

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGITIMIDADE CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A FAZENDA PÚBLICA PARA PROPOR O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM DECORRÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

*Antônio Marinho da Rocha Neto**

1 INTRODUÇÃO

A legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública de ressarcimento por ato de improbidade administrativa tem, no ordenamento jurídico pátrio, matizes constitucionais e infraconstitucionais.

O fundamento constitucional para tal prerrogativa se encontra no art. 37, § 4º, da nossa Carta Maior, o qual dispõe:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

E mais à frente o legislador constituinte, ao tratar da instituição do Ministério Público, estabeleceu no art.127 de nossa Carta Maior:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

* Assistente Ministerial com atuação junto ao Centro de Apoio às Promotorias de Defesa do Patrimônio Público e Combate à Sonegação Fiscal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Aluno do Curso de Especialização em Direito Constitucional pela UNIDERP -ANHANGUERA. Advogado licenciado junto à OAB/RN.

Como se vê, a Constituição delegou ao Ministério Público a nobre tarefa da defesa do Patrimônio Público, a qual a instituição ministerial exerce em legitimação extraordinária, já que age em nome próprio em defesa dos interesses da coletividade.

Para melhor compreendermos o âmbito de tal atuação por parte do Ministério Público, cabe aqui expor o conceito de Patrimônio Público dado pelo doutrinador e Membro do Ministério Público de Minas Gerais Fernando Rodrigues Martins (MARTINS, 2007, p.21-22) :

Dessa forma, pode-se conceituar, nesta breve introdução, que patrimônio público é o conjunto de bens, dinheiro, valores, direitos (inclusive morais) e créditos pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta ou indireta e fundacional, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados à sua proteção e defesa. Tais elementos, mesmo sob a posse de particular, nunca perderão a qualidade de domínio público dada sua origem: o ente público.

Do conceito acima colacionado, pode-se inferir que a noção de “patrimônio público” absorve a de erário, já que o primeiro é composto não somente pelo patrimônio moral da Administração Pública, mas também pelo seu patrimônio material - constituído dos bens, dinheiros, valores, etc.

Se o ressarcimento se destina precipuamente à recomposição da parcela do erário desfalcada pelo administrador ímprobo, é natural que o papel de defesa do patrimônio público conferido ao Ministério Público pela Constituição Federal abranja também o direito de requerer a aplicação da medida ressarcitória perante o Judiciário quando for necessário.

Foi com vista à instrumentalização da proteção do Patrimônio Público que o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 8.429/92, intitulada perante a comunidade jurídica de Lei de Improbidade Administrativa.

E dispõe a referida lei:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Como bem se vê, a redação do art.17, da Lei nº 8.429/92 atribui a legitimidade tanto à Fazenda Pública como ao Ministério Público para promover a ação civil de improbidade administrativa, incluindo-se aí a ação para pleitear o ressarcimento do dano causado pelo ato ímprobo.

Essa legitimidade é conferida por lei à Fazenda Pública em virtude do fato de que, em tese, a Fazenda Pública lesada seria a principal interessada em obter judicialmente a recomposição do seu patrimônio uma vez tendo sido o mesmo dilapidado por meio da prática do ato de improbidade administrativa.

Dessa maneira, foi facultada às procuradorias que representam judicialmente tais entidades a possibilidade de, na qualidade de defensoras do tesouro público, ingressar judicialmente para reaver do agente público ímprobo o montante de recursos públicos que o mesmo desfalcou dos cofres públicos.

Assim é que questionamos no presente artigo: diante da legitimidade da própria Fazenda Pública para buscar judicialmente a recomposição do Erário, o Ministério Público poderia pleitear tal medida independentemente da iniciativa do ente fazendário ou sua legitimidade para propor tal ação seria apenas subsidiária em relação àquela detida pelos próprios entes da Administração Pública?

