária ou não, dos conceitos e das categorias.
- g. A boa interpretação da Carta procura zelar pela vitalidade do sistema, sem desprezar o texto, mas indo além dele, quando necessário, como requer o próprio texto constitucional. Por exemplo, a eventual omissão do art. 128 da CF mostra-se plenamente superável, desde

3 Sobre o caráter essencial, observa Riccardo Guastini in “Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade.” Interesse Público, Vol. 55, 2009, p.162: “os princípios são normas que, aos olhos de quem fala, revestem-se de uma importância especial, ou seja, apresentam-se como normas caracterizantes do sistema jurídico (ou de uma parte deste): essenciais para a sua identidade axiológica”

4 No ponto, vale evocar Pontes de Miranda in Democracia, Liberdade e Igualdade. Campinas: Bookseller, 2002, p. 43: “A invenção da Constituição, acima das leis, acima dos atos dos administradores e dos juizes, não é só pormenor de evolução do direito interno. É invenção político-social, que tem a sua função no presente e sem a qual é impossível qualquer solução duradoura aos problemas permanentes da vida social de hoje, salvo quando as regras jurídicas entrarem profundamente na consciência da maioria.” Bem por isso, para ilustrar, sem sentido ver, nos dias atuais, o Tribunal de Contas como “órgão auxiliar da administração pública”, como o considerava, no contexto da Carta de 1946, o próprio Pontes de Miranda in Comentários à Constituição de 1946. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1953, p.348.

que acolhida tal diretriz. Mister convir que, no geral das vezes, a ambiguidade e a indeterminação exacerbada do texto são “dolosas”, de modo que a pesquisa da vontade histórica (jamais unívoca) resulta, por si, insuficiente. Nessa ordem de considerações, impõe-se perceber as epistemológicas debilidades do “originalismo” extremado e das premissas atadas ao interpretativismo estrito. Entre outras falácias, o originalismo exacerbado crê na idéia de que, naquele ponto em que o Direito parasse, nele o juiz deveria parar. Não é assim. Parte do pressuposto equivocado de que a ordem jurídica, em algum momento, poderia estar em completo repouso.⁵ Ora, o Direito encontra-se em incessante movimento, e reclama ser interpretado à vista dessa evidência solar. Mesmo o textualismo de Antonin Scalia⁶, por exemplo, merece reparos centrais, seja por não assumir a circularidade hermenêutica - com a dialética tensão entre sujeito e objeto -, seja por não conseguir, em função disso, dar conta das ordens constitucionais que determinam ir além do texto (vide, para ilustrar, a Emenda IX à Constituição Norte-Americana e, no sistema brasileiro, o art. 5º, § 2º, da CF)._

- h. A boa interpretação sistemática da Constituição só declara a inconstitucionalidade quando a afronta se revelar gritante e insanável, assim como sucedeu com a Constituição catarinense, ao não respeitar a Carreira Autônoma do MP de Contas, num vício estridente, tempestivamente escoimado pelo Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, que não comportou qualquer modulação.
- i. Claro, tais premissas não são, nem pretendem ser exaurientes. O importante é, no fundo, destacar que a Constituição merece receber do intérprete a defesa imunológica indispensável à viabilização efetiva da sua teleologia superior.

⁵ A falha filosófica é perpetrada, por exemplo, por Robert Bork: “Where the law stops, the legislator may move on to create more; but where the law stops, the judges must stop” in “Originalism”, *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*. Suzan Brison e Walter Sinnott-Armstrong (orgs.), Boulder: Westview Press, 1993, pp. 56-57. Ora, o equívoco reside em não perceber o Direito em plástico movimento, assim como ao insistir em “neutral definition of the principle derived from the historic Constitution”, algo que oculta opções que reproduzem, mal ou bem, escolhas que pertencem ao pretérito. Na perspectiva aqui adotada, à diferença da esposada por Bork, as considerações axiológicas atualizadoras não são descartadas na senda da interpretação sistematicamente adequada.

⁶ Vide Antonin Scalia in *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

Desse modo, o intérprete há de ser o guardião, para além das pulsões do imediato⁷, dessa visão finalística dos elementos constitutivos do Estado Constitucional.

2.2. DO REGIME JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2.2.1. Assentadas tais premissas hermenêuticas, cumpre, para responder aos Quesitos, dissertar, ainda que de modo sucinto, sobre o regime jurídico-institucional do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ou, mais diretamente, do MP de Contas.

Para tanto, de plano, mister fixar o alcance sistemático e o real significado do art. 130 da CF.

Reza tal dispositivo-chave que aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições da Seção intitulada “Do Ministério Público”, pertinentes a direitos, vedações e formas de investidura.

Quer dizer, ao referir direitos, vedações, o art. 130 da CF estabelece liame incontornável com a Seção que dispõe sobre o Ministério Público. De maneira que valem, por extensão, para o Ministério Público de Contas os princípios da independência funcional (CF, art. 127, §1º da CF) e da autonomia funcional típica da Instituição Ministério Público (CF, art. 127, § 2º).⁸

Por outras palavras, da exegese sistemática do art. 130 da CF, em sinapse com o todo constitucional, resulta que, insofismavelmente e sem prejuízo da especialidade “ratione materiae” do Ministério Público de Contas, seria lesivo às diretrizes hermenêuticas citadas, qualquer intelecção restritiva do alcance e do significado desse dispositivo constitucional que confere direitos.

⁷ As Carreiras de Estado, fortalecidas e respeitadas, servem para recompor o papel do Estado Constitucional contra o estrutural desvio regressivo de mentalidades para as pulsões do imediato, às custas da solidariedade, da cidadania e do interesse público, que não se confundem com a busca egotista dos próprios interesses. A calhar, para uma visão crítica (sem ser contrária ao mercado em si) dos excessos imanentistas do mercado e da liberação, sem limite, das pulsações, vide Dany-Robert Dufour in *Le Divin Marché*. Paris: Denoël, 2007. Para a valorização das Carreiras de Estado, abri Capítulo específico de meu livro *Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, ob.cit., pp 114-125.

⁸ Sobre o reconhecimento da autonomia do MP de Contas, vide, entre outros, José Afonso da Silva in *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, p.604.

Originalismo estrito à parte e respeitada em sua alteridade, a Constituição não intenta, nem de longe, excluir o MP de Contas da incidência de qualquer uma das normas atinentes a “direitos, vedações e dispositivos sobre forma de investidura”, consoante o rol que figura na mencionada Seção, alusiva ao Ministério Público em gênero.

