

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO: EXPERIÊNCIA E ENTRAVES¹

José Galvani Alberton

SUMÁRIO: 1. Exaurimento do conteúdo da norma – 2. Centro das Promotorias da Coletividade: contornos, objetivos e resultados – 3. Ministério Público: critério de aferição de potencialidades – 4. Defesa do patrimônio público: embaraços jurisprudenciais – 5. Deficiências operativas da ação popular – 6. Patrimônio público e interesse difuso – 7. O alcance do art. 129, III, da CF. A questão da legitimação: ordinária ou extraordinária – 8. Ação civil pública e ação popular – 9. A defesa do patrimônio público no sistema da Lei 8.429/92 – 10. As tendências da doutrina e da jurisprudência – 11. Propostas de alteração legislativa – 12. Conclusões.

1. EXAURIMENTO DO CONTEÚDO DA NORMA

O exaurimento da potencialidade da norma válida, seja qual for sua natureza ou hierarquia, sempre foi pressuposto da segurança jurídica e fator indispensável à consolidação plena e definitiva do Estado de Direito.

Dentro desta linha, vimos aprovada, ainda em junho de 1985, em sessão plenária do VI Congresso Nacional do Ministério Público, entre outras conclusões, aquela que propugnava:

“É dever da Administração Pública exaurir a perspectiva teleológica da lei, ensejando, sempre que cabível, a responsabilização supletiva – civil e

1 Tema apresentado em painel do “Seminário Nacional sobre os Dez Anos da Lei da Ação Civil Pública”, realizado na cidade de Blumenau (SC) em 29/10/95, sob a coordenação da Prof^a Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré.

criminal – do infrator das normas administrativas.” (ALBERTON, José Galvani, “O Ministério Público e os Abusos do Poder Administrativo”, in *Justitia*, nº 131-A, p. 122)

2. CENTRO DAS PROMOTORIAS DA COLETIVIDADE: CONTORNOS, OBJETIVOS E RESULTADOS

Coerente com a idéia sustentada, e saindo da retórica para incursionar no mundo das realidades, tivemos oportunidade de contribuir para que o Ministério Público de Santa Catarina criasse e fizesse operar, nos termos da Lei Complementar Estadual 71, de 21/12/1992, o Centro das Promotorias da Coletividade – CPC, com a finalidade de promover, estimular e coordenar ações voltadas para a moralização administrativa, a proteção do meio ambiente e do consumidor, o combate à sonegação fiscal e a defesa dos direitos humanos e da cidadania.

Não seria prudente, no curto espaço destinado a esta abordagem, pretender retratar na sua inteireza a experiência vivida pelo Ministério Público catarinense a partir da instalação desse organismo, cuja direção nos foi confiada desde o seu nascedouro até o mês de abril último.

Vamos nos restringir, por isso, ao trato de alguns aspectos mais relevantes, relacionados com o manejo da ação civil pública em face de atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário.

Para que não se vissem restringidos em sua legitimação ativa, fez-se consignar expressamente, na lei que instituiu o Centro das Promotorias, que os órgãos do Ministério Público que ali atuassem, depois de aprovada a escolha pelo Conselho Superior do Ministério Público, o fariam “*na plenitude de suas competências e prerrogativas institucionais e funcionais*” (art. 3º), preservando-se-lhes, assim, a capacidade postulatória tanto para o juízo cível quanto para o criminal, neste último inclusive com expressa delegação de competência do Procurador-Geral de Justiça para a deflagração de ações penais de competência originária do Tribunal de Justiça.

Com a implantação de uma estrutura em tais moldes, conferindo-se-lhe inclusive uma denominação própria e específica, teve-se por escopo, entre outros, alargar a área de tangência entre o Ministério Público e a sociedade, aproximando-o dela e tornando-o mais acessível ao cidadão.

E, em verdade, a estratégia deu mostras de grande eficiência, encorajando, já a partir dos primeiros meses, o aporte de um considerável número de representações aptas a desencadear investigações, providências e medidas judiciais, nas áreas levadas para a órbita de atuação daquele recém-criado organismo.

Assim é que, no plano da moralidade administrativa, em pouco mais de dois anos de atividade, foram deflagradas, só contra prefeitos e ex-prefeitos, cerca de cento e oitenta ações penais. E como tais ações resultavam, em regra,

da prática de atos lesivos ao Erário, cuidou-se então, fiel ao comando ético-jurídico do exaurimento da potencialidade da norma, de promover o ajuizamento das correspondentes ações civis, buscando a reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público. Resultou daí o aforamento, no mesmo período, de pelo menos sessenta ações civis, nas mais diversas comarcas do Estado, algumas já julgadas e operando concretamente os efeitos por elas colimados. Para sermos mais precisos, apenas em 1994, conforme está assentado no Relatório Anual da Corregedoria-Geral do Ministério Público, foram propostas 69 ações penais e 31 ações civis públicas, em decorrência da prática de atos lesivos ao Erário.

