

# **Boletim Científico**

Escola Superior do Ministério Público da União

# Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

# Ministério Público e patrimônio público: uma abordagem em torno da unidade do interesse público

André de Vasconcelos Dias\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Da noção de interesse público. 2.1 Da doutrina dos interesses públicos primários e secundários. 2.2 Da fissão do conceito de interesse público. 2.3 Interesse público: síntese do possível, em torno da unidade. 3 Do patrimônio público e sua tutela pelo Ministério Público. 3.1 Da defesa do patrimônio público como expressão do interesse público. 3.2 Das correntes restritivas e do advento de uma perigosa tendência. 3.3 Da unidade da tutela do patrimônio público. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

Como é notório, com o advento da Constituição da República de 1988, o Ministério Público brasileiro assumiu papel de destaque na tutela do patrimônio público. Mercê das garantias institucionais que lhe foram outorgadas (notadamente a independência funcional de seus membros), a instituição ministerial, com as devidas peculiaridades, tornou-se verdadeiro *ombudsman* da coisa pública.

Por certo, a sedimentação dessa nova realidade não foi isenta de embates. Aferrando-se à letra do art. 129, IX, da Carta Magna, algumas correntes esposaram orientações restritivas à atuação do *Parquet* na defesa do patrimônio público. Porém, atenta à teleologia constitucional, a jurisprudência dos tribunais superiores, aluindo resistências iniciais, passou a admitir, sem ressalvas, a legitimidade do Ministério Público.

---

\* André de Vasconcelos Dias é Procurador da República.

Novas discussões pareciam estéreis, e a questão, superada. Não obstante, esboça-se, no Superior Tribunal de Justiça, uma orientação pretensamente conciliatória dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República. Para tanto, opera-se a cisão da noção de patrimônio público, distinguindo-se as hipóteses de interesse da coletividade, como um todo, daquelas de interesse meramente ordinário dos entes públicos.

Em verdade, a compreensão do problema vai além da redação dos referidos dispositivos constitucionais. Patrimônio público é um conceito ainda em formação. Tributário da idéia de interesse público, é aí que se devem buscar os parâmetros para equacionar a questão.

Malgrado todas as críticas de que é objeto, sobretudo pela ausência de conteúdo material preestabelecido, é fato que a ciência jurídica em geral e o direito público em particular ainda não podem prescindir da noção de interesse público.

Assim, na perspectiva do interesse público, será desenvolvida a análise do patrimônio público e sua tutela pelo Ministério Público. Não se pretende a definição de um conceito, a superar as controvérsias existentes. Busca-se, tão-somente, demonstrar que, no bojo do pluralismo típico da sociedade contemporânea, é possível identificar uma certa unidade na noção de interesse público, e, de conseguinte, na noção de patrimônio público, com reflexos nas respectivas tutelas.

## **2 Da noção de interesse público**

### **2.1 Da doutrina dos interesses públicos primários e secundários**

Tema envolto em nebulosidade, a concepção de interesse público, ao longo dos anos, tem suscitado, aqui e alhures, a elaboração de diversos estudos pelos publicistas. Entre eles, tornou-se célebre a doutrina engendrada em meados do século passado, na Itália,

sob o influxo de Carnelutti e Piccardi, e sistematizada por Renato Alessi, então professor de Direito Administrativo da Universidade de Parma. Trata-se da conhecida distinção entre interesses públicos primários e secundários.

Surgida no contexto do pós-guerra, em um país ainda impregnado de estruturas fascistas, nas quais o interesse público era açambarcado pelo interesse da máquina estatal e das ideologias em voga, tal doutrina representou uma tentativa de depuração do conceito de interesse público, amoldando-o à idéia de bem comum da coletividade.

Em obra que se tornou clássica, sustentou Alessi:

*Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a se stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente secondari che si fanno sentire in seno allà collettività, e che possono sere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e eni limiti di siffata coincidenza, con l'interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che quantunque essa sia, al pari di ogni altro soggetto giuridico, titolare di un proprio interesse secondario personale, la sua funzione non è quella di realizzare questo interesse secondario, personale, ma bensì quella di realizzare l'interesse collettivo, pubblico, primario, mentre l'interesse secondario, personale, del soggetto amministrativo può essere realizzato, al pari di ogni altro interesse secondario dei singoli, soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti della coincidenza, con l'interesse pubblico<sup>1</sup> [g.n.].*

---

<sup>1</sup> ALESSI, 1953, p. 151-152. Tradução livre: Esses interesses públicos, coletivos, cuja satisfação a administração deve buscar, não são, observe-se, simplesmente o interesse da administração como sujeito jurídico em si, mas aquilo que se convencionou chamar de interesse coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses prevalentes de uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do sujeito administrativo refere-se aos interesses secundários, que se fazem presentes na coletividade e que podem ser efetuados somente na hipótese de coincidência – e nos incontáveis limites dela – com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da situação jurídica da administração pública reside precisamente em que, embora seja ela, como qualquer outro sujeito

Clarificando tal raciocínio, exemplificou:

l'interesse secundario dell'amministrazione porterebbe la stessa a pagare i propri impiegati il meno possibile, e ad aumentare al massimo possibile le imposte, al fine di aumentare al massimo le proprie disponibilità patrimoniali: per contro, l'interesse pubblico (collettivo) esige, rispettivamente, che gli impiegati siano pagati in modo sufficiente a metterli nelle migliori condizioni acciocchè le loro prestazioni siano efficaci, ed i cittadini non siano gravati di imposte oltre una data misura<sup>2</sup>.

Pela exposição e pelos exemplos ministrados, de meridiana clareza, o *télos* dessa doutrina: quando se diz que os interesses dos entes públicos são secundários, e somente podem ser realizados se coincidentes – e na exata medida dessa coincidência – com os interesses públicos primários (da coletividade), *emerge, a todas as luzes, a identificação da esfera do não-conceito – relegando-se ao plano do injurídico aquilo que não se caracteriza como interesse público.*

Deveras, os órgãos e entes públicos não constituem fins em si mesmos; logo, o incremento do seu aparato e a persecução de seus interesses – à guisa dos interesses privados – somente se justificam quando em consonância com os interesses da coletividade.

No Brasil, poucos apreenderam tão bem o cerne da distinção entre interesse público primário e secundário como o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

É que, além de subjetivar interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e

---

*jurídico, titular de um direito secundário próprio e pessoal, sua função não é de materializar esse interesse secundário e pessoal, mas atender ao interesse coletivo, público, primário. O interesse secundário e pessoal do sujeito administrativo pode realizar-se, como qualquer outro interesse secundário do particular, apenas no caso de coincidência, e nos limites desta, com o interesse público.*

<sup>2</sup> ALESSI, 1953, p. 153. Tradução livre: O interesse secundário da administração poderia levá-la a remunerar seus funcionários com o mínimo possível e aumentar os impostos ao máximo, a fim de fazer crescer suas disponibilidades patrimoniais. Em contrário, o interesse público (coletivo) exige, respectivamente, que os funcionários sejam pagos de modo apto a colocá-los em condição de tornar o serviço eficaz e que o contribuinte não seja onerado com impostos excessivos.

convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Esses últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização dos interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa dos interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles<sup>3</sup>.

Mas, voltando a Alessi: na raiz de seu pensamento, ao delimitar a esfera do não-conceito, cognominado *interesse público secundário*, não se tem por perspectiva a instituição de uma nova categoria, juridicamente inexistente; mas, tão-somente, a objetivação do próprio interesse público.

Eis, então, o ponto axial dessa doutrina: não existem dois tipos de interesses públicos – uns da coletividade, outros dos entes públicos. Apenas os primeiros são interesses públicos; os demais, *somente em tese concebíveis*, sequer de interesses podem ser designados, porquanto o Estado tem por fim a serventia ao bem comum. Significa dizer: *não há interesses dos entes estatais qualitativamente diversos dos interesses da sociedade*.

Em conclusão: somente o interesse da coletividade (*interesse público primário*) se qualifica como interesse público. Tudo o

---

<sup>3</sup> MELLO, 2003, p. 57.

mais é rotunda nugacidade, ressoando a instigante proposição de Wittgenstein: “Aquilo de que não se pode falar, deve-se calar”.

