

DIREITO INSTITUCIONAL

ASPECTOS DA LEGITIMIDADE DO PROMOTOR DE JUSTIÇA E DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Alceu Schoeller de Moraes

Promotor de Justiça Coordenador da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Porto Alegre (RS); Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Especialista em Processo Penal pela Escola Superior do Ministério Público do RS em convênio com a Universidade Luterana do Rio Grande do Sul (ULBRA); Professor de Processo Civil na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS.

INTRÓITO

O tema de que se fará algum esmiuço hermenêutico espoca com muita - e surpreendente - freqüência no ventre das ações civis pública patrocinadas pela Promotoria de Defesa do Patrimônio Público da Capital do Estado do Rio Grande do Sul. Comumente se está frente a uma “argüição preliminar” adversária, estratagema que segue linha de defesa meramente dilatória, visando à fuga ao exame de mérito, assim sinalizando quer ao descabimento da ação civil pública, quer à ilegitimidade do Ministério Público, quer à carência de ação.

Uma das argüições adversárias referia, em ação civil pública focando os provimentos de cargos públicos sem prévio concurso público, que, se houvesse interesse da sociedade a ser protegido, o instrumento processual adequado para elidir os atos irregulares seria a ação popular, nos termos do que dispõe o artigo primeiro da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Repisava outrora um adversário - e insistentemente - a absoluta mútua repelência entre ação civil pública e ação popular, aduzindo que não se poderiam igualar institutos jurídicos diferentes e que encontram tratamento constitucional diverso, subvertendo a ordem constitucional e o estado de direito.

Alguns obstaculizam aduzindo que o artigo 129, III, da Constituição Federal limita o espectro da ação civil pública à *proteção do patrimônio público e social*¹ e não à proteção do *patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe* (artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal), fazendo disso suporte à afirmação de que caberia somente ação popular e não estaria legitimado a agir o Ministério Público. De certa forma, sustentam que resultaria do contraponto entre a regra do inciso III do artigo 129 e a do inciso LXXIII do artigo 5º a adjudicação, com reserva de exclusividade, da legitimidade para proteção do *patrimônio público* (definição presente em ambas as regras) desta àquela.

É concerto adversário que o remédio adequado para a proteção do patrimônio público devesse ser apenas a ação popular.

Também vêm a pêlo outros focos correlacionados de contra-ataque: o dizer-se que o artigo 129, IX, da Constituição Federal veda expressamente a *representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas* ou que a ação civil pública não é viável em função de o artigo 13 da Lei nº 7.347/95 determinar que eventuais condenações em dinheiro, no âmbito de ações civis públicas, revertam obrigatoriamente para um fundo e não para o patrimônio de quem teria sido possivelmente lesado.

Portanto este estudo propõe-se a verificar a construção simplíssima e recorrente que a argúi o descabimento da ação civil pública sob aceno de invasão ao reduto intransponível da ação popular. E a desconstruí-la.

Propõe-se, ademais, a destacar a absoluta amplitude objetiva reservada pela Constituição Federal, pela Lei da Ação Civil Pública e por outras regras federais a esta especial e importante ação.

Pois para subsidiar meditações, cumpre apontar qual a rota hermenêutica que correlaciona o Ministério Público ao ferramental da ação civil pública e, por sua vez, esta ação ao objeto de tutela do patrimônio público e dos princípios reitores da administração pública.

¹ Curioso é perceber que tais intérpretes ignoram o que está – literalmente – posto no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal: *proteção do patrimônio público*.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM FUNDAMENTO NA LEI DE Nº 8.429/92

Pelo prisma do resguardo à probidade administrativa, há potencialidade de caracterização de ilicitude com elevadíssimo grau, a ponto de a censura ter origem em berço constitucional. Assim, “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” (artigo 5º da Lei nº 8.429/92), o que abrange o não só o agente público, como aquele “que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (artigo 3º da Lei nº 8.429/92), ou seja, englobando pessoas físicas e jurídicas beneficiárias do ilícito-ímprobo. Tanto o agente público quanto estes terceiros beneficiários perderão, segundo dispõe o artigo 6º da Lei nº 8.429/92, o produto do enriquecimento ilícito, sejam bens ou valores. Daí a conseqüente necessária indisponibilização de bens, não só para apanhar o proveito indevido, quanto para garantir o cabal ressarcimento ao erário do desfalque produzido pelo ato ímprobo.

A tutela da integridade do *patrimônio público* é tamanhamente relevante, a ponto de o artigo 12 da Lei nº 8.429/92 cominar, mesmo impropriamente, como sanção², o “ressarcimento integral do dano”, algo presente nos três incisos vinculados ao **caput**, além da “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”, na específica hipótese do inciso I.

² Indenização jamais tem caráter de pena, pois o punitivo – para reprimir e para gerar efeito preventivo – não está em sua razão de ser. Trata-se de um consectário lógico do fato de causar lesão, fundado na necessidade de impedir ou remediar os efeitos do ilícito sobre a vítima. Decorre de uma aplicação inversa do não enriquecimento sem causa, a dizer que os ônus, diminuições ou supressões de direitos patrimoniais e pessoais acarretadas pelo ilícito não podem ser tolerados pela ordem jurídica. Tratar a conseqüência indenizatória como pena consiste num equívoco, que desgarrar o ilícito de uma punição efetiva. Por conseguinte, se a indenização não é uma pena especializada ao ímprobo, várias considerações pertinentes vêm à tona. É algo que se desconecta do contexto ímprobo, transcendendo-o. Ainda que o ato não se defina típico à luz da Lei de Combate à Improbidade, subsistirá o dever de indenizar o prejuízo ao erário se ilícito (numa noção mais ampla) houver. Ainda que o autor não peça indenização na ação de improbidade, terá cabimento pedir em ação autônoma (é inegável, nesse sentido, o disposto no § 2º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92). Pela mesma razão, caberá ação autônoma para complementar, quando o pedido indenizatório for insuficiente ou não atingir a totalidade do dano causado.

Ademais, a noção de *patrimônio público* manuseada tanto pela Lei nº 8.429/92 quanto pela própria Constituição Federal não é meramente corpórea, pois abrange todo o cabedal de princípios, regras e valores éticos por que se deve pautar o agir administrativo. Por isso o traço punitivo do artigo 11 (“Dos Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os Princípios da Administração Pública”) e as sanções cominadas no inciso III do artigo 12. Vale dizer, a Lei da Improbidade não prescreve apenas um trato mais ético, moral e legal às funções públicas, senão pretende, enfaticamente, proteger todo o *patrimônio público*, moral, ética ou materialmente considerado.

Assim, a ação civil pública que gravite em torno da improbidade administrativa tem multiplicidade petítória: é sempre sancionatória, buscando aplicação de penalidades, pode ser cumulativamente anulatória e pode ser, igualmente modo cumulativo, conforme haja prejuízo, recompositório-indenizatória, buscando o restabelecimento da integridade do patrimônio público.

Pois bem, a edição da Lei de Combate à Improbidade Administrativa em 1992 soterrou, em boa medida, as indagações quanto à ilegitimidade ministerial para ajuizar demanda voltada à defesa do *patrimônio público*, bem como a arguição de açambarque indevido de objeto clausurado à ação popular. Então, a ação civil pública voltada ao combate à improbidade administrativa existe, tem amparo legal, é atribuída ao Ministério Público e merece ser manejada em juízo.

Ainda, se o juiz refutar aplicação da “sanção” de indenizar, conforme pedido em ação de improbidade, isso não impedirá que se deduza ação autônoma buscando evidenciar o dano e quantificá-lo (sendo desnecessário rediscutir a definição ímproba anteriormente havida), para aparelhar futura execução. Aliás, é exatamente a visualização de duas pretensões diversas mas interligáveis em certas hipóteses o cerne deste estudo: ação civil pública para punir por improbidade e ação civil pública para desconstituir e indenizar. Nos reflexos processuais, a indenização traduzirá um pedido específico, que poderá desde logo ser certo, ou ser apurado no curso da ação ou mesmo projetar sua quantificação para ulterior liquidação de sentença, dependendo de como a inicial confeccionou-o. E mais, é viável a formulação de pedido com alternatividade subsidiária, quando se deduz ação fundada em improbidade num plano petítório principal e, subsidiariamente, pedir a indenização fundada na responsabilidade civil (pelo ilícito-administrativo). Assim, a desclassificação da conduta frente ao tipo ímprobo não deixa no vácuo a perspectiva de indenizar o prejuízo que se tenha causado ao erário, quando remanescer ilícita (num sentido mais amplo).

