

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS NA ATUAÇÃO FUNCIONAL COMO *CUSTOS SOCIETATIS* E *CUSTOS IURES*



Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Doutorando em Ciências Jurídicas Publicistas pela Universidade do Minho / Braga / Portugal. Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A *quaestio* a que me proponho discorrer está ancorada na análise da legitimidade do Ministério Público de Contas para atuar como autor (representante) de uma ação formulada perante os Órgãos de Controle Externo e ao mesmo tempo como fiscal da lei (*custos iures*) nos processos de jurisdição-administrativa.

Sob esse aspecto, a atuação do Ministério Público de Contas nos processos de fiscalização da gestão de verbas públicas, como legitimado a provocar o pronunciamento do Órgão de Controle Externo competente (Tribunal de Contas), na qualidade de autor de uma representação na tutela de direitos da sociedade (*custos societatis*), não elide ou mitiga a atuação do *Parquet* como defensor da ordem jurídica e da justiça (*custos iures*), havendo ressignificação da sua clássica função de fiscal da lei (*custos legis*).

O reforço desse contexto de múltiplas atribuições não terá o condão de trazer nenhum óbice de atuação em conflito de interesses, posto que os processos no âmbito das jurisdições de contas possuem procedimento especial próprio, diverso da clássica relação jurídica angular dos Órgãos Judiciários (autor-juiz-réu).

Assim, externarei algumas considerações acerca da atuação do Ministério Público de Contas como legitimado imparcial em todos os processos de sua atribuição funcional, mesmo quando autor de uma representação (legitimação concorrente ordinária) e, simultaneamente, atuando como guardião dos interesses da sociedade (*custos societatis*) e defensor da regularidade do ordenamento jurídico (*custos iures*), visando desnudar uma sinergia de competências que possuem como norte a preservação dos interesses públicos e a tutela dos direitos e garantias individuais e coletivos.

As atribuições do Ministério Público brasileiro estão enumeradas no art. 127, *caput*, da Constituição da República de 1988 (CR/88), competindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É igualmente prevista no § 1º do mesmo dispositivo em destaque a observância dos princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, diretrizes de sua atuação e expressão de sua própria estrutura.

Na mesma sessão da Carta Maior, portanto inserido no contexto orgânico-institucional do Ministério Público brasileiro, edifica-se o Ministério Público de Contas por meio de seus membros pertencentes a um ramo especializado com atuação junto aos Tribunais de Contas do Brasil, como novo ator do exercício da fiscalização e controle externo, visando à fiscalização do cumprimento das normas financeiras e orçamentárias pertinentes às contas públicas, entre tantas outras atribuições (art. 130, CR/88). Aqui, consagra-se a aplicação de todos os direitos e garantias inerentes ao Ministério Público brasileiro, por extensão constitucional aos membros do *Parquet* especializado¹, incluindo a observância dos princípios da unidade institucional, da indivisibilidade do órgão e da independência funcional de seus integrantes.

¹ Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

Por decorrência lógica de teleologia sistemático-constitucional, o Ministério Público de Contas deve ser identificado como instituição permanente e essencial à administração da Justiça, ainda que sua atuação se dê em âmbito precipuamente extrajudicial. Sem prejuízo, a instituição possui envergadura própria, como previsto na normação da Constituição do Estado de Minas Gerais² e na Lei Complementar estadual nº 102/2008³. As garantias constitucionais afetas às suas atribuições permitem-lhe atuar como legitimado de uma representação à vista de irregularidades praticadas em detrimento da sociedade e como fiscal da lei e de sua fiel execução, inclusive na defesa dos interesses públicos primários e metaindividuais, máxime no que concerne à regularidade das receitas e despesas governamentais e aplicação esmerada dos recursos pertencentes à sociedade.

Por tais exegeses, o Ministério Público com atuação perante o Tribunal de Contas é órgão especializado, dotado de prerrogativas, competências e atribuições essenciais ao exercício do controle externo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da administração pública estadual e municipal, não exercendo suas funções como mero acusador nas representações em que formaliza, dissociando-se, assim, do interesse como parte do processo (autor da ação), mas, sobretudo, agindo em defesa da sociedade e da preservação do cumprimento da lei.

Tal afirmação se reforça pois os órgãos ministeriais especializados de contas são detentores do poder-dever de pugnar pela improcedência de fatos que tenham suscitado em exordial, onde, após se debruçar aos argumentos de defesa (contraditório), restar esclarecido que as questões discutidas se encontram amparadas em lei ou inexistentes. Assim, ao analisar os documentos apresentados pela defesa, pode e deve⁴ afirmá-los ou infirmá-los como lícitos ou ilícitos⁵, passíveis de ilidir (ou não) os apontamentos descritos na peça inaugural ou no relatório técnico produzido pelas unidades instrutivas dos Tribunais de Contas.