2 DA INEXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PLEITEAR A MEDIDA DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

A resposta ao questionamento formulado na introdução deste trabalho, ao nosso ver, há de passar obrigatoriamente pela interpretação sistemática da redação do art.17 da Lei de Improbidade Administrativa combinado com o disposto nos arts. 127 e 129 de nossa Constituição Federal – todos já transcritos acima.

E tal passeio hermenêutico não leva a outra conclusão senão a de que o legislador, tanto em sede constitucional como ordinária, não limitou a atuação do Ministério Público na defesa do Patrimônio Público. Ao contrário, valorizou o papel da Instituição Ministerial, atribuindo-lhe, como o fez em relação à própria pessoa de direito público lesada pelo ato ímprobo, a legitimidade para a propositura da

respectiva ação civil de responsabilização por ato de improbidade administrativa bem como a respectiva ação de ressarcimento.

Deveras, não se pode falar em legitimidade subsidiária do Ministério Público para pleitear o ressarcimento na ação de improbidade administrativa. A legitimidade do Ministério Público, não somente na tutela do Patrimônio Público, mas também na tutela processual coletiva em geral, é concorrente e disjuntiva.

É concorrente, porque não é unicamente conferida ao *Parquet*, podendo outros legitimados ingressar com a respectiva ação coletiva. No caso da ação de improbidade administrativa, podem propô-la tanto o Ministério Público, como a pessoa jurídica de direito público interessada.

É disjuntiva porque, embora a legitimidade tenha sido atribuída a mais de um legitimado coletivo, um legitimado não necessita do ingresso do outro para pleitear em juízo. Nesse sistema, cada co-legitimado goza de autonomia para propor a respectiva ação coletiva, havendo posição do Superior Tribunal de Justiça¹ nesse sentido.

No caso da ação de ressarcimento por ato de improbidade administrativa, em razão da legitimidade coletiva disjuntiva que possui, pode o Ministério Público pleitear o ressarcimento ao Erário, independentemente do ingresso em juízo da Fazenda Pública interessada para fazê-lo.

Ressalte-se que a atribuição de tal prerrogativa ao *parquet* em nada causa prejuízo à Fazenda Pública, principalmente tendo em mente a previsão legal de que o Ente público interessado na ação é citado para escolher em que pólo processual deseja figurar na lide.

Assim é que não se pode, pois, tolher a prerrogativa conferida constitucionalmente ao Ministério Público para tutelar o patrimônio público - na qual se inclui indubitavelmente a missão de pleitear ressarcimento dos danos ao erário - condicionando-a ao ingresso em juízo da Fazenda Pública.

Nesse sentido doutrinam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (NERY JR, 2009, p.1210):

A legitimidade do MP decorre da CF 129, III, não podendo a lei infraconstitucional modificá-la. O MP pode ajuizar qualquer tipo de

¹ STJ. REsp 1012158/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 17/06/2009

ação na defesa do patrimônio público e social e não apenas a de reparação de dano. A pessoa jurídica de direito público interessada também tem legitimidade para a propositura da ação de indenização.

Cabe ressaltar que, de fato, o § 2º do susomencionado art.17, da Lei nº 8.429/92, prescreve que a Fazenda Pública afetada poderá propor ações complementares de ressarcimento. Entretanto, não se pode interpretar tal dispositivo como uma atribuição de legitimidade exclusiva do Poder Público para formular tal pleito ao Judiciário.

Em verdade, tal norma atua de modo a conferir uma faculdade à Fazenda Pública para ajuizar a respectiva ação de ressarcimento, caso a ação de improbidade respectiva não tenha sido suficiente para ressarcir os danos ocasionados pelo ato ímprobo que a ocasionou.