## 2.2 Da fissão do conceito de interesse público

Infausto dia em que se denominou de *interesse público secundário* aquilo que é estranho ao interesse público. Imaginassem os mestres italianos as distorções que fariam de sua doutrina, certamente utilizariam terminologia diversa na delimitação da esfera do não-conceito. Observa-se, progressivamente, o desvirtuamento da reportada construção teórica, tendente à identificação de dois tipos de interesse público: o da coletividade e o das pessoas jurídicas de direito público.

À primeira vista, tal distinção poderia afigurar-se meramente acadêmica – mais uma questiúncula escolástica, desprovida de sentido prático, como sói acontecer no mundo jurídico. Entretanto, retomaram-se as discussões, diante do art. 127, *caput*, da Lei Fundamental, a dispor que incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Os reflexos imediatos do Sistema Constitucional recairiam na intervenção do Ministério Público, no processo civil, como fiscal da lei. Tudo porque, segundo o art. 82, III, do Código de Processo Civil, compete ao *Parquet* intervir nas “causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

Nessa esteira, passou-se a indagar se seria sempre necessária a intervenção ministerial nas causas em que fossem parte pessoas jurídicas de direito público; assim como passou-se a perquirir as balizas aptas a identificar a presença do interesse público, esse fluido conceito metajurídico.

O novo perfil constitucional do Ministério Público contribuiu à intensificação dos debates. É que, pela extensa gama de atribuições que lhe foram cometidas – sobretudo pelo art. 129 da

Constituição da República e pelas respectivas Leis Orgânicas –, o *Parquet* tornou-se um verdadeiro “faz-de-tudo”.

Todavia, ante a gravidade da missão institucional de tutelar os direitos difusos e coletivos (posteriormente, também os individuais homogêneos de relevância social), revelou-se impraticável ao Ministério Público se desincumbir, satisfatoriamente, de todos os seus misteres. Naturalmente, privilegiou-se a persecução penal e a tutela coletiva. Principiou-se, então, a falar em racionalização/otimização da atuação ministerial no processo civil.

Em tal contexto, embora à míngua de homogeneidade, podem-se identificar duas grandes correntes, a justificar a não-intervenção do Ministério Público, no processo civil, nas hipóteses do art. 82, III, *in fine*, do CPC: uma que, partindo de argumentos tópicos, trilha pela desnecessidade da intervenção ministerial, sob determinadas circunstâncias; e outra que cinde os interesses públicos em interesses da coletividade e interesses das pessoas jurídicas de direito público, de sorte que somente os primeiros atrairiam a intervenção do Ministério Público.

De modo geral, verifica-se que, no âmbito do Ministério Público, como postura institucional – bem entendido, sem afronta à independência funcional de seus membros –, passou-se a sustentar que, nas causas que versem mera composição ao Erário, não se faz necessária a intervenção ministerial, porquanto a Fazenda Pública já estaria adequadamente representada pela advocacia pública. Nesse raciocínio, a questão não se situa em termos da legitimidade, mas sim da necessidade da intervenção do Ministério Público, que se mostraria subseciva.

Assim, no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Procurador-Geral de Justiça, considerando decisão do Conselho Superior respectivo, editou (sem caráter normativo) a Recomendação n. 01/2001<sup>4</sup>, no sentido da não-intervenção nas ações em que for parte a Fazenda Pública e suas entidades, pelo só fato dessa circuns-

---

<sup>4</sup> Disponível em: <[www.mp.mg.gov.br](http://www.mp.mg.gov.br)>.

tância. Ao seu turno, o Ministério Público do Estado de São Paulo, ainda antes da Ordem Constitucional vigente, já se posicionava de forma semelhante (Ato n. 01/1984 da PGJ-CSMP-CGMP)<sup>5</sup>.

Em busca de harmonização de entendimentos do Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 13 de maio de 2003, editou a *Carta de Ipojuca*, perfilhando o entendimento da desnecessidade da intervenção do Ministério Público, na “Ação em que for parte a Fazenda ou o Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial e sem implicações de ordem constitucional”<sup>6</sup>.

No âmbito do Ministério Público Federal, no *II Encontro da 1ª Câmara de Coordenação e Revisão*, em que se debatia a intervenção ministerial em mandado de segurança, registrou-se, como um dos principais argumentos contrários, o fato de que

não há prejuízo ao exercício da defesa por parte da pessoa jurídica interessada, porquanto a autoridade coatora, além de contar com a assessoria direta de advogados da União e/ou procuradores federais, na elaboração das informações, tem a obrigação legal de cientificá-la da impetração<sup>7</sup>.

Entretanto, cediço é que a posição da administração superior do Ministério Público não se confunde com a posição dos seus membros, constata-se que alguns órgãos de execução ministeriais, na condição de juristas, perfilham a tese que distingue entre interesses da coletividade e interesses dos entes públicos. Confirma-se o escólio do promotor de Justiça Emerson Garcia:

O interesse público primário, como se sabe, não guarda similitude com o interesse público secundário, sendo este inerente às pessoas jurídicas de direito público, ainda que, não raras vezes, dissonante dos interesses da maior parte do grupamento<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <[www.mp.sp.gov.br](http://www.mp.sp.gov.br)>.

<sup>6</sup> Disponível em: <[www.mp.mg.gov.br](http://www.mp.mg.gov.br)>.

<sup>7</sup> Disponível em: <[www.pgr.mpf.gov.br](http://www.pgr.mpf.gov.br)>.

<sup>8</sup> GARCIA, 2005, p. 321.

A propósito, nos tribunais superiores, sempre foi exceção a justificativa da não-intervenção do Ministério Público *pela desnecessidade*, nas causas de que seja parte pessoa jurídica de direito público, envolvendo interesses mera ou precipuamente pecuniários.

No Superior Tribunal de Justiça, a Súmula n. 189, ao dispor que “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”, dava sinais de acolher essa corrente. Sucede que a fórmula extremamente sintética de sua redação não autoriza essa conclusão.

Na realidade, conforme se verá adiante, o Superior Tribunal de Justiça, em geral, sempre optou pela segunda corrente, distinguir o interesse público da coletividade e o interesse da pessoa jurídica de direito público. Porém, em raro instante de lucidez, decidiu o STJ: “Desnecessária a intervenção do Ministério Público em processos em que o Estado está assistido por advogado”<sup>9</sup>.

No Supremo Tribunal Federal, tais questões foram debatidas na vigência da Constituição de 1967/1969, visto que, àquele tempo, o Pretório Excelso era, também, o guardião soberano da legislação infraconstitucional (*in casu*, art. 82, III, do CPC). Em 13 de novembro de 1979, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 83.328/PR, decidiu a 2ª Turma do STF:

Processo civil. Ministério Público. Intervenção nas causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade das partes. O princípio do art. 82, III, do Código de Processo Civil não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> STJ, REsp n. 374.579/SC, rel. min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, julgado em 15.10.2002, DJ de 25 nov. 2002.

<sup>10</sup> STF, RE n. 86.328/PR, rel. min. Dácio Miranda, 2ª Turma, julgado em 13.11.1979, DJ de 7 dez. 1979.

Como se depreende da ementa supratranscrita, o STF enveredou pela orientação da desnecessidade da intervenção ministerial, sem distinguir entre interesses públicos. Todavia, interessante assinalar que, menos de dois meses antes do referido julgado, a mesma 2ª Turma da Suprema Corte, a versar o tema, utilizou-se de fundamentação oposta:

Ação ordinária de indenização movida por prefeitura municipal contra empresa privada. Intervenção do Ministério Público. Interpretação do inciso III do art. 82 do CPC. No exame de cada caso deve o julgador identificar a existência ou não do interesse público. O fato de figurar na relação processual pessoa jurídica de direito público ou entidade da administração indireta não significa, por si só, a presença do interesse público, de modo a ensejar a obrigatória atuação do Ministério Público. O interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculados aos fins sociais e às exigências do bem comum que a vontade própria e atual da lei tem em vista. Na espécie há simples ação de indenização, a envolver apenas o interesse patrimonial do município, sem repercussão relevante no interesse público, de modo a justificar a intervenção prevista no inc. III do art. 82 da lei adjetiva civil. Recurso extraordinário conhecido em face do dissídio jurisprudencial, e provido<sup>11</sup>.

Aqui, já se fez a distinção entre o interesse da Administração Pública e o interesse da coletividade. Contudo, frise-se: a existência de dois julgados, da mesma Turma da Suprema Corte, num interregno tão breve, com fundamentações tão díspares, denota a ausência de uma análise mais aprofundada sobre a matéria.