De sorte que não se admite que sejam ladeados aqueles dispositivos concernentes ao Ministério Público, já que, sem tautologia, o Ministério Público “junto” (não atrelado, nem inerente, mas ligado e com autonomia) ao Tribunal de Contas, em que pesem atribuições e competências especializadas, não deixa de observar, no cerne, o regime autêntico do Ministério Público. Com os traços irrenunciáveis, indelegáveis e característicos de Carreira Autônoma de Estado, cuja autonomia jamais implica atitude antagonista ou insular.⁹

2.2.2. Aplica-se, pois, com plenitude, o disposto no art. 128, § 5º, I da CF¹⁰. Ou seja, o MP de Contas ostenta as garantias da vitaliciedade (após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado), da inamovibilidade (salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa) e da irredutibilidade de subsídio (fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I).

Ao mesmo tempo e em contrapartida, aplicam-se, sem exceção, as vedações averbadas no inciso II do mesmo dispositivo, quais sejam: os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas não podem receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, nem exercer a advocacia, tampouco participar de sociedade comercial, na forma da lei. Por igual, não podem exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, nem atividade político-partidária. Ainda: estão proibidos de receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios

9 Força superar o “isolacionismo”, como bem preconiza João Carlos de Almeida Rocha in “Ministério Público da União: Um Balanço.” Ministério Público e a Ordem Social Justa. BH: Del Rey e ANPR. Flávio Paixão et al (coord.), 2003, p.116.

10 Com a adoção de premissas bem articuladas, no exame extensivo do art. 128 da CF, vide Ubregue Ribeiro Júnior in “A Natureza Jurídica do Parquet Especial”, Revista de Direito Administrativo, 236, pp. 129-161, especialmente ao concluir no rumo da autonomia, ou seja, ao considerar o MP de Contas com “natureza jurídica de verdadeiro Ministério Público, encontrando na própria Constituição Federal, sua fonte ontológica e institucional de defesa da ordem jurídica” (p.159). Para o exame das premissas, designadamente sobre a interpretação do art. 128 da CF, vide pp. 144-145.

ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. A par disso, por força do § 6º do art. 128 da CF, não podem exercer a advocacia no Tribunal do qual se afastaram, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

2.2.3. Importa sublinhar que o regime, compreendido na correta amplitude, consagra lídima “cláusula de garantia” (vide expressão do Min. Celso de Mello na ADI 789), endereçada a ensejar atuação autônoma, desembaraçada e independente do Parquet especial.

Esta inteligência mais avisada norteou o Supremo Tribunal Federal, no paradigmático e recente¹¹ julgamento da ADI 328-3-SC (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), no qual, a meu juízo, ficou estampado, de maneira irretorquível, o caráter autônomo da Carreira.

Assevera o Min. Relator, no corpo do seu voto:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal, de seu turno, firmou entendimento no sentido de que tais dispositivos, aplicáveis também aos Tribunais de Contas dos Estados, destinam-se a assegurar que os membros desse Parquet especial possam atuar com plena autonomia”.

E deu significativo passo adiante, ao acrescentar:

“Essa garantia é reforçada pela previsão de que integrem um órgão dotado de estrutura própria, que não se confunde com a de outras carreiras do serviço público.”

Note-se: órgão dotado de estrutura própria!

Eis o abalizado e cabal reconhecimento de que, por força direta e imediata da Constituição, o órgão em apreço goza de autonomia, algo que, segundo a minha inteligência, já transcende, em muito, o antigo reconhecimento da independência individual (irrenunciável e indisponível, é claro) dos membros do MP de Contas.

Mais: o Relator não parou na assertiva de que se trata de órgão com estrutura própria.

¹¹ Tal ADI teve o seu julgamento em 2 de fevereiro de 2009, com decisão unânime e nos termos do voto do Relator.

Como que para não deixar dúvida e, ao que tudo indica, numa louvável evolução em relação às teses que a negavam, ou não a reconheciam por inteiro, acolheu a autonomia ampla do MP de Contas (distinta da independência funcional atinente aos seus membros).

Consta, no voto do Min. Ricardo Lewandowski, com precisão certa, que a Constituição catarinense, ao admitir que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas fosse exercido por Procuradores da Fazenda, atentou “contra a autonomia da instituição”.

Assim por sua inegável relevância, sobretudo ao consagrar o modelo de autonomia larga (atinente à instituição), para além da independência funcional dos agentes, encaminha-se a jurisprudência, na linha das melhores diretrizes hermenêuticas, de ordem a resolver pendentes controvérsias.

Como se observa, no julgamento citado, mercê dos seus ponderados fundamentos na hierarquização, penso que se afirmou a premissa central da valorização das Carreiras de Estado, designadamente do MP de Contas, na linha de modelo jurídico cumulativo, isto é, não disjuntivo: cumula-se a autonomia da instituição com a independência funcional para que se assegure a “mais ampla autonomia” dos agentes. Vale, por isso, doravante, ter presente tal julgado, com os seus fundamentos.¹²

2.2.4. Assentado tal aspecto e tendo em mente que essa autonomia não se subsume à autonomia do Ministério Público comum (pois é própria), friso que, no cerne, a missão do MP, como um todo, é idêntica, isto é, guardar, no âmbito de suas atribuições e competências, a ordem jurídica do Estado Constitucional.

Assim, deveria estar certo e indubitado, numa perspectiva tópic-

¹² Eis, a calhar, a ementa da ADI 328-3-SC: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DISPOSITIVO SEGUNDO O QUAL OS PROCURADORES DA FAZENDA JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS EXERCERÃO AS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE. *PARQUET* ESPECIAL CUJOS MEMBROS INTEGRAM CARREIRA AUTÔNOMA. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. I. O art. 73, § 2º, I, da Constituição Federal, prevê a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, estendendo, no art. 130 da mesma Carta, aos membros daquele órgão os direitos, vedações e a forma de investidura atinentes ao *Parquet* comum. II. Dispositivo impugnado que contraria o disposto nos arts. 37, II, e 129, § 3º, e 130 da Constituição Federal, que configuram “*cláusula de garantia*” para a atuação independente do *Parquet* especial junto aos Tribunais de Contas. III. Trata-se de modelo jurídico heterônomo estabelecido pela própria Carta Federal que possui estrutura própria de maneira a assegurar a mais ampla autonomia a seus integrantes. IV – Inadmissibilidade de transmigração para o Ministério Público especial de membros de outras carreiras. V. Ação julgada procedente.”

sistemática, que, além de os membros do MP de Contas possuírem, individualmente, “essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam (CF, arts. 75 e 130)” (ADI 160, Rel. Min. Octavio Gallotti), o próprio MP de Contas tem como indisponível e irrenunciável a autonomia funcional, da qual emanam direitos, poderes (expressos e implícitos), garantias e vedações.