A importância do trabalho não pode, evidentemente, ser aferida apenas em função do valor absoluto dos números aqui apresentados. Podem até ser considerados expressivos, se vistos em confronto com o universo estatístico de Santa Catarina e com a modesta estrutura do órgão, que operou com apenas um Promotor de Justiça em regime de exclusividade. Mesmo assim, temos que admitir que eles ainda são tímidos, e importam preocupação, diante da dimensão do fenômeno jurídico em que estão inseridos: a corrupção administrativa.

De qualquer modo, o que se quer evidenciar é a possibilidade concreta de materializar, na prática cotidiana do Ministério Público, o conceito de potencialização da norma, fazendo com que esta opere a plenitude de seus efeitos frente a cada caso de aplicação concreta e, paralelamente, produza as matrizes pedagógicas de sua eficácia e validade.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO: CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DE POTENCIALIDADES

Colocar em relevo este aspecto, exatamente no momento em que se desenrola o processo de revisão constitucional, parece-nos de todo salutar, já que os atributos que entenda o legislador constituinte de manter ou de acrescentar ao Ministério Público devem ser mensurados a partir da evidência de sua efetiva capacidade para esgotar eficientemente o rol das suas competências funcionais, e não em função do discurso restritivo que contra ele possa ser arremessado por algumas fontes do pensamento jurídico e do poder político, ainda não de todo identificadas com as reais expectativas e com o verdadeiro sentimento da comunidade nacional.

4. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO: EMBARAÇOS JURISPRUDENCIAIS

Com estas breves considerações, à guisa de relato de uma experiência que reputamos exitosa, permitimo-nos agora trazer à baila, para análise, uma amostra do que poderíamos denominar um *entrave esperado* ao curso natural de nosso trabalho, enquanto instituição. Exibe esta amostra alguns julgados

recentes que, mais pela origem do que pelo conteúdo, têm-se prestado como embaraço à ação do Ministério Público no tocante à reparação de prejuízos causados ao Erário.

Por amor à brevidade, vamos ficar com apenas dois deles.

O primeiro, que teve como relator o Des. José Loyola da 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi pronunciado em 14/10/93 e traz a seguinte ementa oficial:

“Para se obter a restituição ao Erário Municipal de dinheiro desviado por Prefeito, a via processual cabível é a ação popular e não a ação civil pública, porquanto a primeira visa à declaração de nulidade ou à anulação dos atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, e a segunda destina-se à proteção de determinados direitos e interesses difusos ou coletivos previstos em lei específica.

Se o representante do Ministério Público, utilizando-se de via processual inadequada, intenta ação civil pública com vistas à restituição de dinheiro desviado por Prefeito Municipal, o pedido não pode ser recebido como ação popular, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura dessa última.” (Ap. 10.061/0, RT 716/253)

O segundo, datado de 15/6/94, é oriundo da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça e o acórdão, da lavra do Min. Peçanha Martins, está ementado nos seguintes termos:

“PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DE PARTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEIS 7.347/85 E 8.078/90. REPARAÇÃO DE DANOS. MUNICIPALIDADE DE MARÍLIA/SP. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. Questão relativa à legitimidade de parte é passível de exame de ofício, não podendo o Tribunal *ad quem* furtar-se de apreciá-la sob alegação de preclusão.

2. A Lei 7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições estabelecidas no art. 1º, acrescido do inc. IV pela Lei 8.078/90.

3. Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico.

4. Recursos especiais conhecidos e providos para decretar a extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC.” (REsp. 34.980-5-SP, RSTJ 65/352)

Não nos move, nem de longe, o propósito de contestar a autoridade das decisões aqui referidas. E nem serão, por certo, os nossos singelos argumentos que irão mudar a orientação por elas firmada. Questioná-las juridicamente,

contudo, nos parece saudável. E só por isso as estamos trazendo à reflexão dos eminentes participantes deste conclave.

5. DEFICIÊNCIAS OPERATIVAS DA AÇÃO POPULAR

Já que a ação popular, no primeiro julgado, foi apontada como o instrumento idôneo para alcançar o fim a que se propuseram as ações civis públicas intentadas, a primeira indagação poderia ser conduzida no sentido de saber-se se esse instituto, abstraídos os mecanismos de controle político, estaria se revelando bastante e eficaz, por si só, para inibir os atos lesivos ao erário ou, pelo menos, conter o incremento da improbidade no âmbito da Administração Pública.

Se nos dermos ao exame dos repertórios de Jurisprudência, anteriores e posteriores à Constituição Federal de 1988, iremos constatar, com certo desconsolo, que o número de ações populares ajuizadas persiste em níveis estáveis.