Os julgados que se seguiram, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foram todos no sentido de se distinguir entre o interesse dos entes públicos e o interesse coletivo<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> STF, RE n. 90.286, rel. min. Djaci Falcão, 2ª Turma, julgado em 28.9.1979.

<sup>12</sup> Vide: RE n. 91.180/MG, rel. min. Rafael Mayer, 1ª Turma, julgado em 25.3.1980, *DJ* de 18 abr. 1980; RE n. 91.643/ES, rel. min. Rafael Mayer, 1ª Turma, julgado em 15.4.1980, *DJ* de 2 maio 1980; RE n. 96.899/ES, rel. min. Néri da Silveira, 1ª Turma, julgado em 3.9.1985, *DJ* de 5 set. 1986.

Posteriormente, à alçada do Superior Tribunal de Justiça transferiram-se os debates – art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República. De forma natural, o STJ incorporou e reproduziu a fundamentação prevalente no Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>.

Se bem analisados os arestos do STJ, pode-se perceber que a preocupação dos ilustres ministros prende-se menos aos fundamentos do que à consequência da não-intervenção do Ministério Público – qual seja, a sanção da nulidade do processo, estabelecida no art. 246 do Código de Processo Civil. Assim, “não há interesse público que justifique a nulidade do processo em razão da ausência do Ministério Público no processo”<sup>14</sup>.

No decorrer do tempo, aflorou a evidência de que a distinção entre interesse da coletividade e interesse da Administração Pública era postíça, carente de maior substrato teórico. Eis, então, o que se fez: apropriou-se da doutrina dos interesses públicos primários e secundários, distorcendo os conceitos formulados pelos juristas italianos para qualificar de interesse público secundário os interesses patrimoniais e ordinários da Administração Pública.

---

<sup>13</sup> A título de exemplo, por amostragem: REsp n. 10.042/AC, rel. min. José de Jesus Filho, 2ª Turma, julgado em 18.12.1991, *DJ* de 9 mar. 1992; REsp n. 48.771/RS, rel. min. Milton Luiz Pereira, julgado em 27.9.1995, *DJ* de 6 nov. 1995; REsp n. 52.318/RS, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª Turma, julgado em 16.11.1994, *DJ* de 5 dez. 1994; REsp n. 28.862/PR, rel. min. Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 12.12.1994, *DJ* de 13 mar. 1995; AgRg no Ag n. 134.722/PR, rel. min. Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 19.5.1997, *DJ* de 9 jun. 1997; REsp n. 154.631/MG, rel. min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 1º.10.1998, *DJ* de 3 nov. 1998; REsp n. 263.443/PE, rel. min. Edson Vidigal, 5ª Turma, julgado em 10.10.2000, *DJ* de 6 nov. 2000; REsp n. 137.186/GO, rel. min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 2.8.2001, *DJ* de 10 set. 2001; AgRg no REsp n. 609.216/RS, rel. min. Paulo Gallotti, julgado em 4.5.2004, *DJ* de 31 maio 2004; REsp n. 490.726/SC, rel. min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 3.3.2005, *DJ* de 21 mar. 2005.

<sup>14</sup> REsp n. 126.438, rel. min. Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 5.2.1998, *DJ* de 9 mar. 1998. No mesmo sentido: REsp n. 20.123/PR, rel. min. Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 5.6.1997, *DJ* de 30 jun. 1997.

Nesse diapasão, já existem dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>, ambos de relatoria do eminente ministro Luiz Fux, valendo-se da doutrina dos interesses públicos primários e secundários. O acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 303.806/RO encontra-se assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MORAIS. DESNECESSIDADE.

1. Tratando-se de ação indenizatória por danos morais promovida em face do Estado por abuso de autoridade, em face de denúncia promovida pelo Ministério Público, não se impõe a atuação do *Parquet* como *custos legis*, consoante a jurisprudência dessa E. Corte (REsp 327.288/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 17/11/2003; AGR Esp 449.643/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 28/06/2004; AgRg no REsp 258.798, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 11.11.2002; REsp 137.186, Rel. Min. José Delgado, DJ 10/09/2001).

2. O art. 82, inciso III, do CPC, dispõe que compete ao Ministério Público intervir: “III – em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

3. *A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.*

3. *O Estado, quando atestada sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.*

4. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

---

<sup>15</sup> REsp n. 303.806/RO, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 22.3.2005, DJ de 25 abr. 2005; REsp n. 640.412/SC, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 19.5.2005, DJ de 13 jun. 2005.

Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do *Parquet* no mister de *custos legis*, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, v.g., sói ocorrer com a ação de desapropriação prevista no Decreto-Lei n. 3.365/41 (Lei de Desapropriação).

5. *In genere*, as ações que visam ao ressarcimento pecuniário contêm interesses disponíveis das partes, não necessitando, portanto, de um órgão a fiscalizar a boa aplicação das leis em prol da defesa da sociedade.

6. Hipótese em que revela-se evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o Estado de Rondônia e INSS e o Procurador do Estado Beniamine Gegle de Oliveira Chaves, onde se questiona a reparação por danos morais, tendo em vista ter sido injustamente denunciado pelo crime tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/93.

7. Ademais, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins da justiça do processo, em razão do princípio de que “não há nulidade sem prejuízo” (*pas des nullités sans grief*).

8. Recurso especial desprovido<sup>16</sup>.

Decerto os fundamentos de tal aresto são ambíguos, visto que também se assentam na desnecessidade da intervenção do Ministério Público, pelo fato de os interesses da Administração já estarem sendo curados pela procuradoria judicial respectiva. No entanto, o ponto fulcral da fundamentação do julgado – e onde reside todo o equívoco – consiste em classificar de interesse público secundário o interesse patrimonial dos entes públicos.

Lamentavelmente, o desacerto teórico já começa a fazer escola. Migrou ao Tribunal Superior do Trabalho, onde já existem deci-

---

<sup>16</sup> REsp n. 303.806/RO, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 22.3.2005, DJ de 25 abr. 2005.

sões agasalhando o referido equívoco<sup>17</sup>. No julgamento do Recurso de Revista n. 600.623, ficou decidido:

MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DEFESA DE INTERESSE SECUNDÁRIO. PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE. ARTS. 127, “CAPUT”, E 129, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Não se pode interpretar a Constituição da República à luz da Lei Complementar n. 75/93, uma vez que os direitos constitucionalmente assegurados são heterodeterminantes positivos ou negativos dos direitos infraconstitucionais.

2. *Em uma análise sistemático-teleológica baseada no princípio da integridade, conclui-se que, na defesa de interesse público, o Ministério Público é parte ilegítima para recorrer, visto que não condiz com a finalidade constitucionalmente estabelecida no art. 127.*

3. *Cabe à Advocacia-Geral da União a defesa de interesses públicos secundários, diretamente relacionados ao ente estatal e ao aparelho burocrático.*

Recurso de Revista não conhecido<sup>18</sup>.

Esse, o panorama que se delinea. Não é difícil entrever o alastramento do equívoco em nossas Cortes, ante a natural propensão da jurisprudência em se perpetuar, sem rediscutir seus fundamentos. Impende, contudo, pôr a descoberto as impossibilidades dessa fissão do conceito de interesse público.

### 2.3 Interesse público: síntese do possível, em torno da unidade

O Direito, conquanto ciência do dever ser, tem diante de si uma realidade posta, insuscetível de ser olvidada. Não obstante, os juristas, pródigos em arquitetar distinções, perdem-se, muitas

---

<sup>17</sup> TST, RR n. 600.623, rel. min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ de 23 set. 2005; RR n. 591589, rel. min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ de 14 out. 2005.

<sup>18</sup> TST, RR n. 600.623, rel. min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ de 23 set. 2005.

vezes, no artificialismo estéril, ao escamotear a natureza das coisas, forçando por enquadrá-la em suas construções teóricas.

Tal ora se passa, nessa já corrente fissão pretoriana da noção de interesse público, em interesse da coletividade e interesse dos entes públicos. Tem-se, agora, um dado novo, plasmado na distorção da doutrina dos interesses públicos primários e secundários, para adaptá-la àquela pretensa distinção.

Conforme exposto no item 2.1, o cerne do pensamento dos juristas italianos (em especial o professor Renato Alessi) consiste em identificar a esfera do não-interesse público – o chamado *interesse público secundário* é um nada jurídico, e jamais poderia ser confundido com os interesses ordinários e patrimoniais da Administração Pública. Dissemina-se, porém, o mal-entendido.

