Nº 29 – janeiro/fevereiro/março de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: AVALIAÇÃO SOBRE O SEU PAPEL NO CONTROLE DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Carlos Augusto Alcântara Machado
Promotor de Justiça em Sergipe, Mestre em Direito Constitucional pela UFC, professor de Direito Constitucional em cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Tiradentes e da Universidade Federal de Sergipe, autor dos livros Mandado de Injunção – um instrumento de efetividade da Constituição (Ed. Atlas) e Direito Constitucional (Editora Revista dos Tribunais).

Antes de iniciar qualquer abordagem de natureza científica, impende a identificação de um marco teórico, objetivando delimitar ou definir, de forma precisa, o objeto de análise. Assim, buscar-se-á, inicialmente, a partir da especificação dos mecanismos de controle da Administração Pública, a avaliação do papel do Ministério Público nesse âmbito de atuação, decorridas duas décadas da promulgação da Carta-Cidadã de 1988.

Desde a abertura do texto constitucional, logo no seu pórtico, foram expressamente consagrados os compromissos solenemente assumidos pelo legislador constituinte na construção jurídica do Estado brasileiro: o Brasil foi formal e juridicamente concebido na sua sétima versão[1] – Constituição de 1988 – como um Estado Democrático de Direito, sob a forma republicana de governo. Democracia e República, dois princípios fundamentais – ou duas idéias-força – forjados como mandamentos nucleares do nosso sistema jurídico. Princípios que, como reconhece o notável administrativista argentino **Agustin Gordillo[2],** se constituem, a um só tempo, em norma e diretriz do sistema.

O saudoso **Geraldo Ataliba[3]**, com o rigor científico que caracterizava o seu pensamento, averba em clássica monografia: *"como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de República domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável,*

---

1 A Emenda Constitucional nº 01/69, como Carta Magna formalmente concebida, não está sendo considerada.

2 *Introducción al Derecho Administrativo*, vol. I, Abeledo Perrot, Buenos Ayres, 1966, p. 176.

3 *República e Constituição*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 5.

penetrando nos seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros".

Nas pegadas do festejado juspublicista[4], não se pode olvidar, de igual forma, que *regime republicano é regime de responsabilidade*. Diz ainda o Mestre que *a responsabilidade é a contrapartida dos poderes em que são investidos os mandatários.* Na forma republicana de governo, os agentes públicos respondem pelos seus atos. Isto porque, como registra **Michel Temer**[5], o agente é responsável pelos seus atos perante o povo por estar cuidando da *res publica*. Arremata: *"a responsabilidade é corolário do regime republicano"*.

Introduzindo o tema nos presentes termos, e como decorrência lógica da base principiológica apresentada, é de se concluir que a Administração Pública estará sempre sujeita a controle. Mais precisamente: o controle abrangerá todos os órgãos de quaisquer dos Poderes estatais – inclusive o Legislativo e o Judiciário –, no desempenho específico da atividade administrativa, independentemente de ser exercida como função típica ou mesmo atípica.

Em regra o controle da Administração Pública é encargo eminentemente estatal. É de se reconhecer, por outro lado, que num regime democrático haverá espaço garantido para manifestação, também, de controle popular. Para tanto, o ordenamento jurídico fornecerá os respectivos instrumentos. Na Carta de 1988 destacam-se os seguintes meios de controle social: a ação popular (art. 5º, LXXIII); a possibilidade de denúncia de irregulares ou ilegalidades perante os Tribunais de Contas (art. 74, § 2º) e, ainda, a participação ativa dos usuários dos serviços públicos na Administração Pública direta ou indireta. Neste último caso o controle se materializa através do administrado, seja apresentando reclamações sobre a qualidade dos serviços, tendo acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, ou, mesmo, representando contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na Pública Administração (art. 37, § 3º, I a III).

Averba a professora **Maria Sylvia Zanella di Pietro**[6] que, o controle da Administração Pública *"constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função precisamente pela sua finalidade corretiva".* Logo, tal controle não será passível de renúncia, nem poderá ser retardado, sob pena de responsabilidade do agente omisso.