Percorremos, até por curiosidade os volumes da “Jurisprudência Catarinense” referente aos anos de 1986, 1987 e 1988 e ali encontramos o registro de quatro ações populares. E, na coleção dos três anos seguintes, apenas dois acórdãos sobre o assunto foram encontrados. Somam-se às centenas os mandados de segurança, para proteção de direitos individuais, mas não ultrapassa os cinco dedos da mão o número de ações populares para salvaguardar a decência administrativa e o patrimônio coletivo.

Não se trata, reconhecemos, de um indicativo seguro. Mas serve, pelo menos, para levantar a hipótese de que nem mesmo os estímulos que lhe foram conferidos pela nova Carta, como a isenção de custas e o alongamento do seu raio de abrangência, teriam conseguido motivar suficientemente os legitimados ativos para um manejo mais viril desse importante instrumento constitucional de afirmação da cidadania.

Não se quer, com isto, dizer que o cidadão brasileiro seja indiferente ou pouco zeloso com a coisa pública. A conclusão mais lógica que se pode extrair é de que ele, não obstante as mudanças já amadurecidas no quadro político-institucional do País, continua ainda tímido e materialmente desaparelhado para o uso eficaz da ação popular.

De valia incontestes a observação feita, a propósito, com a lucidez e clareza habituais, por José Carlos Barbosa Moreira, em conferência pronunciada na abertura do “Simpósio sobre a Justiça Federal”, realizado em junho de 1992:

“Ora, muitas vezes acontece que um indivíduo isolado, para sustentar em juízo esse tipo de pleito, defronta-se com adversários de grande poder político e econômico. De sorte que sua luta – para repetir uma imagem que tive oportunidade de usar em algum artigo – poderia assemelhar-se

àquela que travaria contra Golias um Davi sem funda.” (Ação Civil Pública, Rev. Trim. Direito Público, nº 3, p. 189)

O mundialmente reconhecido e renomado processualista italiano, Prof. Mauro Cappelletti, reportando-se à ação popular como instrumento processual de tutela dos interesses difusos, não escondeu os seus temores:

“Se entrarmos no terreno da ação popular, todavia, ninguém exercerá tal controle, porque sequer se cogita do próprio conceito de legitimação para agir.

Logo, a possibilidade de abusos é grave, no meu modo de ver.

Em suma, entendo que será preferível um número limitado de pessoas, motivadas e idôneas – pessoas ou associações –, ao invés de um exército de pessoas cuja motivação não se possa controlar.” (Tutela dos Interesses Difusos, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nº 18 – Separata, p. 47)

Nada mais sensato, portanto, sob o ponto de vista prático e, sobretudo, como forma de preservação das liberdades públicas ou dos direitos subjetivos públicos, que, ao lado da ação popular, se reconheça também a ação civil pública como instrumento válido e apto à reparação de prejuízos causados ao Erário e à nulificação de atos atentatórios à moralidade administrativa.

6. PATRIMÔNIO PÚBLICO E INTERESSE DIFUSO

É de indagar-se também, em contraposição à linha de raciocínio seguida pelos julgados antes referidos, se o *patrimônio público*, enquanto elenco de bens e direitos de valor econômico titulados a uma determinada pessoa jurídica de direito público, pode ou não ficar compreendido no âmbito conceitual da expressão *“qualquer outro interesse coletivo ou difuso”*, contida no art. 1º, inc. IV, da Lei 7.347/85.

A teor do art. 81, parágrafo único, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor, por força de cujo art. 110 se inseriu o inc. IV ao art. 1º da Lei 7.347/85, são difusos os interesses ou direitos *“transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”*

Reportando-se ao tema, em conferência proferida durante o II Congresso Internacional de Direito Administrativo, realizado na cidade de Foz do Iguaçu, em agosto de 1992, o Prof. Luís Roberto Barroso acentuou que, sob o rótulo de *interesses difusos* se abrigam *“situações jurídicas que não são titularizadas por um único sujeito, nem mesmo por um número determinado de sujeitos, ‘e cujo desfrute dá-se em comum por todos eles, sem que a cada um toque uma cota-parte específica’.*” (*Ação Popular e Ação Civil Pública. Aspectos Comuns e Distintivos.* – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 4, p. 234). – (Os grifos são nossos).

Ora, os bens e direitos de valor econômico que integram o patrimônio titulado a uma pessoa determinada de direito público não se destinam, como é óbvio, tão-somente à manutenção, pura e simples, desse ente público, mas sim – e precipuamente – à realização dos fins sociais e políticos para os quais tal entidade foi erigida. Negar esta vidência ética e política seria o mesmo que liberar a Administração do compromisso com o bem comum, ao qual está inapelavelmente atrelada. É por isso que ressumbra sobranceiro o interesse que liga os administrados, na condição de integrantes do corpo social e político, a todos os bens que compõem o patrimônio de ente público a que estão integrados.