Todavia, independentemente de estar sendo desfocada a doutrina dos interesses públicos primários e secundários, o que importa, neste ensaio, é demonstrar a impossibilidade ontológica de se distinguir entre os interesses da coletividade e os interesses dos entes públicos.

Na demonstração da falácia da cisão do interesse público, cumpre ponderar, basicamente: a natureza e os objetivos institucionais das pessoas jurídicas de direito público e a essencialidade do Erário, como substrato necessário ao grupamento social, como manancial de constituição e funcionamento da estrutura coletiva.

Sem pretender adentrar nas Teorias de Estado e de Governo, constata-se, nos termos do art. 1º, *caput*, da *Lex Legum*, que o Brasil é uma *República*, que se constitui em *Estado Democrático de Direito*.

No Sistema Republicano não se distingue o público do estatal. A própria nomenclatura é auto-explicativa: tudo aquilo que conforma o aparelho do Estado se consubstancia em *res publica*, isto é, pertence aos cidadãos. Inconcebível a subjetivação da coisa pública, a conflitar com os interesses de seus próprios titulares.

Por outro lado, no Regime Democrático, “todo o poder emana do povo”. Dessarte, a existência do Estado, sua estrutura,

seus princípios e seus objetivos são expressão da *vontade popular*. Logo, idealmente, não pode haver interesses estatais dissonantes dos interesses da coletividade de pessoas.

Postas essas premissas – pilares fundamentais de nosso Ordenamento Jurídico –, conclui-se: os entes públicos e as atividades que desenvolvem orientam-se no sentido da consecução do bem comum. Decerto o bem comum nem sempre será buscado de forma imediata; nem por isso a atuação estatal desprende-se de seu escopo.

De conseguinte, revela-se insustentável a distinção entre os interesses coletivos e os interesses dos entes estatais. Conforme visto, tais entes não perseguem objetivos próprios, que somente a si aproveitem. De alguma forma, todos os seus atos – e tudo o que se lhes sobrevém – percutem nos interesses da coletividade. Tal liame é indissolúvel. Assim, é grosseira ingenuidade supor que tudo aquilo que afeta o Estado fica adstrito à esfera jurídica das respectivas entidades. Necessariamente, redundará em benefício ou em prejuízo de toda a sociedade.

Na verdade, o estrabismo da cisão do interesse público em interesse coletivo e interesse da administração reside, muitas vezes, na incorreta identificação entre o proceder dos agentes públicos, na gestão da coisa pública, e o interesse dos entes públicos, em si considerados. Juridicamente, é ilegítimo tudo o que se afaste do interesse da coletividade, incorrendo o agente público, conforme o caso, em desvio de finalidade ou abuso de poder.

Para coarctar eventuais desvios na Administração Pública, abre-se a possibilidade de invocar a atuação do Poder Judiciário, a quem quer que se entenda lesado em seus direitos e interesses, em face dos entes estatais. Instaurada a instância, compete à Jurisdição decidir, conforme o Direito, se é legítima e atende ao interesse público, no caso concreto, a atividade estatal. Entretanto, não é possível vislumbrar, nas instituições públicas, interesses adversos aos dos cidadãos.

Um exemplo pode melhor elucidar a questão. Na ementa do acórdão prolatado no julgamento do REsp n. 303.806/RO, acima transcrito, ficou consignado que o Estado,

quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

Tratando-se de recurso especial, o STJ somente delibera sobre as questões de direito.

*Permissa maxima venia*, o Superior Tribunal de Justiça – ou qualquer outro Juiz ou Tribunal – jamais poderia dizer, *a priori*, nas causas que versam interesse patrimonial da Fazenda Pública, que ela apenas busca subtrair-se de despesas à custa do dano alheio. Muitas vezes, *representa o mais lúdimo interesse público* a resistência oposta pelos entes estatais às pretensões que lhe são veiculadas, a tolher, não raro, a sangria ilegítima (e por vezes criminosa) dos cofres públicos. O mesmo se diga das ações ajuizadas pelo Poder Público, nas quais se busca a satisfação dos interesses de toda a coletividade.

Por outro lado, acaso entenda o Poder Judiciário, ao ensejo do julgamento final da lide, não assistir razão à Administração Pública, não terá havido interesse coletivo, porém tampouco o interesse próprio da entidade estatal, pois seu interesse institucional não colide com os interesses da coletividade. Terá havido, tão-somente, inadequada valoração do interesse público, pelo agente público, eficazmente corrigida pela via judicial.

Suficientemente exposto que o interesse da Administração Pública coincide com os interesses da coletividade, convém examinar a precisa função do Erário, ainda permeada de preconceitos e desconfianças.

Erário, em seu conceito econômico, juridicamente incorporado, significa “conjunto dos recursos financeiros públicos; os

dinheiros e bens do Estado; tesouro, fazenda”<sup>19</sup>. Todavia, entre nós, sempre houve resistências em identificar o interesse público com o Erário – quiçá pela tradição brasileira na malversação dos recursos públicos. Nesse raciocínio, o interesse público lhe seria sobranceiro, pois representaria os valores e interesses superiores da sociedade.

Na feliz expressão de um ilustre juiz federal<sup>20</sup>, “trata-se da concepção romântica de interesse público”. Mais que romântica, acrescentaríamos nós, pueril. Afinal, o que representam os recursos financeiros, os dinheiros e bens do Estado? *Representam absolutamente tudo.*

Sem o Erário, o Estado é apenas uma abstração teórica despida de relevância. A existência da máquina estatal pressupõe, necessariamente, o suporte material consubstanciado nos recursos e bens públicos. Instrumento de satisfação das necessidades coletivas e de promoção do bem comum, o Estado somente pode atingir seus fins por intermédio do Erário.

Assim, na tutela do Erário, tutelam-se, indiretamente, os bens jurídicos de maior projeção em nossa República, tais como a promoção da saúde, da educação, da previdência e assistência sociais, do desenvolvimento social e econômico, do trabalho e do emprego etc. A efetiva implementação desses direitos fundamentais vincula-se à integridade do Erário.

Noutra perspectiva, sendo certo que o Erário é constituído de bens e recursos hauridos de toda a sociedade, esta, de conseguinte, tem efetivo interesse na sua esmerada gestão. Aliás, a título de registro histórico: a atual redação do art. 82, III, do Código de Processo Civil decorreu de emenda ao projeto original, apresentada pelo deputado Amaral de Souza, a qual teve a seguinte justificativa:

seu enunciado fundamental consistiu em obter texto legal assegurador da intervenção do Ministério Público em todas as causas

---

<sup>19</sup> HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2001, p. 1186.

<sup>20</sup> Doutor Alexandre Ferreira Infante Vieira, ex-procurador da República.

que envolvam as pessoas jurídicas de direito público interno e suas autarquias, como *custos legis*, pois inquestionavelmente o interesse público em tais demandas é ressaltado pela simples presença das entidades públicas, já que, vencidas ou vitoriosas, estará atingido o erário, exclusivo produto da contribuição de todo o povo<sup>21</sup>.

Independentemente da intervenção, ou não, no Ministério Público, tal justificativa apresentada teve o mérito de lobrigar que, vulnerando-se o Erário, afeta-se o interesse de toda a coletividade.

Em conclusão: considerando a natureza e os fins do Estado, e a essencialidade do Erário, verifica-se não existir distinção ontológica entre o interesse da coletividade e o interesse da administração.

Dessa forma, a não-intervenção do Ministério Público, no processo civil, pelo só fato de ser parte pessoa jurídica de direito público, somente se justifica pela *desnecessidade*. Nem poderia ser diferente. Consoante demonstrado, os entes públicos têm por fim institucional a realização dos anseios coletivos e do bem comum, de sorte que seria superfetação a intervenção de outro órgão público – o *Parquet* – na defesa dos mesmos interesses.

Solucionada a questão, portanto, em relação à necessidade da intervenção ministerial, nada obsta a que, no caso concreto, em se constatando que as entidades públicas, por qualquer motivo, não desempenham, a contento, a defesa do interesse público, possa o Ministério Público pleitear sua intervenção para suprir eventuais deficiências.

Todavia, o que precisa ser compreendido, em cifra, é que o interesse público é uno, não comportando a artificiosa subdivisão entre interesse da coletividade e interesse dos entes públicos.

Com isso, não se pretende reduzir o espectro da noção de interesse público, tampouco negar a existência de diversos inte-

---

<sup>21</sup> MACHADO, 1998, p. 321.

resses públicos. A sociedade contemporânea, complexa, pluralista e multifacetada traz consigo a natural colisão dos interesses de seus membros. Compete ao operador do Direito a sua harmonização.