Aliás, cumprir atar entre a improbidade e a ação civil pública um vínculo direto, não obstante alguns adversários acusem estar-se assim pretendendo “criar” - embora quiçá se alimentasse tal almejo - um híbrido processual espúrio ou um algo novo e desvinculado de amparo legal. Em verdade a ação civil pública já é realidade vetusta no Direito Brasileiro e tem por destinação legal veicular, entre outras, as pretensões de **direito difuso**. Deveras, se ausente um remédio processual coletivo e adequado, a veiculação das pretensões oriundas de direitos/interesses metaindividuais restaria esvaziada de realização jurisdicional. A própria Lei de Combate à Improbidade Administrativa aduz que “a ação principal terá rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada” (art. 17, **caput**), o que se coaduna com a sinalização de rito, guardada as regras de especialidade, da ação civil pública.

Evidentemente, não se pode pinçar a expressão “rito ordinário” do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, isolando-a de todo um contexto sistêmico e extraíndo, desse paupérrimo ilhamento, conclusão pelo afastar da ação civil pública³. A interpretação sadia dá a perceber que no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, onde consta o rol dos legitimados a qualquer ação civil pública, reside explicitamente *o Ministério Público* ou a *pessoa jurídica interessada*, em simetria com o disposto no artigo 17 da Lei nº 8.429/92. Há perfeita coextensão nas previsões de

³ Com efeito, não se tem *ação de rito comum ordinário* (do CPC, artigo 272, **caput**), mas ação de rito especial (da Lei nº 7.347/85), valendo a norma do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 como uma forma atécnica de dicção equivalente à que se lança no parágrafo único do artigo 272 do CPC: em verdade, dispõe-se sobre aplicar à ação civil pública por improbidade administrativa, “*subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário*”. E outra não poderia ser a exegese, sob pena de contradição com o regrado na Magna Carta (inciso III do artigo 129) e no inciso IV do artigo 25 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público). Tanto a Constituição Federal, que precede à Lei de Combate à Improbidade e determina seus limites plausíveis, quanto a Lei nº 8.625/93, apontam ao cabimento de ação civil pública para a tutela do patrimônio público. Observa-se que a Lei Orgânica do Ministério Público foi editada posteriormente à Lei de Combate à Improbidade, tendo evidente efeito de reforço desta afirmação de cabimento. De duas uma: ou a Lei Orgânica veio para clarear e explicitar que cabe a ação especial, colocando o artigo 17 da Lei nº 8.429/92 no devido prumo interpretativo, ou veio para revogá-lo (e dizer que não se trata de ação de rito comum ordinário do CPC). Embretado entre a superioridade da Constituição Federal e a novidade regulatória da Lei Orgânica, que destacam a ação civil pública e seu rito especial, este artigo 17 só sobrevive se uma interpretação conformativa da locução “*rito ordinário*” acontecer.

legitimação ativa: o que a Lei de Combate à Improbidade Administrativa prevê subsume-se (é continente) no que a Lei da Ação Civil Pública previu.

Mas não apenas da coesão no que concerne à legitimidade ativa abebera-se a ação civil pública por improbidade administrativa. O direito/interesse difuso⁴, núcleo justificador da demanda, justamente ele habita a petição inicial que se propõe à defesa do *patrimônio público*⁵.

⁴ Coincide com a categoria dos *outros interesses difusos* do inciso VI do artigo 1º da Lei nº 7.347/85 e do inciso III do artigo 129 da Constituição Federal e coincide absoluta e insofismavelmente com a noção de patrimônio público e social igualmente inserta neste inciso III do artigo 129 da Constituição Federal.

⁵ Observa-se que a idéia de preservação do patrimônio público há de ser focada pelo prisma de visão de um interesse metaindividual, equivalendo ao interesse da sociedade. Apanha-se a concepção de ser público que se pulveriza aos níveis de um Município, de um Estado e do País. É caracterizadamente "*transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*", em conformidade com o inciso I do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Rompe-se com a canhestra idéia de que possa haver um interesse meramente patrimonial, tutelável exclusivamente pela pessoa jurídica, à margem da atenção do Ministério Público. Supera-se a dicotomização entre interesse público *primário* e *secundário*, cujas definições conformar-se-iam da seguinte forma: "*buscando o alcance mais abrangente de 'interesse público', com Renato Alessi vamos cindi-lo em interesse público primário e secundário*", aquele equivalendo à noção de "*bem geral*", este à de "*interesse da administração*", observando que "*nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e mesmo com os mais autênticos interesses difusos...*" (MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o ministério público*. 2.ed. Porto Alegre. AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.14). Essa dicotomia quanto muito terá valor endógeno, como seja, na construção de uma teoria da administração pública (onde se insere toda uma conformação orgânico-estrutural e se regulam, do ponto de vista patrimonial estrito, teias de poder/dever de autopreservação). Entretanto, pelo prisma que se quer focar, a tutela do patrimônio público, em toda a sua abrangência, inclusive a patrimonial em sentido estrito, pressupõe um ponto de partida exógeno à administração, coincidente com o senso de bem comum. Identifica-se esse interesse tutelável, que se enfeixa como um interesse público, conecto à cidadania, de matriz difusa, que se coloca supra e externamente à administração. Um abrangente controle da administração pública poderá ser exercido visando à preservação do bem comum. Com efeito, a tutela desse notável interesse difuso poderá determinar uma nova modulação no talhe do ato administrativo, inclusive e especialmente no que concerne à gestão patrimonial em sentido estrito. Exsurge a ação civil pública como mecanismo judicial de aformoseamento do interesse do administrador, modulando-o, para amoldá-lo ao

Mas não apenas a estrita hermenêutica da Lei de Combate à Improbidade Administrativa há de dar calço à atuação ministerial. Com efeito, mesmo não se tratando de ato ímprobo, ou seja, de um ato da administração pública apto a se subsumir num dos tipos descritivos de improbidade, ainda assim, a necessidade de estancar o ilícito e fixar, quando cabível, o dever de indenizar o prejuízo ilícito ou indevidamente causado ao erário, pode manter-se viva. Por evidente, a Lei nº 8.429/92 não produz fechamento hermético no sistema, vale dizer, não necessariamente apanha todas as hipóteses de ação civil pública voltada à tutela do *patrimônio público*. Se restará algo para a ação civil pública não fundada em improbidade administrativa, cabe indagar-se neste momento.

É justamente aqui que o tema da pretensa usurpação do objeto da ação popular ganha maior relevo.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO, RECOMPOSITÓRIO OU ANULATÓRIO

Convém perceber-se a rota evolutiva das legislações consolidadoras do poder-dever do Ministério Público, onde se dá o traço exato da bula de atribuições institucionais, para responder afirmativamente à sua atuação.

A própria Lei nº 7.347/85 - regulamentadora da Ação Civil Pública, com redação atribuída pela Lei nº 8.078/90 (artigo 110 das Disposições Finais) - prescreve, em seu artigo 1º, o cabimento de, “**sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo**”, tendo por objeto a busca de uma condenação em dinheiro ou o cumprimento de uma obrigação (leia-se, no âmbito da administração pública, de um dever legal, moral e ético).

O ponto de partida está, pois, na Lei nº 7.347/85, que havia sido mutilada pelo veto ao inciso VI, extirpando a previsão de tutela a *outros interesses difusos e coletivos*.

interesse público. Enfim, ainda que se admita a visualização de um *interesse secundário* da administração, importa concluir que jamais haverá de ser algo da administração para a administração, senão que sempre gravitará em torno do *interesse primário*, seu norte finalístico.

Este clima desfavorável à atuação ministerial ampla perdurou por alguns anos, até que normas - dotadas de absoluta clareza - dispendo de modo a legitimar o agir substitutivo vieram à edição.

Precipuamente, em 1988, a então Nova Magna Carta fez-se textual:

“art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - promover o inquérito civil e a ação civil pública, **para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;**” (grifou-se)

Posteriormente, em setembro de 1990, houve a reimplantação do inciso VI na Lei da Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Cabe destacar a lição colhida de MAZZILLI, autoridade no estudo dos macrolesionamentos e de seus remédios processuais:

“...era acanhada a abrangência original da Lei n. 7.347/85, no que diz respeito às ações que poderiam ser propostas.