Nesse sentido, leiam-se as lições de Luís Otávio de Cerqueira (GAJARDONI et al., 2010, p.78-79) comentando o aludido §2º, do art.17, da Lei nº 8.429/92:

A reparação dos danos causados pela prática de atos de improbidade não se limita à ação civil de improbidade administrativa, não qual (sic) se busca precipuamente a imposição de penalidades aos ímprobos, já que nos termos do § 2º do art. 17 da LIA a Fazenda Pública poderá ajuizar ações autônomas para obtenção do pleno ressarcimento dos danos decorrentes, o que também é possível em razão do regime de imprescritibilidade das ações indenizatórias. Mesmo após o trânsito em julgado de uma determinada ação civil de improbidade, identificada a ocorrência de outros danos, a pretensão poderá ser reduzida em nova ação pela pessoa jurídica de direito público interessada. Daí a importância da sua atuação como litisconsorte do autor da ação civil de improbidade, em observância ao disposto no § 3º do art.6º da Lei 4.717/65.

Logo, percebemos que, quando se trata da proteção do Patrimônio Público, o legislador optou por um sistema concorrente de legitimação, proporcionando a otimização de sua defesa em juízo e, conseqüentemente, o resguardo condizente ao seu *status* de direito coletivo difuso que ostentam os recursos da coletividade.

3 INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DAS PROCURADORIAS PÚBLICAS POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NECESSIDADE DE SE VELAR PELO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO

Cabe aqui, não obstante tudo o que já foi exposto, rechaçar a tese de que a legitimidade do Ministério Público para propor a respectiva ação de ressarcimento implicaria usurpação das atribuições das procuradorias da pessoa jurídica de direito público afetada, já que supostamente o ressarcimento pleiteado não se configuraria como interesse público primário (objeto de tutela do Ministério Público).

Com efeito, a doutrina tem distinguido a existência de interesse público primário e secundário, cabendo ao Ministério Público a tutela de ambos. Nesse sentido, cabe transcrever as lições de Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, 2005, p. 47):

Ao tomar decisões na suposta defesa do interesse público, nem sempre os governantes fazem o melhor para a coletividade: políticas econômicas e sociais ruinosas, guerras, desastres fiscais, decisões equivocadas, malbarateamento dos recursos públicos e outras tantas ações daninhas não raro contrapõem governantes e governados, Estado e indivíduos.

Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno distinguir interesse público primário (o bem geral) do interesse secundário (o modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público); com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade.

O interesse público primário é o interesse social (o interesse da sociedade ou interesse da coletividade como um todo)

Seguindo essa mesma linha de pensamento, cabe ao Ministério Público, na condição de representante constitucional dos interesses da coletividade defender apenas o interesse público primário, ficando a defesa do interesse público secundário a cargo das procuradorias judiciais das Fazendas Públicas respectivas.

A Constituição Federal, em seu art.129, inciso III, veda a defesa do interesse público secundário pelo Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Nessa esteira doutrina Marcelo Abelha Rodrigues (RODRIGUES, 2009, p.369-370) :

Destarte, igualmente, a CF/88 (art.129, § 1º, III) prevê que o parquet tem legitimidade para a propositura de demandas que visem a tutela do patrimônio público, meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Essa legitimidade não lhe é exclusiva, podendo a lei estendê-la a outros legitimados. Assim o fizeram a Lei 7.347/85 (recepcionada pela CF/88) e o art.82 do CDC. Aplica-se o art.127 e 129, § 1º, da CF/88 para legitimar a atuação do parquet defesa dos direitos difusos e coletivos. Tratando-se de interesse público secundário, pertencente à pessoa jurídica interessada, é vedada a representação judicial do Ministério Público por expressa previsão do art.129, IX, da própria Constituição Federal.

Contudo, a tese de que ação civil pública de ressarcimento em razão de ato improbidade administrativa versaria sobre interesse secundário, segundo a qual o Ministério Público estaria carente de legitimidade para intentá-la não merece guarida em nosso ordenamento jurídico.

Isso porque o ressarcimento ora discutido não consubstancia somente interesse público secundário, possuindo também a faceta de interesse primário, à medida em que são os verdadeiros “bolsos da coletividade” que estão a ser tutelados pelo Ministério Público.