Nesse mister, um bom parâmetro é a tutela dos interesses transindividuais. Com efeito, a característica da alta conflituosidade, própria dos interesses difusos, é também inerente aos interesses públicos. Assim, ao caso concreto reserva-se a ponderação dos interesses em conflito, à luz dos valores constitucionais, para distinguir o que seja o interesse público.

Ademais, essa parece ser a tendência atual dos publicistas. Após prolífica análise da concepção de interesse público, sustenta o professor Marçal Justen Filho:

Assim, o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter pre-determinado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais<sup>22</sup>.

Em fecho, é lícito concluir pela unidade do interesse público, entremostrando-se insustentável a distinção entre interesse da coletividade e interesse da Administração Pública; não obstante, interesse público é conceito aberto, a comportar múltiplas interpretações e, de conseguinte, somente pode ser definido pelas circunstâncias fáticas e pelos valores jurídicos envolvidos em cada caso concreto.

---

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, 2006, p. 46-47.

### **3 Do patrimônio público e sua tutela pelo Ministério Público**

#### **3.1 Da defesa do patrimônio público como expressão do interesse público**

Ao elencar as funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, III, da Carta Magna contemplou a proteção ao patrimônio público e social. Na linha de raciocínio ora defendida, entende-se que os vocábulos “público” e “social” funcionam como sinônimos, visto que difundem a mesma idéia. Não se há de objetar com vazias máximas jurídicas, tais como “a Constituição não contém palavras inúteis”. Conforme visto, na medida em que não existe um interesse estatal de conteúdo autônomo, distinto do interesse público, compreende-se que o “público” concerne a toda a coletividade – e, dessa forma, equivale ao “social”.

Como dissemos, patrimônio público é conceito ainda em gestação. Decerto, seu pressuposto fundamental é o Erário. Todavia, já há consenso, na comunidade jurídica, de que o Erário não exaure a noção de patrimônio público. A partir daí, no entanto, reina a controvérsia.

Verifica-se, em certa corrente doutrinária, uma tendência a extrair o conceito de patrimônio público da definição legal constante na Lei de Ação Popular<sup>23</sup>. Assim, constituiriam o patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Sem embargo, tal conceito é por demais restrito, não espelhando toda a amplitude do art. 129, III, da Lei Fundamental.

Com efeito, é a lei ordinária que se deve interpretar conforme a Constituição e não o inverso. O conteúdo material dos preceitos constitucionais exsurge a partir dos princípios e valores adota-

---

<sup>23</sup> Nesse sentido: PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 75.

dos pela Magna Carta. Além disso, o próprio art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/1965 ressalva que tal conceito adstringe-se aos fins da ação popular.

Na verdade, *deve-se entender a tutela do patrimônio público como expressão do interesse público*. De conseguinte, à guisa do conceito de interesse público, não se pode, de antemão, precisar os lindes do patrimônio público. Todavia, suas diretrizes são bastante óbvias. Integram-se-lhe os princípios constitucionais da administração pública, norte necessário à correta gestão da coisa pública. Dentre tais princípios, avulta a moralidade administrativa.

Parcela da doutrina tem se apercebido da extensão material do conceito de patrimônio público. Nas palavras do subprocurador-geral da República João Batista de Almeida,

Trata-se, sem dúvida, de interesse difuso titularizado por toda a coletividade, que tem direito à boa e correta administração dos recursos públicos e à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insertos na CF/88, art. 37, *caput*<sup>24</sup>.

Apesar de incidir na equivocada distinção entre patrimônio público e social, a professora Lúcia Valle Figueiredo perfilha entendimento similar:

De seu turno, por patrimônio social dever-se-á entender, *dentro do próprio contexto sistemático da Constituição*, o conjunto de bens jurídicos assim denominados em face dos valores adotados pelo texto constitucional.

A moralidade administrativa integra o patrimônio social e, ao mesmo tempo, constitui valor tão importante para a sociedade, que passou a constar expressamente do texto constitucional e não mais, apenas, implicitamente. Consta, dentre outros artigos, no de n. 5, LXXIII, no 37, e no par. 4 do mesmo artigo, aponta-se a improbidade administrativa, o mesmo acontecendo no art. 85, inciso V<sup>25</sup> [grifo nosso].

---

<sup>24</sup> ALMEIDA, 2001, p. 47.

<sup>25</sup> FIGUEIREDO, 2002, p. 532.

Malgrado a vastidão desse conceito, a doutrina prevalente, em respeito à expressa vontade da Constituição (CF, art. 129, III), e encarecendo a importância das funções institucionais do Ministério Público, não opôs qualquer ressalva à tutela do patrimônio público<sup>26</sup>. *Igualmente, nos tribunais superiores, formou-se jurisprudência pacífica no sentido da plena e irrestrita legitimidade do Parquet à defesa do patrimônio público.*

No Superior Tribunal de Justiça, desde os primeiros julgados, foi reconhecida a amplitude máxima da atuação do Ministério Público na salvaguarda do patrimônio público. Pontue-se, inclusive, que o STJ adotou o entendimento de que a defesa do Erário (ou dos interesses “meramente patrimoniais” da Fazenda Pública) compreende-se entre as funções institucionais do Ministério Público<sup>27</sup>. Inclusive, já se deliberou no sentido de que o “*Dano ao erário municipal afeta interesse coletivo*, legitimando o Ministério Público a promover Ação Civil Pública, objetivando a defesa do patrimônio público”<sup>28</sup>.

Na verdade, esse entendimento revela o paradoxo da jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, em sede de intervenção do Ministério Público nas causas que versem interesses “meramente” patrimoniais da Fazenda Pública. À luz de suas funções institucionais, *se o Ministério Público está legitimado a demandar em defesa do Erário, não se sustenta a alegação da inexistência de interesse público ou coletivo a justificar a não-intervenção ministerial, na condição de*

---

<sup>26</sup> Vide, e.g., CARVALHO FILHO, 2001.

<sup>27</sup> Vide: REsp n. 132.107/MG, rel. min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 13.11.1997, *DJ* de 16 mar. 1998; REsp n. 180.712/MG, rel. min. Garcia Vieira, 1ª Turma, julgado em 16.3.1999, *DJ* de 3 maio 1999; REsp n. 188.554/SP, rel. min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 24.8.2004, *DJ* de 11 out. 2004; REsp n. 620.345, rel. min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 14.12.2004, *DJ* de 21 mar. 2005; REsp n. 422.729/SP, rel. min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 22.3.2005, *DJ* de 30 maio 2005; AgRg no REsp n. 405.439/SP, rel. min. Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 13.9.2005.

<sup>28</sup> STJ, EREsp n. 77.064/MG, rel. min. Milton Luiz Pereira, 1ª Seção, julgado em 29.11.2001, *DJ* de 11 mar. 2002, p. 157.

*fiscal da lei, nas hipóteses de ofensa aos mesmos interesses patrimoniais do Estado. Ou seja, nesse incoerente raciocínio haveria interesse público ou coletivo para que o Ministério Público pudesse fazer o mais (ajuizar ações civis públicas na defesa do Erário); porém, o mesmo interesse público deixaria de existir para que o Parquet pudesse fazer o menos (intervir como custos legis).*

Ainda em torno do conceito de patrimônio público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não hesita em incluir os princípios constitucionais da administração pública. Exemplo clássico são os julgados relativos aos vícios dos concursos públicos. Assim, “o Ministério Público é legitimado a propor ação civil pública, visando à decretação de nulidade do concurso público que afrontou os princípios da acessibilidade, legalidade e moralidade”<sup>29</sup> e

Em se tratando de concurso público cuja realização, em tese, fugiu aos princípios da legalidade, impessoalidade (acessibilidade) e moralidade, ocorre o interesse do Ministério Público na propositura da ação civil pública tendente a decretar a nulidade do certame<sup>30</sup>.

O mesmo se passa em tema de licitações. Sabe-se que a ausência de licitação, quando legalmente exigida, ou os vícios do certame licitatório nem sempre carregam danos diretos ao Erário. Sem embargo, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, violados os princípios basilares da administração pública, abre-se ensejo à atuação do Ministério Público, visando à defesa do patrimônio público, em seu sentido amplo: “Obra pública sem licitação, ou com licitação ilegal, pode sofrer a censura judicial, via ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> REsp n. 180.350/SP, rel. min. Garcia Vieira, 1ª Turma, julgado em 22.9.1998, DJ de 9 nov. 1998.