Nessa altura, com todos os conseqüências, impõe-se uma exegese conducente à percepção de que já está assegurada, na presente arquitetura constitucional, autonomia ampla à Carreira do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, antes até da conveniente e oportuna aprovação da PEC 27/2007, que didaticamente a explicita.¹³

Quanto à especialidade do MP de Contas, não obstante não figurar, de modo literal, no art. 128, I, da CF, não vejo razão para confundir o intérprete constitucional. Literalismo superado, não se pode fragmentar o discurso constitucional, uma vez que imperiosa, sempre e sempre, uma interpretação sistemática.

Como assinalado, a boa interpretação procura zelar pela vitalidade do sistema, sem desprezar o texto, mas indo além dele, como pressupõe o próprio texto constitucional.

Quer dizer, a lacuna meramente textualista do art. 128 da CF é facilmente sobrepassada, se assumida essa indescartável diretriz hermenêutica, sob pena de nulidade.¹⁴

A propósito, com propriedade, assinala Monique Cheker¹⁵: “do simples

13 A PEC 27/2007 merece ser aprovada, pois avança, ao deixar expressa a “autonomia funcional e administrativa,” no intuito de, como consta na justificativa, tornar “explícito no texto constitucional o que ainda não se depreendeu de forma pacífica da leitura sistemática dos artigos que tratam do Ministério Público e da natureza mesma desta Instituição.” Útil, a propósito, ter presente o texto proposto para o “caput” do art. 130: “O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas é instituição permanente, essencial à função do controle externo da Administração Pública, dotada de autonomia funcional e administrativa, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

14 Não por acaso, afirma Jorge U. Jacoby Fernandes in Tomada de Contas Especial. BH, Fórum, 2005, p. 421: “Quando no lugar do Ministério Público especial previsto no art. 130 da Constituição Federal atua outro Procurador que não aquele de carreira, o julgamento é nulo, porque também viola o princípio do devido processo legal e do promotor natural.”

15 in Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. BH: Fórum, 2009, p.127.

fato de o Ministério Público constar expressamente do rol do inciso I, do art. 128 (...) não se pode retirar-lhe a natureza de uma especialização do Ministério Público da União ou Estadual e, ainda, de possuir as finalidades dispostas no art. 127, caput a CRFB/88. Em outras palavras: não se pode interpretar a exclusão acima mencionada como negação da existência independente do Ministério Público especializado, pois o art. 128, I da CRFB/88, de fato, não esgota as vertentes materiais do Ministério Público.”-

Muito bem. Nessa ótica, o regime do Ministério Público, em termos globais, recebe o influxo inescapável e iniludível dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

Quanto a esse último princípio, acurada a observação de Emerson Garcia¹⁶: tal princípio não se confunde com a autonomia funcional. Esta “indica que a Instituição está imune a qualquer influência externa no exercício da atividade finalística (...) A autonomia funcional do Ministério Público coexiste com a independência funcional de seus membros, que é oponível aos próprios órgãos da Administração Superior.”

De fato, devem estar e, no meu entender, estão conjugados, indissoluvelmente, os pilares da autonomia e do princípio da independência funcional (ainda que tecnicamente distintos).¹⁷

2.2.5. Desse consórcio entre independência e autonomia, decorre, para o exame dos Quesitos, a manifesta inaceitabilidade de toda e qualquer subordinação hierárquica em face de órgão ou instituição que não seja, dentro de limites, o Ministério Público de Contas e, ainda assim, sem jamais embaraçar ou abolir as liberdades-garantia na performance da atividade-fim. Nesse diapasão, o estágio probatório ou “confirmatório”¹⁸ de vitaliciamen-

16 in Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Rio: Lumen Juris, 2008, p.93. E agrega: “é importante repetir: a atividade do Ministério Público é, efetivamente, incontrastável, conclusão que encontra esteio no art. 127, 1º, da Constituição da República, que consagrou a independência funcional como princípio institucional do Ministério Público.”

17 A distinção, tecnicamente relevante, merece maior sedimentação. A respeito, vide, no ponto, Hugo Mazzili in Regime Jurídico do Ministério Público. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p.142, ao distinguir a autonomia funcional (pertinente ao MP como instituição) e independência funcional (relativa a cada um dos agentes). Nesse Parecer, a posição é a de que o MP de Contas goza, ao mesmo tempo, de autonomia funcional e independência funcional. Mais: a rigor, não pode haver uma sem a outra, em termos práticos.

18 Bem escreve Monique Ckeker in ob.cit., pp 212-213: “o processo de aquisição de vitaliciedade - denominado estágio confirmatório - deve ser previamente previsto - a redundância aqui se impõe - na Lei Orgânica do Ministério Público especial, mas pode ser delineado

to precisa ser rigorosamente idêntico ao do Ministério Público em geral, no tocante a garantias, direitos e vedações, com o pleno resguardo concomitante da independência e da autonomia.

Por outras palavras, haverá de ser, em regra e quando viável, efetuado tal estágio, porque aqui não se afigura, como noutras hipóteses, situação de dispensa constitucional (exemplo: juízes oriundos do Quinto).

É, portanto, impositiva a adoção do processo de vitaliciamento próprio do Ministério Público, nos moldes incontornáveis da Carta e da legislação infraconstitucional ora aplicável, à míngua de Lei Nacional que disponha expressamente sobre o tema.

Vale dizer, deve-se seguir, na matéria, o mesmo processo do MP em geral, com todas as garantias, tais como o contraditório, a ampla defesa e a proibição de avaliação estranha ou alienígena aos seus quadros, sob pena de quebra irremediável da independência e da negação simultânea da autonomia institucional.

Desse modo, no atinente ao estágio probatório de vitaliciamento para os Procuradores do Ministério Público de Contas, a circunstância de já passarem a atuar, de imediato, em Tribunal de Contas não afasta tal exigência, pois o paralelo com o Procurador de Justiça não autoriza olvidar que, antes de trabalhar no Tribunal, foi exigido, no devido tempo, o vitaliciamento do então Promotor.