(...)

A própria Constituição já tinha criado uma norma de extensão ou residual, a permitir a propositura de quaisquer ações civis públicas pelo Ministério Público, em defesa de outros interesses coletivos e difusos, desde que em conformidade com sua destinação institucional. (...)

O Código do Consumidor acabou por corrigir todas essas falhas, dispendo: ‘para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela’ - e esse princípio é aplicável não só à defesa do consumidor, individual ou coletivamente considerado (como poderia parecer à primeira vista), mas sim à defesa de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, relacionado ao consumidor ou não (como o meio ambiente e o patrimônio cultural, p. ex.). Como já temos insistido, a razão consiste em que o art. 117 do Código do Consumidor acrescentou o art. 21 à Lei n. 7.347/85, segundo o qual passaram a aplicar-se à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais (homogêneos) os dispositivos processuais do próprio Código do Consumidor.

Ao referir-se à possibilidade de propositura de *todas as espécies de ação*, temos entendido que o art. 83 do Código do Consumidor quer alcançar ações de *qualquer objeto* (pedido) ou de *qualquer rito* (procedimento).

Combinados os arts. 83 e 110 do Código do Consumidor com o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, permite-se agora a defesa de *qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo* por meio da ação civil pública ou da ação coletiva, com qualquer rito, objeto ou pedido, por parte dos legitimados ativos do art. 5º da Lei n. 7.347/85 ou do art. 82 da Lei n. 8.078/90.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1995, págs. 198/199)

Não discrepa a lição de MANCUSO, em dissertando acerca de seu objeto da ação civil pública:

“...o que hoje se pode dizer sobre o objeto da ação civil pública é que ele é o mais amplo possível, graças à (re)inserção da cláusula ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’ (inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85, acrescentado pelo art. 110 do CDC). (...) Como afirma Hugo Nigro Mazzilli, atualmente ‘inexiste, portanto, sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos’... De outro lado, mercê de um engenhoso sistema de complementaridade entre a parte processual do CDC e o processo da lei da ação civil pública (CDC, arts. 83, 90, 110; Lei 7.347/85, art. 21, acrescentado pelo art. 117 do CDC), pode-se afirmar, com Nelson Nery Júnior que ‘não há mais limitação ao tipo de ação, para que as entidades numeradas na LACP, art. 5º e CDC, art. 82, estejam legitimadas à propositura da ACP para a defesa, em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos’...” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pág. 35)

A essas alturas convém fixar a exata visão do tema, pois já se avançou suficiente na análise da rota evolutivo-legislativa: o espectro petitório da ação civil pública é abrangente no que concerne à defesa do patrimônio público e, nessa seara ampla, há inequívoca cogitimação ativa do Ministério Público.

Com o ingresso na análise das normas de regência institucional do Ministério Público, a afirmação da legitimidade torna-se veemente. As leis orgânico-institucionais (leis válidas e vigentes, por suposto) contemplaram às expressas o manuseio com a ação civil pública na defesa do *patrimônio público*, assim não só enfatizando que se trata de uma porta de atuação extrajudicial - principalmente mediante atividade investigatória - e judicial, como fixando indeclinável dever funcional de atuar.

Exemplo claro consta da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), na alínea “b” do inciso IV do artigo 25, ao dizer que ao Promotor de Justiça se atribui:

“Art. 25 (...)

IV - promover o inquérito civil e a **ação civil pública**, na forma da lei:

b) **para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.**”
(grifou-se)

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul está prevista a Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, inserta na disciplina das áreas institucionais especializadas (artigo 23, §6º, inciso IV, alínea “e” da Lei Estadual nº 7.669/82 – Lei Orgânica do Ministério Público Estadual). Outrossim, contempla a Lei Orgânica Estadual disposições relativas à instauração de inquérito civil e à propositura de ação civil pública para defesa do patrimônio público, em moldes similares aos da Lei Orgânica Federal (incisos II e III do artigo 32 da Lei Estadual nº 7.669/82). Em cada Estado há de haver disciplina atenta às vicissitudes locais porém compatibilizada com as regras federais.

Portanto, é e deve ser a ação civil pública ferramenta própria para a defesa do interesse difuso relativo ao patrimônio público e aos princípios reitores da administração pública, aliás, sendo realidade comum nas empreitadas forenses da Promotoria de Defesa do Patrimônio Público sul-rio-grandense.

Mas as indagações podem recrudescer: sobrevive viável algo como uma ação civil pública exclusivamente voltada à desconstituição de ato administrativo? E isto, inclusive, na ausência de prejuízo monetário?

De fato, o Promotor de Justiça está legitimado a articular, como substituto processual dos cidadãos, numa ação civil pública, uma pretensão desconstitutiva em face de violação à legalidade, aos demais princípios reitores da administração pública e ao interesse público. Esta ação é de fundamental importância, por exemplo, quando se pretender atacar vícios em concursos para provimento de cargos públicos ou impedir a geração de resultados tais como a contratação irregular de mão-de-obra.

Há, como visto, legitimidade atribuída através da norma constitucional e reforçada com a adição do inciso IV ao artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública (pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990). Soma-se o reforço explicativo, dotado de solar clareza, contido na Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), justamente na alínea “b” do inciso IV do artigo 25, conforme foi acima transcrito. E se poderá somar ainda o reforço eventualmente existente nas leis locais orgânico-institucionais, na medida em que contemplem explicitações atribucionais em seu ventre.

Em comento ao alcance dessa plêiade de disposições normativas, sobrevém a doutrina de DECOMAIN:

“A alínea ‘b’ do inciso IV confere legitimidade ao Ministério Público para intentar ação civil pública com o propósito de ser obtida a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

A norma já estava implícita também no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, quando autorizada o *parquet* à propositura da ação civil pública destinada à defesa do patrimônio público e social. Essa defesa se dá, entre outras possíveis formas, por intermédio da propositura de ações tendentes a obter a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio ou à moralidade administrativa de Estados e Municípios. Em matéria de preservação do patrimônio público, é interessante lembrar também que a parte final do par. 3º do art. 58 da CF, determina a remessa ao Ministério Público, em sendo caso, das conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito, para que seja promovida a responsabilização civil e criminal de eventuais infratores.

Interessante salientar que, segundo a dicção do aventado dispositivo constitucional, o patrimônio público e social seria interesse difuso. Com certeza o patrimônio público e social achasse personalizado em determinada pessoa jurídica de direito público. Mesmo assim, contudo, abstraindo-se da personalidade jurídica da União, dos Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades de suas administrações indiretas e fundacionais, chega-se à conclusão de que a preservação de seus patrimônios realmente constitui interesse difuso, na medida em que não se trata de interesse deste ou daquele particular, mas sim de toda a coletividade.

Mesmo que a alínea ‘b’ do inciso IV deste artigo nada dissesse a respeito da preservação do patrimônio e da moralidade pública

por intermédio da ação civil pública, tal proteção teria por fulcro a própria Constituição Federal e ainda o artigo 1º, inciso IV, da lei nº 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pelo Código de Proteção ao Consumidor.” (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à lei orgânica nacional do ministério público - lei 8.625, de 12.02.1993*. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1996, págs.151/152, grifou-se)

Evidente que se está, a cada passo com mais profundidade, focando uma ação civil pública apta a tutelar com amplitude ímpar o direito/interesse relativo ao *patrimônio público*.

Inobstante alguns recalitrantes ainda vejam na ação popular um relicário intocável ao Promotor de Justiça, é imperioso transpor este mito de distanciamento absoluto⁶, por coerência e para afirmação dos bons resultados da cidadania.

Em que pesem a clareza das disposições legais, a inegável utilidade da ação civil pública e o aparelhamento institucional mínimo que os Promotores de Justiça têm, há insistente e interminável espiral de contrariedade às suas atuações na defesa do patrimônio público e dos princípios reitores da administração pública.

Por que o vezo de negar ao Ministério Público o manejo das ferramentas que garantem a indenidade do patrimônio público, quando há normas expressas em definir legitimidade e que operam – literalmente – sem prejuízo da ação popular?

Alguns interessantes precedentes denegatórios merecem ser analisados.

Observa-se algo inexorável no trato com o tema: a visão de profundidade, para além do conteúdo das ementas e das fundamentações dos julgados, vai revelar o compromisso ético-político assumido por quem julga, ao definir conceitos como o de **interesses difusos e legitimidade substitutiva**.