A moderna Constituição Espanhola, aprovada pelo Congresso em 31/10/78 e democraticamente ratificada pelo povo daquele país em Referendum de 6 de dezembro do mesmo ano, ao dispor sobre as riquezas nacionais, preceitua, no seu art. 128, item 1:

“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.”

O professor Adilson Abreu Dallari, com a sua reconhecida autoridade, reafirma a imperatividade deste preceito, quando proclama:

“A Administração Pública existe para servir à coletividade. Para que possa bem cumprir sua finalidade, é dotada de um regime jurídico que lhe confere prerrogativas excepcionais com relação ao direito comum. Mas tal regime, denominado regime jurídico administrativo, apresenta um verdadeiro paradoxo, pois ao lado das prerrogativas, e até para compensá-las, existem sujeições também excepcionais, determinadas pela ‘indisponibilidade dos interesses públicos’ (Administração Pública no Estado de Direito, in Rev. Trim. Direito Público, nº 5/1994, p. 38) – (Os grifos são nossos).

Analisando a matéria, pronunciou-se também com muita propriedade o culto e laborioso Promotor de Justiça Pedro Roberto Decomain, ao afirmar que “o patrimônio público em verdade constitui, sim, direito difuso, na medida em que dele são titulares coletividades inteiras, de cujos esforços são originários os recursos patrimoniais das entidades públicas”. (“Legitimidade do Ministério Público para a Ação Civil Reparatória de Danos ao Erário” – Parecer produzido a pedido da PGJ-SC, 18/10/94)

7. O ALCANCE DO ART. 129, III, DA CF. A QUESTÃO DA LEGITIMAÇÃO: ORDINÁRIA OU EXTRAORDINÁRIA

Mas não ficariam por aí os argumentos a sustentar a legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil de ressarcimento de prejuízos causados ao Erário.

Tendo-lhe a Constituição de 1988 cometido, entre outras, a tarefa de defender os “*interesses sociais*” (art. 127, *caput*), armou-o em seguida, com a legitimação para “*promover o inquérito civil e a ‘ação civil pública’, para proteção do ‘patrimônio público e social’ ...*” (art. 129, III). – (Grifamos).

Desta forma, a partir da vigência da norma insculpida no *caput* do art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público foi erigido, desde logo, à condição de representante natural da sociedade em juízo, recolhendo o ônus de promover-lhe a defesa diante de qualquer ataque que viesse a ser perpetrado contra bens, valores ou interesses imanentes ou vinculados ao corpo social, inteira ou parcialmente considerado. O Ministério Público não é, logicamente, a expressão jurídica da sociedade, mas, inegavelmente, é o seu legítimo e natural representante em juízo.

Discorrendo sobre o tema “Atividade do Ministério Público no Processo Civil”, o professor Alcides de Mendonça Lima proclamou enfaticamente:

“... paulatinamente, o Ministério Público vem se tornando um agente ou um ‘representante’ processual de todos quantos possam sofrer lesões em seus direitos subjetivos, que são as partes substanciais da causa ou os interessados diretos na verdadeira aplicabilidade da lei. À medida em que os interesses particulares se mesclam com os públicos, aí aparece a figura protetora do Ministério Público, pela confiança que inspira, pela imparcialidade e probidade de seus membros, em face do amparo que a Constituição e as leis lhe asseguram... Daí a importância de seu papel na vida jurídica e social de um povo, nos tempos modernos, como um guardião invisível e, quiçá, anônimo de cada um e da própria ordem nacional. Em última análise, cabe-lhe ‘promover’ o bem-estar, a segurança, a legalidade, a justiça na coletividade.” (apud MILARÉ, Édís, *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. Ed. Saraiva, SP, 1990, p. 32)

Por tal razão é que, sempre que postula em defesa dos interesses sociais, seja de toda ou de parte substancial de uma certa coletividade, a sua legitimação será sempre *ordinária*, porque dimana de norma constitucional expressa, e a lide se instaura invariavelmente em torno de um direito de cunho material conferido à coletividade que ele representa. Assim é que, ao responsabilizar civilmente o administrador ímprobo, limita-se ele a cumprir o dever legal de assegurar aos cidadãos por ele representados o direito material de terem uma administração honesta, parcimoniosa e eficiente (CF, art. 37), mediante a aplicação e o uso corretos dos bens que, não obstante titulados a um determinado ente público, vinculam-se à realização do bem comum ou, em outras palavras, devem obrigatoriamente reverter na forma de benefícios à população.

Tenha-se presente, pois, que, na hipótese referida, conquanto a pessoa jurídica de direito público lesada esteja, ao lado da coletividade, escorada em

suporte de direito material para ressarcir-se do prejuízo, nem sempre exercita esse direito, quedando-se, não raro, em omissões ou em dificuldades operativas. Diante desta situação, de acentuada e lamentável freqüência no cenário político-administrativo brasileiro, assoma com contornos ainda mais nítidos o direito da sociedade (ou dos destinatários das ações de Estado) de restaurar a ordem jurídica violada, mediante a intervenção do Poder Judiciário. Neste quadro, contrapõem-se, em regra, dois interesses: o interesse geral, legítimo e prevalente da sociedade de recompor um patrimônio vinculado à realização do bem comum; e o interesse menor, subalterno, ilegítimo, do indivíduo ou grupo de indivíduos acolitados na apropriação desse mesmo patrimônio.