Na linha dos ensinamentos da douta publicista, é de se concluir que o controle da Administração Pública tem como finalidade primeira dar cumprimento ao mandamento constitucional constante do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, através de medidas de fiscalização ou de correção. Fazer com que a função administrativa seja exercida em perfeita sintonia com os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, é o que se pretende com o controle da Pública Administração.

Evidente que o controle não se restringe tão somente à imposição do cumprimento de tais princípios. No entanto, são os mais relevantes e o objeto da

---

4 Idem, p. 38.

5 *Elementos de Direito Constitucional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, p. 184.

6 *Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 2003, p. 599.

presente exposição restringir-se-á ao princípio da legalidade que, em última análise, é para onde convergem todos os outros, já que é expressão direta do protoprincípio (nomenclatura muito utilizada pelo Ministro-poeta **Carlos Britto**) do Estado Democrático de Direito.

A doutrina, ordinariamente, classifica o controle da Administração Pública quanto ao órgão que o exerce (administrativo, legislativo e judicial), e, ainda, em relação ao momento em que ocorre (preventivo, concomitante e sucessivo).

Partindo do próprio texto constitucional, pode-se chegar à outra classificação: controle externo e controle interno.

Estabelece o art. 74 da *Lex Maxima* que *os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão de forma integrada, sistema de controle interno*. O controle interno na administração pública direta decorre do poder de autotutela. Reconhecido há décadas pelo Poder Judiciário, nos termos das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, hoje, quando o exercício da autotutela conduz à restrição de direitos dos administrados, imperioso se torna a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Esse, o controle interno, praticado no interior da Administração Pública direta.

Cabe ao Congresso Nacional, no entanto, o desempenho do controle externo, por assim dizer, de "fora" para "dentro", exercido com o auxilio do Tribunal de Contas da União, nos termos dos arts. 70 e 71 da Lei Maior vigente. É um controle tipicamente financeiro (fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial), quanto à legalidade, legitimidade, economicidade. Vale destacar que o Tribunal de Contas além de fiscalizar, responde consultas, procede ao julgamento de contas e aplica sanções (multas).

As regras constitucionais sobre o controle externo, por força dos arts. 31 e 75 da Constituição Federal, também se aplicam aos Estados-membros e municípios.

Compete, ainda, ao Congresso Nacional o controle político de determinados atos do Poder Executivo, apreciados prévia ou sucessivamente (nomeações; intervenção federal; estado de sítio e estado de defesa; convocação de Ministros; pedidos de informação, etc.). Destaque-se, nesse passo, a importante competência do Congresso Nacional – mas, lamentavelmente, em completo desuso – para *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa* (art. 49, V – CF).

Pela própria essência da tripartição das funções estatais, competirá ao Poder Judiciário o exercício do controle externo da legalidade dos atos da Administração Pública. Além dos meios processuais em geral, previstos no ordenamento jurídico e responsáveis pela operacionalização do princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV – CF), a Carta da República consagra remédios específicos de controle da legalidade da Administração Pública: o Direito de Petição, o *Habeas Corpus*, *o Habeas Data*, o Mandado de Segurança (individual e coletivo), a Ação Popular e a Ação Civil Pública.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o Ministério Público, inegavelmente, passou a ser a instituição que mais foi aquinhoada pelo legislador constituinte de instrumentos, meios e atribuições para o exercício efetivo do controle da Administração Pública.

Tal constatação se obtém quer pela sua organização, quer pelas prerrogativas e funções institucionais identificadas na Lei-Mãe.

Assim, de órgão que gravitava e, mais do que isso, integrava a estrutura de organização do Poder Judiciário ou do Poder Executivo[7], passou a compor o título constitucional *"Da Organização do Poderes"* (Título IV), em seção de capítulo específico (Capítulo IV – Seção I), sem guardar qualquer relação de dependência com os Poderes Estatais classicamente concebidos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Optou o legislador-mor em inscrever o Ministério Público em capítulo especialmente destacado para as agora denominadas *"funções essenciais à justiça".*

Em razão da nova topografia constitucional e do regime jurídico especial, alguns passaram a conferir-lhe o *status* de quarto poder, o que não parece ser a melhor exegese. O Ministério Público foi dotado, todavia, de natureza *sui generis*, de *quase-poder*. Nesse sentido, averbou o Min. Paulo Brossard, em voto proferido[8], quando do exercício do seu excelso labor: *"embora se diga que o Ministério Público não é Poder, falta pouco para sê-lo".*

É forçoso reconhecer que o Ministério Público, como condição necessária para assegurar o desembaraçado exercício de suas nobres funções, recebeu do supremo legislador prerrogativas de Poder, com autonomia funcional, administrativa e financeira (§§ 2º e 3º do art. 127 – CF).