Ou seja, adquire-se a vitaliciedade (garantia da sociedade, acima de qualquer coisa) após sucesso no estágio correspondente e no prazo constitucional de dois anos, prazo que também se aplica ao MP de Contas.

No entanto, segundo estimo, implicitamente aprovado o membro do MP de Contas se escoado o referido prazo (dois anos). Se tal suceder, por motivo alheio a sua vontade, o membro desse Parquet especial adquirirá, com plenitude, a vitaliciedade.

Trata-se de instituto inconfundível com o da estabilidade, aí sim exigida, como condição para a sua aquisição, a avaliação exitosa propriamente dita. Ainda assim somente após o advento da Emenda Constitucional 19/98.

por ato infralegal oriunda da instituição. Sem dúvida, por força do art. 130 da CRFB/88, as disposições normativas dos Ministérios Públicos comuns podem lhe ser aplicadas subsidiariamente.”

No tocante à vitaliciedade, o regime constitucional é - e se manteve após a Emenda 45 – distinto e seria de todo inviável qualquer analogia, no ponto, com a estabilidade no serviço público.

É que não se pode, ademais, realizar interpretação restritiva em matéria de garantias, vitais para o correto e desassombrado cumprimento das tarefas de Carreira típica de Estado.

2.2.6. Segundo a mesma lógica, o estágio probatório dos primeiros membros de um Ministério Público de Contas - tema de outro Quesito - demanda tratamento especial, no resguardo inclusive do princípio da reserva do possível.

Deveras, nesse contexto, impossível sustentar que igualmente deveria ser efetuado pelos próprios membros, por dificuldades lógicas intransponíveis, notadamente pela inexistência de vitalícios para tal avaliação.

Na verdade, para os primeiros membros do MP de Contas, são múltiplas as soluções cogitáveis em matéria de vitaliciamento.

Uma primeira hipótese seria submeter o vitaliciamento do membro do MP de Contas ao MP da União, do DF ou dos Estados, conforme o caso.

Esta seria e já foi, noutro momento, uma solução satisfatória e razoável. Simples: nada a estranhar que MP avalie MP.

Nesse sentido, vitaliciamentos de membros do MP de Contas ocorridos mediante avaliação do MP comum permanecem válidos e não vejo sentido em cogitar sequer da necessidade de convalidação.

No entanto, mais proximamente, sucederam posições conhecidas do STF e do Conselho Nacional do Ministério Público no sentido de que se estabeleça e preserve a autonomia do Parquet Especial.

A partir daí, nitidamente não se quer mais o MP comum desempenhando papel próprio do MP de Contas. E ainda: de maneira firme, fixou-se prazo de transição para que tal suceda, nos termos de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

Agora, pois, os tempos são outros.

Manter processo confirmatório ou de vitaliciamento preso ao MP comum já não estaria de acordo com os precedentes jurisprudenciais, que apresentam caráter vinculante (em sentido amplo), notadamente diante dos pronunciamentos definitivos do Supremo Tribunal Federal.

Descartada, por isso, a primeira hipótese.

Uma segunda alternativa seria “delegar” a avaliação, excepcionalmente, para o Conselho Nacional do Ministério Público.

Acontece que, embora o MP de Contas possa vir a ter, no futuro, assento no referido Conselho, o fato é que ainda não o possui. Mais grave: tal delegação implicaria desbordar dos conhecidos limites e atribuições constitucionais do Conselho, alargando competência sem previsão normativa, o que poderia ensejar a pecha de nulidade do processo de vitaliciamento ou, no mínimo, gerar discussões instabilizadoras.

Tradução: não serve a segunda alternativa.

Antes de oferecer a solução que se me afigura a mais saudável, urge afastar inteiramente (por ofensiva, com evidência solar, à autonomia funcional e por forjar quadro de hostilidade adversarial sem o menor sentido) a hipótese de avaliação, para fins de vitaliciamento, realizada por Ministros ou Conselheiros dos Tribunais de Contas.

Estes, aliás, adquirem a vitaliciedade de imediato, assim como os Ministros do STF e os juízes oriundos do Quinto constitucional.

Não é, pois, por lhes faltarem predicados nem a garantia da vitaliciedade que não podem avaliar e aprovar o vitaliciamento de um membro do MP de Contas.

É por lhes faltar o poder-dever conferido pela Constituição e pelas leis.

Penso que se o fizerem, macularão irremediavelmente o processo de vitaliciamento, com as inerentes desvantagens para o agente e, de resto, para as instituições e para a sociedade.

Seria, portanto, solução contrária, não apenas às competências, mas aos princípios constitucionais irrenunciáveis e indisponíveis, designadamente da autonomia e da independência funcional¹⁹, ambos incidentes a partir da posse do membro do Parquet especial.

Eis que desponta como melhor a inteligência que passa tranquilamente pelo filtro das diretrizes hermenêuticas esposadas.

Refiro-me à alternativa assaz plausível de reconhecer que os primeiros membros de um MP de Contas, uma vez transcorrido o prazo constitucional de dois anos, sem nada de conduta desviante que possa a ele ser imputado (inclusive com a legitimação ativa do MP comum para impugná-la em juízo, se cabível), adquirirão a vitaliciedade.

Nada a estranhar na solução defendida.

Antes da Emenda Constitucional 19/98, no campo da bem distinta estabilidade do servidor público, não se afigurava condição obrigatória a aprovação no estágio probatório para adquiri-la.²⁰

Mudou o quadro apenas com o advento da referida Emenda Constitucional. E o fez nitidamente.

Com a mesma clareza, não assim pretendeu fazê-lo a Emenda Constitucional 45/04.

Manteve, em determinadas situações, o vitaliciamento direto ou a partir da posse no cargo (v.g em juízes do Quinto Constitucional ou Ministros do STF e do TCU e, ainda, no caso excepcional do art. 73, § 4º da CF), coisa impossível em

19 Sobre o tema da independência, convém ter presente a observação de José Jesus Cazetta Júnior in “A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional”, Funções institucionais do Ministério Público. Ailton Buzo Alves et.al.(Org.).São Paulo: Saraiva, 2001, pp 41-42: “Exatamente porque goza de independência funcional, o membro do Ministério Público é livre para exprimir o próprio convencimento quanto à matéria de fato e ao sentido da lei, estando adstrito, tão-somente, à indicação de seus fundamentos.”