Nessa linha de pensamento, cabe transcrever interessante excerto de obra escrita por Fredie Didier Jr. E Hermes Zanetti Jr. (DIDIER JR., 2008, p.358 - 359):

Na verdade a característica de ser sua função institucional, através da ação civil pública e do inquérito civil, a proteção do patrimônio público e social e sua incumbência constitucional a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais suplantam, com vantagem, a aparente contradição. Quando atua na tutela do patrimônio público o MP está agindo em defesa do interesse público primário: o 'bolso' do cidadão contribuinte, interesse do povo e não do Estado. De outra sorte, atua geralmente contra os interesses imediatos das entidades públicas, quase sempre para conformar as suas práticas aos ditames da lei e da Constituição.

E arrematam os autores :

Ora, a afirmação de que não se trata de defesa de direitos coletivos lato sensu deve ser mais bem verificada. Para além da dimensão difusa da defesa do patrimônio, frisamos: bolso do cidadão, que apresenta aspectos até mesmo transgeracionais, uma vez que a defesa desses direitos assegura às gerações futuras um Estado mais hígido, o patrimônio público e social foi expressamente reconhecido em lei e na Constituição como direito coletivo lato sensu. Aliás, existe

uma contradição entre a afirmação de que é caso de ação popular, não de ACP, e ao mesmo tempo, de que não se trata de direitos difusos. Ora, sabidamente a ação popular tutela direitos difusos, é nossa seminal ação coletiva.

Além do mais ressalte-se que nem sempre a tutela do interesse público primário coincide com a do secundário, vez que em diversas ocasiões, seja por motivos políticos, econômicos ou de outra índole, os entes estatais não agem de forma atender ao interesse da coletividade.

Ao contrário, muitas vezes movidos pelos interesses privados de seus dirigentes, a Administração acaba agindo de forma contrária ao interesse geral, lesando o patrimônio público e, em consequência, a coletividade.

Por tais razões, a tutela de tal interesse deve ser salvaguardada por um legitimado coletivo que, em tese, esteja isento de pressões externas, detendo autonomia para que se preserve não somente o patrimônio das gerações presentes, como também o das gerações futuras.

Essa também é a opinião sustentada por Rogério Pacheco (GARCIA, 2010, p.800):

Por outro lado, não se pode perder de vista que nem sempre haverá coincidência entre os interesses públicos primários e secundários, surgindo daí a imperiosa necessidade de intervenção do Ministério Público: 'Se alguém está agindo contrariamente ao erário compete ao Procurador, que defende a Fazenda respectiva, fazer a defesa da pessoa jurídica de Direito Público. E quando é a própria Fazenda Pública que comete atos contrários ao Erário? Quer dizer, é o próprio prefeito que comete atos de improbidade administrativa? Será que o Procurador do Estado, o Procurador do Município, o Advogado da União ou o Procurador da Fazenda Nacional moverão ações contra os seus 'patrões', contra seus 'chefes'? Como se dá a defesa do erário contra o governante? Na minha opinião, a razão pela qual a Lei de Improbidade legitimou o Ministério Público para a defesa do erário tenha sido esta'.

No caso, trata-se de aplicação do *Princípio da adequada representação* de que tratam Fredie Didier Jr. E Hermes Zannetti Jr (DIDIER JR, 2008, p.138):

Este princípio está intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, ao princípio do devido processo legal coletivo (abaixo) bem como ao da efetividade da tutela coletiva. Nessa perspectiva, procura fazer com que a classe/grupo/categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, por um legitimado ativo ou passivo

que efetivamente exerça o direito coletivo em sua plenitude e guie o processo com boa técnica e probidade.

O aludido princípio atua em nosso ordenamento de forma a garantir o postulado da indisponibilidade dos interesses coletivos, assegurando que os mesmos sejam representados em juízo por um legitimado que se encontre em plenas condições de dispensá-los a melhor defesa possível.