⁶ Verifica-se, ademais, que os protetores do relicário somente podem fincar pé em suas intransigências quanto à propositura da ação popular, ou seja, quanto à esdrúxula visão de ilegitimidade para confeccionar a petição inicial, pois não poderão negar, sob pena de chocarem-se diretamente contra a literalidade da lei, a possibilidade de o Ministério Público emendar a inicial da ação popular ou de assumir a sua condução. Aliás, a assunção do patrocínio e da condução das ações populares cujo autor é desistente não raro é interpretada, inclusive com fulcro na hermenêutica literal, como obrigatória e indeclinável ao Promotor de Justiça. É incompreensível, à luz de uma lógica de racionalidade jurídica, o imbróglio em que se metem os arautos da ilegitimidade.

Um Acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado na RT 716/253, está baseado nos seguintes raciocínios:

“A nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, por ilegalidade do objeto ou desvio de finalidade, por exemplo, só pode ser declarada por via da ação popular. Esta, e não a ação civil pública, se presta à declaração de nulidade ou à anulação dos atos lesivos aos bens e direitos de valor econômico e à moralidade administrativa.

Mesmo nos casos em que há coincidência entre os bens e direitos a serem tutelados pelas duas ações, não é idêntica a natureza da tutela. A ação civil pública visa à responsabilização de pessoas ou entidades que tenham causado danos a quaisquer dos bens, direitos ou interesses sujeitos a sua proteção.

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles, a ação popular visa a *‘obter a invalidação (...)’* (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública... 13ª ed., S. Paulo, RT, 1989, p. 87).

Portanto, essa via processual tem maior alcance que o da ação civil pública, pois não se limita à proteção dos interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas ou indeterminadas, mas se destina a tutelar o interesse de toda a comunidade, indo além da defesa dos interesses difusos e coletivos.”(grifou-se)

Respeitável julgado do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado em RT 730/234, feriu interpretação de algumas normas definidoras da legitimidade do Ministério Público, inclusive a constitucional, porém extraindo um resultado exegético digno de questionamentos:

“Primeiro, surge necessário não esquecer de que a Lei Maior exige irromperem indisponíveis, sempre, os interesses sociais e individuais, defendidos pelo Ministério Público - uma das atribuições institucionais - estritas - (art. 127, *caput*). **No caso, aparece a Promotoria Pública, defendendo direito alheio, de natureza patrimonial, pertencente à Municipalidade; a qual, no mínimo, possui representação legal e advogados aptos à procura de seus direitos e peculiares interesses.**

(...)

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público assere que, a mais, os órgãos de execução, dentre as funções gerais, lhes incumbe: *‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei’* (art. 25, IV). A única lei vigorante é a 7.347, de 24.07.1985, e, **como visto, não importa ao caso vertente.**

(...)

Já a ação civil de reparação de dano, por enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou por violação de princípios da administração pública, instituída pela Lei 8.429, de 02.06.1992, **se invocou para trazer mais incerteza à petição inicial.**" (grifou-se)

Sem dúvida, é quase impossível o rebate às crenças, posicionamentos e ideologias pessoais, emergentes de vetusta óptica pela qual o "*Promotor Público*", e não o Promotor de Justiça, figura como peça sob análise. Há proposições absolutamente insólitas, porque defendidas com ferrenhez e a despeito de suas absolutas incongruências. A exemplo, destaca-se o afirmar, como acima, que o Procurador do Município da Cidade de Matão, no Estado de São Paulo, estaria – com exclusividade - legitimado a buscar indenização à vista do malbaratamento do dinheiro municipal. Sabe-se que na unanimidade dos Municípios (e se exceção houver, devido à sua absoluta excepcionalidade, estará para afirmar a regra) o Procurador ou representante judicial do ente público, se não nomeado à base da confiança pessoal, é sujeito diretamente à hierarquia do excelentíssimo senhor Prefeito Municipal e às pressões do Secretariado Municipal. Então é no mínimo curioso ver este argumento lançado à guisa de forte pilar de afastamento da legitimidade de agir do Promotor de Justiça. Aliás, esta linha de argumentação está muito próxima daquela que tenta pôr os interesses difusos protegidos pela ação popular como algo ilhado, avesso a outras formas de proteção e de tutela judicial.

Lê-se no corpo do julgado em destaque que "*no caso, aparece a Promotoria Pública, defendendo direito alheio, de natureza patrimonial, pertencente à Municipalidade; a qual, no mínimo, possui representação legal e advogados aptos à procura de seus direitos e peculiares interesses*". **Mutatis mutandis**, é afirmar-se que somente as procuradorias ou advocacias de cada ente público (Advocacia da União, Procuradorias dos Estados, Procuradorias dos Municípios ou corpo de advogados respectivo às demais entidades estatais e paraestatais correlacionáveis), diante da lesão ao patrimônio público ou de atentado aos princípios reitores da administração pública, estivessem aptas a patrocinar ação contra o Governo da República, os Governos dos Estados, os Governos Municipais e administrações das entidades estatais e paraestatais.

Antevê-se, na linha de raciocínio contraditada, entremeio de provável outro equívoco: a percepção ou a afirmação de um *interesse*

secundário da administração desconectado de finalidade pública, desatado do *interesse primário*.

Não se trata de alçar o Ministério Público à condição de ingerência espúria na proteção de bens alheios e privados. A noção de Estado de Direito e Democrático afasta, por compromisso ético-constitucional inserto no Parágrafo Único do artigo 1º da Magna Carta (“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), quaisquer ilações acerca da pessoalidade e da privatividade do Poder. Contemporaneamente, proteger os cofres públicos não mais significa acobertar a riqueza pessoal do Soberano, senão garantir a integridade da riqueza que é administrada do povo, para o povo e em proveito do povo (ou assim deva sê-lo **ex vi legis**). Mas mais se justifica um agir quando diante de algum desmando administrativo, algo que, além de causar lesão patrimonial, ainda lesa toda uma plêiade de princípios e de normas pautadores do administrar público. Aí exerce o Ministério Público nada além do que o seu dever, satisfazendo uma de suas razões existenciais básicas: fiscal da legalidade, em sentido “lato”.

Finalmente, foca-se o Recurso Especial nº 34.980-5-SP, julgado pela colenda 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo por Relator o eminente Ministro Peçanha Martins (RSTJ 65/352), onde se afirma:

“**No caso presente**, não se pode dizer que propondo ação para ressarcir possíveis danos causados à Municipalidade de Marília, esteja o Ministério Público defendendo interesses coletivos ou difusos.” (grifou-se)

O grifado, evidentemente, há de ser o núcleo justificativo desta decisão.

Em prol da ação civil pública há mais do que o substrato lógico-jurídico, legal e doutrinário até então exposto. A jurisprudência que se reputa mais sensível ao fenômeno sócio-político-cultural brasileiro, fonte efetivamente viva do direito, tem reconhecido a legitimação do Ministério Público para agir em casos típicos de proteção ao direito difuso ou coletivo em face do Estado. A zexemplo, cita-se precedente haurido no egrégio Supremo Tribunal Federal, proferido em ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo, onde se lança arremate final a toda e qualquer dúvida:

“CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF.

Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido. (RE nº 208790-SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 27-09-2000, DJ. de 15-12-2000, p. 0105)

Do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se julgado cuja ementa ostenta:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

É a ação civil pública via adequada para pleitear o ressarcimento de danos ao erário municipal e tem o Ministério Público legitimidade para propô-la.

Recurso provido.” (REsp nº 180.712-MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ. de 03-05-99, p. 0101)⁷

Vale ressaltar que, ao julgar o Recurso Especial nº 31.547-9-SP, deduzido em mandado de segurança contendo pedido de trancamento de inquérito civil, o egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o Ministério Público estaria, em conformidade com o disposto no inciso III do artigo 129 da CF, não apenas legitimado

⁷ No mesmo sentido, também os seguintes precedentes: (1) “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO - SEQÜESTRO DE BEM ADQUIRIDO ANTES DO ATO ILÍCITO - IMPOSSIBILIDADE. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário. A Lei nº 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso. (...)” (REsp 196.932-SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 10-05-1999, pág. 0119, j. 18-03-1999); (2) “PROCESSUAL CIVIL - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento segundo o qual tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, visando ao ressarcimento de danos ao erário municipal. Recurso provido. (...)” (REsp 119.827-SE, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 01-07-1999, pág. 0121, j. 29-04-1999)

à propositura de ação civil pública, mas à investigação de lesões ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e a outros interesses difusos e coletivos, proclamando que a eventual menor bitola das cláusulas previstas no artigo 1º da Lei nº 7.347/85 (ante a ausência, então, do inciso IV) não poderia constituir óbice ao nítido sentido ampliativo da norma constitucional⁸.