20 Sobre as conhecidas diferenças entre estabilidade e vitaliciedade (forma de investidura e situações de perda do cargo), vide Lucas Rocha Furtado in Curso de Direito Administrativo. BH: Fórum, 2007, pp 950-952. Observa: “A principal distinção entre a vitaliciedade e a estabilidade reside, todavia, não na forma de investidura no cargo, mas na indicação das situações que podem ensejar a perda do cargo”(p.952). Para uma exegese do art. 41 da CF, vide meu livro A Interpretação Sistemática do Direito, ob.cit.,especialmente Cap.10.

matéria de estabilidade. Não estabeleceu o prazo de três anos para a aquisição da estabilidade. Diversamente, fixou para o vitaliciamento o prazo de dois anos.

Tampouco cuidou de exigir a aprovação no estágio como uma condição obrigatória para aquisição da vitaliciedade, à diferença do que fez a Emenda 19, ao alterar a redação do art. 41 da CF, relativamente à aquisição da estabilidade. Antes dessa Emenda, útil sulcar, seria inaceitável negar o direito à estabilidade se, por motivos práticos ou até disfunções, a avaliação tempestiva não tivesse ocorrido. Nem se cogita de desconstituir a estabilidade assim adquirida.

De qualquer sorte (presentes as diferenças de fundo com o instituto da estabilidade e avivada a noção de que a vitaliciedade supõe a garantia de somente perder o cargo nos termos do art. 128, § 5º, I, “a” e art. 95, I da CF, por decisão judicial transitada em julgado), os primeiros membros de um MP de Contas, não os outros, podem logicamente adquirir a vitaliciedade, não diretamente ou a partir da posse no cargo (hipótese que demandaria previsão constitucional), mas desde que cumprido o lapso temporal do estágio probatório, previsto na Constituição, isto é, dois anos.

Ato contínuo, força presumir, diligentemente haverão de ser avaliados os novos membros, exatamente nos moldes e ritos do MP comum.

Verdade que não seria de todo errôneo cogitar, para os primeiros membros, de uma espécie de vitaliciedade pendente de perfectibilização. Algo semelhante à aposentadoria, que só alcança a perfectibilização no registro.

Entretanto, por se tratar de um instituto relacionado à garantia (antes de mais, da sociedade), afigura-se vedado exigir mais do que o constituinte almeja exigir.

Aliás, justamente porque cabe e se impõe uma interpretação extensiva do art. 130 da CF, é que não cabe interpretar o dispositivo sobre o vitaliciamento embaralhando-o, numa analogia temerária e proibida, com o da estabilidade do art. 41 da CF, erro grave e flagrante.

Ademais, convém sublinhar: presentes as condições e desfeita a impossibilidade inicial relativa aos primeiros membros do MP de Contas, o dever de realizar a avaliação no estágio probatório para fins de vitaliciamento terá de ser observado com rigor, no fiel cumprimento dos deveres funcionais. Desse

modo, para os subsequentes membros do MP de Contas, o simples e bom cumprimento dos deveres funcionais acarreta, dentro do prazo do estágio probatório, a avaliação e, se pertinente, a aprovação no estágio de vitaliciamento.

O certo é que não se pode interpretar a Carta de maneira a vergá-la ou quebrá-la, pedindo-lhe o impossível.

Mas não só. A solução aventada é perfeitamente razoável, porque se situa “*per mezzo*”, isto é, numa zona intermediária entre o vitaliciamento direto ou a partir da posse no cargo (que não parece, no presente contexto normativo, descender da Constituição²¹) e a avaliação positiva e exitosa como condição obrigatória, cláusula aplicável apenas a servidores de cargos efetivos para adquirirem a estabilidade, ainda assim tão-somente após o advento da mudança normativa trazida pela Emenda Constitucional 19/98.

Portanto, a melhor solução parece ser esta: para os primeiros membros de um MP de Contas, o vitaliciamento, com plenitude e destituído de pendência, ocorrerá se o transcurso do prazo suceder sem desvios apurados de conduta do agente, desvios impugnáveis judicialmente pelo MP comum, antes da aquisição da vitaliciedade.

Naturalmente, após o lapso temporal (dois anos), nada impedirá que se tomem todas as providências adequadas para o processo disciplinar, que redunde até em perda do cargo ou cassação de aposentadoria, desde que acatada, na íntegra, a garantia constitucional da vitaliciedade.

Então, os primeiros membros do MP de Contas, à falta de outros membros vitalícios na Carreira para avaliá-los e sem que se deva prosseguir com qualquer avaliação externa (ainda que não careçam, no meu entender, de convalidação as que foram assim efetuadas, antes das citadas decisões do STF e do Conselho Nacional do Ministério Público), devem ser tidos como vitalícios após o transcurso do prazo constitucional de dois anos, prazo deliberadamente diferenciado e mantido pela Emenda Constitucional 45, como que a frisar a di-

21 Lucas Rocha Furtado in ob.cit, p. 951, aponta didaticamente que o estágio probatório assim o será se a investidura demandar concurso público. Assinala: “Desse modo, se para ocupar o cargo de vitalício for exigida a prévia aprovação em concurso público, a vitaliciedade dar-se-á após a aprovação no estágio probatório de dois anos (CF, art.s 95, I e 128, 5º, I (...)) Ao contrário, se a investidura no cargo vitalício não requerer aprovação em concurso público, a vitaliciedade ocorrerá com a posse no cargo (...). No entanto, bem percebe uma exceção em nota de rodapé (p. 951): é a hipótese de auditor, prevista no art. 73, 4º, da CF.

ferença de tratamento em relação ao instituto da estabilidade do art. 41 da CF e sem que se aplique, apenas para ilustrar tal diferenciação, a possibilidade de enxugamento encapsulada no art. 169 da CF.

Institutos distintos, condições distintas. Não seria razoável e proporcional macular a autonomia e a independência do MP de Contas, nem se pedir o fática e tecnicamente impossível, o que ocorreria no caso da avaliação dos antigos pelos novos concursados, que ainda não houvessem adquirido a vitaliciedade.

A busca da única resposta correta está fadada ao insucesso, porém a busca da melhor solução, sincronizada com a teleologia superior, é rigorosamente irrenunciável.

Por certo, a questão apresentada introduz um robusto estímulo para que se atendam, com presteza, os prazos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Ministério Público, na Resolução 22, de 20 de agosto de 2007, no sentido de que todos os Estados criem e implementem os quadros próprios do Ministério Público de Contas.