2 Art. 77. O Tribunal de Contas, com sede na Capital do Estado, é composto de sete Conselheiros e tem quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território do Estado. (...) § 4º – Haverá um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ao qual se aplicam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e ao qual incumbe, na forma de lei complementar, a guarda da lei e a fiscalização de sua execução.

3 Art. 28. O Ministério Público junto ao Tribunal compõe-se de sete Procuradores nomeados pelo Governador do Estado, cujo provimento observará as regras previstas na Constituição da República e na Constituição do Estado. (...) § 3º Ao Ministério Público junto ao Tribunal aplicam-se os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

Art. 30. Aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal aplicam-se as disposições da Seção I do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura e, subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na parte relativa a direitos, garantias, prerrogativas, vedações e regime disciplinar.

4 “Entre as principais características do Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas está essencialmente a de fiscal da lei e a iniciativa, em parte concorrente com a dos titulares dos órgãos técnicos, de promover ações no âmbito do Tribunal. (...) a segurança e a operosidade devem estar em destaque na atuação dos membros desse parquet, conduzidos com a discrição e serenidade próprias dos que reconhecem o valor da nobilíssima e árdua missão que devotam à nação”. Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 827-829.

5 “Desse modo, o Parquet de Contas, ao atuar no exercício de suas competências, visa a um amplo espectro de controle das ações da administração pública que, para além de uma mera análise de legalidade, investiga sua juridicidade, amparando-se no ordenamento jurídico em toda a sua inteireza, como conjunto de regras e princípios que concorrem entre si para a tutela dos interesses dos cidadãos, sejam quando tais atos reflitam prejuízo à coisa pública, sejam quando constituam afronta a direitos individuais ou coletivos. Para que possa exercer seu mister, a Constituição da República de 1988, no art. 130, garantiu aos membros do Ministério Público de Contas o direito à vitaliciedade, à inamovibilidade e à irredutibilidade de subsídios, além da independência funcional, conjunto de garantias que lhes assegura imunidade a alternâncias políticas e a imposições hierárquicas, para uma eficaz atuação nos processos de competência dos Tribunais de Contas como fiscal da lei e de sua fiel execução. Ademais, ao tomar conhecimento de indícios de irregularidade envolvendo atos da Administração, compete ao Ministério Público de Contas apurar os fatos e responsabilidades mediante inquérito; representar perante a Corte de Contas respectiva acerca dos fatos apurados, provocando-a para o exercício de sua jurisdição; e propor ao órgão do Ministério Público estadual ou federal a adoção de medidas necessárias em matérias que extrapolem a sua esfera de competência. Embora a atuação do Ministério Público de Contas seja frequentemente reconhecida por seu caráter repressivo de condutas irregulares praticadas na gestão da res publica, não se pode olvidar a crescente importância e o potencial de seus efeitos preventivos e pedagógicos. Isto, pois, na medida em que se supera a perspectiva unicamente repressiva da relação entre órgão fiscalizador e fiscalizado, possibilita-se a elaboração de práticas de controle externo propositivas, que não se restrinjam à mera correção das condutas do administrador, mas, ao contrário, que impliquem cooperação, orientando a formulação de políticas públicas de modo a otimizar o emprego dos recursos coletivos na concretização de direitos fundamentais dos cidadãos”. Cf. SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. *Ministério Público de Contas*. In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha (Org.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EDUEMG, 2015. v. 2, p. 263.

Em consonância com essas orientações, importante lembrar que o Decreto federal nº 392, de 8 de outubro de 1896, que reorganizou o Tribunal de Contas àquela época, já dispunha sobre a atuação desse ramo secular e especializado do Ministério Público brasileiro, conferindo a seus representantes plena liberdade de ação e o dever de zelar pelo fiel cumprimento das leis fiscais e dos interesses da Fazenda Pública.⁶

A legitimidade dos representantes dos Órgãos Ministeriais de Contas para atuarem diretamente em processos de suas atribuições funcionais os autoriza operarem como autor de representações e como fiscal da lei, sem pôr em xeque a legitimidade de ambas, que são complementares num mesmo processo, sobretudo pelo dever de tutela da ordem jurídica e do interesse social, servindo de garante constitucional do devido processo legal (inclusive da ampla defesa e do contraditório), dissociando-se da ideia equivocada de agir por interesses deferidos às partes comuns de um processo judicial clássico, em que, de certo, se aplicaria o direito adjetivo civil ordinário, em que a relação jurídica processual se daria de forma angular (autor, juiz e réu), diversa daquela relação jurídica deferida aos processos de contas.

É necessário lembrar que as relações jurídicas processuais encetadas nas Cortes de Contas são eminentemente lineares, isto é, entre o órgão fiscalizador e o jurisdicionado, sendo órgão acusador do Tribunal de Contas a sua própria Unidade Técnica, onde são descritas em relatórios técnicos as imputações objetivas de eventuais ilícitos imputados aos jurisdicionados, sobre os quais não se pode olvidar a indeclinável oportunidade da ampla defesa e do contraditório. Acerca do cumprimento desses corolários constitucionais, o órgão fiscalizador da sua oportuna realização reside na figura do Ministério Público de Contas, o qual nas próprias representações em que houver formulado funcionará como fiscal da lei em favor do cumprimento dos direitos e garantias constitucionais pelo órgão julgador de contas.