Sabe-se que, pela teoria do processo, a legitimação ordinária pressupõe o titular de um "interesse subordinante" agindo contra o titular de um "interesse subordinado" conforme leciona Waldemar Mariz de Oliveira Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*, v. I, Ed. RT, SP, 1971, p. 75).

Ora, evidenciados não só o direito material inerente à sociedade, mas também o seu prevalente interesse de agir, em face da violação de um direito subjetivo público (a proibidade administrativa), parece lógico que, sem prejuízo da ação popular, possa – e deva – o Ministério Público promover em juízo, com legitimação ordinária, a defesa desse interesse, já que essa iniciativa decorre de outorga constitucional expressa (CF, art. 127 e 129, III). Pretender inibir essa conduta, ao argumento de que a legitimação do *parquet* é extraordinária e, assim, só pode ele agir nas condições e limites objetivos fixados em lei específica, seria restringir o conteúdo material de um direito subjetivo público imanente a todo corpo social, traduzido no direito à moralidade no trato da coisa pública e, também, no direito de se fazer representar em juízo pelo órgão a quem conferiu originariamente tal atribuição, ambos consagrados na Constituição da República.

Colocada a questão sob esta ótica, a posição processual do Ministério Público frente aos casos concretos de improbidade administrativa seria assemelhada àquela que assume diante da *notitia criminis*, importando sempre não uma faculdade, mas um dever de agir – ainda que seja para, fundamentalmente, promover o arquivamento da representação, do inquérito civil ou das peças informativas. É de invocar-se, mais uma vez, a lição sempre precisa de Adílson Abreu Dallari, para dizer, nas suas palavras, que "os poderes conferidos aos agentes públicos não são meras faculdades, que podem ou não ser utilizadas, ao seu talante. Todas as prerrogativas de autoridade somente se justificam como meio ou instrumento para a satisfação do interesse público. Diante do dever de atuar em defesa do interesse público surge o dever de exercitar os poderes criados em função desse propósito cogente." (Ob. cit., p. 38)

O festejado José Frederico Marques, invocando lição de Enrico Redenti, em obra editada no ano de 1971, já afirmava:

“Quando o Ministério Público, como órgão estatal de tutela de interesses indisponíveis, propõe uma ação, ele opera como ‘promotore di una più piena attuazione dell’ordinamento giuridico’, visto que então se faz intérprete de um interesse geral de todos. Ele é órgão do Estado, em tal caso, pro populo, e não pro domo sua.” (Instituições de Direito Processual Civil. v. II, Forense, RJ, 1971, pp. 169-170).

Ocorre-nos importante também trazer à reflexão séria advertência feita por Mauro Cappelletti, em célebre conferência pronunciada na cidade de Porto Alegre, em 26/11/84:

“Aqui há uma metamorfose muito importante do direito processual. Transformação que significa mudanças institucionais, normativas e dos princípios fundamentais do direito processual. Toda a temática, por exemplo, da legitimação à ação se transforma, quando se trata de interesses difusos.

Não é somente o proprietário que aparece como titular de um direito, que pode atuar em Juízo. Há uma forma social, coletivizada, de legitimação.” (“Acesso à Justiça” in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nº 18 – Separata, 1985, p. 25).

E, depois de afirmar que se não se encontrar autor não se terá tutela legal, assim sentencia o conceituado processualista, agora já abordando o tema “Defesa dos Interesses Difusos”, em conferência proferida no dia seguinte:

“Mesmo se o legislador mais aberto a esse fenômeno, mesmo o mais progressista, mais avançado, se limitar a estabelecer que tais interesses são direitos substanciais, sem alterar também o campo de tutela, ou seja, sem investir desse direito um ‘autor’ que possa legitimar-se a pedir proteção legal – será um legislador frustrado, limitado a operar no campo do direito material, sem eficácia. (ob. cit. p. 37).

Tem-se, portanto, que, hoje, não só é inquestionável a legitimidade ativa do Ministério Público como também a idoneidade da ação civil pública, para buscar valores desviados dos cofres públicos.

O laborioso Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli, de larga folha de serviços prestados às letras jurídicas nacionais, destaca:

“A proteção do patrimônio público e social já era promovida pelo MP quando a legislação lhe permitia assumir a titularidade ativa na ação popular, em caso de desistência pelo autor (Lei 4. 717, de 29/6/1965, art. 9º). Agora, porém, o novo texto constitucional o legitima à propositura da ação civil pública, na defesa do patrimônio público e social (confira-se a ampla conceituação de patrimônio público constante do art. 1º, § 1º, da mesma lei; aliás, trata-se de expressão que tem tradição constitucional, constando, hoje, do preceito relativo à ação popular – art. 5º, LXXIII, da CF).” (O Ministério Público na Constituição de 1988, Ed. Saraiva, SP, 1989, p. 106).