No seio do colendo Tribunal de Justiça sul-rio-grandense outra não tem sido a afirmação. A exemplo, com torrencialidade a Promotoria de Defesa do Patrimônio Público ajuizou ações civis públicas visando à desconstituição de aposentadorias de especialistas em educação promovidas em desconformidade com os textos constitucionais estadual e federal, obtendo sucessos seguidos e reiterados, que já se protraem desde o Primeiro Grau de Jurisdição. Veja-se a seguinte ementa extraída de um dos diversos precedentes havidos:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSOR. REQUISITO DO EXERCÍCIO EM SALA DE AULA NÃO IMPLEMENTADO. Legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para a proteção do patrimônio público (CF, art. 129, III). A aposentadoria especial de professor, prevista no art. 40, inc. III, b, da CF, anteriormente à vigência da EC nº 20/98, supunha prova inequívoca do exercício de efetivo magistério em sala de aula por vinte e cinco anos, se professora, ou trinta anos, se professor. Inadmissível, por via de consequência, computar-se lapso de trabalho em atividades distintas, ainda que no magistério, sejam de natureza técnica ou administrativa, como o é o cargo de especialista em educação. Norma constitucional de natureza excepcional, que deve ser interpretada restritivamente. Procedência da ação, porém, restrita à desconstituição do ato de aposentadoria. Situação funcional do servidor, relativamente ao tempo de

⁸ Tratava-se de inquérito civil visando à apuração de danos à saúde de uma coletividade de trabalhadores de duas indústrias, cuja ementa é assim vazada: “Mandado de Segurança. Pedido de arquivamento de inquérito civil instaurado pelo Ministério Público. Denegação do writ. Recurso especial. Alegação de violação ao art. 1º da Lei nº 7.347/85. 1. O campo de atuação do Ministério Público foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85. Na espécie, além de ser o inquérito peça meramente informativa, tem ele tramitação autorizada pela própria Lei nº 7.347/85. 2. Recurso não conhecido..” (REsp nº 31.547-9-SP, Rel. Ministro Américo Luz, j. 06-10-93, RSTJ 56/268).

afastamento, a ser resolvida administrativamente. Apelação desprovida. Sentença confirmada, em reexame, com explicitação. (AC nº 70000218008, 3ª C.Cível, rel. Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 16-12-99⁹)

Há, inclusive, interessante precedente que vislumbra a cumulação entre ação de improbidade e ação indenizatória (embutida na “sanção” de ressarcimento prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/92):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. CUMULAÇÃO DE AÇÕES. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.429/92. PROVA PERICIAL.

O Ministério Público é órgão legitimado para o ajuizamento da presente ação, não só porque a Constituição Federal prevê em seu artigo 129, inciso III, mas também na forma do artigo 17 da Lei nº 8.429/92. Precedentes jurisprudenciais.

Inexistência da alegada cumulação das ações previstas pelas Leis nº 7.347/85 e 8.429/92, porquanto o art. 12 da Lei nº 8.429/92, de forma cristalina, determina que aquele que pratica atos de improbidade administrativa deverá ressarcir totalmente os danos que provocou, assentindo para o mesmo entendimento o texto do art. 18 da referida lei.

Alegada ausência d objeto da ação de improbidade administrativa. Questão a ser apurada com a instrução do feito.

Insubsistente a tese do agravante no que toca à inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92, uma vez que a imposição de penalidade e reparação de danos decorrente da prática de atos de improbidade administrativa por servidores públicos tem previsão constitucional, mais precisamente no art. 37, §4º.

⁹ Há interessante passagem da explicitação de voto produzida pelo ilustre Desembargador Nelson Antonio Monteiro Pacheco: *“Daí que, claramente, o interesse tutelado nesta ação é difuso e indisponível, pertencente à toda a sociedade gaúcha (unida por circunstâncias de fato - cidadãos do Estado, sujeitos individualmente indetermináveis), de ver o ato que deferiu a aposentadoria ao apelante desconstituído, porquanto causador de prejuízos aos cofres públicos, que agora paga proventos a servidor que, supostamente, deveria estar ainda laborando. Tal situação, sem dúvida, atinge toda a coletividade, que será atingida, de modo indivisível, pela decisão final proferida. Superada a questão da legitimidade, a adequação da ação ao caso concreto foi bem analisada pelo ilustre Relator, a Lei nº 8.625/93, art. 25. IV, ‘b’, que não deixa dúvidas acerca da possibilidade de ser aforada a ação civil pública na hipótese em exame.”*

Prova pericial. O juiz é o destinatário da prova e pode valer-se de qualquer meio de prova útil a firmar seu convencimento. Rejeitadas, em saneador, as preliminares argüidas pelo réu, be andou o Magistrado em determinar as provas, dentre estas a pericial, necessárias ao esclarecimento dos fatos alegados.

AGRAVO NÃO PROVIDO." (AI nº 70001855345, 1ª C. Cível, rel. Desembargador Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 28-03-2001)

Por todos os ângulos possíveis, a legitimidade do Ministério Público evidencia-se.

Se é correto afirmar que o cidadão-eleitor pode exercitar a missão de tutela judicial dos interesses públicos, prolongando a sua cidadania responsável através de um instrumento de reclamo judicial, tal não implica exclusão das zonas de atuação eventualmente próximas, quiçá comuns, na proteção ao patrimônio público, ocupadas pelo Ministério Público e ocupáveis por outrem¹⁰. Há sobradas razões para, nestas zonas, admitir a lei – desde a Constituição Federal, às leis ordinárias – o exercício de atribuições tangentes. A principal delas, crê-se, está em que uma instituição poderá suprir a inércia, justificável ou não, da cidadania, agindo nessas zonas desocupadas e que, se devolutas permanecessem, acarretariam perpetuação de inaceitável lesão ao patrimônio público e/ou violação aos princípios reitores da administração pública. Aliás – e isto é inolvidável – ao Promotor de Justiça é imposto prosseguir na ação popular da qual pretenda o autor desistir (!).

Retome-se, pois, a virtual – e equívoca – visualização de conflito objetivo com a ação popular, para superar sofismas. Sem sombra de dúvida, para todo e qualquer sujeito patrocinador de lesão patrimonial pública ou vilipêndio aos princípios reitores da administração pública vir albergar-se na proteção de uma ilha quase inacessível – a ação popular e seu pano restritíssimo e individual de legitimação – calharia mui bem. Mas isso equivaleria a afirmar: o cidadão – indivíduo e eleitor - pode lançar-se à empreitada de bater frontalmente contra o poder político e econômico; não as instituições que detenham legitimação substitutiva em conformidade com a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)¹¹ e, por serem órgãos independentes e razoavelmente

¹⁰ Inclusive pela Lei nº 8.429/92, artigos 16 e 17, a legitimação para agir diante da improbidade administrativa não é exclusiva do Ministério Público, convém perceber.

¹¹ Em um País imerso numa cidadania tímida, desinformada e posta à margem do processo participativo socio-econômico, soa mal fechar as válvulas abertas por lei à

organizados, apresentariam melhores condições de alcançar efetividade.

O ataque indireto, de legitimidade, dá conta do desejo de arredar o ingresso no **meritum causae**, afastando do Judiciário a visão dos acontecimentos danosos ao patrimônio público e provocados por desmandos, ilegalidades, imoralidades e desvios no administrar da coisa pública.

Mais ainda, a insistente negativa de percepção da legitimidade ampla atribuída ao Ministério Público acoberta clara intenção de hermetizar o campo propício à ação popular, cujo manejo não tem sido louvável, quer porque exponha o cidadão-eleitor em face dos detentores do Poder, quer porque se tenha afirmado, na prática, como um valioso ferramental de lesionamento à imagem adversária. E hermetizar para produzir arredamento do agir substitutivo de uma Instituição que vem firmando terreno na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da CF), da cidadania (artigo 129, inciso II, da CF) do *patrimônio público* (artigo 129, III) e da probidade administrativa.