A Carta da República, no seu art. 168, destacou a autonomia financeira do Ministério Público, equiparando-o aos demais Poderes estatais, ao determinar o repasse até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias respectivas, compreendidos, inclusive, os créditos suplementares e especiais.

Impugnação sobre a existência de autonomia financeira do Ministério Público é tema superado, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Apreciando a matéria algumas vezes, assentou a Corte Suprema que, de fato, o Ministério Público dispõe de autonomia financeira e os atos normativos infraconstitucionais explicitaram o que já estava implicitamente consignado na Carta da República.

---

[7] Na Constituição de 1934 o Ministério Público foi incluído no capítulo *Dos órgãos de cooperação das atividades governamentais* (arts. 95 a 98); na Constituição de 1937, junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 99); na Constituição de 1946 (arts. 125 a 128), em título próprio, atribuindo ao Ministério Público Federal (MPF) a representação judicial da União; na Constituição de 1967, em seção integrante do capítulo reservado ao Poder Judiciário (arts. 137 a 139) e na Emenda Constitucional nº 01/69, em seção de capítulo destinado à organização do Poder Executivo (arts. 94 a 96).

[8] STF – ADI-MC 514/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01.09.91.

Assim se manifestou o STF[9]:

> *"O reconhecimento da autonomia financeira em favor do Ministério Público, estabelecido em sede de legislação infraconstitucional, não parece traduzir situação configuradora de ilegitimidade constitucional, na medida em que se revela uma das dimensões da própria autonomia institucional do Parquet".*

Reconheceu o Excelso Pretório, no mesmo julgado[10], bem antes da alteração do atual § 2º, do art. 127, da Lei Maior[11], que a autonomia financeira do Ministério Público dizia respeito também à iniciativa de lei para fixação dos vencimentos e da política remuneratória de seus servidores.

A Corte, em outro julgado, decidiu (MS-AgR-QO 21.291/DF, 12.04.91):

> *"A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitrária do orçamento - ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados -, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições. Essa prerrogativa de ordem jurídico-institucional, criada, de modo inovador, pela Constituição de 1988, pertence, exclusivamente, aos órgãos estatais para os quais foi deferida"* (Sem o grifo no original).

Ademais, *atentar contra o livre exercício do Ministério Público,* é crime de responsabilidade do Presidente da República, consoante comando inserto no inciso II, do art. 85, da Carta Fundamental.

No exercício de parcela do Poder Estatal, o Poder Judiciário e o Ministério Público são instituições co-irmãs. A primeira, responsável pela administração da Justiça; a segunda, essencial à função jurisdicional do Estado.

Nesse toar, a Constituição-cidadã determinou que as regras constitucionais definidoras do regime jurídico da magistratura (art. 93) fossem aplicadas, no que couber, ao Ministério Público (art. 129, § 4º). Os requisitos constitucionais para ingresso na carreira estão equiparados (art. 93, I e § 3º do art. 129 – CF: concurso público de provas e títulos; participação da OAB na sua realização; exigência ao bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observância, nas nomeações, da ordem de classificação). Demonstrando a irmandade dos agentes

---

9 ADI-MC 514/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01.09.91.

10 Reconhecendo também a autonomia financeira do MP os seguintes acórdãos: ADI 63/AL – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 13.10.93; ADI 126/RO – Rel. Min. Octavio Gallotti – j. em 29.08.91; ADI 153/MG – Rel. Min. Néri da Silveira – j. em 30.03.95 e ADI-MC 1.757/ES – Rel. Mon. Ilmar Galvão – j. em 19.02.98.

11 A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, modificou o original dispositivo (§ 2º do art. 127), incluindo as seguintes expressões: *"política remuneratória"* e *"planos de carreira"*.

políticos das duas carreiras – magistrados e membros do Ministério Público – a Constituição Federal assegurou-lhes quase idênticas garantias e vedações.