A esse respeito, também é importante destacar as disposições contidas no art. 32, incisos I, VIII e IX, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, sobre a competência do Ministério Público de Contas para requerer perante o tribunal as medidas necessárias à proteção do erário (incluindo a formulação de representação), bem como para manifestar-se como fiscal da ordem jurídica nos processos sujeitos à sua apreciação, além da possibilidade de interpor os recursos cabíveis, não havendo que se cogitar de segregação de funções, pois os Órgãos Ministeriais são gravados dos primados da unidade e da indivisibilidade.

A seu turno, o art. 70, § 1º, inciso II, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, refere-se expressamente à competência ministerial para oferecer representação em face de ilegalidades ou irregularidades ocorridas no gerenciamento dos recursos públicos, deferindo prerrogativa funcional. De igual modo, merece destaque a regra contida no art. 61, inciso IX, alínea d, c/c § 3º, do regimento interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, pelo qual é deferida ao Ministério Público de Contas oportunidade de oferecer manifestação preliminar e parecer conclusivo como fiscal da lei, tanto nos processos de denúncias quanto nos processos de representações.

De toda sorte, a atuação do *Parquet* especial na condição de colegitimado (representante) e de fiscal da lei (*custos legis*) encontra amparo nas normas de regência da matéria, garantindo-se sua imparcialidade como dever legal decorrente de suas próprias competências constitucionais⁷.

6 Art. 81. O representante do Ministério Público é o guarda da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas. Conquanto representante dos interesses da Pública Administração, não é, todavia, delegado especial e limitado desta, antes tem personalidade própria e no interesse da lei, da justiça e da Fazenda Pública tem inteira liberdade de ação.

7 Enunciado nº 01/2020 do Colégio de Procuradores do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais: "A atuação do Ministério Público de Contas como legitimado na propositura de representações perante o Tribunal de Contas não afasta a obrigatoriedade de sua atuação como custos legis no mesmo processo, sendo prevento o membro responsável pela demanda, em decorrência dos princípios da unidade institucional, da independência funcional e da imparcialidade na defesa da ordem jurídica e do interesse público".

Igualmente, não há dispositivo legal que obste a participação do Ministério Público nos processos de representação por ele interpostos nas Cortes de Contas, pelo contrário, pode-se afirmar que a intervenção do Ministério Público nos processos de representações em curso nos Tribunais de Contas é obrigatória, indisponível e inderrogável, porquanto presente o interesse público tutelado por legitimação constitucional. Nesse particular, nem mesmo o julgador pode querer criar atribuição a membro do Ministério Público para atuar ou vedar sua atuação, sob pena de se imiscuir em matéria afeta à atribuição funcional do membro representante do *Parquet* especial, a incidir abuso de direito e violação do devido processo legal pela inobservância de normas constitucionais sobejamente demonstradas.

Ora, a partir do momento que determinado órgão ou agente preenche as atribuições fixadas pelo direito positivo (lei) para a prática de um ato, essa capacidade personalíssima e competência funcional passam a ser também um poder-dever de atuação em defesa da sociedade (*custos societatis*).

É preciso clarear que o *Parquet* especial está obrigado a agir na defesa dos interesses da *res publica* perante a jurisdição de contas, porque se trata de dever de ofício – legal e constitucional –, sempre de forma imparcial⁸, devendo, como já ventilado, pugnar pela improcedência de suas representações sempre que presentes argumentos defensivos capazes de elidir as imputações exordiais, ou posteriores da Unidade Técnica, ou do Órgão Julgador, velando pela observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em todos os processos em trâmite nas Cortes de Contas.

Daí, não subsiste qualquer prévia inclinação sobre os fatos, quebra de paridade de armas, desequilíbrio processual, com pleno reforço da fiscalização e cumprimento dos direitos e garantias do jurisdicionado, sob pena de se transportarem – equivocadamente – regras do processo civil e processo penal comum aos processos extrajudiciais de contas, cujas relações jurídicas encetadas são claramente diversas. A atuação do Ministério Público de Contas é sempre voltada à defesa da ordem jurídica, à proteção do patrimônio público e às necessidades sociais, qualquer que seja a mola mestra de legitimação do seu agir funcional, inclusive, colegitimado (representante) ou fiscal da lei (*custos legis*), conforme preconizado no art. 77, § 4º, da Constituição do Estado de Minas Gerais⁹. Em reforço à ausência de desequilíbrio na relação processual de contas ou de observância do devido processo legal especial, as representações ofertadas pelo *Parquet* deferem o direito de defesa dos jurisdicionados logo após a manifestação do Órgão Ministerial na função de *custos legis*, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88,¹⁰ c/com art. 307 do RITCEMG, normas que devem ser observadas pelo Órgão Julgador.