As noções de acesso e de distributividade da Justiça e de proteção aos interesses dos cidadãos, tal como defendidas pelos ardorosos redutores dos lindes da ação popular, não parecem estar em conformidade com um Brasil democrático e tampouco realizariam o disposto nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal. Aliás, o que está na Magna Carta não pode ser posto em um plano de inexistência, desativando-se da Instituição do Ministério Público o agir em face de lesões ao patrimônio público, pela simples invocação da Lei 4.717, vinda dos idos de 1965 (Lei da Ação Popular). E isto quando, fato cediço nos meios judiciários, emerge a ação popular, na vida prática, freqüentemente não como um meio de realizar cidadania, mas como

chamada "legitimação extraordinária", modo pelo qual confere-se poder a determinados entes de defesa de interesses relevantes. Evidentemente, há um efeito digno de meditação: o acomodamento da cidadania, acostumando-se ao agir de seu tutor. Enquanto mecanismos efetivos de incentivo e de recuperação da dignidade e da efervescência da cidadania brasileira não fermentarem, enquanto os meios de acesso à Justiça – e a própria arquitetura e funcionalidade do Poder Judiciário – não forem portas abertas, desembargadas, o círculo vicioso entre tutor e tutelado manter-se-á insuperável. Não obstante, do ponto de vista dos resultados, a legitimação extraordinária é necessidade social, projetando-se no futuro a coexistir com uma cidadania por si só operante.

um dos mais toscos e preocupantes mecanismos de vazão do ranço político-partidário.

Um caudal de razões conduz a que o Ministério Público opere, utilizando todo o seu aparato institucional, contra os desmandos, ilegalidades, inconstitucionalidades e abusos praticados pelos autores da administração estatal. A menos que se pense estar o Estado, nas alturas máximas do poder, imune aos mecanismos de defesa dos interesses coletivos ou difusos via ação civil pública, assim ignorando – ou interpretando de forma a tornar estéril – o dito legal.

Está subjacente, além disso, o problema exegetico consistente na delimitação do que seja interesse difuso. Fica patente o equívoco na formulação do argüir descabimento da ação civil pública, a uma por desconsiderar as normas, inclusive a de índole constitucional, legitimadoras explícitas da ação do **Parquet** e, a duas, por retirar o interesse tutelado por via da ação popular (uma vez que se aduz cabível a ação popular e não a ação civil pública prevista no inciso IV do artigo 1º da LACP) da categoria de difusos, para colocá-los não se sabe onde.

Aliás, classificar ou categorizar interesses, para daí extrair a legitimidade de agir, poder-se-ia dizer tarefa mais afeita aos sociólogos, no nível maior, e aos psicólogos, no nível individual, porque então a formação científica e o comprometimento ideológico do exegeta exsurgem indissociáveis e determinantes.

Muitos juristas – e mais notadamente os lidadores do direito comprometidos com o interesse de parte – desacostumados ao trato científico dos fenômenos coletivos ou individuais, acabam por deixar, consciente ou inconscientemente, suas pulsões extravasarem, prejudicando a produção de um interpretar dotado de uma razoabilidade jurídica mínima, aceitável e – porque aí vai uma das razões de ser da motivação de tudo que se deduz em Juízo – convincente.

Sem dúvida, é quase impossível o rebate às crenças, posicionamentos e ideologias pessoais, emergentes de vetusta óptica reducionista no que concerne à atuação do Ministério Público.

Óptica que muitas vezes insiste em manter-se desfocada, apesar de tudo o que se expôs e apesar da clareza absoluta da Constituição Federal, quando reza caber o **“inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social”** (art. 129, inc. III), assim solapando o lógico do jurídico, esboroando o sistema e atingindo o ápice da afronta à literalidade da norma constitucional. A essas alturas,

insistir no descabimento da ação civil pública e manter-se fiel ao redutor da ação popular, só desbordando do mundo jurídico para fazer valer, a quaisquer custos, suas íntimas convicções.

Ao fim e ao cabo, as investidas contrárias à ação civil pública não se reduzem ao estéril campo das discussões jurídico-processuais, porque têm um especial e exclusivo endereçamento: o afastamento do Ministério Público da cena de controle dos atos administrativo-públicos.

Em contrapartida, não faz de favor nem é diletante o Promotor de Justiça que busca afirmar a atuação institucional na área da defesa do *patrimônio público*. Estará agindo - e convictamente - no exato limite de seu poder-dever, calçando-se em legitimidade substitutiva para a defesa de interesses difusos, justamente o dos cidadãos, dos brasileiros, postos sob o tacão do administrador de coisa pública ou afetada ao interesse público, e invocando as seguintes disposições legais:

- **‘Caput’ do artigo 127** (“defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis) **da CF**;
- **incisos II** (“zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição”) e **III** (“proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”) **do artigo 129 da CF**;
- **“caput” do artigo 37 da CF** (“princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte...”);
- **Artigos 1º, inciso IV** (“qualquer outro interesse difuso ou coletivo”), e **21** (“defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais”), **da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)**;
- **Lei nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa)**;
- **Artigo 25, inciso IV, alínea “a”** (“proteção, prevenção e reparação dos danos causados... a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos), **da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)**.
- **Artigo 25, inciso IV, alínea ‘b’** (“anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”), **da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)**;

Aprofundando-se mais rumo à ruptura com a linha interpretativa direcionada à restrição do agir, caberá trazer à tona proposição que mais amplia o ângulo prospectivo da ação civil pública na defesa do patrimônio público. Tudo o que até então foi consignado vai no sentido de afirmar a maior amplitude objetiva da ação civil pública frente à ação popular, estabelecendo-se entre esta e aquela, em tese, uma relação de conteúdo e continente. Agora, avançando, pugnar-se-á por nada além do que a importação de regras contidas na Lei da Ação Popular.

AS REGRAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO (MATERIAL) CONTIDAS NA LEI DA AÇÃO POPULAR SÃO ÚTEIS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Há na Lei da Ação Popular um rico manancial de direito administrativo material que se espalha para além dos supostos estreitos limites processuais da lei. Sendo assim, vale iniciar as verificações exatamente por aqui, para propor conclusão que, por certo, fará fervilhar o pensamento de quem pensa a ação popular ilhada.

Emerge a responsabilização dos agentes públicos e dos beneficiários diretos toda vez que for praticado ato lesivo ao patrimônio público, nos casos de “incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade” (conforme artigo 2º e incisos da Lei nº 4.717/65 - Lei da Ação Popular). Quando se cogita de apenas desconstituir algum ato administrativo eivado de vício ou, cumulativamente, de propugnar pela indenização do prejuízo daí advindo, sobressaem-se os conteúdos de direito material contemplados pela Lei da Ação Popular.

Cabe observar que a Lei nº 4.717/65 apresenta disposição de índole descritivo-enunciativa de casos, em norma do Parágrafo Único do artigo 2º analisado:

- “a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

E o artigo 3º da Lei da Ação Popular dispõe que “os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.”

Em suma, os atos administrativos nulos ou anuláveis, porque acintosos à legalidade, à moralidade, à impessoalidade, à publicidade e aos demais princípios da administração pública agasalhados no artigo 37 da Constituição Federal, ensejam as mais prontas e eficientes providências visando não apenas ao indenizar do patrimônio público - recompondo-o o melhor e o mais integralmente possível, quando prejuízo monetário houver – mas ao restabelecimento do clima de respeito aos princípios reitores da administração pública.

Trata-se, sem dúvida, do movimento com aquela bula prescritiva de responsabilidade mais abrangente, mais transcendente e universal, contemplada em uma norma cujo nicho é seguramente pequeno demais para tamanho quilate:

“Art. 159 - aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” (Código Civil Brasileiro, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1.916)

A leitura dessa linha de responsabilidade, imputável tanto aos agentes públicos quanto aos chamados terceiros beneficiários, vem de tempos mui anteriores aos acobertados pela Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). E nem se diga que esta pudesse ter vindo para apanhar tudo, porquanto pode haver um universo de atos não necessariamente ímprobos, mas aptos a de algum modo lesar indevida e ilícitamente o patrimônio público ou contrariar princípios reitores da administração pública. Potencialmente, um largo espectro de tutela abre-se: a indenização, a desconstituição, o estancamento de efeitos, são exemplos que assomam.