O Ministério Público não *"está hierarquizado a qualquer outro órgão ou Poder"*[12]. Como afirmou o eminente Min. Celso de Mello, tratando da instituição em exame, *"o princípio da independência funcional reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vinculo qualquer de subordinação hierárquico-administrativa"*[13]. Não sem razão José Frederico Marques[14] afirmava, há muitos anos, que não cabe ao magistrado [nem muito menos aos Chefes do Poder Executivo] dar ordens ao Ministério Público, no plano disciplinar e da jurisdição censória. Invocando, mais uma vez, o Min. Celso de Mello, é de se concluir que *"o Ministério Público não é órgão ancilar do governo".*

A função ministerial atende ao Estado Democrático de Direito e somente a ele deve atenção.

A Carta da República[15] definiu o Ministério Público como uma *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

Por ser uma *instituição permanente*, o Ministério Público, ao agir, manifesta a *soberania* do Estado. Pelo seu grau de importância e definição constitucional, como registra Hugo Nigro Mazzilli[16], o Ministério Público tornou-se *cláusula pétrea implícita*:

> *"Ao afirmar seu caráter permanente, o poder constituinte originário vetou, implicitamente, que o poder constituinte derivado suprimisse ou deformasse a instituição ministerial, pois, caso contrário, haveria forma indireta de burlar o princípio".*

Averbe-se, nessa linha, a lúcida conclusão expressa na tese[17] apresentada por Gregório Assagra de Almeida, quando afirma que *"se o Ministério é defensor do regime democrático e, se a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, Instituição constitucional fundamental do Estado de Direito.* Portanto, integrante do núcleo intangível da Constituição Federal.

Com tais atributos, os membros do Ministério Público migraram da histórica e subserviente condição de *procuradores do rei,* passando por uma posição intermediária de *procuradores do Estado,* para enfim atingirem o patamar de

---

12 Hely Lopes Meirelles *in Estudos e Pareceres de Direito Público*, RT, vol. VIII.

13 Voto proferido no HC 67.759-2/ RJ.

14 *A Reforma do Poder Judiciário*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 175.

15 Art. 127 – CF.

16 *Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 142. No mesmo sentido Emerson Garcia, *op. cit.*, p. 41.

17 Tese aprovada no VII Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, realizado em Tiradentes (MG), nos dias 21 a 23 de março de 2007.

procuradores da sociedade[18], verdadeiros *promotores de justiça*, almejados pela sociedade, órfã que se encontrava de agentes públicos independentes do assédio dos poderosos. Hoje, a Lei Maior veda, expressamente, a representação judicial das entidades públicas pelo Ministério Público (art. 129, IX).

Assim aparelhado, encontrou o Ministério Público arejado espaço para exercer as suas funções.

Em período anterior à promulgação da Carta de 88, o direito infraconstitucional já colocava à disposição do Ministério Público, um importante instrumento de controle da Administração: a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

É sabido, no entanto, que antes da criação da Ação Civil Pública, o órgão ministerial já exercia um relevante papel no processamento do Mandado de Segurança, como também na Ação Popular, apesar de não dispor de legitimidade ativa *ad causam*, em regra, visando provocar a tutela judicial para a realização do controle da Administração Pública, através de tais ações.

No Mandado de Segurança, desde há muito reconhecido pela doutrina, o Ministério Público é oficiante necessário - sob pena de nulidade do processo - como *parte pública autônoma*, com o relevante mister de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo[19].

Na Ação Popular sua intervenção será mais efetiva ainda. A lei que regula a ação popular, de 1965, exige a participação do Ministério Público. O seu não chamamento à ação traz ao processo um vício insanável[20].

Promulgada a Carta-Cidadã – e elevado o Ministério Público ao patamar de *guardião do regime democrático* – com muito mais sentido a sua intervenção no processo da ação popular, porquanto se constitui em instrumento de controle de atos administrativos concretos, desde que lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Singular, é a posição processual do órgão ministerial no processo da Ação Popular. Deverá participar como *órgão interveniente*, exercendo a função de *parte pública autônoma*[21].

Conforme ensinamento de **José Afonso da Silva**[22], as atividades ou funções do Ministério Público no processo da Ação Popular podem ser classificadas em

---

18 Nesse sentido, ver as lições de Raulino Jacó Brüning, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1989, pp. 68/69.