Nessa esteira, cabe aqui apenas fazer o registro de que a tese encampada neste artigo vem sendo a posição acalentada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual vem, reiteradamente, afirmou a legitimidade do Ministério Público para ingressar com a ação de ressarcimento decorrente de ato de improbidade administrativa²:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC E DE PREQUESTIONAMENTO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROTEÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Não está o Julgador obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se às razões por elas expostas, tampouco a refutar um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão" (EDcl no RMS 18.110/AL).
2. "Não configura omissão o simples fato de o julgador não se manifestar sobre todos os argumentos levantados pela parte, uma vez que está obrigado apenas a resolver a questão que lhe foi submetida com base no seu livre convencimento (art. 131, CPC)" (EDcl nos EDcl no REsp 637.836/DF).
3. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" (Súmula 282/STF).
4. "O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento" (Súmula 356/STF).
5. O Ministério Público possui legitimidade para tutela dos interesses de natureza primária, "protegendo o patrimônio público, com a cobrança do devido ressarcimento dos prejuízos causados ao erário (...), o que configura função institucional/típica do ente ministerial, a despeito de tratar-se de legitimação extraordinária" (REsp 749.988/SP).
6. Não há negar a configuração da natureza pública do interesse público a ensejar a atuação ministerial diante, inclusive, da própria finalidade de atendimento de interesse da sociedade na realização

² AgRg no Ag 1233517/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 24/02/2011. No mesmo sentido REsp 1187297/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010.

das obras do "Sistema Viário Águas Espraiadas".

7. "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público" (Súmula 329/STJ).

8. Agravo regimental não provido.

Como se pode notar do entendimento do STJ, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação visando ao ressarcimento do Erário decorre das suas próprias finalidades institucionais traçadas pela Constituição Federal - mais especificamente a defesa do Patrimônio Público -, não sendo condizente com a atual ordem jurídica atribuir à Fazenda Pública o monopólio do manejo de tal medida judicial.

4 CONCLUSÃO

Após uma análise cuidadosa combinando o texto de nossa Constituição Federal com o texto da Lei de Improbidade Administrativa, chegamos à conclusão de que a legitimidade do Ministério Público para propor a ação de ressarcimento por ato de improbidade administrativa independe de qualquer atuação da Fazenda Pública interessada.

Percebemos, outrossim, que a legitimidade conferida ao Ministério Público em nada usurpa ou esvazia a atribuição das procuradorias dos entes públicos na defesa do Erário, já que a legitimidade do *Parquet* seria concorrente e disjuntiva, podendo atuar independentemente da postura adotada pela Fazenda Pública lesada.

Com efeito, a legitimidade do Ministério Público para a propositura dessa modalidade de ação judicial, decorre do próprio modelo institucional traçado pelo legislador constituinte de 1988, o qual atribuiu ao Órgão Ministerial a função de tutelar o patrimônio público, bem como os interesses atinentes à coletividade.

Olhando o problema proposto sob o prisma do *Princípio da adequada representação*, verificamos que o exercício de tal prerrogativa pelo Ministério Público atende ao zelo do legislador na preservação da indisponibilidade do interesse público à medida em que confere à um sistema de legitimação concorrente capaz de assegurar a sua adequada representação em juízo.

Por todas essas razões, conclui-se também pela necessidade de ser conferida tal prerrogativa ao Representante Ministerial, uma vez que quando

ingressa com a aludida demanda ressarcitória, age na condição de defensor do interesse público primário, cumprindo com independência e autonomia o papel de curador dos interesses coletivos que lhe foi conferido pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR, Fredie; ZANNETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil vol. 4: Processo Coletivo*. 3ª ed. Salvador : Juspodvm, 2008.

GAJARDONI et al., Fernando da Fonseca, *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. *Improbidade Administrativa. Improbidade Administrativa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle de Patrimônio Público*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria; *Constituição comentada e legislação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública in: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. (org). 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2009.