É cediço que com a edição do Código de Defesa do Consumidor ficou patente poder o Ministério Público utilizar, com toda a desenvoltura, a ação civil pública fundada em lesão ao *patrimônio*

público - que se encaixa como inequívoco direito público difuso - com objeto absorvente das noções de nulidade e de anulabilidade dispostas na Lei da Ação Popular e na responsabilidade geral definida no Código Civil.

Isto é absolutamente verdadeiro, e a redundância, quando enfatizante, faz-se bem-vinda: o regime das invalidades dos atos administrativos, que é de direito material, mesmo estando plasmado na Lei da Ação Popular, extravasa os limites da processualidade, alcançando a todo e qualquer confim do direito administrativo, embutindo-se em toda e qualquer ação, seja individual, seja coletiva. Uma tal conclusão pareceria óbvia, mas nem tanto é quando se travam lutas diretas no palco da ação civil pública. De toda sorte, perceptível que não apenas o titular originário da ação popular - o eleitor - estará autorizado a movimentar com a disciplina de direito material inserida na Lei da Ação Popular. A própria administração pública pode fazê-lo no âmbito interno, modo voluntário, e o faz freqüentemente. Não se trata nem de lei puramente processual, nem avessa ao vasto mundo da extrajudicialidade.

Em toda e qualquer demanda voltada à desconstituição de ato administrativo cabe a invocação da disciplina de direito material inserida na Lei nº 7.347/65 - Lei da Ação Popular -, quando procede à definição dos lindes de invalidade dos atos administrativos, dispondo sobre autêntico Direito Administrativo Material.

Por isso plenamente viável que se aplique esse direito material constante da Lei da Ação Popular nas ações civis públicas ajuizadas em defesa do patrimônio público, inclusive àquelas voltadas ao combate à improbidade administrativa (toda vez que se fizer necessário desconstituir o ato administrativo subjacente ao ímprobo, quando ao punitivo somar-se-ão outras pretensões conexas, dentre as quais avulta a desconstitutiva).

Dando por concluída a empreitada de afirmação da amplitude da ação civil pública, vai-se propor mergulho em alguns temas pontuais dignos de meditação.

A IMEDIATIDADE DA LEGITIMAÇÃO PARA AGIR

Um outro aspecto merece ganhar palco: o consistente em afirmar-se que as normas disciplinadoras da legitimidade para agir têm nítido sabor processual, vigorando de imediato. Estas considerações ganham

especialíssimo valor quando se têm fatos anteriores à vigência da lei que define o cabimento da ação civil pública.

Pois bem, uma vez que a ação é exercitada debaixo da vigência da norma prescritiva do direito de ação, há óbvia legitimidade para agir. Não se cogite de argüir “retroação” em vista de o momento dos fatos descritos na petição inicial ser anterior à vigência da lei de legitimação, pois retroagir não há, senão vigência imediata da lei que é processual. Por conseguinte, a legitimidade substitutiva do Ministério Público é adquirida *ex vi legis* e se revela através do exercício do próprio direito de agir em substituição. É cediço ser a legitimidade instituto processual e autônomo, medindo-se como *posterius* aos fatos que a fundamentam.

Veja-se como fixou o Código de Processo Civil, em suas *disposições finais e transitórias*, acerca das regras processuais:

“Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.”

A doutrina de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO informa, quanto à eficácia temporal da norma processual, que “os processos a serem iniciados na vigência da lei nova por esta serão regulados.” E arremata, ao identificar o *sistema do isolamento dos atos processuais*, pelo “qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais”:

“Esse último sistema tem contado com a adesão da maioria dos autores e foi expressamente consagrado pelo art. 2º do Código de Processo Penal: ‘a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’. E, conforme entendimento de geral aceitação pela doutrina brasileira, o dispositivo transcrito contém um princípio geral de direito processual intertemporal que também se aplica, como preceito de superdireito, às normas de direito processual civil. Aliás, o Código de Processo Civil confirma a regra, estabelecendo que, ‘ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes’ (art. 1.211).” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 91)

A irretorquível e clássica lição do mestre italiano GIUSEPPE CHIOVENDA propõe superação da errônea de considerar a lei

processual *retroativa* e do superfetativo de dizê-la *de imediata aplicação*. Não há retroatividade, pois “a lei processual nova respeita os atos e fatos consumados sob a lei antiga” e, ao revés, há evidente aplicação imediata “porque isso é próprio de todas as leis, as quais, justamente por proverem para o futuro, se aplicarão imediatamente aos atos e fatos que se verificarem depois de posta em vigor a lei nova”. Alfim, destaca:

“Se a aplicação da lei processual oferece, na prática, impressionantes particularidades em face da lei substancial, depende da já demonstrada *autonomia do direito de ação e da relação processual* com respeito à relação substancial; a ação e a relação processual não se podem regular a não ser pela lei processual do tempo (e do lugar) em que o processo corre. Daí acontecer amiudadamente que, num mesmo processo, se apliquem leis de tempos (e lugares) diversos: a substancial à relação substancial, a processual à ação e à relação processuais.” (*Instituições de direito processual civil*. Vol. 1, Campinas: Bookseller, 1998, p. 115, sublinhou-se)

Em sua magistral inteligência, vai além o mestre italiano, vislumbrando:

“A ação em si, fundando-se sobre a existência do processo, pode-se propor desde que a lei processual, no momento e no lugar em que se propõe, a reconhece (*supra*, nº 10). Só a lei do processo do tempo e do lugar pode dizer o que é lícito procurar no processo. (...)

“...se a lei admite novos meios de atuação da lei ou ampliar os meios já existentes além dos casos admitidos antes, ou introduz novos meios executivos, podem gozar da extensão inclusive os titulares de direitos preexistentes... (...)

“A lei nova incide, pelo que vimos, nos pressupostos processuais (competência, capacidade, etc.), nas exceções processuais, nos direitos e deveres das partes, na forma e nos efeitos dos atos processuais.” (*Instituições*. p. 116, 117 e 118)

As lições clássicas da doutrina jusprocessual civil haverão de ser entendidas em conformidade com a nova era, a dos *direitos metaindividuais* e de suas instrumentações processuais próprias, aí a ação civil pública e o instituto da *substituição processual*, a operar como ponte legitimadora ao agir extraordinário do Ministério Público em prol de interesses difusos, coletivos e individuais dotados de relevo público, conforme postos pela lei sob seu dever de cuidado.

VENCENDO O SUPOSTO OBSTÁCULO DO FUNDO DE RECOMPOSIÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Outro foco de contra-ataque à legitimação do Promotor de Justiça põe-se no invocar obstáculo consistente no chamado **fundo de recomposição dos bens lesados**, contemplado no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública. O raciocínio é deveras simplista e obtuso: se o dispositivo diz que deve ir para o fundo, então a indenização não poderá ir para a própria pessoa lesada e emergirá a ilegitimidade do Ministério Público.

Por este viés, as dificuldades exegéticas porventura advindas da operacionalização do *fundo* (ou como repartir o bolo indenizatório nele ventrado) seriam contornadas com a solene denegação do agir e da legitimação. Ou seja, se não puder ser levado ao *fundo*, não poderá ser pleiteado pelo Ministério Público ou por ninguém via ação civil pública. Com a devida vênia, conclusão assim nada mais arremata do que um absurdo interpretativo, voltando-se a limitar o acesso à Justiça mediante construção truncada.

Não obstante, o truncado e incongruente pode seduzir, soando qual doce melodia de sereia. Por isso cabe iniciar o rebate, verificando o traçado histórico: a disciplina do *fundo*, contida no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, está voltada à idéia de *recomposição de danos* causados a direitos difusos correlacionados com meio ambiente, consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, onde, inclusive, a noção de indenidade tem matizes próprios. Como “indenizar” a poluição de um rio do qual várias cidades fazem fonte de vida?

Esta idéia de amplitude indenizatório-recompositória também está associada à serventia restrita que tinha a Lei nº 7.347/85 à época de sua edição. Não se vivia, à época, a afirmação da defesa do patrimônio público, realidade que só se instalou a partir da Constituição Federal de 1988. Também não havia previsão das cláusulas dos incisos IV (originalmente vetada) nem V, ambas fruto de acréscimos legislativos ulteriores.

Tanto assim é que a Lei nº 8.078/90, ao instituir o Código de Defesa do Consumidor, contemplou indenizações de danos cujos titulares fossem definidos e, de outro lado, indenização para o *fundo*, isto em relação de perfeita harmonia e complementaridade. Basta ler o disposto no artigo 100, **caput**, e § único do CDC: há indenização pontual e há

indenização-recomposição voltada ao *fundo*, duas coisas imiscuíveis, mas compatíveis e complementares.