19 Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*, São Paulo: RT, 13 ed., p.38.

20 Consoante registro da nota 2ª, ao art. 6º da Lei de Ação Popular no *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor* de **Theotônio Negrão**, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1035, "anula-se o processo desde o momento em que deixou de ser intimado o MP (RJTJESP 114/188)".

21 **Hely Lopes Meirelles**, *ob. cit.*, p. 98, leciona que "o Ministério Público tem posição singular na ação popular: é parte pública autônoma".

22 *Ob. cit.*, pp. 199/200.

obrigatórias e *facultativas*. Em relação às atividades *obrigatórias*, a Lei de regência (Lei nº 4.717/65) atribui ao Ministério Público deveres; no que pertine às *facultativas***,** consagra direitos, faculdades.

Ingressa o Ministério Público no processo da ação popular logo na fase inicial. Ao despachar a exordial, o magistrado ordenará, além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público (art. 7º, I, "a" da Lei nº 4.717/65). Com tal ato processual o *parquet* tomará conhecimento da ação e terá o dever constitucional e legal de agir, na qualidade de *custos legis* (defensor da ordem jurídica) e, notadamente, como *curador do patrimônio público e social*, verificando a regularidade do processo e, se for o caso, argüindo eventuais falhas detectadas.

Pela dicção do § 4º do art. 6º da Lei nº 4.717/65 é *dever* do Ministério Público acompanhar todas as fases do processo, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem.

Desincumbindo-se da primeira função, deverá, ainda, providenciar para que as requisições determinadas pela autoridade judiciária sejam atendidas no prazo consignado.

Outro aspecto importante é a condição que poderá ser assumida pelo membro do Ministério Público: sucessor do autor popular. Logo, se o autor desistir da ação ou não promover o seu adequado andamento por desídia, serão publicados editais, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público promover o prosseguimento da ação (art. 9º, da Lei nº 4.717/65)[23]. A hipótese diz respeito à faculdade e não dever.

Evidentemente que, sem embargo da vedação constante da parte final do art. 6º, § 4º, da Lei da Ação Popular, onde preceituou o legislador ordinário que é defeso ao Ministério Público assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores**,** isso não quer dizer que não possa se manifestar, quando do seu parecer final, pela improcedência da ação.

Por fim, duas observações:

1ª) Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação suscetíveis de recurso, poderão recorrer qualquer cidadão e o Ministério Público (art. 19, § 2º - Lei nº 4.717/65); e

[23] Eis o texto expresso da Lei: "Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição de instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação".

2ª) Caberá, ainda, ao Ministério Público promover a *execução da sentença condenatória*, caso o autor popular assim não proceda no prazo de 60 (sessenta) dias da publicação da sentença de segunda instância (art. 16 – Lei nº 4.717/65).

Resumindo, é de se reconhecer, na linha da jurisprudência[24] que o *parquet*, na Ação Popular, tem funções múltiplas: *fiscal da lei*; *parte principal* (promoção da responsabilidade civil ou penal quando for o caso); e *substituto do autor* ou *seu sucessor.*

Ao lado dos já tradicionais instrumentos de controle de atos da Administração Pública, como o Mandado de Segurança e a Ação Popular –, em 1985, veio a lume a Lei nº 7.347, valioso instrumento de defesa da sociedade.

No entanto, só com a promulgação da Constituição vigente é que o legislador constituinte ampliou o campo de utilização da Ação Civil Pública para a proteção também do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Registrou ainda a Carta Constitucional que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II).

Apesar de tal meio processual ser colocado à disposição das pessoas políticas estatais (União, Estado-membro e Município), a Ação Civil Pública passou a ser utilizada – ordinariamente – em face dessas pessoas.

No ano de 1992, em sintonia com o preceito constitucional gravado no § 4º do art. 37, é promulgada a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429), imprescindível instrumento de combate à corrupção (enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação dos princípios constitucionais de observância obrigatória por parte da Administração Pública).

Em 1993, com o advento da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), restou consignado, na esteira do indigitado disciplinamento constitucional, que caberia ao Ministério Público Estadual a promoção da Ação Civil Pública para a 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 de que participem (art. 25, IV, *b*).