Note-se que os prazos aí constantes são mais do que razoáveis para a criação e o provimento desses cargos. ²²

Não vale, de conseguinte, argumentar com situações e perplexidades no que concerne à implantação inadiável dessa Carreira nem com circunstâncias anômalas e transitórias, pois estas e aquelas não tem como servir como embaraços intransponíveis para o pronto e resolutivo cumprimento da Constituição, que necessita desse Parquet especial, voltado à defesa especializada do patrimônio público e da ordem jurídica, no sistema de controle externo.²³

22 Cumpre, de passagem, evocar o teor da Resolução, no tocante a prazos: “Art. 1º - Os membros do Ministério Público Estadual que oficiam perante Tribunais de Contas, com atribuições próprias do Ministério Público de Contas, deverão retornar ao Ministério Público Estadual nos seguintes prazos, contados da publicação desta resolução.

§ 2º - No Estado onde não há Ministério Público de Contas criado por lei, o prazo para o retorno é de um ano e meio.

§ 3º - No Estado onde há Ministério Público de Contas criado por lei, sem, contudo, ter ocorrido o provimento dos respectivos cargos, o prazo para retorno é de um ano.

§ 4º - No Estado onde há Ministério Público de Contas com os respectivos cargos já providos, o prazo para retorno é de seis meses. (...)”

23 Nesse ponto, ao discorrer sobre a defesa da ordem jurídica pelo Ministério Público, observa Hugo Nigro Mazzili in ob.cit., p. 11 “Há muito como instituição fiscal da lei, a destinação constitucional do Ministério Público deve ser compreendida à luz dos demais dispositivos da Lei Maior que disciplinam sua atividade, e, em especial, à luz de sua finalidade de zelar

Improteláveis, pois, a criação e o provimento dos cargos do MP de Contas em toda a Federação.

Por todo o articulado, no tocante aos primeiros membros de um MP de Contas, há vitaliciamento pelo decurso do tempo, donde segue que se o prazo de dois anos escoar, sem a viabilidade da avaliação, o membro do MP de Contas deve gozar da imediata garantia da vitaliciedade, sem qualquer pendência de perfectibilização ulterior, resultante de avaliação por membros da Carreira.

2.2.7. Da “ampla autonomia” (para aludir a feliz expressão empregada no julgamento da ADI 328-3-SC) e do princípio da independência funcional, irrenunciável e indisponível, deriva a manifesta insustentabilidade da submissão dos Procuradores de Contas à Corregedoria do Tribunal de Contas.

Tal subordinação, se encetada, viola dupla vedação: primeiro, representa tentativa de impor cadeia hierárquica incompatível com Carreira de Estado. Segundo, implica desvio funcional por parte da Corregedoria do Tribunal de Contas, algo que contaminaria todos os atos correicionais praticados.

O membro do MP de Contas não pode estar, a rigor, sujeito à autoridade estranha aos quadros da Carreira.

Precisamente por isso, imperativo assimilar, vez por todas, preciosa e antiga observação no sentido de que *“o órgão do Ministério Público Especial não está hierarquicamente subordinado ao Presidente da Corte, pois há de ter faixa de autonomia funcional, em conformidade com a natureza do ofício ministerial em referência, e que, além disso, decorre da sua própria essência como Parquet”* (ADI 789/DF Rel. Min. Néri da Silveira).

Convém remarcar: como defensor que sou, convicto e enérgico, da valorização do papel das Cortes de Contas e das Carreiras de Estado em geral, penso que o pleno respeito à independência funcional do Parquet Especial de Contas, nos trilhos interpretativos aqui percorridos, só faz por fortalecer as próprias Cortes de Contas, em função dos inúmeros benefícios potenciais derivados da sinergia entre aqueles que devem desempenhar, no controle externo da Administração Pública, a guarda integrada e

pelos interesses sociais, pelos interesses individuais indisponíveis e pelo bem geral.”

independente da Constituição e das leis.²⁴

É que a tarefa de evitar, por assim dizer, a deflação constitucional é do Estado inteiro, certamente nos limites das atribuições e competências, sendo pressuposto decisivo para a consolidação do novo paradigma do Direito Administrativo, no qual todos cuidam de endereçar as melhores energias para as prioridades republicanas, impeditivas do “desgoverno e de desadministração”²⁵.

Numa frase: a Corregedoria do MP de Contas precisa estar vinculada ao próprio MP de Contas.

2.2.8. Nesse enfoque, no que concerne ao Quesito acerca da admissibilidade da expedição de ofícios diretamente pelos Procuradores de Contas às autoridades e demais pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, a resposta só pode ser positiva.

Positiva, em virtude da cogência direta e imediata do princípio da independência funcional e dos poderes implícitos associados (“implied powers”, no constitucionalismo americano).²⁶

A propósito, sobre poderes implícitos da Constituição, entre nós e por todos, convém evocar a lição preciosa de Ruy Barbosa²⁷:

“Não são as Constituições enumerações das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados. Traçam elas uma figura geral do regime, dos seus caracteres capitais, enumeram as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional e deixam à interpretação e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções, a escolha dos meios e instrumentos com que os tem de

24 Na senda acertada da sinergia, merece menção, com justiça, o registro do Procurador do MPC/RS Geraldo Costa da Camino in O Sul, 24 de outubro de 2007: “há anos o MPC-RS vem estreitando seu relacionamento institucional com os demais ramos ministeriais, tendo firmado atos de colaboração com os Ministérios Públicos do Estado do RS, do Trabalho e junto ao TCU.”

25 Na penetrante observação do Min. Carlos Ayres Brito in “O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas”. O Novo Tribunal de Contas: Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, BH: Fórum, 2005, p. 74, ao lembrar justamente o papel dos Tribunais de Contas como “órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração”. Por certo, com autonomia e independência, crucial para esse desiderato o papel do MP de Contas.

26 Apenas a título ilustrativo, sobre a doutrina dos poderes implícitos, vide recente julgado, no qual a Min. Ellen Gracie Northfleet faz constar da ementa: “(...)é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição federal concede os fins, dá os meios (...)”(HC 916661/PE).

27 In Commentarios à Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, p.932, p.203.

exercer a cada atribuição conferida.”

Positiva também pela aplicação analógica de dispositivo expresso da Lei Orgânica do Ministério Público. Vale dizer, por ambas as linhas (expressas ou implícitas) de argumentação, trata-se de um poder-dever solidamente respaldado nos arts. 130 e 129, II e IV da CF, assim como no art. 26, I, “b” da Lei Federal 8.625/93, que reza:

“No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

(...)