Nesse sentido, a lição proferida por MANCUSO:

“Considerando-se o desiderato perseguido na ação civil pública, a partir de seu preâmbulo - responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio cultural e natural do País - constata-se que o ideal seria a execução em *espécie*, de maneira que se repusesse o bem ou interesse lesado no seu *statu quo ante*. Infelizmente, nessa classe de bens e interesses nem sempre isso é possível: o consumidor já terá utilizado o bem adquirido; a erosão já terá deteriorado a paisagem; o manancial já terá secado porque foram cortadas as matas ciliares etc. Quando a reparação em espécie não seja possível, a solução será o correspondente sucedâneo pecuniário, a ser canalizado para o ‘fundo’ a que se refere o art. 13 da Lei 7.347/85; é que tais bens e interesses, sendo *difusos*, o produto da condenação não pode ser titularizado, subjetivado (ao menos de *lege lata*).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 1996, p. 26/27)

Quanto à carga da sentença proferível, observa o autor cogitado:

“Dissemos que primordialmente a natureza da sentença é cominatória, porque o objeto da ação civil pública é voltado para a tutela *in specie* de um interesse difuso, e não para se obter uma condenação pecuniária: até porque, em muitos casos o dinheiro seria uma pálida ‘compensação’ pelo dano coletivo, uma vitória de Pirro; isso é particularmente verdadeiro em matéria de tutela aos valores culturais e ambientais.” (p. 165)

Evidente que em se tratando de ação civil pública visando à indenização do dano causado ao erário, a natureza *condenatório-pecuniária* despontará, inclusive atrelando a noção de indenização à especificidade da lesão e à existência de um ente público lesado (apto a ser indenizado).

De resto, as regras de especialidade contidas na Lei de Combate à Improbidade Administrativa apontam à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo, ao ressarcimento do dano e à multa civil, tudo aglomerado num contexto de “sanções” pelo artigo 12. Evidente que o montante em dinheiro correspondente a cada uma dessas hipóteses não merecerá ser carregado ao fundo de recomposição.

Quanto aos bens ou valores acrescidos ilicitamente trata-se, em realidade, de subproduto do ato ímprobo, ou seja, de reflexo do enriquecimento ilícito (artigo 9º) ou do prejuízo ao erário (artigo 10). Há nítida aproximação com a idéia de ressarcimento do dano, por isso que se cogita de repor ao ente público lesado as suas perdas e isto de forma direta, como sói acontecer com qualquer pedido indenizatório de danos. Vale perceber que se o próprio ente público lesado detém legitimação para propositura de ação civil pública visando à aplicação das penalidades por improbidade administrativa, conforme prevê o artigo 17 da Lei nº 8.429/92, soaria esdrúxulo compeli-lo a canalizar tudo o que apurasse em indenização ao fundo do artigo 13 da Lei nº 7.347/85. Pedindo indenização, pede para si e na condição de lesado. Por outra, se a ação for ajuizada pelo Ministério Público, comportará pedido em prol do lesado (que, inclusive, poderá figurar como litisconsorte ativo e pedir complemento indenizatório¹²). Outrossim, o disposto no artigo 18 da Lei nº 8.429/92 soterra todo e qualquer diversionismo: *“A sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.”*

Quanto à sanção de multa civil, a resposta à indagação acerca do destino de seu montante em dinheiro oferece um maior grau de dificuldade compreensiva. Não obstante ser multa e ter nítido caráter de sanção (já que inflige, punitivamente, um decréscimo no patrimônio pessoal do agente ímprobo), a concepção de melhor encaixe sistemático aponta a que reverta em prol do ente público lesado, da mesma forma como revertem ao Poder Público as penalidades aplicadas às inúmeras infrações ao vastíssimo poder de polícia administrativa.

¹² A Lei nº 8.429/92 dispôs que *“ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”* (artigo 5º), acrescentando que *“a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”* (§ 2º do artigo 17), e especificando: *“no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.714, de 29 de junho de 1965”* (§ 3º do artigo 17, com redação resultante da Lei nº 19.366/96), o que remete a dispositivo que diz que *“a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.”*

Adequado, portanto, identificar-se e ingressar nos cofres públicos não como uma rubrica de crédito indenizatório (caminho reservado ao perdimento e ao ressarcimento), mas como rubrica de arrecadação compatível à sua natureza de penalidade pecuniária angariável pelo ente público.

Enfim, o disposto no artigo 13 da Lei de 1985 deverá ser interpretado de acordo com a sua raiz histórica e na sua devida acomodação sistemática. É norma de especificidade, aplicável em face da lesão difusa e de difícil concentração *subjéctiva*. Evidentemente a indenização, quando focada num sentido certo e delimitável, tendo um sujeito específico lesado, não haverá de ser carreada ao *fundo*, para ser gerenciada a posteriori e dentro de políticas gerais, mas haverá de ser levada diretamente aos cofres da entidade lesionada, justamente para **indenizá-la** com efetividade. Aqui a lesão é - talvez com algum grau de dificuldade - subjetivamente marcada, pontualizável, tendo sido deflagrada a partir de um ato ilícito.

Pensar-se de modo diverso e firmar pé numa amplitude absurda do artigo 13 implicaria derrogar todo o sistema sobre o qual se assenta a noção de responsabilidade e de indenização civis, conforme disciplinado desde o vetusto e amplo Código Civil até a própria Constituição Federal.

Portanto, sem o mais mínimo temor de cometer heresia, muito antes, pelo contrário, estando certo de interpretar com razoabilidade, historicidade e sistematicidade, vai a afirmação de que a existência do *fundo* não constitui obstáculo à ação civil pública voltada à indenização dos entes públicos. Ao revés, ver no *fundo* um impediente efetivo é inconciliável com o sistema jurídico e dá azo à exegese distorcente de um dispositivo legal (o artigo 13 da Lei nº 7.347/85) excepcional e voltado a situações especificamente compatíveis.

A ATIVIDADE DE “CONSULTORIA” OU DE “REPRESENTAÇÃO JUDICIAL” DO ENTE PÚBLICO LESADO

Os percalços da ação civil pública não findaram.

Há quem vislumbre haver, quiçá flagrante, um ato de *representação judicial* ou de *consultoria jurídica* da entidade pública lesada, algo vedado ao Ministério Público ante o disposto no inciso IX do artigo 129 da CF. Trata-se de visão por um prisma distorcido, matizada de

um quê de malícia na interpretação do dispositivo constitucional referenciado, eis que sua transcrição integral traduzirá o seguinte:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX - **exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade**, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” (grifou-se)

Nem o mais embaçado olhar veria numa petição inicial de ação civil pública voltada à defesa do *patrimônio público* um exercício de “mandato judicial” ou uma absurda “consultoria jurídica” ao ente público lesado. A ação civil pública ajuizada será fruto do cumprimento da missão legal e constitucional de zelo pelo patrimônio público, pela legalidade, pela moralidade administrativa e pela observância de todos os demais princípios reitores da administração pública.

Comum também é haver o suporte de todo um trabalho conjunto, haurido em precedentes auditorias de Tribunais de Contas, em apurações de Comissões de Sindicâncias ou em relatórios de atividades de Comissão Parlamentar de Inquérito, tudo desaguardo no Ministério Público e se voltando a dar frutos através da ação ministerial.

Se através da ação civil pública bate-se justamente contra pessoas que ocuparam os mais proeminentes postos diretivos, ainda assim remanesceria com toda a firmeza da voz vazia o dizer que aqui se a “representa”? Ou que somente o corpo jurídico da entidade lesada devesse patrocinar este embate?

Mais uma vez os adversários da atuação do Promotor de Justiça olvidam do real alcance da *substituição processual* exercitável na tutela da integridade do patrimônio público, corolário inabalável de embate por um direito/interesse difuso pertinente a todo e qualquer cidadão brasileiro e, sem dúvida, confiado à guarda inflexível também do Ministério Público.

FINALIZAÇÃO

Para encerrarem-se as meditações aqui propostas, resta perceber o insofismável que se descortina de tão acirradas discussões acerca de matéria que é dilatatório-processual: **afirmar sem ação o Promotor de Justiça equivale a afirmar a efetiva retirada de pretensões de tutela do patrimônio público da esfera de cognição do Poder Judiciário.**