Nesse sentir, os jurisdicionados têm a oportunidade de apresentar suas alegações, documentos e justificativas após a manifestação do Ministério Público, a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, cabendo sempre ao relator oportunizá-los na hipótese de lançamento de fatos novos.

8 "A independência está para o Ministério Público assim como a imparcialidade está para a Magistratura. É certo que o juiz deve também agir com independência e o membro do MP, com imparcialidade, na medida em que o juiz, para manter-se imparcial, deve ser independente, e o membro do MP, mesmo enquanto parte, deve ter como pressuposto de sua atuação a mesma equidade que se espera do juiz (e não o simples interesse individual ou de grupo, como se tem por legítimo ao advogado). (...) Mais especificamente: quando decide que um determinado bem jurídico atende ao interesse público, e, portanto, merece sua defesa, o membro do MP fá-lo com imparcialidade; mas, a partir daí, é "parte" (genericamente falando), na medida em que defenderá aquele interesse em face de outros interesses. (...) o compromisso do membro do Ministério Público com o interesse público é o compromisso do advogado (advogado do interesse público), portanto, primário, exclusivo, direto, que se confunde com sua própria função, outorgada pela Carta Magna". Cf. TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios Constitucionais do Ministério Público. Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, Brasília, a. I, n. 2, p. 69-82, jan.-mar. 2002.

9 Art. 77, § 4º - Haverá um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ao qual se aplicam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e ao qual incumbe, na forma de lei complementar, a guarda da lei e a fiscalização de sua execução.

10 Art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.



Quanto ao parecer conclusivo que os Órgãos Ministeriais devem emanar, na forma exigida no art. 61, inciso IX, alínea *d*, do diploma regimental do TCE/MG, é importante ressaltar que se trata de uma análise jurídica na busca da verdade substancial à vista dos autos, com a correta aplicação da lei, motivo pelo qual não podem ser apeados, sob pena de soar como tentativa de obscurantismo formal a eivar os julgamentos da Justiça que devem promover, em especial na responsabilização pela prática de atos ilícitos e recomposição dos cofres públicos. A quem interessa não permitir que os Órgãos Ministeriais atuem como fiscal da lei em processos de contas?¹¹

A função de representante – colegitimado na deflagração de ação de controle – não afasta o dever do *Parquet* de Contas de se manifestar no curso dos processos administrativos como defensor da ordem jurídica (*custos iuris*), inclusive, se for o caso, emitindo parecer pugnando pela absolvição dos jurisdicionados¹² com arquivamento do feito ou recorrendo para garantia do cumprimento da lei em favor do jurisdicionado¹³, na hipótese de o eventual conjunto probatório convergir para a regularidade das despesas públicas realizadas, ou no caso de serem demonstrados como escorreitos os atos de gestão, atendendo-se, assim, à tutela dos interesses legítimos da sociedade (*custos societatis*), além da fiscalização do cumprimento do devido processo legal substancial, isto é, processual e materialmente justo.

Resta claro que a atuação do Ministério Público de Contas nas representações de sua autoria deve ser entendida como condição de colegitimação para a deflagração de ação de controle externo, sem interesse como parte calcada nas regras processuais judicantes ordinárias, portanto sem deter parcialidade, podendo vir a se manifestar nos autos até mesmo contrariamente à ação por ele próprio intentada, modificando seu entendimento, se for o caso.

Ainda por ocasião do parecer conclusivo, acaso se exercite qualquer inovação da matéria ventilada pelo Ministério Público ou pelo próprio órgão acusador do Tribunal de Contas (Unidade Técnica), passíveis de ensejar a responsabilidade pessoal dos jurisdicionados, dispensar-se-á novo chamamento ao processo dos interessados, *locus* em que a atividade ministerial de *custos legis* sempre terá vez, com o condão fiscalizatório do escorrito cumprimento do devido processo legal. Sem prejuízo, o parecer conclusivo do Ministério Público de Contas possui caráter opinativo quanto ao mérito, e não vinculativo, de modo que o julgador não está necessariamente vinculado às teses nele explicitadas, exceto as matérias de ordem pública que sempre deverá enfrentar.

11 Não é preciso dizer que, independentemente da distinção entre autor e fiscal, o órgão do Ministério Público poderá sempre pleitear a condenação ou a absolvição, rever posicionamentos próprios ou alheios, recorrer, etc., uma vez que aqueles que o representam não são órgãos da acusação, mas órgãos legitimados para acusar; afinal, há muito está superada a figura do procurador/promotor implacável que persegue condenações a qualquer custo e que contabiliza as absolvições como derrotas e as condenações como vitórias. Cf. QUEIROZ, Paulo. Crítica da intervenção do Ministério Público em segundo grau. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://pauloqueiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/121941910/critica-da-intervencao-do-ministerio-publico-em-segundo-grau>. Acesso em: 29 set. 2020.