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Desse modo, as referidas providências (medidas e procedimentos administrativos pertinentes) não apenas são lícitas como impositivas para o cioso cumprimento dos deveres funcionais, em tempo útil, na proteção da coisa pública.

2.2.9. Bem assumidas as premissas, quanto ao derradeiro Quesito sobre a forma de escolha do Procurador-Geral do MP de Contas, a devida cognição do art. 130 da CF implica o dever de acatamento do art. 128 da CF, com temperamento, sob pena de desintegração do sistema.²⁸

O correto é, no ponto, seguir o pensamento tópico-sistemático e recordar, com Gustavo Zagrebelski,²⁹ que:

“i valori, gli interessi, i beni che la costituzione protegge non devono essere percepiti unilateralmente.”

Nessa ordem de considerações, o alcance dado ao art. 130 da CF faz concluir que:

²⁸ Sobre a falácia da desintegração, vide Laurence Tribe e Michael Dorf in *On Reading The Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

²⁹ in *La Giustizia Costituzionale*. Il Mulino, 1988, p. 55

(i) sobre a forma da escolha do Procurador-Geral do MP de Contas junto ao TCU, embora idealmente possível aplicar, no cabível, o rito do § 1º do art. 128 (hipótese em que seria nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos), não se mostra lesivo à Constituição, dado o caráter de Parquet especial, que, em respeito ao disposto em legislação infraconstitucional (de presumível constitucionalidade), siga-se rito semelhante àquele adotado para o Procurador-Geral do Trabalho e para o Procurador-Geral da Justiça Militar, nos termos respectivamente dos arts. 88 e 121 da Lei Complementar 75/93. Logo, o Procurador-Geral do TCU pode, em condições analógicas perfeitamente defensáveis, como Chefe de Parquet especial, ser nomeado dentre integrantes da instituição, a partir de lista tríplex escolhida mediante voto plurinomial, facultativo e secreto, pelo Colégio de Procuradores do MP de Contas para um mandato de dois anos. Note-se que o parágrafo primeiro do art. 80 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União foi vetado, deixando de haver, por ora, dispositivo que submeta o escolhido à sabatina do Senado Federal. Verdade que o veto ao dispositivo ocorreu por outro motivo (a vedada equiparação de vencimentos), porém certo é também que resultou por derrubar inteiramente o parágrafo. À míngua de dispositivo desse matiz, melhor aplicar analogicamente os referidos arts. 88 e 121 da Lei Complementar 75/93, diploma que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

(ii) já se se tratar de MP de Contas no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, aplicável o estatuído no art, 128, §3º, da CF, ou seja, o MP de Contas formará “lista tríplex dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.” Por sua vez, a destituição segue a regra do § 4º do art. 128 da CF, isto é, ocorre por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

Corroborando essa inteligência sistemática o Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, ao entender incidir o direito de formar, nos termos do § 3º do art. 128, “lista tríplex dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral” (vide ADI 1.791-MC, Rel. Min. Sydney Sanches).

2.2.10. Pois bem. Hora de retomar as premissas de partida.

O art. 130 da CF, numa interpretação tópico-sistemática da Constituição, consagra princípios fundamentais, que estão na base e no ápice do sistema, entre os quais, cumulativamente, o da independência e da autonomia do MP de Contas, assumido o pressuposto de que essa hierarquização é a que melhor serve à busca do justo equilíbrio entre elementos formais e consequencialistas, ao situar tal dispositivo em conexão com a totalidade do sistema.

Como sempre, valioso ter presente Hans Georg Gadamer³⁰:

“o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo.”

A seguir, o enfrentamento dos Quesitos procurou uma exegese que sacrificasse o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais, ou seja, uma interpretação consagradora do princípio da proporcionalidade. Com efeito, a negação da autonomia institucional do Ministério Público de Contas, sobre cortar direitos sem benefício algum, debilitaria uma instituição de Estado, que precisa ser vista, no seio do controle externo, como peça-chave para a defesa da ordem jurídica.

De mais a mais, a exegese extensiva do art. 130 da CF é, sem dúvida, aquela que promove a maior sinergia dos agentes de Estado como um complexo sistêmico. A autonomia de cada uma das Carreiras de Estado é, mormente no quadro atual, a melhor maneira de assegurar, ao máximo, os direitos fundamentais em conjunto, notadamente do direito fundamental à boa administração pública.

Entendo que a inteligência empreendida, com elastério comedido e sem exceções desintegradoras do art. 130 da CF, é a mais conducente à maior otimização possível do discurso normativo, no mundo da vida, hoje e amanhã.

Mais: a exegese proposta encontra-se alicerçada numa fundamentação objetiva e imparcial, não havendo subjetivismo redutor da “juridicidade” ou movido sob o influxo de unilateralismos excludentes, a par de respeitar os pres-

³⁰ in Verdade e Método. Petrópolis. Vozes, Editora Universitária São Francisco, p. 386.

supostos da deferência, da contemporaneidade e do zelo pela vitalidade do sistema, sem desprezar o texto, mas indo além dele, quando imprescindível, como requer o próprio texto constitucional. Além disso, eventual omissão literal do art. 128 da CF restou amplamente superada, por meio de hermenêutica praticada sem os pecados do originalismo exacerbado.³¹

3. DAS RESPOSTAS AOS QUESITOS

Tudo considerado, sem carecer, por ora, de desdobramentos, uma vez que restou nítida (a partir das premissas explicitadas) a conclusão no sentido do regime cumulativo de autonomia da instituição Ministério Público de Contas com a independência funcional dos seus membros, seguem, em síntese, as principais respostas concernentes aos Quesitos objeto da Consulta:

Quanto ao Primeiro Quesito, a propósito da realização do estágio probatório de vitaliciamento para os Procuradores do Ministério Público de Contas, entendo que, numa inteligência tópico-sistemática do art. 130 da CF, regra geral, encontra-se configurada a obrigatoriedade do processo de vitaliciamento, nos mesmos moldes requeridos para o Ministério Público comum. O fato de o membro do MP de Contas passar a atuar, de plano, junto a Tribunal de Contas não afasta, por si, tal exigência, porque o paralelo com o Procurador de Justiça não pode elidir a circunstância de que, antes disso, terá sido processado o vitaliciamento do então Promotor. Vale dizer, os membros do MP de Contas serão vitalícios, assim como os membros do MP em geral, após terem sido aprovados no estágio correspondente e no prazo constitucional de dois anos, regras que se aplicam indistintamente. No entanto, escoado tal prazo, por razões alheias à vontade do vitaliciando, afigura-se-me formalismo desmesurado deixar de reconhecer a aquisição da vitaliciedade pelo membro do MP de Contas. Quer dizer, não se revela adequada, “in casu”, a analogia com o inconfundível instituto da estabilidade, este sim a requerer, como condição obrigatória para a sua aquisição, “ex vi” da alteração do art. 41 da CF, uma avaliação expressa. No caso da vitaliciedade, ainda que altamente recomendável fazer tal avaliação, a aprovação pode ser presumida, salvo desvio apurado em contrário, uma vez transcorrido o aludido prazo e desde que a inércia não seja imputável ao vitaliciando.