Como se percebe, apesar de outras entidades – públicas ou privadas – possuírem legitimidade ativa para a propositura da Ação Civil Pública, a independência do Ministério Público e os instrumentos constitucionais que lhe foram outorgados (inquérito Civil, poder de notificação, requisição de informações, de exames periciais e de documentos, inquirição de testemunhas, requisição para condução coercitiva), como reconhece, com acuidade, **Maria Sylvia Zanella de**

[24] Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Cível 20010150053118APC DF, decisão em 27.05.2002, DJU de 21.08.2002.

Pietro[25], fazem dele o órgão mais bem estruturado e mais apto para exercer o controle da Administração Pública.

No entanto, ao longo desses vinte anos, o exercício do controle da Administração Pública, como atesta em valioso trabalho monográfico[26] o brilhante membro do Ministério Público Federal, **Paulo Gustavo Guedes Fontes**, ensejou variados questionamentos jurídicos - particularmente de ordem processual - quer pela doutrina, quer pela jurisprudência.

As questões suscitadas diziam respeito ao preenchimento das condições da ação, particularmente quanto à legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido.

Um primeiro questionamento se relacionava à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas, visando tutelar interesses individuais homogêneos, como, por exemplo, o direito de usuários de serviços públicos em face da majoração abusiva de tarifas públicas.

Sabe-se, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (CDC)[27], que direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum. Não possuem, como os qualificados como coletivos *stricto sensu* ou mesmo os denomidados difusos, natureza indivisível.

Na verdade, são direitos que podem ser perfeitamente individualizados, apesar de a lei (CDC) autorizar a defesa coletiva.

Considerando a peculiaridade do interesse e a sua origem legal (CDC), entendiam, inicialmente, parte da doutrina e a jurisprudência, particularmente pelo fato de a Constituição somente se referir a "interesses coletivos ou difusos" (art. 129, III), que não dispunha o Ministério Público de *legitimatio ad causam* para a defesa de interesses individuais homogêneos. Agregava-se, ainda, outro argumento importante: a atuação do órgão ministerial na condição de órgão agente, somente estaria autorizada diante da indisponibilidade do interesse. Caso disponível, vedada estaria a atuação ministerial.

Após intensos e calorosos debates, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público dispõe de legitimidade ativa para a defesa de *interesse individual homogêneo,* porque espécie do gênero *interesse coletivo.* Condicionou, no entanto, a Egrégia Corte[28], o reconhecimento da legitimidade do *parquet* à comprovação da *relevância social* do interesse que se busca tutelar, em sintonia com disposto no art. 127 da Carta Constitucional.

Em matéria tributária, diversamente, o STJ[29] e o STF[30] lhe negaram a legitimidade. Não se pode olvidar, que há uma expressa vedação legal para o

---

25 *Op. cit.*, p. 599.

26 *O controle da Administração pelo Ministério Público*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

27 Lei nº 8.078, de 11.09.90, art. 81, Parágrafo único, III.

28 STF - RE-AgR-ED 470.135/MT, d. em 25.05.2007. Neste julgado o STF decidiu que "o Ministério Público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuai homogêneos dotados de alto relevo social"

29 STJ - AgRG no Ag 862.623/DF, d. em 18.03.2008; EREsp665.773/DF, d. em 26.0.2008 e REsp 799.841/RS, d. em 18.10.2007

manejo da Ação Civil Pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados (Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, introduzido pela Med. Prov. 2.180-35, de 24.08.2001).

Ponto objeto de profundas discussões em torno da utilização da Ação Civil Pública (ACP) é o que se relaciona à possibilidade de ser nela suscitado controle incidental de constitucionalidade. Considerando que a decisão final na ACP opera efeitos *erga omnes*, defendeu-se que a sua utilização significaria usurpação de competência originária do STF. A mais alta Corte de Justiça brasileira assentou, enfim, o entendimento de ser a Ação Civil Pública instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestado em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio (RCL 1733 - DJU de 01.12.2000).

Outro tema recorrente, particularmente no primeiro decênio de promulgação da Constituição de 1988, objeto de importante divergência doutrinária e jurisprudencial, foi a legitimidade do Ministério Público para a defesa do patrimônio público, mediante Ação Civil Pública, apesar da clareza das disposições constitucionais e legais.