12 “(...) a imparcialidade (ou isenção) é um atributo muito mais evidente no Ministério Público. São muito comuns os casos de absolvição pedidos pelo próprio MP (no caso mensalão, três acusados foram absolvidos a seu pedido) e mais comuns ainda os casos de arquivamento da investigação – sempre pelo MP – por insuficiência de provas, mesmo contrariando as conclusões da polícia. Nos manuais de processo penal, costuma-se ensinar que o MP é uma “parte imparcial”, precisamente por não estar vinculado à obrigação de pedir a condenação custe o que custar. A figura do promotor como “acusador implacável” está superada há muito tempo. O que move o Ministério Público é a promoção da Justiça, seja para absolver, seja para condenar”. Cf. CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. A falácia da “polícia imparcial”. Disponível em: http://www.prgo.mpf.mp.br/fatotipico/pagina_edicoes011-artigo-bruno.html. Acesso em: 17 set. 2020.

13 “Por isso, deve requerer a absolvição do réu, deve recorrer em favor dele, e enfim, adotar o posicionamento jurídico que lhe corresponda à ideia do melhor direito. É ele, portanto, órgão encarregado da acusação e não órgão da acusação. E a manifestação divergente (absolvição do réu) em relação à posição inicial do Ministério Público na ação (oferecimento de denúncia, por exemplo) nem sempre se justificará pelo princípio da independência funcional. É que, como o contraditório e ampla defesa somente se instauram após as investigações, ou seja, após o juízo positivo de acusação, pode ocorrer que o referido órgão (subscritor da denúncia) modifique seu entendimento a partir da prova produzida na instrução”. Cf. FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. Comentários do Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2016.

Ainda no tema ora em exame, impende destacar que a marcha processual nas representações promovidas pelo Ministério Público de Contas não pode valer-se de preceitos da processualística penal para aplicação subsidiária. A colegitimação dos Órgãos Ministeriais em deflagrar ação de controle externo por representação não lhes confere interesse processual como parte judicante propriamente dita, pois tutelam em nome próprio direitos metaindividuais alheios (*custos societatis*). A propósito, qualquer manifestação conclusiva valorativa acrescida da já esposada, após a submissão do contraditório, imporá ao relator a nova abertura de vistas para manifestação da defesa, conforme já explicitado, mas nunca elidirá o funcionamento dos Órgãos Ministeriais como *custos legis*, isto é, guardiães da tutela dos direitos da sociedade e da ordem jurídica.¹⁴

De certo, a atuação ministerial como *custos legis* em processos criminais não inflige a garantia do devido processo legal; o mesmo se pode dizer em relação aos processos de contas em curso nos Tribunais de Contas brasileiros. Verificando novas imputações por aditamento, deverá o relator propiciar nova manifestação defensiva, se for o caso. Ainda sob esse aspecto do devido processo legal, é importante lembrar que as unidades instrutivas (Órgãos Técnicos) integrantes da estrutura administrativa dos Órgãos de Contas trazem quase sempre a imputação objetiva que vão lastrar o sistema acusatório nas representações propostas pelos colegitimados e os Órgãos Ministeriais, emergindo na posição de “órgão técnico acusador” da estrutura hierárquica dos próprios Tribunais de Contas, donde se deve assegurar nova oportunidade de defesa aos jurisdicionados após apresentação de relatório técnico de reexame, cujo fiscal do devido processo legal é o Ministério Público na condição de defensor da ordem jurídica, antes da submissão ao julgamento de mérito. Suprimir essa fase é flagrante violação ao devido processo legal.

Sem prejuízo, os Tribunais de Contas não detêm competência ao controle de legalidade de atuação funcional dos procuradores do Ministério Público de Contas nos processos em que funcionem como *custos legis*, sob pena de flagrante subversão ao princípio da unidade e da independência funcional no desempenho de atribuições constitucionais próprias de que são titulares, em nefasta intromissão sequer permitida em lei, a gerar responsabilidades de natureza pessoal pelos excessos praticados.

Qualquer entendimento no sentido de que a posição de colegitimado de uma representação própria retiraria a imparcialidade do membro do Ministério Público de Contas para funcionar como *custos legis* não guarda razão jurídica aos ditames constitucionais para o qual foi instituído, isto é, defesa da sociedade, não se admitindo confusão com o conceito de atuação persecutória penal. A propósito, nos processos de contas, a atuação persecutória é realizada pelo próprio Tribunal de Contas e sua unidade instrutiva – que desempenha as funções de órgão de acusação nas representações –, restando o membro do Órgão Ministerial como “fiel da balança” e fiscal da ordem jurídica da atuação desses dois atores, face às funções típicas deferidas às Cortes de Contas brasileiras, em especial na fiscalização e no julgamento de contas e atos de gestão, emitindo-se parecer nas contas de governo. Além da atividade fiscalizatória em que emergem imputações objetivas acusatórias (relatório técnico), os Tribunais de Contas julgam os achados materiais por si produzidos, reunindo em suas competências constitucionais as funções de órgão acusador e órgão julgador, pelo que não poderá deixar de ser fiscalizado por terceiro imparcial: os Órgãos Ministeriais de Contas.