O festejado constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o art. 129, III, da Carta de 1988, vem na mesma linha e sentença:

“O texto constitucional alargou o alcance desses instrumentos. Por um lado, estendeu-os à proteção do patrimônio público em geral, ‘dando, pois, à ação civil pública âmbito análogo ao da ação popular’ (v. art. 5º, LXXIII). Por outro, tornou meramente exemplificativa uma renumeração que era taxativa. Note-se que a regra constitucional se refere a ‘outros’ interesses difusos ou coletivos.” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 3, Ed. Saraiva, SP, 1994, p. 48) – (Os grifos são nossos).

8. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR

Outro aspecto importante a ser ressaltado é que, colocando-se lado a lado as disposições dos arts. 5º, LXXIII, e 129, III, da Constituição Federal, em ambas vamos encontrar a expressão “patrimônio público”, cuja defesa é posta como um dos fundamentos para o exercício tanto da ação popular quanto da ação civil pública.

Ora, se dentro de um mesmo texto legal figura, em momentos sucessivos, uma mesma expressão jurídica, não parece razoável que, num primeiro instante, se lhe empreste interpretação extensiva e, noutro, restritiva – ainda mais quando utilizada na disciplina de institutos processuais assemelhados.

O saudoso mestre Vicente Ráo, nas suas antológicas lições de hermenêutica, incursionando na questão, reporta-se ao art. 21 do Código Civil Chileno, que prescreve:

“As palavras técnicas de qualquer ciência ou arte serão tomadas no sentido que lhe derem os que professam a mesma ciência ou arte, ‘a não ser que claramente revelem haverem sido empregadas em sentido diverso’.” (O Direito e a Vida dos Direitos. Ed. Resenha Universitária, v. I, tomo III, 1977, p. 467) – (Os grifos são nossos).

Desta forma, estando-se em sede de ciência jurídica, se a expressão *patrimônio público* compreende, no âmbito da ação popular, também os bens de valor econômico pertencentes ou titulados às pessoas jurídicas de direito público, não há como justificar que, transportada para a órbita da ação civil pública, a mesma expressão deva significar um universo menos abrangente de valores.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar dos mecanismos de controle judicial da Administração Pública, deixa clara a possibilidade de convivência pacífica e paralela dos dois institutos, ao afirmar:

“A proteção do ‘patrimônio público’ (considerado em sentido amplo, para abranger o ‘econômico’, o turístico, o estético, o paisagístico) pode ser de interesse geral ou pode ser de um grupo apenas e se faz por meio da ação popular ‘ou da ação civil pública’, nitidamente distinguíveis pela legiti-

dade ativa e passiva. (Direito Administrativo, Ed. Atlas, SP, 1993, p. 468) – (Os grifos são nossos).

O já consagrado processualista e professor da Universidade de São Paulo, Doutor Rodolfo de Camargo Mancuso, em precioso estudo publicado na revista "Justitia", do Ministério Público de São Paulo, assim definiu, em quadro sinóptico, os objetos da ação civil pública e da ação popular:

Ação Civil Pública:

"Com a alteração trazida à Lei 7.347/85 pelo art. 117 do CDC, que acrescentou àquela um art. 21 c/c art. 83 desse Código, são agora possíveis, além dos pedidos ressarcitório e cominatório (arts. 1º e 11 da Lei 7.347/85), também as pretensões de outra natureza (des)constitutiva, declaratória, mandamental ou cautelar, envolvendo 'patrimônio público *lato sensu*', *meio ambiente e consumidor*.

Ação Popular:

"A CF 88 (art. 5º, LXXIII) ampliou o objeto, que agora abrange, além do 'patrimônio público *lato sensu*' (art. 1º da Lei 4.717/65) e meio ambiente, também a moralidade administrativa. O pedido terá natureza (des)constitutiva e condenatória (Lei 4.717/65, arts. 3º, 4º e 11) ou ainda declaratória." ("Uma Análise Comparativa entre os Objetos e as Legitimações Ativas das Ações Vocacionadas à Tutela dos Interesses Metaindividuais: Mandado de Segurança Coletivo. Ação Civil Pública. Ações do Código de Defesa do Consumidor e Ação Popular". In *Justitia*, v. 160, 1992, p.199) – (Os grifos são nossos).

9. A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO NO SISTEMA DA LEI 8.429/92

Dos dois acórdãos trazidos à reflexão deste conclave, o derradeiro aspecto que desafia o nosso entendimento prende-se à data em que foram prolatados.