<sup>30</sup> REsp n. 191.751/MG, rel. min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 5.4.2005, DJ de 6 jun. 2005. No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 681.624/MG, rel. min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, julgado em 27.9.2005, DJ de 28 nov. 2005.

<sup>31</sup> REsp n. 151.811/MG, rel. min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 16.11.2000, DJ 12 fev. 2001. No mesmo sentido, REsp n. 403.153/SP, rel. min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 9.9.2003, DJ de 20 out. 2003.

Entre os princípios constitucionais da administração pública, a referida Corte Superior enaltece o princípio da moralidade administrativa. Em iterativos julgados, tem-se consignado que “legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade)<sup>32</sup>”. Bastante elucidativas, algumas passagens da ementa do acórdão do Recurso Especial n. 695.718/SP:

A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial, como também de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração [...].

*A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação, que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior<sup>33</sup>.*

Depreende-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça, pela amplitude do conceito de patrimônio público, concebe sua tutela como expressão do interesse público. Ao menos em duas oportunidades, assim se decidiu, expressamente: “a ação civil pública é adequada à proteção do patrimônio público, visando à tutela do bem jurídico em defesa de um interesse público”<sup>34</sup>.

No Supremo Tribunal Federal, outrossim, consolidou-se a jurisprudência no sentido da plena legitimidade do Ministério Público à defesa do patrimônio público, em seu sentido lato. Em

---

<sup>32</sup> REsp n. 427.140/RO, rel. min. José Delgado, rel. p/acórdão min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 20.5.2003, DJ de 25 ago. 2003.

<sup>33</sup> REsp n. 695.718/SP, rel. min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 16.8.2005, DJ de 12 set. 2005, p. 234.

<sup>34</sup> REsp n. 326.194/MG, rel. min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, julgado em 17.8.2004, DJ de 4 out. 2004. No mesmo sentido, REsp n. 325.541/TO, rel. min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 16.3.2004, DJ de 10 maio 2004.

27 de setembro de 2000 (quase 12 anos após o advento da nova Ordem Constitucional), o Plenário da Suprema Corte deliberou, pela primeira vez, de maneira expressa, acerca da extensão substancial do art. 129, III, da Constituição da República. Trata-se do célebre julgamento do Recurso Extraordinário n. 208.790/SP, assim ementado:

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 n. 8.429/92). Recurso não conhecido<sup>35</sup>.

Ao reconhecer a *legitimidade concorrente* do Ministério Público e do ente estatal lesado, em pé de igualdade, à tutela do patrimônio público, o Pretório Excelso conferiu amplitude máxima à interpretação do art. 129, III, da Lei Maior. Assim, na defesa do patrimônio público, sob quaisquer de seus aspectos (Erário, princípios constitucionais da administração pública etc.), legitima-se o Ministério Público.

No julgado em referência, o ilustre ministro Sepúlveda Perence ponderou em seu voto:

Sr. Presidente, creio que a atribuição conferida ao Ministério Público para a ação civil pública em defesa do patrimônio público – perdoem-me tanta “publicidade” – há de ter, no mínimo, a extensão material da legitimação dada a qualquer do povo para a ação popular em defesa do mesmo patrimônio público.

Se assim é, uma vez que inexistem restrições ao cidadão para o manejo da ação popular, na salvaguarda do patrimônio público,

---

<sup>35</sup> RE n. 208.790/SP, rel. min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 27.9.2000, DJ de 15 dez. 2000, p. 105.

também não se opõe qualquer empecilho a que o Ministério Público patrocine a defesa do mesmo bem jurídico, por meio de ação civil pública.

Toda a jurisprudência ulterior do Supremo Tribunal Federal vem perfilhando o mesmo entendimento<sup>36</sup>.

### 3.2 Das correntes restritivas e do advento de uma perigosa tendência

O Direito, perene entrechoque de interesses, reproduz as ideologias dominantes na sociedade, tendendo, naturalmente, à manutenção do *status quo*. Na medida em que o Ministério Público brasileiro, do alto de sua independência, passou a tutelar, com efetividade, o patrimônio público, sinalizando à ruptura de nossas tradicionais estruturas patrimonialistas, opuseram-se-lhe correntes reacionárias, buscando coarctar sua legitimidade constitucionalmente estabelecida.

No bojo das correntes restritivas, encontram-se aquelas que negam, por completo, a legitimidade ministerial à defesa do patrimônio público, na perspectiva do Erário; e aquelas que sustentam a legitimidade subsidiária do Ministério Público.

De modo geral, a primeira corrente revolve a distorção entre interesse público primário e interesse público secundário. Exponente maior dessa orientação, o renomado processualista Cândido Rangel Dinamarco assim se posiciona:

Daí a conclusão, a respaldo do que nos tópicos precedentes ficara dito, de que harmoniosamente a Constituição, a lei ordinária e as

---

<sup>36</sup> Vide: RE n. 227.159/GO, rel. min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julgado em 12.3.2002, *DJ* de 17 maio 2002; RE n. 248.202/MG, rel. min. Moreira Alves, 1ª Turma, julgado em 30.4.2002, *DJ* de 28 jun. 2002; AI-AgR n. 491.081/SP, rel. min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 20.4.2004, *DJ* de 7 maio 2004; RE-AgR n. 368.060/SP, rel. min. Eros Grau, 1ª Turma, julgado em 6.9.2005, *DJ* de 28 out. 2005; RE-AgR n. 372.658/SP, rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 29.11.2005, *DJ* de 3 fev. 2006.

raízes históricas do instituto da ação civil pública repelem aquela interpretação extensiva pretendida pelo *Parquet*. O inc. III do art. 129 da Constituição Federal, ao aludir a outros interesses difusos, quis e quer ligar a legitimidade ativa deste à tutela desses bens indivisíveis e sem titular definido, tudo dentro da moderna tendência ao garantismo social ou coletivo, de que falou Mauro Cappelletti. O inc. IX do mesmo artigo, ao generalizar a função do Ministério Público, falando de atividades compatíveis com sua finalidade e em seguida vedando-lhe a representação judicial das entidades públicas, estará violado sempre que, mediante aquela interpretação extensiva, que é anti-histórica e assistemática, a ação civil pública estiver direcionada à tutela dos bens e interesses da administração (interesses públicos secundários – v. Édís Milaré, cit.)<sup>37</sup>.

No cerne dessa doutrina, a idéia de que o *Parquet* somente se legitima a tutelar o patrimônio público na medida de sua dispersão social. Ou seja: sempre que a defesa do patrimônio público pudesse se identificar com o interesse de alguma entidade estatal, vedada estaria a iniciativa do Ministério Público.

Tal pai, tal filho. Pedro da Silva Dinamarco, indisfarçável crítico da instituição ministerial e de suas prerrogativas e atribuições – quiçá pelo exercício da atividade profissional em pólo (de interesses) contraposto, vezo contemporâneo –, advoga:

Assim é que a defesa do “patrimônio público e social”, outorgada pela Constituição da República ao Ministério Público, é e será sempre a defesa de bens e valores pertinentes a classes, categorias ou grupos de pessoas não-determinadas e apenas unidas de modo efêmero por meras circunstâncias de fato. Sem quebra da harmonia do sistema, jamais se poderia pensar nessa norma constitucional como legitimadora da ampla e incontrolada atuação do *Parquet* em prol de entidades personificadas. Nenhuma pessoa jurídica, nem mesmo o Estado e suas emanações, poderia ser titular de interesses difusos (estes deixariam de ser “difusos”). Interesse difuso é aquele cujo titular não se pode determinar<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> DINAMARCO, C. R., 2001, p. 417-418.

<sup>38</sup> DINAMARCO, P. S., 2001, p. 221.