14 “1. O Procurador de Justiça, ao ofertar parecer em recurso de apelação no qual o Promotor de Justiça oferecera contrarrazões, não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório. 2. O Ministério Público tem como uma de suas funções essenciais a garantia da ordem jurídica, atuando em prol dela como *custos legis* (Constituição Federal, art. 127), mercê do exercício de uma das funções institucionais que é a de promover, privativamente, a ação penal pública (Constituição Federal, art. 129, I), situações que não se confundem”. 3. Precedentes: HC n. 81.436/MG, Rel. o Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, j. em 11/12/2001, e RE n. 99.116-6/MT, Rel. o Ministro Alfredo Buzaid, Primeira Turma, DJ de 16/03/84. 4. Recurso em habeas corpus não provido. (STF. RHC 107584, Relator: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe-186 DIVULG 27-09-2011 PUBLIC 28-09-2011 EMENT VOL-02596-01 PP-00066 RTJ VOL-00233-01 PP-00099).



A imparcialidade pré-processual já é ínsita ao Ministério Público de Contas, independentemente do procurador que esteja atuando no feito.¹⁵ Tentar distinguir a figura de atuação de um Órgão Ministerial como parte e um Órgão Ministerial como fiscal da lei em uma relação jurídica linear entre o Tribunal de Contas e o jurisdicionado mostra-se superficial e dissociada do regime jurídico constitucional: defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CR/88).

Ademais, seja qual for o membro da instituição no procedimento, quem atuará no feito será sempre o Ministério Público de Contas, cujas regras de prevenção de atuação são próprias da instituição da qual seus integrantes fazem parte, não havendo nenhum precedente nos Órgãos Ministeriais brasileiros, com violação do princípio do promotor natural, em que haja substituição de membros num mesmo grau de jurisdição em nome de suposta parcialidade pré-processual por funcionar como autor da lide, até mesmo para própria garantia do devido processo legal em favor dos cidadãos (jurisdicionados).

Os membros do Ministério Público de Contas atuam como partes indissociáveis de um todo e mesmo corpo (princípio da unidade institucional), estando ligados pelo sentimento comum da causa pública (interesse público), da finalidade e das responsabilidades funcionais, agindo em nome institucional, e não em nome próprio (por representação). Ou seja, quem está na relação processual é a instituição do “Ministério Público de Contas”, não a “pessoa física” de um procurador, cuja atuação funcional é regida pelas normas emanadas do Colégio de Procuradores do Ministério Público de Contas, como instância administrativa e deliberativa máxima.

Desse modo, o fato de ser colegitimado de uma representação na deflagração de ação de controle de competência do Tribunal de Contas não coloca o Ministério Público de Contas na posição de defesa de interesse próprio, como se parte comum fosse num processo judicial, pela própria conformação constitucional e interesses públicos de que é guardião, mantendo-se incólume em sua imparcialidade.¹⁶

Assim, o Ministério Público de Contas como um só organismo, uma única instituição, sempre pautará sua atuação na fiscalização dos atos de gestão segundo a plataforma cimentada pela lei, na posição de defensor da ordem jurídica, não importando a que título intervenha – autor, colegitimado ou fiscal – sob o pressuposto de que a Norma Magna representa o interesse da própria sociedade a quem defenderá por atribuição constitucional.

15 “No sistema do CPC/2015, a distinção entre função como parte ou como custos legis é meramente nominal. Na prática, os poderes atribuídos ao Ministério Público na função de custos legis são tão vastos como os dos próprios litigantes, como por exemplo, pedir vistas dos autos depois das partes; ser intimado a participar de todos os atos processuais; produzir provas; requerer medidas processuais pertinentes e recorrer. O Ministério Público “também pode ser titular do direito de recorrer, mesmo quando atue como custos legis, em situações nas quais tenha havido ofensa ao direito objetivo, ao interesse público e ao regime democrático, conforme o art. 127, *caput*, da CF”. Por sua atuação nos autos na defesa do interesse comum, o Ministério Público não precisa demonstrar em que consistiria a utilidade prática que para si adviria em caso de provimento do recurso, e isto vale tanto para o Parquet enquanto parte, quanto interveniente. O recurso interposto pelo Ministério Público na função de fiscal da lei embute a utilidade ou o proveito não como vantagem destinada a beneficiar individualmente o órgão, mas sim como a satisfação que poderá ter, mercê do pronunciamento do órgão ad quem, o interesse sustentado no processo. (...) Ao ingressar no processo, seja como parte ou como fiscal da lei, o Ministério Público estará atuando na defesa do interesse público, de modo que já se lhe reconheceu previamente o interesse”. Cf. SACHET, Márcio André. Interesse recursal no processo civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