Conforme foi anotado na transcrição das respectivas ementas, o primeiro é datado de 14/10/93 e, o segundo, de 15/6/94 – ambos, portanto, posteriores à vigência da Lei 8.429, de 2/6/92, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa e as sanções aplicáveis a seus autores.

Que os venerandos arestos dessem interpretação restritiva ao disposto no art. 1º, inc. IV, da Lei 7.347/85 e, mais ousadamente, ao preceito inscrito no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, poder-se-ia até compreender – sem louvar contudo, o raciocínio perfilhado. O que fica difícil de assimilar é o fato de terem ignorado, no caminho do seu *desiderato*, o teor de um importante texto legal, vigente há mais de um ano, à época do julgamento.

Em verdade, a Lei 8.429/92 é um diploma que se insere, com singular relevância, na moldura jurídica do País, posto que se presta a dar eficácia e

concreção às disposições dos arts. 15, inc. V, e 37, § 3º, da Constituição Federal, que cuidam das sanções aplicáveis aos autores de atos de improbidade administrativa, e também para garantir a efetiva observância dos princípios que regem a administração pública, insculpidos no art. 37, *caput*, da Carta de 1988.

E veja-se que o mencionado diploma legal diz textualmente:

“Art. 17 – A ação principal que terá rito ordinário ‘será proposta pelo Ministério Público’ ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.” – (Grifamos).

A própria Lei 8.625, de 12/2/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), anterior também àqueles julgados, preconiza, no seu art. 25:

“Art. 25 – Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

...

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

...

b) para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;”

De ressaltar-se ainda que a outorga conferida ao Ministério Público, no sistema da Lei 8.429/92, não ficou restrita ao plano judicial, para a propositura da competente ação ressarcitória, mas estendeu-se também ao plano administrativo e ao próprio processo de investigação. A edição da referida norma importou, em verdade, no rompimento do circuito hermético e obscuro que ocasionalmente envolvia o processo de apuração das fraudes e abusos administrativos, quando conduzido por entes da própria Administração.

Hoje, instaurado o procedimento para apurar prática de ato de improbidade, seja de ofício ou em decorrência de representação de qualquer pessoa interessada, a comissão responsável deverá, obrigatoriamente, dar conhecimento do fato ao Ministério Público (art. 15 da Lei 8.429/92), que poderá inclusive designar representante para acompanhar a investigação na esfera administrativa (parágrafo único, art. 15 da Lei 8.429/92).

De outra parte, se oferecida a representação, vier esta a ser rejeitada pela autoridade administrativa, poderá a pessoa interessada representar diretamente ao Ministério Público (art. 14, § 2º e 22 da Lei 8.429/92), que, em tal hipótese, assumirá o processo de investigação mediante a utilização dos meios legais postos à sua disposição. Muito embora o art. 22 da referida lei fale em *“representação formulada de acordo com o disposto no art. 14”*, temos para nós que, por força do disposto no art. 5º, inc. XXXIV, a, da Constituição Federal,

a pessoa interessada poderá dirigir originariamente a representação ao próprio Ministério Público, sendo a este vedado rejeitá-la sob o argumento da inexistência de prévia provocação da autoridade administrativa.

Desta forma, a legitimação que agora se confere expressamente ao Ministério Público para defender o Erário e a moralidade administrativa harmoniza-se não só com as disposições do art. 129, inc. III, da Constituição, por força das quais foi credenciado a promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do “*patrimônio público e social*”, como também com os princípios que norteiam e regem a administração pública, inscritos no art. 37 da Carta.

Soa-nos equivocada a pregação de que somente agora, com o advento da Lei 8.429/92, teria o Ministério Público sido guindado à condição de parte legítima para buscar valores desviados dos cofres públicos; ou ainda de que a ação civil ressarcitória, de que trata essa lei, é instituto processual próprio, inconfundível com a ação civil pública referida no texto constitucional (art. 129, III). Para nós, a legitimação do *parquet* consolidou-se já com a edição da Carta de 1988. A Lei 8.429/92 teria se limitado apenas a reafirmá-la, introduzindo alguns adornos de ordem processual, como, por exemplo, a possibilidade de, além do perdimento dos bens e da obrigação de reparar o dano, cominar-se judicialmente as penas correspondentes à perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e outras medidas restritivas de direitos, previstas no art. 12, incs. I, II e III, do referido diploma.

10. AS TENDÊNCIAS DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

A doutrina, pelo menos, parece firmar-se nesta direção, conforme reconhece o eminente Magistrado José Augusto Delgado, em valioso estudo que, atendendo convite do Ministro Carlos Mário Velloso, elaborou em homenagem ao Mestre Seabra Fagundes:

“A Carta Magna constitucionalizou o direito do MP promover a ação civil pública para garantir a legalidade, a ‘moralidade’, a impessoalidade e a publicidade dos atos administrativos. Recebeu, em verdade, essa instituição um grande desafio, na medida em que se compreenda a extensão de todo o poder que lhe foi outorgado como sujeito ativo, em nome de uma coletividade heterogênea, de promover perante o Judiciário ações civis públicas que redundem em efetivo controle dos atos administrativos quando fugirem dos princípios a que estão sujeitos, especialmente o da moralidade.” (“O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988” – RT 680/46) – (Os grifos são do autor).

Em caminho assemelhado sente-se estar evoluindo também a Jurisprudência.

O entendimento da própria Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça parece não ser tão restritivo quanto se imaginou à primeira vista.

No acórdão que tomamos como paradigma, datado de 15/6/94, verifica-se que há ali invocação de *precedentes* – que presumimos fossem daquela Corte.

De fato, em data anterior, mais precisamente em 6/10/93, aquela mesma colenda Turma, ao apreciar o Recurso Especial 31.547-9-SP, do qual foi relator o Ministro Américo Luz, reconheceu, à unanimidade de seus membros, que “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 7.347/85” (RSTJ. 56/268) – (Os grifos são nossos).

Vê-se, assim, que *precedente* em verdade havia – só que não estava orientado, rigorosamente, para o sentido em que pendeu aquele julgado.

A Quarta Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão datada de 24.6.93 (Ap. 186.613-1/0, rel. Des. Alves Braga), entendeu, por seu turno, de dar provimento a recurso do Ministério Público, que vinha de uma decisão desfavorável em ação civil pública proposta em face de gastos lesivos ao patrimônio público e afrontosos aos princípios que regem a administração pública. A decisão daquela Corte ficou assim ementada:

“De se julgar procedente ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra Vereadores participantes da Mesa Diretora da Câmara que, no exercício de seu mandato, foram pródigos em conceder honorárias e títulos de cidadão, promovendo como complemento, jantares comemorativos, com gastos com aquisição de bebidas, comestíveis, peças de vestuário, ornato de flores, tudo pago pelo Erário, o que caracteriza manifesto abuso e desvio de finalidade e não ato discricionário.” (RT 702/71)

E, em recentíssimo julgado, publicado no órgão oficial em 23/10/95, a Segunda Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, frente à Apelação Cível nº 47.136, de São Francisco do Sul, que teve como relator o eminente Des. Vanderlei Romer, ditou o seguinte veredicto:

“Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Funcionário Público. Vantagem indevida. Honorários advocatícios.

A Constituição Federal de 1988, dispondo sobre as funções institucionais do Ministério Público, suprimiu a limitação imposta pelo art. 1º da Lei 7.347/85 (STJ, 2ª Turma, Resp. 31.54:7-9-SP, Rel. Min. Américo Luz, DJU de 8/11/93, p. 23.546). A concessão de benefício administrativo sem a observância de norma constitucional e das formalidades legais,

lesivo ao 'patrimônio público' é passível de reparação em ação promovida pelo Ministério Público (art. 17 da Lei 8.429/92). A lei que regula a ação civil pública não isentou o réu do ônus da sucumbência, quando vencido." (DJE de 23/10/95, p. 8) – (Os grifos são nossos).

11. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Concluída, assim, modestamente, esta abordagem, incumbiria-nos apenas acrescentar, fiel aos objetivos deste conclave, que, relativamente ao uso da ação civil pública para efeito de ressarcimento de prejuízos ao Erário e controle dos atos de improbidade administrativa, o ordenamento vigente não demandaria, a rigor, maiores reparos – especialmente depois do advento da Lei 8.429/92.

De qualquer modo, para que se fique a salvo daqueles que cultivam o hábito de imolar a essência substantiva e vitalizadora das normas em homenagem à moldura opressiva do processo, não deixaria de ser salutar incluir-se expressamente, no art. 3º da Lei 7.347/85, o ressarcimento de danos causados ao Erário, a anulação e declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público ou atentatório à moralidade administrativa, como objeto específico da ação civil pública. Talvez não fosse demasiado definir-se também o alcance da expressão *patrimônio público* ou fazer remissão ao art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65.

E, dentro desta mesma linha, far-se-ia conveniente ainda, por consequência, incluir-se novo parágrafo ao art. 17 da Lei 8.429/92, destacando que, a par do ressarcimento do dano, a ação civil fundada nesse diploma, poderia também ter por objeto a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, ou simplesmente atentatórios aos princípios da moralidade administrativa.

12. CONCLUSÕES

De resto, pedimos vênias para dizer que pouco produzirá a norma se não a fizermos eficaz e presente às situações a que se destina; se não lhe exaurirmos a vitalidade que traz imanente. Como nos permitimos afirmar certa feita, em singelo exercício de retórica jurídica, é no vácuo da lei, no hiato quase sempre expandido entre a letra e o efeito da norma, que nascem as desesperanças, debilitam-se as instituições, fragmenta-se a cidadania e, por vezes, irrompe o flagelo do crime.