Enveredaram-se por essa tese alguns juristas<sup>39</sup>. Surgiu, também, uma corrente intermediária que, sem negar a legitimidade do Ministério Público à tutela do patrimônio público, reconhece-a em caráter subsidiário. Seu precursor, o mestre Hugo Nigro Mazzilli, buscando compatibilizar os incisos III e IX do art. 129 da Carta Magna, sintetiza:

Então, onde entra o Ministério Público? Entra se e quando o sistema de legitimação ordinária falhar: é o que decorre da análise sistemática da questão. Com efeito, não é o Ministério Público advogado da Fazenda – perdeu ele, na Constituição de 1988, esse papel que já fez parte da história da instituição. Não pode, pois, o membro do Ministério Público ser colocado como cobrador de impostos da Fazenda em juízo, nem ser o encarregado ordinário da responsabilização do servidor ou do cidadão que causaram dano ao erário, mas cuja responsabilidade o administrador não quer fazer promover pelos seus advogados. Nesse caso, se isso acontecer, quem precisa ser responsabilizado é, antes de tudo, o próprio administrador. O papel do Ministério Público é compatível com a defesa do erário, sim, mas por meio de legitimação extraordinária (daquele que, em nome próprio, defende direito alheio), não por meio da legitimação ordinária (daquele que, em nome próprio, defende direito próprio); e só deve empreendê-la quando houver uma razão especial para isso: quando o sistema de legitimação ordinária não funcione. Nesse sentido, admite-se até mesmo o litisconsórcio facultativo entre o Ministério Público e a Fazenda no pólo ativo, na defesa do patrimônio público.

E quando é que não funciona o sistema de legitimação ordinária para defesa do patrimônio público? O sistema não funciona quando o administrador não o deixa funcionar. É o que ocorre, por exemplo, quando é o próprio administrador em exercício que cometeu o ato de improbidade que gerou dano à Fazenda Pública. O sistema de legitimação ordinária não vai funcionar: estando em exercício o administrador que nomeou e pode demitir *ad nutum* o chefe

---

<sup>39</sup> Por todos, vide DALLARI, 2003, p. 34: “O interesse público que cabe ao Ministério Público defender é o da coletividade, do conjunto de cidadãos, na medida em que se configure como um interesse coletivo ou difuso – o que não acontece com os interesses patrimoniais de determinada pessoa jurídica”.

da Procuradoria da Fazenda, dificilmente deixará que a máquina administrativa se movimente contra ele próprio. Também não funcionará o sistema de legitimação ordinária quando o administrador anterior cometeu o ato de improbidade, e é aliado político do atual administrador; também poderá não funcionar em casos de compadrismo político ou conivências ou fraudes conjuntas, entre outras hipóteses<sup>40</sup>.

A repercussão prática da tese da subsidiariedade é a seguinte: comete-se ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, a aferição da presença das circunstâncias especiais a legitimar a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público. De conseguinte, deveria o *Parquet*, já no ajuizamento da ação, demonstrar sua legitimidade ativa, podendo o réu, em defesa, contestá-la. Veja-se, a propósito, o que diz Pedro Lenza:

Esse posicionamento (legitimação subsidiária do Ministério Público) resguardaria a parte final do art. 129, IX, da CF/88, já que o surgimento do interesse social a justificar a atuação ministerial somente se consubstancia se demonstrada a inércia do Poder Público, muitas vezes motivada por interesses políticos [...].

Acima de tudo, o Ministério Público deve demonstrar na petição inicial a efetiva conveniência social e a expressividade para a coletividade lesada de sua atuação. Como se disse, isso se dá ou pela demonstração da inércia do Poder Público, ou mesmo em razão da natureza e abrangência do dano, a fim de se conciliar a primeira e a segunda parte do art. 129, IX, da CF/88<sup>41</sup>.

Eis, em síntese, as correntes restritivas à atuação ministerial na tutela do patrimônio público e suas respectivas fundamentações. De modo geral, no entanto, o Poder Judiciário, sintonizado à vontade da Constituição, passou a repelir quejandas teses. Nas Cortes Estaduais, os acórdãos restritivos são de absoluta excepcionalidade. Nos Tribunais Regionais Federais, rareiam ainda mais decisões nesse sentido.

---

<sup>40</sup> MAZZILLI, 2003, p. 179.

<sup>41</sup> LENZA, 2005, p. 101-102.

Nos tribunais superiores, conforme visto, a jurisprudência é no sentido da plena e irrestrita legitimidade do Ministério Público, a defender o patrimônio público. No Supremo Tribunal Federal, até o presente, simplesmente *todos* os julgados relativos ao tema conferem a mais ampla legitimidade à instituição ministerial. O Pretório Excelso jamais discriminou do patrimônio público o interesse patrimonial dos entes públicos, bem como jamais estabeleceu critérios de legitimação subsidiária do Ministério Público.

Outrossim, desde sua instituição, o Superior Tribunal de Justiça tem assentado, com zelo, não só a legitimidade, mas também a imprescindibilidade da tutela do patrimônio público, em toda sua extensão, pelo Ministério Público. Identifica-se, à leitura dos incontáveis arestos nesse sentido, a lídima expressão do espírito público.

Entretanto, de permeio a toda essa jurisprudência, o STJ prolatou, recentemente, *pela primeira vez em toda a sua história*, decisão restritiva à atuação do *Parquet* na defesa do patrimônio público. No julgamento do Recurso Especial n. 246.698/MG, de que foi relator um dos mais ilustres membros daquela Corte Superior, o ministro Teori Albino Zavascki, deliberou:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LIMITES.

1 – A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou consultor jurídico das pessoas de direito público.

2 – Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio

público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade.

3 – No caso, a defesa judicial do direito à reversão de bem imóvel ao domínio municipal, por alegada configuração de condição resolutória de sua doação a clube recreativo, é hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela<sup>42</sup>.

Impende frisar que (ainda) se trata de julgado isolado, e que, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça voltou a proferir diversas decisões no sentido da plena legitimidade do Ministério Público no resguardo do patrimônio público. O risco de retrocesso, no entanto, lateja.

Com efeito, em substanciosa obra recém-publicada, o ministro Teori Albino Zavascki passou a desenvolver essa nova tese restritiva, já debuxada no referido acórdão. Vale conferir um excerto de seu arazoado:

Não pode ser aceita, todavia, a posição que vai ao extremo de negar, taxativamente, a legitimação do Ministério Público na defesa do patrimônio público, ou de limitá-la às hipóteses de tutela dos interesses difusos e coletivos. Tal negação importaria fazer tábula rasa da norma constitucional do art. 129, III, que prevê expressamente tal legitimação, tanto em defesa dos interesses difusos e coletivos, quanto do patrimônio público e social, considerados, um em relação ao outro, categorias jurídicas distintas e autônomas.

Ordinariamente, é inegável, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, conseqüentemente, somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais. Que situações seriam essas? São as situações em que, no patrocínio judicial

---

<sup>42</sup> REsp n. 246.698/MG, rel. min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 15.3.2005, *DJ* de 18 abr. 2005, p. 213.

em defesa do patrimônio público, se pode identificar um interesse superior, como tal considerado aquele que, por alguma razão clara e objetiva, transcende ao interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa ou pela magnitude das conseqüências, ou pelas pessoas envolvidas ou outra circunstância objetiva, a eventual lesão trazer um risco, não apenas ao restrito domínio patrimonial da pessoa jurídica, mas também a outros valores especialmente protegidos, de interesse de toda a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrimônio público é lesado pelo próprio administrador (improbidade administrativa), ou quando os órgãos ordinários da tutela judicial do patrimônio público se mostrarem omissos ou impossibilitados de atuar (o que põe em risco o funcionamento da instituição pública)<sup>43</sup>.

Exposta a tese, cumpre tirar algumas ilações.

Verifica-se, primeiramente, que ela se aparta das correntes “restritivas absolutas”. A uma, porque rejeita a alegação de que, em face da natureza difusa da tutela do patrimônio público, estabelecida no art. 129, III, da CR, a atuação ministerial ficaria adstrita às hipóteses em que os interesses em jogo não se identificassem com os dos entes públicos. A duas, porque não distingue o Erário do patrimônio público. Por outro lado, bastante se aproxima das correntes que vislumbram a legitimação subsidiária do Ministério Público na defesa do patrimônio público.

### 3.3 Da unidade da tutela do patrimônio público

Sob o pretexto de solucionar uma antinomia inexistente (CR, art. 129, III e IX), as correntes elencadas no item 3.2 alinhavam restrições à legitimação constitucional do Ministério Público na tutela do patrimônio público. Sem embargo, tais correntes restritivas revelam-se estruturalmente insubsistentes – além do notório *déficit* republicano e democrático.

---

<sup>43</sup> ZAVASCKI, 2006, p. 145-146.