16 “O mais importante reside, porém, no seguinte: a distinção entre autor e fiscal da lei, apesar de tradicional e recorrente, é infundada, porque pressupõe dualidade onde existe ou deva existir unidade. Com efeito, por ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (CF, art. 127), sua missão constitucional, em todos os processos em que intervém, é sempre a mesma, independentemente de quem a represente (Promotor, Procurador, etc.) e da entidade ou grau de jurisdição (juízo, tribunal, conselhos, etc.) em que atue. Além disso, por ser a instituição una/indivisível, não parece razoável que possa se fazer representar, autonomamente, por mais de um membro num só e mesmo processo, não raro para repisar os mesmos argumentos. Aliás, exatamente por isso, ninguém propõe que, na primeira instância ou nas ações penais originárias, atuem dois Promotores/Procuradores, um como autor da ação penal, outro como fiscal da lei. (...) Mais: a maior ou menor isenção é um atributo personalíssimo, que, como tal, varia de pessoa a pessoa, independentemente da posição em que é chamado a atuar. (...). Também, por isso, é irrelevante a distinção – que não é de natureza constitucional, mas processual – entre parte e fiscal da lei, porque, ainda que eventualmente não seja parte num determinado processo, o Ministério Público é sempre fiscal do ordenamento jurídico, motivo pelo qual a sua intervenção judicial ou administrativa sempre terá essa qualidade como pressuposto lógico inevitável. Quando em juízo, ser fiscal da lei e ser parte significam uma só e mesma coisa: o Ministério Público quando é fiscal da lei, é parte; quando é parte, é fiscal da lei, ou seja, fiscal da Constituição.” Cf. QUEIROZ, Paulo. Crítica da intervenção do Ministério Público em segundo grau. JusBrasil, 2013. Disponível em: <https://pauloqueiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/121941910/critica-da-intervencao-do-ministerio-publico-em-segundo-grau>. Acesso em: 29 set. 2020.

Outrossim, há claro prejuízo ao interesse público tutelado em representações que sejam julgadas improcedentes e na qual não haja intimação prévia para manifestação do representante do *Parquet*, como *custos legis*¹⁷. Abrevia-se o feito para pautá-lo em julgamento, sob mitigação de submissão ao Órgão Ministerial controlador, pondo em xeque a lisura do devido processo legal empreendido pelo Órgão de Contas, simultaneamente fiscalizador, acusador e julgador das contas públicas.

Por conseguinte, acerca da existência de normas regulamentares próprias sobre as regras aplicáveis às atribuições funcionais, faz-se, ainda, referência ao instituto da prevenção do procurador que primeiro se manifestar no processo, como se verifica das disposições constantes das Resoluções MPC-MG nº 11/2014¹⁸ e nº 14/2019¹⁹ que regem a matéria, não cabendo a terceiros estranhos ao Órgão Ministerial tentar dispor de maneira diversa, sob pena de malferimento à independência funcional. Aqui, o exercício das funções dos procuradores do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais foi rigorosamente definido em regulamento, não havendo a previsão da atuação funcional de dois membros num mesmo processo e na mesma instância, fato replicado em todos os Órgãos Ministeriais