Com o tempo, consolidou-se o entendimento no Superior Tribunal de Justiça[31] e no próprio Supremo Tribunal Federal[32] que a defesa do erário constituir-se-ia em autêntico interesse difuso e, portanto, assegurada a legitimidade do Ministério Público, por agir como substituto processual de toda a coletividade.

Nesse toar, passou-se a admitir a legitimidade do órgão ministerial em ação civil pública quando questionasse atos ou contratos administrativos, o que tem se revelado uma prática muito comum.

Como se percebe, importantes avanços podem ser destacados na atuação vintenária do Ministério Público no Brasil.

Problemas existem na utilização do meio processual em exame quando o espaço de atuação é reconhecido como reservado à ação discricionária do Administrador. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública na verificação de conveniência e oportunidade de realização de determinados atos administrativos, como por exemplo a construção de uma praça ou uma de avenida.

Mesmo que em tese as pessoas políticas estatais possam vir a ser condenadas em obrigação de fazer, de fato, há um espaço reservado unicamente à

---

30 STF - RE-AgR 248.191/SP, d. em 01.10.2002 e RE 206.781/MS, d. em 06.02.2001.

31 STJ - REsp 675.458/RJ, d. em 20.11.2007 e REsp 695.214/RJ, d. em 14.08.2007. Em 10 de agosto de 2006, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula nº 329, com o seguinte verbete: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civl pública em defesa do patrimônio público".

32 STF - AI-AgR 642.034/SP, d. em 20.11.2007; RE-AgR 262.134/MA, d. em 12.12.2006; AI-AgR 495.632/SP, d. em 23.05.2006 e RE-AgR 459.138/PR - 01.04.2008.

ação dos agentes do Poder Executivo, não sendo lícito ao Juiz tomar decisões substituindo-se ao Administrador.

Evidente que tal discricionariedade pode ser reduzida diante do caso concreto. Há casos em que se revela imprescindível a atuação judicial (reforma de uma escola que ameace os alunos - com risco de desabamento, *v. g.*). No entanto, mesmo em tais situações, com imposição de obrigações materiais aos entes estatais, há dificuldades (princípio da separação do poderes, reserva do possível, previsão orçamentária, etc.).

Existem julgados, contudo (inclusive da Suprema Corte), reconhecendo a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, relativizando a chamada cláusula de reserva do possível, quando diante de direitos prestacionais sociais, de índole constitucional, como direito à creche, pré-escola, ao ensino fundamental, etc.

É um campo ainda não suficientemente explorado e creio que, no futuro, poderá, de igual forma, ser objeto de mais ações ministeriais. O limite é a própria Constituição; são os direitos garantidos na própria Constituição, integrantes do chamado mínimo existencial devido a todos.

No julgamento do RE-AgR 410.715/SP, reconheceu o Excelso Pretório que *embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional".*

Muitos passos foram e serão dados, particularmente diante das omissões estatais.

Mesmo reconhecendo alguns poucos excessos praticados por membros isolados do Ministério Público e operações sensacionalistas realizadas individualmente, a instituição cresceu sobremaneira e soube concretizar as nobres missões constitucionais que lhes foram confiadas, particularmente na área de controle da legalidade dos atos da Administração Pública.

Os avanços, como visto, foram substanciais no campo judicial.

No entanto, há um importante campo de atuação ministerial que apesar de utilizado deverá ser melhor desenvolvido: a atividade extrajudicial.

O Ministério Público brasileiro pós-88, particularmente na defesa dos interesses difusos e coletivos, foi erigido à condição de um verdadeiro *ombudsman.*

O *ombudsman* deve desempenhar relevante papel político no relacionamento com os poderes estatais, Legislativo e Executivo, influenciando, inclusive, na formulação de políticas públicas.

A legislação vigente oferece importantes instrumentos de natureza não-jurisdicional que devem ser mais eficientemente manejados pelos membros do Ministério Público.

No uso de tais atribuições o MP expedirá recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

Cabe-lhe, ainda, sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor.