Quanto às correntes “restritivas absolutas”, pode-se dizer que seu equívoco consiste em partir da falsa premissa de serem distintos o interesse da coletividade e o interesse da Administração Pública – reflexo da distorção da doutrina dos interesses públicos primários e secundários. Conforme sobejamente demonstrado *supra*, o *interesse dos entes públicos, institucionalmente considerado, coincide com os interesses da coletividade. Logo, coincidentes tais interesses, cai por terra o argumento de que, pela natureza difusa e coletiva dos interesses que incumbe ao Ministério Público tutelar, não poderia tal instituição defender o patrimônio público quando identificado com o interesse de determinada entidade estatal.*

Não que o patrimônio público integre categoria jurídica distinta daquela dos interesses coletivos e difusos (como pretende o ministro Zavascki) e que, por isso, legitimar-se-ia o Ministério Público, ante a expressa dicção do art. 129, III, da Lei Maior. Infirmar-o a própria fórmula utilizada pelo constituinte, no aludido dispositivo legal. *É necessário compreender que o patrimônio público, a um tempo, consubstancia interesse dos entes públicos (como titulares imediatos de prerrogativas jurídicas) e da coletividade de pessoas (titular da coisa pública). Ou seja: na mesma extensão e na mesma intensidade, o patrimônio público interessa aos entes estatais e à coletividade – portando, aí, sua natureza difusa.*

Outrossim, não se sustentam as correntes “restritivas relativas”, ou de legitimação subsidiária do Ministério Público.

De início, a serem exigidas circunstâncias “especiais” ou “extraordinárias” para positivar a legitimidade ativa do Ministério Público, estar-se-ia instituindo *nova condição de procedibilidade, não prevista no Ordenamento Jurídico* e ao arpejo da Constituição da República.

E, se se acatasse tal parâmetro, quais seriam os parâmetros para identificar esses “interesses superiores”, “interesses da sociedade como um todo”, que justificariam a atuação do Ministério Público? Múltiplos parâmetros poderiam ser propostos, mas a

questão da legitimação ministerial à tutela do patrimônio público ficaria sempre em aberto – e, certamente, em todas as lides, a matéria seria debatida, até as últimas instâncias do Poder Judiciário. Não seriam poucas as demandas em que, obtido o acerto do direito, após anos e anos de disputa judicial, fossem resolvidas com decisões de extinção do processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa. *Inadmissível insegurança jurídica em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional.*

Por outro lado, fala-se que uma das hipóteses a atrair a legitimidade ativa do Ministério Público seria a omissão das vias ordinárias da Administração Pública. Como identificá-la, todavia? Seria necessária a expedição de ofícios, notificações, recomendações etc.? Seria pelo tempo decorrido, a partir da efetiva ciência dos órgãos públicos competentes? Enfim, qual seria o critério? Ademais, como querer erigi-lo à condição da ação?

De toda sorte, embora com maiores requintes de sutileza que as correntes “restritivas absolutas”, *o vício central das teorias que defendem a legitimação subsidiária do Parquet também consiste na cisão do conceito de patrimônio público.* Ainda aqui, pretende-se fazer a discriminação entre circunstâncias de especial interesse da coletividade e circunstâncias de interesse meramente ordinário dos entes públicos. Não obstante, conforme demonstrado ao longo de todo este arrazoado, *tal distinção é simplesmente infactível.*

A elucidar em definitivo a questão, nada melhor que proceder à análise do próprio aresto que acolheu a tese da legitimação subsidiária do Ministério Público, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 246.698/MG, supratranscrito. Mesmo sem se ter acesso aos autos do processo, é possível constatar – diretamente pela leitura do voto vencedor e da ementa do acórdão – que se está diante de uma grande aporia. Senão, vejamos.

Verifica-se, no caso em testilha, que o Ministério Público ajuizara ação civil pública pleiteando a reversão de bem imóvel ao domínio municipal ante o implemento de condição resolutória

da sua doação a clube recreativo. Entendeu-se que tal “se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela”.

*Concessa maxima venia*, tal julgado aparta-se da realidade dos fatos, e explicita o absoluto desacerto da malfadada cisão do conceito de patrimônio público. O que significa, para a municipalidade, a restituição de um bem imóvel? Afora seu valor econômico intrínseco – que, indiretamente, aproveita a toda a coletividade –, um bem imóvel pode representar a possibilidade única de instalação de uma creche ou abrigo de menores; de um hospital ou posto de saúde; de um asilo de idosos etc. Ou seja, *um único bem imóvel pode significar a implementação prática de anseios (rectius: direitos) fundamentais da coletividade de pessoas.*

Além disso, por variadas razões, poderia ser do interesse do agente público – *embora contrário ao interesse público* – que não ocorresse a reversão do bem ao domínio municipal. Entretanto, o móvel do agente ou mesmo a deliberada e injustificada omissão do Poder Público são questões de custosa averiguação e comprovação. Todavia, somente por isso, estaria inviabilizada a tutela do patrimônio público pelo Ministério Público, instituição naturalmente predisposta a fazê-lo? É evidente que não.

Volve-se, de conseguinte, à “tormentosa” harmonização dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República. *Trata-se, a todas as luzes, de um falso problema.* Tendo em vista a *unidade do patrimônio público*, atenta contra a Constituição toda e qualquer interpretação restritiva que deixe de reconhecer ao Ministério Público plena legitimidade. E como fica o inciso IX do art. 129? Fica em seus precisos lindes: ao Ministério Público continua vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas. No entanto, *quando patrocina em juízo a tutela do patrimônio público, o Parquet não está a representar a pessoa jurídica de direito público, e sim exercendo um múnus constitucional em benefício de toda a sociedade.*

Eis, na verdade, a única interpretação condizente com a forma republicana e o regime democrático. Na gestão da coisa pública, é

natural e salutar o recrudescimento da fiscalização e da vigilância. Excluir da tutela do patrimônio público precisamente a instituição que ostenta maior independência para implementá-la – o Ministério Público – trilha na contra-mão da história e representa considerável enfraquecimento dos mecanismos de controle da *res publica*.

Bem por isso, num dos acórdãos mais antigos do Superior Tribunal de Justiça, versando a matéria, ficou registrado:

Conforme alguns precedentes da Corte, é legítimo ao Ministério Público propor ação civil pública visando à proteção do patrimônio público, uma vez que o Texto CF/88 (art. 129, III) ampliou o campo de atuação do MP, colocando-o como instituição de substancial importância na defesa da cidadania<sup>44</sup>.

#### 4 Conclusão

Ao cabo, nota-se que todas as discussões envolvendo a noção de patrimônio público e sua tutela pelo Ministério Público têm sua origem remota na insustentável cisão do conceito de interesse público, em interesse da coletividade e interesse dos entes públicos. Como substrato teórico, procede-se à distorção da doutrina italiana dos interesses públicos primários e secundários.

Todavia, considerando que, no sistema republicano, não se distingue o público do estatal, pois tudo aquilo que conforma o aparelho do Estado se consubstancia em *res publica*, isto é, pertence aos cidadãos; e tendo em vista que, no regime democrático, “todo o poder emana do povo”, de sorte que a existência do Estado, sua estrutura, seus princípios e seus objetivos são expressão da *vontade popular*; conclui-se que, institucionalmente considerados, os interesses estatais coincidem com os interesses da coletividade.

Tem-se, então, a unidade ontológica do interesse público – sem embargo da complexidade, da conflituosidade e do pluralismo pró-

---

<sup>44</sup> REsp n. 98.648/MG, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 10.3.1997, DJ de 28 abr. 1997.

prios da sociedade contemporânea. De igual modo, o patrimônio público, categoria jurídica tributária da noção de interesse público, é indivisível em sua natureza coletiva, visto que, sempre e sempre, direta ou indiretamente, interessa a todo o grupamento social.

Assim, verifica-se que a suposta necessidade de harmonização dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República não passa de um falso problema. O Poder Constituinte originário conferiu ao Ministério Público a grave missão de, no exercício de sua independência, promover a tutela do patrimônio público em toda sua plenitude. Não sendo possível cindir o conceito de patrimônio público, revela-se inconstitucional toda interpretação restritiva da legitimidade do *Parquet* no trato da matéria.

Nenhum óbice subsiste pela redação do inciso IX do art. 129/CR, pois, ao patrocinar em juízo a tutela do patrimônio público, o Ministério Público não está a representar a pessoa jurídica de direito público, e sim exercendo um múnus constitucional, em benefício de toda a sociedade.

## **Referências**

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: A. Giuffrè, 1953.

ALMEIDA, João Batista. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DALLARI, Adílson de Abreu. Limites à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública: gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.