17 1. Hipótese em que se debate as prerrogativas e a função dos membros do Ministério Público com atuação nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, especialmente nos casos em que figurar o *parquet* como autor na ação originária objeto de recurso. 2. Com efeito, o Tribunal de origem aplicou no aresto recorrido tese consolidada no âmbito desta Corte Superior no sentido de que, nas hipóteses em que o Ministério Público figurar como “o autor da ação civil pública, sua intervenção como fiscal da lei não é obrigatória, além do que a ausência de remessa dos autos à Procuradoria Regional da República, para fins de intimação pessoal, não enseja, por si só, a decretação de nulidade do processo, sendo necessária, para este efeito, a demonstração de efetivo prejuízo processual” (excerto da ementa do REsp 814.479/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010), entre diversos julgados no mesmo sentido. (...) 5. A tese de ausência de nulidade foi estabelecida pelo STJ em casos que, apesar de não ter havido a devida intimação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, houve a preservação dos atos processuais praticados em virtude da inexistência de comprovação de prejuízo. 6. Assim, o que foi estabelecido é que a nulidade não seria reconhecida de plano, salvo comprovação de prejuízo, o que é absolutamente diverso de eventual afirmação de que a intimação pessoal do Ministério Público seria desnecessária. 7. Na prática forense, ainda que a ação tenha sido ajuizada pelo Ministério Público, o membro que oficia em primeiro grau de jurisdição não atua perante o Tribunal *a quo*. Tal função, cabe ao membro do *Parquet* com atribuições em segundo grau de jurisdição, ainda que a atuação como fiscal da lei ou parte acabe se confundindo em diversas hipóteses, o que não afasta a necessidade de intimação pessoal do agente ministerial (com os respectivos autos) para os atos processuais. Inclusive, em temas de manifesta importância como o caso examinado, que envolve a prática de atos de improbidade administrativa, não é razoável admitir a afirmação de que não seria necessária a intervenção ministerial no julgamento do recurso. 8. Ademais, no caso concreto, é importante esclarecer que o Ministério Público formulou pedido de diligência (em 17/1/2012) visando a preservação da regularidade dos atos processuais (e-STJ, fls. 19.038/19.040), o que foi indeferido (em 26/9/2012) pelo digno Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (e-STJ, fls. 19.041/19.044), inexistindo intimação pessoal do *Parquet* estadual. Por ocasião do julgamento do recurso (em 6/11/2012), para o qual o Ministério Público também não foi intimado pessoalmente, a Corte de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença, inclusive em reexame necessário. 9. É necessário considerar que a sentença julgou extinto o processo em face da prescrição dos atos ocorridos entre 1994 e 27/1/1999 e “improcedentes os pedidos em relação aos fatos subsistentes, por falta de adequação típica aos tipos legais dos arts. 11 e 12 da Lei 8.429/92” (fls. 18.810/18.816). Nesse contexto, entendo ser manifesto o prejuízo do *Parquet* estadual no caso concreto, ora recorrente. 10. Por ocasião do recurso de apelação, apesar de o recurso ter sido julgado parcialmente provido, houve apenas o afastamento da prescrição, mantida a improcedência da ação de improbidade administrativa, o que afasta, *data maxima venia*, qualquer alegação de inexistência de prejuízo pela ausência de intimação do *Parquet* estadual com atuação perante o Tribunal de origem. 11. Outrossim, é absolutamente questionável o argumento utilizado pela Corte *a quo* no sentido da aplicação do princípio da celeridade processual em detrimento ao devido processo legal, que impõe a regular intimação pessoal do Ministério Público para atuar na sessão de julgamento. 12. Ante o exposto, realinho meu entendimento para acompanhar integralmente o voto-vista proferido pelo Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques e retifico meu voto para dar provimento ao recurso especial, a fim de anular os acórdãos que julgaram o recurso de apelação e dos embargos declaratórios, em razão da ausência de intimação pessoal do Ministério Público (STJ. REsp. 1436460/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

18 Resolução MPC-MG nº 11, de 18/09/2014 - Art. 2º. Considera-se prevento o Procurador que primeiro se manifestar no processo. (...) § 8º - O disposto neste artigo aplica-se tanto a processos do Tribunal de Contas quanto a notícias de irregularidade, procedimentos preparatórios e inquéritos civis do Ministério Público de Contas. (...) Art. 4º. A redistribuição de processos para Procuradores ocorrerá mediante a compensação entre processos do mesmo grupo de natureza processual. (...) § 3º - Os processos que reingressarem no Ministério Público de Contas com a preexistência de manifestação de Procurador prevento não serão objeto de nova distribuição ou compensação.

19 Resolução MPC-MG nº 14, de 18/12/2019 - Art. 1º. A informação ou documentação enviada ao Ministério Público de Contas que relatar a ocorrência, em tese, de irregularidade no âmbito da administração pública estadual ou municipal será encaminhada à Secretaria do Ministério Público de Contas, que deverá autuá-la como Notícia de Irregularidade e cadastrá-la no Sistema Informatizado do Ministério Público de Contas – SIMP.

§ 1º - As Notícias de Irregularidade receberão numeração sequencial e serão distribuídas entre os Procuradores do Ministério Público de Contas de forma aleatória, alternada e igualitária. § 2º - Para fins de distribuição, a Secretaria do Ministério Público de Contas deverá realizar pesquisa no Sistema Informatizado do Ministério Público de Contas – SIMP e no Sistema de Gerenciamento e Administração de Processos – SGAP, a respeito da existência de procedimentos no Ministério Público de Contas ou no Tribunal de Contas versando sobre o assunto objeto da Notícia de Irregularidade. § 3º - Na hipótese de existência de procedimento no Ministério Público de Contas ou no Tribunal de Contas versando sobre o mesmo assunto, a Notícia de Irregularidade será distribuída ao Procurador prevento, mesmo que ainda não haja manifestação ministerial nos autos, observada a devida compensação.

brasileiros, exceto quando do julgamento em órgãos colegiados em que o Órgão Ministerial recorrente não funcione ordinariamente.

Por todo o exposto, é possível concluir que a atuação dinâmica dos agentes ministeriais perante os Tribunais de Contas representa importante instrumento para a salvaguarda da ordem jurídica e do regime democrático, possibilitando que a gestão do patrimônio público seja devidamente fiscalizada e acompanhada, sempre com o funcionamento do Ministério Público na condição de fiscal da lei (*custos legis*) ou, simultaneamente, sob o título de legitimado de representação (autor), cuja imparcialidade do membro é pré-processual e não inviabiliza o cumprimento de seus deveres de ofício na defesa de interesses da sociedade e dos jurisdicionados sob fiscalização nos Órgãos de Controle de Contas, à submissão de um devido processo legal material no qual são oportunizados a ampla defesa e o contraditório, visando a um resultado substancialmente justo.