Em relação ao segundo Quesito, relativo à obrigatoriedade do estágio

31 Não se nega a importância do originalismo moderado. A propósito, vide Laurence Tribe in American Constitutional Law. Vol.I, 3a. ed., New York: New York Foundation Press, 2000, pp.51-52.

probatório dos primeiros membros de um Ministério Público de Contas, à evidência não se pode fática e logicamente esperar que haja número suficiente de membros do Parquet especial para que ocorra a avaliação e só então se perfectibilize a vitaliciedade. Escapa, pois, a hipótese da regra geral. “A fortiori”, não se mostra plausível que, escoados os dois anos, um membro do MP de Contas goze de uma espécie de vitaliciedade pendente, por assim dizer, da perfectibilização oriunda da (intempestiva) avaliação. Seria outorgar precariedade excessiva à garantia constitucional, postergando-a sem lastro na Carta. Menos ainda se revela aceitável a avaliação e a aprovação pelos Ministros ou Conselheiros de Tribunal de Contas. E já não mais se aceita a avaliação exercitada pelo Ministério Público comum. Nessa ótica, para os primeiros membros de um MP de Contas, eis a melhor solução que encontro: o vitaliciamento se completa assim que houver o transcurso do prazo constitucional de dois anos. Claro que, para os subsequentes membros do MP de Contas, o mais indicado é, com a observância do prazo citado, proceder a avaliação e, se pertinente e merecida, a aprovação no processo de vitaliciamento.

Como salientado, a questão é impulso adicional para que sejam atendidos, com presteza, os prazos de transição, estabelecidos pelo Conselho Nacional de MP de Contas (Resolução 22, de 20 de agosto de 2007), no desiderato de que todos os Estados criem e implementem quadros próprios do Ministério Público de Contas. Como grifado, os prazos em tela são mais do que razoáveis para a criação e provimento de tais cargos.

Com relação ao terceiro Quesito, a Corregedoria do MP de Contas precisa estar vinculada ao próprio MP de Contas. Convém sublinhar que semelhante leitura somente reforça o mútuo respeito e a valorização das atividades de Estado no âmbito dos Tribunais de Contas, sendo bandeira que se deveria desfraldar de modo indisputável. Por outras palavras, o vigoroso e firme acolhimento da autonomia funcional do Parquet Especial de Contas ostenta o condão de contribuir - e muito - à consolidação das próprias Cortes de Contas. Urge, pois, sobrepassar eventuais incompreensões e desvelar como crucial essa perspectiva de plena e harmoniosa convergência de todos com o “telos” superior do Estado Constitucional Republicano.

No que concerne ao quarto Quesito, relativo à admissibilidade da expedição de ofícios diretamente pelos Procuradores de Contas às autoridades e demais pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, a resposta é ca-

balmente afirmativa no tocante à prerrogativa que deveria ser pacífica, já como resultado da cogência direta e imediata (independente das regras legais) do princípio da independência funcional e do poder implícito (“implied power”) associado, já pela aplicação analógica de dispositivo expresso da Lei Orgânica do Ministério Público. Quer dizer, por um ou por outro modo de argumentar, trata-se de poder-dever seguramente respaldado nos arts. 130 e 129, II e IV, assim como no art. 26, I, “b” da Lei Federal 8.625/93, sem embargo das disposições a respeito nas respectivas Leis Orgânicas do Ministério Público Estadual. Exemplos concretos, ademais, evidenciam que tais providências podem ser extremamente benéficas à guarda, em tempo útil, da coisa pública.

Quanto ao quinto e derradeiro Quesito, sobre a forma de escolha do Procurador-Geral do MP de Contas, brota da interpretação sistemática do art. 130 da CF que precisa ser observado o art. 128 da CF, com temperamentos. Dessa maneira, no caso do Procurador-Geral do MP de Contas no TCU, embora idealmente possível aplicar, no cabível, o rito do § 1º do art. 128, não se me apresenta ofensivo à Constituição, dado o caráter de Parquet especial, que, em harmonia com a legislação infraconstitucional, siga-se rito semelhante ao do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público da Justiça Militar, nos termos respectivamente dos arts. 88 e 121 da Lei Complementar 75/93, ou seja, o Procurador-Geral do TCU deve ser nomeado dentre integrantes da instituição, a partir de lista tríplice escolhida mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, pelo Colégio de Procuradores do MP de Contas para um mandato de dois anos. Já ao se tratar de MP de Contas no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, aplica-se pura e simplesmente a norma do art. 128, § 3º, da CF, isto é, o MP de Contas formará lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos.

A interpretação tópico-sistemática do art. 130 da CF, antes mesmo do advento de Emenda explicitadora da autonomia ou da oportuna Lei Nacional de Processo de Fiscalização de Contas (cujo Anteprojeto está no TCU), faz, desde logo, nítida a irrenunciabilidade do princípio da independência funcional do MP de Contas a braços com a não menos necessária autonomia da instituição, motivo pelo qual força assumir, com largueza de ânimo, a identidade de direitos, vedações e garantias do MP de Contas com o Ministério Público comum.

Tal inteligência proporcional e sintonizada com as premissas hermenêu-

ticas adotadas - convém reprimir - robustece o sistema de controle externo e, nessa ótica, deve ser entendida, no sentido de propiciar a atuação sinérgica e promissora das Carreiras de Estado, verdadeiramente afinadas com os ditames superiores da Constituição.

Porto Alegre, 02 de setembro de 2009.

Prof. Juarez Freitas

Prof. da PUCRS e da UFRGS