Buscando evitar a judicialização de conflitos e uma mais célere solução de problemas sociais, a Lei nº 7.347/85 consagrou valioso instrumento de resolução de conflitos na esfera extrajudicial. Eis o texto do dispositivo (§ 6º do art. 5º): *"Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo".*

Os TACs (Termo de Ajustamento de Conduta) vêm sendo lavrados em todo o Brasil. Incontáveis demandas judiciais foram evitadas e – o que melhor – críticos problemas resolvidos num curtíssimo espaço de tempo.

Os membros do Ministério Público, no exercício de suas atribuições institucionais, na condição de o*mbudsman*, de defensor da sociedade, de guardião dos interesses difusos e coletivos, podem e devem viabilizar uma interlocução com os Poderes estatais para encurtar espaços na solução de problemas e inclusive para evitar que ocorram com mais regularidade.

Cito uma experiência do Ministério Público de Sergipe, de quem tenho a honra de participar.

Não se desconhece que é dever do Poder Público garantir o ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos (art. 208, I - CF). A Carta Constitucional preceitua que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo (§ 2º do art. 208). Diz mais: o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa em responsabilidade da autoridade competente (§ 3º do art. 208 - CF).

Regularmente, e já há alguns anos, o Ministério Público de Sergipe, em parceria com setores da Administração Pública estadual e municipal, realiza o chamado *Censo Educacional,* nos bairros e cidades, objetivando detectar a situação de crianças e adolescentes sem acesso aos direitos fundamentais (documentos, escola, etc.). Tal iniciativa tem como fundamento o disposto no § 3º do art. 208 da Constituição Federal (Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental...).

Em uma dessas típicas atividades extrajudiciais restou comprovado que em um determinado Bairro da cidade de Aracaju, extremamente carente, onde muitos

viviam do lixo, havia centenas e centenas de crianças sem escola e quase nenhum equipamento público. O bairro era conhecido como Terra Dura.

Diante do descaso da Administração Pública com o sofrido povo daquele bairro, o MP poderia ter ajuizado diversas ações civis públicas em face do Estado e Município, bem como ações de improbidade administrativa.

Preferiu, no entanto, agir de forma diversa, fazendo uso dos instrumentos que a Constituição e as leis colocaram à disposição da instituição, no exercício de sua atividade extrajudicial. O Ministério Público, com a sua autoridade e prerrogativas constitucionais, liderou esse processo e envolveu não somente setores governamentais politicamente rivais (federal, estadual e municipal), mas também a iniciativa privada, celebrando Termos de Ajustamento de Conduta, visando a solução dos problemas que afligiam o desassistido bairro

E qual o resultado obtido ?

Hoje se encontra erguida e em pleno funcionamento a maior escola pública de Aracaju, com 3.200 alunos, e localizada exatamente naquele bairro, denominado agora de Santa Maria. Dispõe, inclusive, de um moderno laboratório de informática e parque esportivo. A escola foi batizada com o "Vitória de Santa Maria". É administrada por um conselho gestor, com a participação do Ministério Público.

Foram celebrados TAC's, de igual forma, para, no mesmo complexo, serem construídos um fórum e uma delegacia de polícia.

Caso se optasse, sem nenhum tentativa extrajudicial, pelo ajuizamento imediato de ações, em quanto tempo seriam julgadas ? Haveria alguma garantia de êxito, considerando questionamentos sobre controle judicial de políticas públicas, reserva do possível, discricionariedade administrativa, possibilidades orçamentárias, etc.?

Evidente que as atribuições extrajudiciais dos membros do Ministério Público demandam uma forte estrutura de apoio administrativo, estrutura esta que, particularmente em relação ao Ministério Público estadual, ainda não existe como desejado.

Mais tudo é um processo. Já dizia **Heráclito** que ninguém entra duas vezes nas águas do mesmo rio.

Assim é o Ministério Público. Vejo, como extremamente positiva, a sua evolução nesses vinte anos. A sociedade apreendeu a admirá-lo e a depositar confiança, por vezes, como seu último refúgio. Os excessos detectados são pontuais.

É uma instituição, cujos valorosos membros, tendo como norte e limites de atuação a Constituição Federal e as leis, exercem o relevante papel de agentes de transformação da sociedade.

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O Ministério Público na Constituição de 1988: Avaliação sobre o seu Papel no Controle da Legalidade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 29, janeiro/fevereiro/março de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-29-JANEIRO-2012-CARLOS-AUGUSTO-MACHADO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: