

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARA -
ESMEC UNIVERSIDADE DO VALE DO ACARAÚ - UVA**

**ANALISE CONSTITUCIONAL ACERCA DA LEGITIMIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR A AÇÃO DE EXECUÇÃO DE
ACÓRDÃO EMANADO DO TRIBUNAL DE CONTAS**

FRANCISCO MARCELLO ALVES NOBRE

Fortaleza - CE

Março, 2008

FRANCISCO MARCELLO ALVES NOBRE

**ANALISE CONSTITUCIONAL ACERCA DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO
PÚBLICO PARA PROPOR A AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO EMANADO
DO TRIBUNAL DE CONTAS**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito, sob a orientação da Professora e Mestre SÉrgia Maria Mendonça Miranda.

Fortaleza- CE

Fevereiro, 2008

FRANCISCO MARCELLO ALVES NOBRE

**ANALISE CONSTITUCIONAL ACERCA DA LEGITIMIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR A AÇÃO DE EXECUÇÃO
DE ACÓRDÃO EMANADO DO TRIBUNAL DE CONTAS**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mestra, Sérgia Maria Mendonça Miranda

Prof. Edson Ponte Bandeira de Melo

Prof. Flavio José Moreira Gonçalves

DATA DA APROVAÇÃO:18/03/2008

À minha esposa, Mônica,
Às minhas filhas, Laura e Sophia,
Aos meus pais, Eliani e Nourival.
Às minhas tias, Darcila, Darci, Floriza e Elizabete.
E a todos os meus demais familiares.
Com muito amor e admiração

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me inspirado ao longo deste trabalho.
A Prof. e Mestre Sérgia Maria Mendonça Miranda, pela valiosa e substancial orientação. A todos os professores do Curso de Especialização, em especial aos mestres ilustres, que compuseram a Banca Examinadora do presente trabalho monográfico. A todos que, de alguma forma, me incentivaram e apoiaram na concretização dessa etapa acad mica..

Conhecereis a Verdade e a Verdade vos libertará.
(João 8:32)

RESUMO

A corrupção atualmente vivenciada em nosso País tema de inúmeras reportagens jornalísticas, cada vez mais divulgadas na imprensa televisiva e escritas, ao lado da nova feição constitucional do Ministério Público, que alterou substancialmente suas atribuições, traz à baila a necessidade de uma profunda reflexão mecanismos existentes para a reparação do dano ao a real função do órgão ministerial. Sob essa perspectiva, a natureza jurídica das decisões emanadas dos Tribunais de Contas, órgão também derivado da Carta Política, bem assim levantou a problemática de quem tem o poder/dever de executá-las. Propondo-se a desenvolver uma análise mais acurada do tema, o presente estudo versa sobre três órgãos constitucionais que estão envoltos a problemática noticiada, o já mencionado Ministério Público e Tribunais de Contas, bem assim a Advocacia Pública. Ao longo deste trabalho reportamo-nos a diferença entre interesse público primário e interesse público secundário, o posicionamento doutrinário e jurisprudência! Acerca da atuação do *Parquet* quanto a estes, especialmente na defesa do patrimônio público, distinguindo-se as hipóteses de ação de conhecimento e de execução, explicitando as funções da advocacia pública como substituto constitucional do Ministério Público bem assim discorrendo acerca da legitimidade ativa ad causa para a ação executiva decorrente de decisão do Tribunal de Contas que impute responsabilidade patrimonial, ponto focal desse trabalho, comentando a constitucionalidade de dispositivo de Constituição Estadual ou mesmo lei federal ou estadual que imponha ao *Parquet* a atribuição para a execução de acórdão da Corte de Contas, sem olvidar de tecer comentários sobre a ação de improbidade administrativa e seus efeitos, especialmente quanto ao ressarcimento ao erário público.

Palavras - Chave: Ministério Público. Tribunal de Contas. Advocacia Pública. Acórdão. Execução e Legitimidade.

ABSTRACT

The current corruption experienced nowadays in our Country, subject of innumerable report news, increasingly shown by the television press and writing, next the new constitutional prosecutors face, that substantially changed its attributions, and brings up the deep thought needing on the existing mechanisms to repair the damage to the public purse and the real function of the ministerial body. Under this perspective, we highlight the legal nature of the decisions issued by the Courts of Auditors, also derived institution from the politics letter, this way raises the issue of who is in charge/duty to implement them. Proposing to develop a more accurate analysis of the topic, the present study is concerned about the three constitutional organs that are enveloped with the problems reported, the previously mentioned prosecutors and courts of auditors, as well as the General-Lawyers. Throughout this paper we report the difference between primary public interest and secondary public interest, the doctrinal and jurisprudential position on the role of *Parquet* on these, especially in the defense of public assets, distinguishing the hypothesis of action of knowledge and implementation, explaining the functions of public advocacy as a constitutional substitute from the prosecutors, as well as talking about the active legitimacy *ad causam* for the executive action due the decision of the Court of Auditors to delegate assets liability, main point of this paper, commenting the constitutionality of a State Constitution device or even a Federal or State law that imposes the *Parquet* the attribution for the execution of then judgment of the Court of Auditors, without forgetting to make comments about the action of improbability administrative and its effects, especially the compensation to the public purse.

Keywords: Prosecutors. Court of Auditors. Public Advocacy. Acórdão. Execution e Legitimacy.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	09
1 BREVES NOTAS ACERCA DO TRIBUNAL DE CONTAS, MINISTÉRIO PÚBLICO E ADVOCACIA PÚBLICA, SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	
1.1 Tribunal de Contas.....	12
1.2 Ministério Público.....	16
1.3 Advocacia Pública.....	17
2. NOÇÕES SOBRE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	
2.1 Considerações sobre Antinomia Jurídica	19
2.2 Princípio da Unidade Constitucional	20
3. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO	
3.1 Distinção entre Interesse Público Primário e Secundário	21
3.2. A Natureza Jurídica do Interesse Público puramente Patrimonial .."	22
4. A ANTINOMIA ENTRE OS INCISOS III E IX DO ARTIGO 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	24
5. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÓNIO PÚBLICO	
5.1 Noções gerais sobre Ação Civil Pública	27
5.2 Noções Gerais sobre Improbidade Administrativa	28
6. DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A AÇÃO EXECUTIVA DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS	30
7. CONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÕES EM CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E EM LEIS INFRACONSTITUCIONAIS, DA LEGITIMIDADE DE ÓRGÃOS PARA A EXECUÇÃO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	
7.1 Do Ministério Público Comum (Estadual ou Federal)	35
7.2 Do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas	36
7.3 Do Tribunal de Contas	37
8. ASPECTOS CRÍTICOS: O Papel do Ministério Público em face da Inércia da Advocacia Pública.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41
ANEXO ÚNICO: Modelo de sentença.....	42

INTRODUÇÃO

Sem pretensão de fechar entendimento sobre o tema, passamos a desenvolver estudo com enfoque limitado à seara do Direito Constitucional, acerca dos órgãos do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Advocacia Pública, visando a solução de uma problemática específica que se apresenta, qual seja, a legitimidade ativa *ad causam* para a execução de decisões emanadas das Cortes de Contas que atribuam responsabilidade patrimonial.

O tema se encontra em evidência, particularmente, devido à incessante corrupção existente em nosso País e a busca de formas para ressarcimento ao Erário Público.

Percebemos, na prática, que o Ministério Público não vem agindo de maneira uniforme quanto ao ingresso das ações executivas em decorrência de acórdãos dos Tribunais de Contas, evidenciando uma controvérsia prática e jurisprudencial sobre o assunto.

Também percebemos que, em determinadas ações, na qual se discutem valores elevados, órgãos ministeriais alegam não haver interesse na participação do *Parquet*, por estar em jogo apenas o interesse público secundário, qual seja meramente patrimonial, entretantes, em pequenas imputações de multas pelos Tribunais de Contas, por exemplo, entende-se legitimado para propor as ações executivas, na defesa do patrimônio público.

O fato é que, com a nova ordem constitucional, houve uma mudança nas atribuições do Ministério Público, sendo certo que a defesa do ente público cabe, na verdade, a advocacia pública.

Vislumbramos, destarte, a necessidade de distinguir à atuação do Ministério Público da atuação da advocacia pública, o interesse primário do secundário, sem olvidar que, constitucionalmente, cabe àquele órgão a defesa do patrimônio público, mas essa atribuição encontra limites na própria Carta Política, algumas expressas, outras implícitas.

Nesse diapasão, após a abordagem dos aspectos ligados aos órgãos constitucionais outrora mencionados, diga-se novamente, somente à luz do Direito Constitucional, discorreremos sobre a diferença evidenciada entre o interesse público primário e o interesse público secundário, ação civil pública de conhecimento e ação de execução, a fim de concluir se, na ordem constitucional vigente, o Ministério Público possui legitimidade ativa *ad causam*, ou não, para promover esta última, na defesa do patrimônio público, quando decorrente de decisão da Corte de Contas que impute responsabilidade patrimonial.

Na mesma linha, também faremos um estudo, *in abstracto*, acerca da constitucionalidade de dispositivos que atribuam legitimidade ao Ministério Público, em Constituições Estaduais e em Leis Federais e Estaduais, para propor a ação executiva.

Por fim, serão expostos os aspectos críticos acerca do tema, especialmente quanto ao papel do Ministério Público em face da inércia da Advocacia Pública na execução de acórdãos emanados dos Tribunais de Contas.

1. BREVES NOTAS ACERCA DO TRIBUNAL DE CONTAS, MINISTÉRIO PÚBLICO E ADVOCACIA PÚBLICA, SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

A fim de trazer uma noção geral sobre os órgãos envolvidos na problemática que se pretende discutir, realizar-se-á um breve estudo, exclusivamente sob a ótica constitucional, acerca das funções precípua de cada um dos entes referidos, com ênfase na repercussão necessária ao deslinde do tema apresentado.

1.1 Tribunal de Contas

Com a Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União teve a sua jurisdição e competência substancialmente ampliadas, sendo o órgão responsável pelo auxílio, ao Congresso Nacional, do exercício do controle externo de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, bem assim da fiscalização da aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

No exercício do seu mister, ao Tribunal de Contas da União compete uma gama de atribuições esparsas no ordenamento jurídico vigente, encontrando-se elas tanto na própria Constituição Federal, como na legislação infraconstitucional.

SEBASTIÃO LUÍS VIEIRA MACHADO ¹preconiza que:

Diante do abrangente leque de atribuições conferidas aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal, vale mencionar, resumidamente as que consideram básicas, é elas:

- Parecer anual sobre as contas do Governo estadual e Prefeituras.
- Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios, art. 71, VI.
- Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos, art. 71, VIII a XI.
- Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades, art. 74, § 2º.

¹ Publicada no Jurís Síntese nº 49 – SET/OUT de 2004

- Fixar os coeficientes dos fundos de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e às prefeituras, art.161, parágrafo único.
- “Apreciar representações apresentadas por licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica acerca de irregularidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos, Lei n°. 8.666/93.

O Tribunal de Contas da União é integrado por nove Ministros, tendo sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional.

Consoante previsão do artigo 75 e parágrafo único, as normas estabelecidas na Carta Política aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas, dos Municípios, sendo que as Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Oportuno frisar que o Tribunal de Contas é de criação obrigatória pelos Estados. Nesse sentido, as lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA², que se seguem:

A Constituição não prevê, diretamente, a criação de Tribunais de Contas nos Estados. FÁ-lo indiretamente, nos arts. 31 e 75. Neste caso, sem deixar dúvidas quanto à obrigatoriedade de instituição de tribunal de Contas pelos Estados para auxiliar o controle externo da administração direta e indireta estadual que é da competência da respectiva Assembléia Legislativa, já estatuiu que cada Constituição do Estado disporá sobre o respectivo Tribunal de Contas, que será integrado de sete Conselheiros. Uniformiza tudo. Não importa que um Estado tenha trinta milhões de habitantes e uma administração muito complexa e outro tenha apenas trezentos mil habitantes com a administração mais simples. São sete os membros, e acabou. Não são até sete. São sete, mesmo que o Estado ache muito.

Quanto à criação de Tribunais, Conselhos ou Órgãos de Contas Municipais, restou expressamente vedado pela Constituição Federal, em seu artigo 31, §4º, sendo que os até então existentes podem funcionar normalmente no auxílio das Câmaras Municipais, conforme decorrer do §1º do já mencionado dispositivo. O fato é que, onde existir Tribunal de Contas, estes terão como uma das suas principais atribuições o auxílio ao Poder Legislativo, com poder de decisão, inclusive para imputar débitos e multas.

Aqui merece ser ressaltado, por interessar ao nosso trabalho, a natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas que imputem débitos ou multas. A propósito, A Constituição Federal é de clareza suficiente para tal desiderato, no que pese controvérsia, mas

² DA SILVA, José Afonso, pág. 733

de índole puramente doutrinária, existente sobre o tema, sendo a jurisprudência pacífica no caminho do texto legal.

Contextualizando, vejamos a previsão do artigo 71, §4º, da Constituição Federal, verbis: “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.

Portanto, conforme decorre do próprio texto constitucional evidencia-se a natureza jurídica de título executivo das decisões dos Tribunais de Contas que imputem responsabilidade patrimonial.

Obtemperem-se que não desconhecemos certo entendimento doutrinário, e até jurisprudência!, que sustenta que o artigo 71, §4º, da Constituição Federal aplica-se somente as decisões dos Tribunais de Contas da União, ao argumento de que o *caput* do mencionado dispositivo se refere somente a este, sendo, ademais, exaustivo o rol de títulos executivos em nosso ordenamento jurídico e, ainda, mesmo que haja previsão em Constituição Estadual ou lei estadual esta seria inconstitucional, haja vista que, nos termos do artigo 22, inciso I, da Carta da República compete, exclusivamente, a União legislar sobre processo civil.

Nesse sentido, vejamos trecho do artigo intitulado “A DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL NÃO É TÍTULO EXECUTIVO - NA EXECUÇÃO CABE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE”, de autoria dos advogados IVAN BARBOSA RIGOLIN, SANDRA KRIEGER GONÇALVES e GINA COPOLA³, que se segue:

Voltando-se a Tribunais de Contas, ninguém desconhece que o art. 71, § 3º, da Constituição Federal, rezam que as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União "de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo".

Tal disposição, porém, é norma de escopo ou âmbito única e exclusivamente federal, e, dessa forma, aplicável privativamente ao âmbito da União Federal, e com isso não pode ser aplicada, por força de qualquer paralelismo, similitude, simetria ou analogia às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas dos Estados, pois que, como visto e como é certo há longas décadas em nosso direito, nem tudo que entes e órgãos federais podem fazer também os equivalentes estaduais o podem.

No mesmo sentido já caminhou a jurisprudência, vejamos:

EMENTA: ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - PREFEITO MUNICIPAL - IRREGULARIDADES - DANOS AO ERÁRIO MUNICIPAL - DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS - INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO

³ A DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL NÃO É TÍTULO EXECUTIVO – NA EXECUÇÃO CABE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE”, de autoria dos advogados IVAN BARBOSA RIGOLIN, SANDRA KRIEGER GONÇALVES e GINA COPOLA, (Publicada no Juris Síntese nº 63 – JAN/FEV de 2007)

EXTRAJUDICIAL - RESSARCIMENTO - PROCESSO DE CONHECIMENTO - A decisão proferida em processo administrativo pelo Tribunal de Contas, para apurar irregularidades praticadas pelo chefe do Executivo Municipal, não tem força de título executivo extrajudicial para o ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao erário municipal. O processo de conhecimento, com a devida apuração dos danos eventualmente causados, é a via adequada para se determinar a restituição. Dá-se provimento à apelação para cassar a sentença recorrida e determinar o prosseguimento do feito. (TJMG, Apelação Cível n° 000.258.861-4/00, 3ª Câmara Cível. Rei. Dês. Kildare Carvalho, J. 24.10.2002, publicado em 22.11.2002).

No entanto, temos que ter mente que a Constituição não deve ter seus artigos interpretados unilateralmente e sim como um todo.

Nessa linha, importante reproduzir as disposições do *caput* do artigo 75 da Carta Magna, veja:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Destarte, em uma interpretação conjunta dos artigos 71, §4º e 75, ambos da Constituição Federal, resta evidente a natureza jurídica de título executivo das decisões dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, eis que essa é, por força da sistemática constitucional, decorrência inafastável do poder de fiscalização dos Tribunais de Contas.

E não se olvide que os Tribunais de Contas dos Estados são de criação obrigatória, como antes propositalmente já mencionado, bem assim que os Tribunais de Contas de Municípios, já existentes na época da promulgação da Constituição Federal, também encontram respaldo nesta.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já assentou que as normas constitucionais referentes aos Tribunais de Contas são de reprodução obrigatória pelas Constituições Estaduais, *v.g.*, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 849/MT.

Dessa forma, repitam-se, as decisões dos Tribunais de Contas da União, dos Estados ou de Municípios, de que resulte imputação de débito ou multa, terão eficácia de título executivo.

1.2 Ministério Público

Nos termos do artigo 127 da Constituição Federal, 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.

Suas funções institucionais encontram-se elencadas no artigo 129 da Carta Política, *verbis*:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- 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;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- 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.

Merece ser ressaltado, quanto ao Ministério Público, que tem ele atribuição para promover a ação civil pública na defesa do patrimônio público.

Disso, não se distancia a jurisprudência pátria, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - DANO AO ERÁRIO - LICITAÇÃO - LEIS N. 7.347/85 E 8.625/93 - PRECEDENTES
 - 1. “O art. 1º”, inciso IV. Da Lei n. 7.347/85, recepcionado pela Carta Magna de 1988, estabelece que se regem pela Lei da Ação Civil Pública, sem prejuízo da ação popular, as ações que visam resguardar a integridade do patrimônio público atingido por contratos celebrados sem licitação, não importando se a ação civil pública foi proposta em data anterior à vigência da Lei n. 8.625/93. 2. O STJ pacificou o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 ampliou o campo de atuação do Ministério Público, conferindo-lhe legitimidade para propor ação civil pública visando proteger o patrimônio público e social. 3. Recurso Especial conhecido e provido para. Reconhecendo-se a legitimidade do Ministério Público estadual para propor ação civil pública, determinar que o Tribunal de origem proceda ao processamento e julgamento do feito. (STJ - RESP 199800378227 - (174967 MG) - 2ª T. - Rei. Min. João Otávio de Noronha - DJU 20.06.2005 - p. 00178) - negrito proposita.

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - DANO AO ERÁRIO - 1. O artigo 129 da Constituição Federal estabeleceu que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor

ação civil pública com o objetivo de ser resguardado o patrimônio público. Tal dispositivo constitucional ainda o legitima para a proteção de outros interesses difusos e coletivos, entre os quais se inclui, ante o interesse difuso na sua preservação, a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. 2. A ação civil pública é o meio adequado para o ressarcimento de danos ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. 3. Recurso Especial provido. (STJ - RESP 200200330113 - (422729 SP) - 2ª T. - Rei. Min. Castro Mcira - DJU 30.05.2005 - p. 00273) - destaque nosso.

Evidencia-se, pois, que o Ministério Público tem atribuições para a defesa do patrimônio público, inclusive visando o ressarcimento do erário.

Destaque-se, nesse sentido, a edição pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula n. 329, publicada em 10 de agosto de 2006, com o seguinte teor: O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

Ressalte-se, ainda, quanto ao Ministério Público, que aos seus membros é vedada a representação judicial de entidades públicas, nos exatos termos do artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal.

Do exposto surge o *punctum dolens* do presente estudo, pois ao mesmo tempo em que o Ministério público tem atribuições para a defesa do patrimônio público, inclusive visando o ressarcimento do erário, ele não poderia, segundo o texto constitucional, representar judicialmente as entidades públicas.

1.3 Advocacia Pública

Preceitua o artigo 131 da Carta Magna, que a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou, através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Decorre do texto constitucional, dessa forma, que o ente público é representado pela advocacia pública, a quem cabe a promoção da defesa de seus interesses.

Necessário registrar, dessa forma, a inovação trazida pela atual ordem jurídica, haja vista que, no regime anterior, a competência para a advocacia pública federal ficava a cargo do Ministério Público, atribuição hoje expressamente vedada, conforme antes mencionado, ao passo que tal função passou para a Advocacia Geral da União.

Nessa linha, reportamo-nos ao mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴, que assim escreveu:

A Constituição desfez o binômio que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República no exercício da advocacia da União. Agora o Ministério Público da União com seus Ministérios Públicos especiais só cumpre as funções típicas da instituição. Não são mais advogados da União. As funções de advocacia pública da União foram, outorgadas a uma nova instituição que a Constituição denominou de Advocacia-Geral da União...

Em suma, o ente público, no novo ordenamento jurídico, não é representado pelo Ministério Público e, sim, pela Advocacia Pública, diga-se, Advocacia-Geral da União, em nível federal, Procuradoria-Geral do Estado, na esfera estadual, e Procuradoria-Geral do Município, no plano municipal.

⁴ DA SILVA, José Afonso, pág. 586

2 NOÇÕES SOBRE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

2.1 Considerações sobre Antinomia Jurídica

De um modo geral podemos mencionar a existência de antinomias jurídicas próprias e impróprias.

A antinomia jurídica própria evidencia-se pela exteriorização de conflitos no campo da validade, podendo ocorrer entre regras, entre princípios e entre regras e princípios, distinguindo-se em conflitos de 1º e 2º graus.

Nessa seara, resolvem-se os conflitos decorrentes da antinomia própria pela aplicação de alguns critérios, a serem explicitados na seqüência.

Os critérios para resolução dos conflitos de 1º grau são o da especialidade, o hierárquico e o cronológico.

O critério da especialidade vem positivado no artigo 2º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual normas especiais e normas gerais não se revogam, prevalecendo esta.

Pelo critério hierárquico, decorrente do próprio sistema legislativo pátrio, a norma superior revoga a norma inferior. Ressalte-se, no ponto, entendimento atual do Supremo Tribunal Federal no sentido de que Lei Complementar não é superior a Lei Ordinária, apenas se distinguem pela matéria a ser tratada, logo, esta pode revogar aquela, desde que a matéria tratada não exija quorum especial de aprovação.

Por fim, temos o critério cronológico, previsto no artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior.

Ocorre conflito de 2º grau quando a antinomia se dá entre os critérios antes referidos, resolvendo-se pela prevalência de um sobre os outros.

Nessa esteira, nos conflitos entre o critério hierárquico e o critério cronológico prevalece aquele; entre o critério cronológico e o critério da especialidade, prevalece esse; e entre o critério hierárquico e o critério da especialidade prevalece, de regra, aquele, mas há de ser aferido no caso concreto.

A antinomia jurídica imprópria evidencia-se no campo da importância ou peso. só podendo ocorrer entre princípios, verificável somente na análise de um caso concreto.

Nessa linha, o intérprete da Constituição, ao se deparar com uma colisão entre princípios constitucionais, deve se pautar pelo critério da ponderação, ou seja, no

sopesamento de princípios diante de um caso concreto e pelo princípio da concordância prática, consistente na redução proporcional do âmbito de aplicação de cada princípio, sendo esse derivado do princípio da unidade da Constituição.

2.2 O Princípio da Unidade Constitucional

Os dispositivos constitucionais não podem ser interpretados isoladamente, sob pena de perderem o sentido, ou até mesmo exteriorizarem menos ou mais do que realmente significam.

O princípio da unidade constitucional possui a finalidade de determinar uma interdependência das normas constitucionais, de forma que sua justificação se encontre nos valores mais gerais, considerando a constituição como um todo geral, harmonizando os pontos aparentes de tensão entre as normas.

KONRAD HESSE⁵ assim obtempera:

A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que as contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas.

Para CANOTILHO⁶, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar confrontos entre as suas normas, as chamadas antinomias. A Constituição deve ser interpretada na sua globalidade, procurando o intérprete harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais. Cada norma constitucional não é considerada isolada ou dispersa, mas como um preceito integrado num sistema interno unitário de normas e princípios.

Não podemos, dessarte, considerar as normas constitucionais de forma isolada, mas devemos interpretá-las como preceitos integradores de um sistema de normas e princípios, buscando a unidade constitucional.

⁵ HIESSE apud AMARAL, op. Cit., p. AMARAL, Rafael Caiado. Peter Haberle e a hermenêutica constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 119.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998. P. 1.096-1.097.

3 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

3.1 Distinção entre Interesse Público Primário e Secundário

Segundo afirma CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁷, essa distinção de interesse público entre primário e secundário vem da doutrina italiana.

A distinção entre interesse público primário e secundário foi feita com perfeição pelo doutrinador RENATO ALESSI, citado por HUGO NIGRO MAZZILLI⁸, em sua obra "A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS EM JUÍZO":

Afirma o mencionado mestre:

A perquirição do conteúdo do interesse público leva-nos à distinção que fez Renato Alessi, para quem o conceito abrangente da expressão interesse público alcança não só o interesse público primário (o interesse do bem geral), como o interesse público secundário (ou seja, o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público). Nem sempre, porém, um e outro são uma e só mesma coisa.

Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da administração, possa não coincidir com o efetivo interesse da comunidade. Seria, entretanto, mera presunção ou ficção supor devesse esta coincidência sempre ocorrer. Com efeito, quando a administração se decide a construir uma hidrelétrica e inunda milhares de alqueires de florestas ou de terras produtivas, quando se põe a construir uma usina atômica ou um aeroporto num terreno que a seu ver seria mais propício, ou, em casos mais extremos, quando o governante coloca um país em guerra — nem sempre essa decisão significará, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governantes que se sucedem alteram decisões, revêem planos e abandonam projetos encetados pelos que os antecederam.

O verdadeiro interesse público primário (o do bem geral) identifica-se com o interesse social, que é o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo.

O interesse público primário é, pois, o interesse da coletividade, que pode ser identificado com o interesse da sociedade, é o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade.

Já o interesse público secundário é aquele do Estado enquanto administração, ou seja, segundo preconiza HUGO NIGRO MAZZILLI⁹, "o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público".

⁷ Renato Alessi, Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, p. 197-8, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, op. Cit., p. 22.

⁸ Hugo Nigro Mazilli

⁹ Hugo Nigro Mazilli, Regime Jurídico do Ministério Público, p. 60

O fato é que não raras vezes o interesse público primário se distancia do interesse público secundário. E somente quando presente o interesse público primário é que surge a possibilidade de atuação do Ministério Público.

Nesse sentido, também, o posicionamento doutrinário encampado por HUGRO DE NIGRO MAZZILLI¹⁰, mais uma vez citando RENATO ALESSI, que se segue:

Entretanto, a expressão mais abrangente ainda é a do interesse público, que, no dizer de Renato Alessi, compreende o interesse público primário e o secundário. Com efeito, não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário), ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público. **Essa distinção evidencia que nem sempre, ao contrário, está a coincidir, respectivamente, o interesse público primário com o secundário. E é pelo primeiro deles que deve sempre zelar realmente o Ministério Público.** E, nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e mesmo com os mais autênticos interesse difusos... (negrito nosso)

3.2 A Natureza Jurídica do Interesse Público meramente Patrimonial

Feitas as considerações sobre a distinção entre interesse público, evidencia-se a necessidade de se comentar a natureza jurídica do interesse público meramente patrimonial, ou seja, o interesse da fazenda pública.

É certo, no ponto, e sem maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que o interesse meramente patrimonial da fazenda pública consubstancia-se em interesse público secundário, eis que este se encontra ligado ao interesse da própria administração como órgão de atuação, e não da coletividade.

A propósito, ressaltamos que somente indiretamente estaria o interesse meramente patrimonial ligado a coletividade, o que não é suficiente para caracterizar o interesse público primário, pois se assim considerarmos, em uma última análise, todos os interesses públicos seriam, também, interesse da coletividade.

No campo jurisprudencial, o tema também se mostra pacífico;

PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTERVENÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RETRO ATI VIDADE. LEI COMPLEMENTAR. TERMO A QUO'. PENSÃO. ÓBITO.
(*omissis*)

2 - Compete ao Juiz julgar a existência do interesse público, que justifica a necessidade de intervenção do MP, prevista no art. 82, III do CPC, o

¹⁰ O Ministério Público na Constituição de 1988, editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 48 Hugo Nigro Mazilli

qual não se confunde com o da Fazenda Pública, 'ul' RÍSTJ 133/345 e STF - RP 25/324.

(*omissis*)

4 - Recurso especial conhecido em parte. (RESP166.762/MG, 6ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 17.08.1998) - **negrito nosso**.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA MOVIDA CONTRA ENTE PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO -DESNECESSIDADE - PRECEDENTES.

1. Não se confunde o interesse patrimonial da Fazenda Pública com o interesse público, capaz de legitimar a intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 82, inciso III, do CPC, ainda que de elevada importância o valor da condenação.

2. Precedentes desta Corte.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RESP 278.770/TO, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 05.05.2003) - **destaque proposital**.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INTERVENÇÃO DO MP. NÃO-OBRIGATORIEDADE. INTERESSE PATRIMONIAL DA FAZENDA QUE, POR SI SÓ, NÃO SE IDENTIFICA COM O "INTERESSE PÚBLICO" A QUE ALUDE O ART. 82 DO CPC. TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. LEI 8.212/91. ART. 13 (REDAÇÃO ORIGINAL). EXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, CUJA VERIFICAÇÃO NÃO PODE PRESCINDIR REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO DA DEMANDA. SÚMULA 7/STJ.

1. A falta de prequestionamento do tema federal impede o conhecimento do recurso especial.

2. Está assentada nesta Corte orientação no sentido de que o interesse patrimonial da Fazenda Pública, por si só, não se identifica com o "interesse público" a que alude o art. 82, III, do CPC, para fins de intervenção do Ministério Público no processo. No presente caso, o interesse se situa no âmbito ordinário da administração pública (ação anulatória de débito fiscal), não sendo obrigatória a intervenção do MP na condição de custos legis.

3. E inviável, finalmente, o conhecimento do apelo quanto ao lema da existência de sistema próprio de previdência social a abrigar os servidores municipais. Isso porque, uma vez estabelecidos, em tese, seus traços essenciais, a verificação de sua configuração no caso concreto não pode prescindir do exame do suporte fático-probatório dos autos, procedimento vedado, na via do recurso especial pela Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 490.726/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.03.2005, DJ 21.03.2005 p. 219) – **negrito proposital**.

Portanto, concluímos o tópico afirmando que o interesse patrimonial da Fazenda Pública, por si só, não se constitui interesse primário, a qual se refere o artigo 82, inciso III, do Pergaminho Processual Civil.

4. A ANTINOMIA ENTRE OS INCISOS III E IX DO ARTIGO 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Vejamos as normas que se encontram em antinomia:

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;

...

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.

...

Como se vê, existe uma antinomia entre as normas antes transcritas, pois ao passo que a Constituição Federal atribui função ao Ministério Público na defesa do patrimônio público, ela assinala que é vedado ao *Parquet* a representação judicial das entidades públicas.

Com efeito, pelas breves notas traçadas acerca do Princípio da Unidade nesse trabalho, extrai-se que a Constituição tem que ser interpretada como um todo, harmonizando as normas aparentemente colidentes.

Nesse diapasão, interpretando os dispositivos constitucionais em antinomia, podemos afirmar que a intervenção do Ministério Público na defesa judicial do patrimônio público somente se evidencia em hipóteses especiais, em que se possa identificar mais que um interesse ordinário, diga-se, patrimonial, da pessoa jurídica de direito público, mas um verdadeiro interesse da sociedade.

Nessa linha de entendimento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, vejamos:

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 de consultor jurídica 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 resolutoria da sua doação a clube recreativo, e hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, alue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela. 4, Recurso Especial a que se nega provimento. (STJ - RESP 200000078166 - (246698 MG) -1ª T. - Rei. Min. Teori Albino Zavascki - DJU 18.04.2005 - p. 00213).

Dessa forma, não é qualquer interesse que vai justificar a atividade ministerial, mas somente aqueles que tenham uma conotação especial, um interesse da própria sociedade.

Vejamos, a propósito, as lições de HUGO NIGRO MAZZILLI ¹¹ sobre o assunto:

Cabe, porém, uma ressalva: na defesa do patrimônio público, o Ministério Público não é nem legitimado ordinário, nem advogado da Fazenda. A Fazenda tem os seus próprios procuradores: estes é que devem defender a Fazenda. O Ministério Público, aliás, está proibido de representar a Fazenda em juízo (art. 129, IX, da Constituição). Mas, se o Ministério Público não pode representar a Fazenda em juízo não estaria aí a vedação constitucional para que pudesse defender a Fazenda?

É preciso interpretar de forma contextual os incisos III e IX do art. 129 da Constituição, para não vislumbrar neles contradições que, de fato, jamais existiram. Enquanto o primeiro comete ao Ministério Público a defesa do patrimônio público e social o segundo lhe veda a representação da Fazenda. Com isso quer a Constituição dizer que o Ministério Público não é nem pode ser colocado pela lei infraconstitucional na posição de advogado, procurador ou representante da Fazenda. Da mesma forma, não é ele legitimado ordinário para essa defesa.

...

O papel do Ministério Público é compatível com a defesa do erário, sim, mas por meio da legitimação extraordinária (daquele que, em nome próprio, defende direito alheio), não 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.

...

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. Se ele é o administrador em exercício, o sistema de legitimação ordinária não vai funcionar: dificilmente o administrador, que nomeou e pode demitir *ad nutum* o chefe da procuradoria da Fazenda, dificilmente deixará que a máquina administrativa se movimente contra ele próprio. Também não funcionará o sistema da legitimação ordinária quando o administrador anterior cometeu o ato de improbidade, e é ele aliado político do atual administrador; também poderá não funcionar em casos de compadrismo político ou conivências ou fraudes conjuntas, entre outros casos.

Sem embargo da respeitável opinião do citado mestre, ousamos discordar em parte, pois, na verdade, a legitimação do Ministério Público encontra-se ligada, efetivamente, a presença do interesse público primário, sendo evidente que, em todos os casos mencionados pelo doutrinador em suas lições, este se encontra presente, pois a busca do ressarcimento ao erário público se dará, como ele próprio afirma, por meio da ação de improbidade administrativa.

¹¹ MAZZILLI, A defesa dos Interesses Difusos em Juízo, p. 191/193

É ilógico, a meu ver, sustentar que o Ministério Público possui legitimidade para uma ação de improbidade administrativa para ressarcimento ao erário contra um ex-gestor público que seja aliado ao atual administrador, mas não o tenha em face de um ex-gestor que seja desafeto do anterior.

Muito mais prejuízo adviria para a sociedade brasileira a interpretação que decorre das palavras antes reproduzidas, pois tolheríamos o Ministério Público de um dos seus principais mister, qual seja, a defesa da probidade administrativa. E não é esse o sentido que decorre do texto constitucional.

O fato é que o interesse público, em ambos os casos, é o mesmo, qual seja, a tutela da probidade administrativa, que legitima o Ministério Público ao ingresso da ação de improbidade e não a simples cobrança patrimonial.

Dito isso, ressaltamos que a legitimidade do Ministério Público não decorre e não poderá decorrer da qualificação da pessoa que deva figurar no pólo passivo, mas da existência de interesse público primário em jogo.

Em resumo, fazendo uma interpretação conjunta entre os dispositivos constitucionais em análise, dentro do princípio da unidade constitucional, a ação do Ministério Público somente se legitima quando houver a presença de interesse público primário, ou seja, da própria sociedade, e não aqueles meramente patrimoniais.

5. MINISTÉRIO PÚBLICO E MEIOS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

A tutela a ser exercida pelo Ministério Público, na defesa do patrimônio público, se dará por meio da ação civil pública, inclusive, se for o caso, por meio da ação de improbidade administrativa.

5.1. Noções Gerais sobre a Ação Civil Pública

Segundo os ensinamentos de HUGO NIGRO MAZZILLI¹², a expressão “Ação Civil Pública” surgiu, pela primeira vez no Brasil, na Lei Complementar 40/81 (a antiga LONMP), tendo-se o Legislador utilizado de tal locução com o escopo de diferenciá-la da ação penal pública, pois, a princípio, a ACP era promovida apenas pelo *Parquet*, como a ação penal pública o é até os dias atuais. Uma se mostrava diferente da outra, em razão do conteúdo, ou seja: conforme o direito pleiteado fosse de natureza civil ou criminal.

Com o advento da lei 7.347/1985, a Ação Civil Pública passou a ser a adequada via processual, sem prejuízo da utilização de outras ações, como a ação popular, para a defesa meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Restou previsto, no mencionado diploma legislativo, outros co-legitimados, quais sejam, a União, os Estados-membros, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista, bem como as associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e com estatutos voltados para a proteção de tais interesses.

O Código de Defesa do Consumidor acrescentou àqueles bens tutelados, a defesa, através de Ação Civil Pública, de quaisquer outros interesses difusos e coletivos, bem como criou um *tertium genus* aos interesses metaindividuais: os direitos individuais homogêneos.

Assim, à guisa de conceituação, trazemos à baila as palavras singelas, mas suficientes, do já citado Dr. HUGO NIGRO MAZZILLI¹³, o qual afirma que “ação civil pública é a ação não penal proposta pelo Ministério Público”.

O objeto da Ação Civil Pública vem especificado na própria lei de regência (lei nº 7.347/1985), estabelecendo em seu artigo 3º que “a ação civil poderá ter por objeto a

¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25/28

¹³ Ob. Cit. Pág. 67

condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, não incluindo, pois, o título executivo extrajudicial dentre os seus objetos.

5.2 Noções sobre improbidade administrativa

Como se diz doutrinariamente, a improbidade administrativa é um desvirtuamento do exercício público, sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência, tendo como fonte à má-fé.

O tema em comento tem suas raízes expostas no texto constitucional, em seu artigo 37, §4º, vejamos:

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.

Sob a égide desse comando constitucional, foi editada a Lei nº 8.429/1992 que, a par de dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos por atos de improbidade administrativa, classificou-os em três categorias distintas: os lesivos ao erário, os que importam enriquecimento ilícito e os que atentam contra os princípios da administração.

Merece registro no singelo estudo sobre o tema que, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritários, nem toda ofensa aos princípios constitucionais pode ser classificado como ato de improbidade administrativa.

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Conseqüentemente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé de quem estiver em exercício público. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade.

Note-se que sequer podemos cogitar a ocorrência de improbidade administrativa culposa, eis que a moderna doutrina só admite essa nos casos em que há prejuízo ao erário público.

Nesse sentido, o comentário do doutrinador Waldo Fazzio Júnior acerca da culpabilidade, vejamos:

A culpabilidade assume duas formas únicas: ‘o dolo’ e a ‘culpa’ (*stricto sensu*). Dolo é a vontade livre e consciente dirigida ao resultado antijurídico ou, pelo menos, aceitando risco de produzi-lo. Culpa é a omissão de atenção, cautela ou diligência normalmente empregados para prever ou evitar o resultado antijurídico. No dolo, ação, (ou omissão) e resultado são referíveis à vontade; na culpa, de regra, somente a ação (ou omissão).

Assim, o dolo não se resume à singela antevisão do resultado, mas envolve o elemento intencional de causação do resultado lesivo ao erário. A culpa significa a vontade direcionada ao lato (por exemplo, dispensar licitação), mas o resultado - lesão ao erário - não é desejado pelo agente. Culpa é a omissão de diligência na observância da norma de conduta administrativa, ou seja, a negligência, do agente, em observá-la, com resultado não querido mas previsível. É o descuido na consideração das conseqüências eventuais do ato. Insista-se: a I, l A só cogita de improbidade administrativa culposa nos caso sem que produz lesão ao tesouro público.

Dito isso, percebe-se que, não raras vezes, as decisões dos Tribunais de Contas que imputam multa não constituem ato de improbidade administrativa, como, v.g., que imputa multa pelo simples atraso na entrega de determinada prestação de contas no Tribunal de Contas, por culpa do gestor público.

A par de ferir o princípio da legalidade, que fixa data própria para a realização de tal fato, o simples atraso na entrega de documento, por culpa do gestor público, *de per si*, não é suficiente para configurar ato de improbidade administrativa, se não evidenciada a má-fé, já que não há improbidade administrativa em ato culposo quando não evidenciado qualquer prejuízo ao erário.

Nessa linha, nem sempre as decisões dos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade patrimonial derivam de prejuízo ao erário, muitas vezes, especialmente quando se trata de multa, determinam um acréscimo patrimonial ao ente público.

6. DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A AÇÃO EXECUTIVA DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Chegamos ao ponto central de nosso trabalho monográfico.

Como antes já registramos, em face da Constituição Federal de 1998, precisamente artigo 129, inciso III, o Ministério Público possui legitimação para a propositura da ação civil pública, na defesa do patrimônio público.

Mas, como vista alhures, não é qualquer interesse singelo da administração pública, apenas aquele qualificado pelo interesse direto da sociedade, o qual podemos classificar como interesse público primário.

Nessa linha de raciocínio, o Ministério Público não possui legitimidade para a propositura de ação que vise, única e exclusivamente, a cobrança de dívidas em favor da Fazenda Pública, posto que tal constitui-se em interesse público secundário.

Mas a afirmativa feita acima não se traduz na singularidade que parece expressar. Torna-se complexa quando indagamos se é possível, nessa esteira, a busca de valores patrimoniais pelo Ministério Público, retirados do ente público por gestor que comete atos de improbidade, já que estes, por óbvio, maculam a probidade administrativa, que se traduz em um dos maiores interesses públicos primários, consoante os termos da Carta Política, especialmente o artigo 37, *caput*, e parágrafo 6º, vejamos:

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.

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

...

Um dos efeitos da ação de improbidade, nos exatos termos do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, é o ressarcimento ao erário público e este pode ser buscado pelo Ministério Público por meio da ação civil pública, especialmente por prática de ato de improbidade administrativa.

Ressalte-se que o ressarcimento ao erário não será o objeto principal da ação de improbidade administrativa, que, na verdade, é a busca pela "proibidade administrativa", esse constituindo-se em interesse público primário. O ressarcimento ao erário, como não poderia deixar de ser, é apenas um dos efeitos da demanda.

Na verdade, o tema está envolto à natureza do título executivo consubstanciado nas decisões dos Tribunais de Contas e a existência de interesse público primário.

Ao Ministério Público cabe a defesa do patrimônio público e, nessa esteira, pode ele movimentar ação civil pública, inclusive de improbidade, para a tutela de tais interesses, haja vista que, como antes já sinalizado, a proibidade administrativa constitui-se em interesse primário.

Em tópico próprio, alhures, chegamos a seguinte conclusão: “fazendo uma interpretação conjunta entre os dispositivos constitucionais em análise, dentro do princípio da unidade constitucional, a ação do Ministério Público somente se legitima quando houver a presença de interesse público primário, ou seja, da própria sociedade, e não aqueles meramente patrimoniais”.

Com efeito, quando se busca a execução exclusiva de pena de multa fixada pelo Tribunal de Contas, não há razões para maiores questionamentos, eis que essa sequer traía-se de um ressarcimento ao erário de prejuízo financeiro ocorrido, mas de sanção pecuniária, sendo o interesse puramente patrimonial, muitas vezes sequer decorrendo de ato de improbidade administrativa, evidenciando-se, pois, a ilegitimidade do Ministério Público para a ação executiva ou de cobrança.

Mas quando a decisão do Tribunal de Contas imputa responsabilidade patrimonial, em decorrência de prejuízo ao erário público, poderíamos cogitar, até com mais razão, da legitimidade do Ministério Público para a ação executiva, eis que buscaria, por ela, o ressarcimento, um dos efeitos, inclusive, da Ação de Improbidade Administrativa.

O ressarcimento ao erário, no que pese decorrer da ação de improbidade administrativa (art. 12 da Lei nº 8.429/1992) não é, por si só, interesse público primário, mas decorre da tutela da proibidade administrativa.

Destarte, tendo a Execução como objeto único a busca do ressarcimento puramente financeiro ao erário, entendemos não haver, quanto a esta, legitimidade do Ministério Público para a tutela pretendida.

Vejamos, a propósito, aresto de jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça que tratou do tema, *verbis*:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TIPICIDADE DE PROCESSO DE CONHECIMENTO. EXECUÇÃO DE DECISÃO DO TCU. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DO PROCESSO AO PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE GRAVAME AOS RECORRENTES.FALTA DE INTERESSE EM RECORRER. 1. Embora a decisão do Tribunal de Contas da União, resultando em imputação de débito e multa tenha eficácia de título executivo, não pode ser executada através da ação civil pública, típica de conhecimento que, julgada procedente, comportaria sua execução posterior. 2. O acórdão impugnado limitou-se a determinar o retorno dos autos à primeira instância para que julgue o mérito da ação incidental de embargos à execução, sem causar gravame aos recorrentes que, por isso, carecem do interesse de recorrer. 3. Recurso especial não conhecido. (Processo REsp 276306 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2000/0090624-7 Relator(a) Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 09/12/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 28.06.2004 p. 218) - negrito proposital.

Mas o tema não é pacífico, tendo decisões em sentido oposto, senão vejamos:

Ação civil pública executiva promovida pelo Ministério Público, com suporte em decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo -Condenação do embargante no ressarcimento aos cofres públicos do valor apurado - Eficácia do título executivo - Artigos 71. §3º, 73 e 75 da Constituição Federal - Legitimidade do Ministério Público para o exercício - Inteligência dos artigos 15 da lei 7.347/85, e artigos 129, III e Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nº (8.625/93) - Sentença de improcedência dos embargos mantida - Recurso do réu embargante desprovido, para o prosseguimento da execução.)Apelação Cível com Revisão nº 243.179-5/7-00. Oswaldo Cruz. Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Desembargador Carlos de Carvalho, julg. 13/03/2007) - negrito proposital.

O fato é que para chegar a uma conclusão é necessário uma interpretação da Constituição Federal à luz do princípio da unidade, haja vista que emerge de seus dispositivos uma antinomia, especificamente dos incisos III e IX de seu artigo 129.

A propósito, na ordem jurídica vigente, cabe ao Supremo Tribunal Federal à análise última dos preceitos constitucionais.

Ou seja, cabe ao Supremo Tribunal Federal a resolução da antinomia entre os já mencionados dispositivos constitucionais, de modo a preservar a aplicação de ambos, em contemporizando-os e delimitando o seu alcance.

No que pese a já mencionada controvérsia, no caso posto em análise, o Excelso Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca dele, em sua composição plenária, cuja ementa restou assim transcrita:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES: IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades

no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam Junto ao órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 223037/SE - SERGIPE RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 02/05/2002 . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 02-08-2002) - destaque nosso.

O julgamento foi proferido pelo pleno do Excelso Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 223037/SE, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em que resumimos o aresto ementário nos seguintes termos: “A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente”.

A propósito, é bom destacar que o julgamento proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal foi por unanimidade de votos, senão vejamos o respectivo acórdão:

Vistos, relatados e discutidos esses autos, acórdão os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do extraordinário, e declarar a inconstitucionalidade do inciso XI, do artigo 68, da Constituição do Estado de Sergipe.

Importante, aliás, transcrever trecho da *ratio decidendi* do mencionado julgamento, que se segue:

16. A própria natureza das atribuições reservadas ao *Parquet* pela Constituição Federal, de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e não mais de órgão representativo ligado ao Poder Executivo, impede que atue em substituição à Fazenda Pública, tanto que aos seus membros é expressamente vedado o exercício da advocacia (CF, artigo 128, II, a), bem como a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas, o que também se aplica aos integrantes do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, por disposição expresso do artigo 130 da Carta da República.

Portanto, como se percebe pela *ratio decidendi*, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Constituição Federal, foi taxativo ao afirmar que a natureza das atribuições reservadas ao *Parquet* impede que atue em substituição à Fazenda Pública.

Imperioso, por oportuno, assentar que cabe à advocacia pública o exercício de múnus de defender o ente público, nos exatos termos dos artigos 129 e 130 da Constituição Federal.

Em conclusão, tendo a execução por objeto único buscado a tutela de interesse puramente patrimonial, evidenciando o interesse público secundário, entendemos que falece ao Ministério Público legitimidade para a propositura de ação executiva lastreada em decisão do Tribunal de Contas que impute responsabilidade patrimonial, sem prejuízo, evidentemente, constituindo a *ratio* da referida decisão ato de improbidade administrativa, de promoção do respectivo inquérito civil e a ação de improbidade administrativa.

7. CONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÕES EM CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E EM LEIS INFRACONSTITUCIONAIS, DA LEGITIMIDADE DE ÓRGÃOS PARA A EXECUÇÃO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

7.1 Do Ministério Público Comum (Estadual ou Federal)

É possível que determinada Constituição ou Lei Estadual preveja a atribuição do Ministério Público para a Ação de Execução de Título emanado do Tribunal de Contas que impute responsabilidade patrimonial.

Perguntamos: essa previsão seria constitucional?

Ao nosso ver, não!

A legitimidade ativa é matéria de cunho processual, cuja competência para a elaboração de projeto legislativo é exclusivo da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Carta da República.

A propósito, vejamos o mencionado dispositivo legal, *verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; ...

Dessa forma, qualquer previsão de legitimidade do Ministério Público para a promoção de ação executiva ou ação de cobrança das decisões que imputam responsabilidade patrimonial de Tribunal de Contas, ofenderia o disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, o que evidenciaria sua inconstitucionalidade, por invasão de competência legislativa, ou seja, inconstitucionalidade formal.

Transcrevemos, aqui, trecho do voto-vista do Ministro Marco Aurélio, acompanhando o voto do relator Maurício Corrêa, no julgamento por unanimidade do pleno do STF, no RE 223037/SE, vejamos:

Assento que condição da ação e tema processual e não procedimental, e que, no caso, padece a Carta do Estado de Sergipe do vício de Inconstitucionalidade sob o ângulo formal.

Perguntaríamos, ainda: e se essa previsão estiver insculpida em legislação federal?

Mesmo assim, é óbvio, a norma legal estaria eivada de inconstitucionalidade, pois, como já assinalado, a própria natureza das atribuições reservadas ao *Parquet* pela Constituição Federal, de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

sociais e individuais indisponíveis, e não mais de órgão representativo ligado ao Poder Executivo, impede que atue em substituição à Fazenda Pública.

Nessa linha, haveria inconstitucionalidade material da norma federal, eis que trataria da matéria de forma contrária aos princípios decorrentes da Carta Política.

Essa inconstitucionalidade material, aliás, também se estenderia às previsões em Constituição Estadual e Leis Estaduais, os quais, dessarte, além da inconstitucionalidade formal, estariam viciados, também, pela inconstitucionalidade material.

7.2 Do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas

De igual forma, seria inconstitucional previsão, em qualquer Diploma Legislativo, que trouxesse previsão de legitimidade do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para a execução das decisões da referida Corte que imputassem responsabilidade patrimonial.

Se a previsão vier em dispositivo de Constituição Estadual ou Lei Estadual o vício será, como já visto, formal, em face da competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual, bem assim material, por atentar contra as atribuições reservadas ao Ministério Público na Carta Política.

No caso da previsão vir em legislação federal existirá, certamente, apenas o vício material, pelo mesmo motivo acima exposto.

Mister reproduzir o artigo 130 da Constituição Federal:

Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

No já mencionado RE 223037/SE, também constou de sua ementa, expressamente, que a “... natureza das atribuições reservadas ao *Parquet* pela Constituição Federal ... também se aplica aos integrantes do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, por disposição expressa do artigo 130 da Carta da República”.

Importante trazer à baila a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁴ sobre o tema, que se segue:

... o art. 130 admite a existência de um Ministério Público especial, não mencionado no art. 128, junto aos Tribunais de Contas, portanto a órgão não jurisdicional. ... Ao

¹⁴ SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Positivo. Malheiros. 12ª Edição. Pág 554 e 558

Ministério Público junto aos Tribunais de Contas só compete o exercício de suas funções públicas de *custos legis*, porque a representação das Fazendas Públicas, ai, como em qualquer outro caso, é função dos respectivos procuradores, nos termos dos arts. 131 e 132.

Dito isso, evidencia-se a inconstitucionalidade de qualquer norma que preveja atribuição ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para a execução das decisões dessa Corte.

7.3 Do Tribunal de Contas

De maneira semelhante, seria inconstitucional previsão, em qualquer Diploma Legislativo, do próprio Tribunal de Contas para a execução de seus julgados.

E o raciocínio seria o mesmo: se a previsão vier em dispositivo de Constituição Estadual ou Lei Estadual o vício será formal, em face da competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual, bem assim material, por ofensa ao princípio da simetria, eis que a Constituição Federal não reservou ao TCU tal atribuição.

Se a previsão de legitimidade do Tribunal de Contas vier em legislação federal, logicamente, a inconstitucionalidade será apenas material.

Transcrevemos aqui, a título de ilustração, trecho da *ratio decidendi* constante do voto do Ministro Maurício Corrêa, no RE 223037/SE, vejamos:

3.A Constituição Federal, em seu art. 71, §3º, conferiu eficácia de título executivo as decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou multa, sem contudo outorgar àquela Corte de Contas legitimação para executá-las.

4.A norma em exame, indo além do parâmetro federal, a que deve sujeitar-se em face do princípio da simetria (CF, art. 75), outorgou ao Tribunal de Contas local competência que extrapola os limites definidos na Lei Maior, de modo que pudesse converter-se também em cobrador judicial de seus próprios julgados.

5.Ora, como se sabe, os Tribunais de Contas, sendo órgão auxiliares do Poder Legislativo, não têm personalidade jurídica distinta da dos Estados-Membros, A propósito, essa Corte, no julgamento do RE 106.923-ES. Sidney Sanches, DJ 12/08/88, assentou que referidos Tribunais, salvo na hipótese em que, como autoridades coatoras em processo de mandado de segurança, podem recorrer da decisão em defesa da sua competência constitucional, não estão autorizadas a atuar como substitutos processuais para propor ou contestar ações relacionadas a seus julgados.

Ressalte-se que constou expressamente da ementa de julgamento do mencionado Recurso Extraordinário, outrora já transcrito, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição Estadual de Sergipe, que legitimava a Corte de Contas à execução

de seus julgados, que: “Às decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto”.

Posto isso, ratificada, pois, a ilegitimidade do Tribunal de Contas para promoção de execução dos seus julgados, mesmo havendo previsão legal, ante a inconstitucionalidade da respectiva norma.

8. ASPECTOS CRÍTICOS: O Papel do Ministério Público em face da Inércia da Advocacia Pública

Não tendo o Ministério Público legitimidade para a propositura de ação executiva, como se concluiu no presente trabalho monográfico, qual seria o seu papel em face da inércia da advocacia pública?

O Ministério Público possui o instrumento da recomendação, podendo, dessa maneira, recomendar à advocacia pública que interponha as ações cabíveis em prazo razoável visando a cobrança de dívidas oriundas das decisões do Tribunal de Contas que imputem responsabilidade patrimonial.

Em não sendo acatada a mencionada recomendação, o Ministério Público, *mutatis mutandis*, deverá promover o Inquérito Civil a fim de concluir a motivação da inércia da advocacia pública.

Concluindo que há ofensa aos princípios constitucionais que regem a administração pública, especialmente os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, deverá, desta feita, promover a ação de improbidade administrativa, sobre a qual já traçamos, alhures, linha gerais no presente estudo.

Nesta ação de improbidade Administrativa deverá se postular, dentre outros requerimentos, o eventual ressarcimento ao erário pelo prejuízo causado ante a inércia do advogado público responsável, inclusive o valor correspondente ao débito não ajuizado.

Note-se, por oportuno, que se houver conchavo entre o responsável pela dívida imputada pelo Tribunal de Contas e o advogado público, ambos devem ser responsabilizados na ação de improbidade.

Perceba-se, pois, que o Ministério Público agirá na defesa da probidade administrativa e, apenas indiretamente, buscará a cobrança de eventuais valores, ou seja, como efeito secundário da respectiva demanda judicial.

O fato é que o Ministério Público não ficará de mãos atadas, podendo e devendo agir na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante tudo o que foi exposto, concluímos que, Ministério Público possui legitimidade ativa para a defesa do patrimônio público (art. 129, III, da CF).

Entretanto, ao órgão ministerial é vedado a representação jurídica do ente público (art. 129, IX, da CF).

A antinomia aparente que se evidencia deve ser resolvida mediante o Princípio da Unidade da Constituição, interpretando os preceitos constitucionais de forma a harmonizá-los, cabendo tal tarefa, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal.

O STF assim interpretou o tema: "A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente" (pleno do STF no RE 223037/SE).

"A própria natureza das atribuições reservadas ao *Parquet* pela Constituição Federal, de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e não mais de órgão representativo ligado ao Poder Executivo, impede que atue em substituição à Fazenda Pública, tanto que aos seus membros é expressamente vedado o exercício da advocacia (CF, artigo 128, II, a), bem como a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas, o que também se aplica aos integrantes do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, por disposição expressa do artigo 130 da Carta da República". (*Ratio decidendi* do julgamento acima referido).

Ademais, eventuais previsões de legitimidade do Ministério Público que se exteriorizem em constituições estaduais ou em leis, estaduais ou federais, estarão eivadas de inconstitucionalidade, por ofensa formal a competência privativa da União para legislar sobre direito processual e vício material, pois contrário às atribuições reservadas ao *Parquet*.

Ressalte-se, por fim, que ao Ministério Público caberá fiscalizar tais procedimentos, podendo recomendar à advocacia pública, em caso de inércia, que interponha à execução de acórdão do Tribunal de Contas, podendo promover, se for o caso, o inquérito civil e a ação de improbidade administrativa na tutela do patrimônio público, sendo certo que o efeito financeiro (de cobrança) advirá como objeto secundário da mencionada demanda.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Publicado no *Júris Síntese* n° 49- SET/OUT de 2004

A DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL NÃO É TÍTULO EXECUTIVO - NA EXECUÇÃO CABE A EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE”. de autoria dos advogados IVAN BARBOSA RIGOLIN, SANDRA KRIEGER GONÇALVES E GINACOPOLA, {Publicado ni *Júris Síntese* n°63 - JAN/FEV de 2007)

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da cosntituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1198. p. 1.096- 1.097.

HESSE apud AMARAL, op., p. 107. AMARAL, Rafael Caiado. Peter Haberle e hermenêutica constitucional. Porto Alegre: Sérgio António Fabris, 2004. p. 119.

<http://marcelobarazal2.jusbrasil.com.br/artigos/121943451/o-novo-perfil-constitucional-do-ministerio-publico-e-suas-investigacoes>

Hugo Nigro Mazzilli, Regime Jurídico Público, p. 60

MAZZILI, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, p. 191/193

MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em juízo. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.p. 25/28.

O Ministério Público na Constituição de 1988, editora Saraiva, São paulo, 1989, p. Hugo Nigro Mazzilli

Renato Alessi, Sistema Istituzionale del Direito Amministrativo Italiano, p. 197-8, apud Celso António Bandeira de Mello, op. Cit., p. 22.

ANEXO



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE IPAUMIRIM**

PROCESSO Nº:
NATUREZA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA EXECUTIVA
EXEQUENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
EXECUTADO:

SENTENÇA CÍVEL

EMENTA: Processo Civil. Ação Civil Pública Executiva. Ministério Público. Ilegitimidade Ativa. Extinção do Processo.

- O Ministério Público possui legitimidade ativa para a defesa do patrimônio público (art. 129, III, da CF), mas lhe é vedado a representação jurídica do ente público (art. 129, IX, da CF).
- Antinomia aparente que deve ser resolvida mediante o Princípio da Unidade da Constituição, interpretando os preceitos constitucionais de forma a harmonizá-los, cabendo tal tarefa, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal.
- O STF assim interpretou o tema: "A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente" (pleno do STF no RE 223037/SE).
- "A própria natureza das atribuições reservadas ao *Parquet* pela Constituição Federal, de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e não mais de órgão representativo ligado ao Poder Executivo, impede que atue em substituição à Fazenda Pública, tanto que aos seus membros é expressamente vedado o exercício da advocacia (CF, artigo 128, II, a), bem como a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas, o que também se aplica aos integrantes do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, por disposição expresse do artigo 130 da Carta da República". (*Ratio decidendi* do julgamento acima referido).
- Extinção do processo que se procede, ex vi do artigo 267, inciso VI, do CPC, ante a ilegitimidade ativa *ad causam*.

RELATÓRIO

VISTOS ETC.

01. Tratam os fólios processuais de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA EXECUTIVA** interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ**, em face de _____, qualificada nos autos, cuja peça inicial descansa às fls. 02/06, tendo por base um título executivo consubstanciado em decisão do Tribunal de Contas dos Municípios - TCM, que impôs multa ao executado no valor de R\$ 4.128,03 (quatro mil, cento e vinte e oito reais e três centavos).

02. Durante o tramite processual vieram os autos conclusos, para impulso pertinente.

03. ***Eis o que de importante havia a relatar.***

04. ***Passo à fundamentação, para ao final decidir.***

FUNDAMENTAÇÃO

DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

05. Dentre as condições da ação encontra-se a legitimidade *ativa ad causam*, que passo analisar por prejudicialidade ao prosseguimento do feito.

06. O tema não é pacífico na jurisprudência, *mutatis mutandis*, é de grande controvérsia, encontrando-se decisões tanto pela legitimidade como pela ilegitimidade do órgão ministerial.

07. O fato é que o Ministério Público possui legitimação para a propositura da ação civil pública, na defesa do patrimônio público, nos termos do artigo 129, inciso III, da Carta Política, *verbis*:

Art. 129 da CF: 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;

...

08. Mas, ao mesmo tempo, é vedado constitucionalmente ao órgão ministerial a representação judicial de entidades públicas.

Art. 129 da CF: 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**.

...

09. Surge, pois, dos dispositivos analisados, uma antinomia aparente, pois ao passo que o *Parquet* deve promover a Ação Civil Pública para a defesa do Patrimônio Público, lhe é vedado a representação judicial de entidades públicas.

10. Fazendo a subsunção ao caso *sub examine*, é dever do Ministério Público, *prima facie*, promover ação visando à execução de decisão do Tribunal de Contas que impôs responsabilidade patrimonial, na defesa do patrimônio público, mas, ao mesmo tempo, lhe é vedado a representação judicial do ente político beneficiário.

11. Nessa esteira, é de se acentuar que os dispositivos constitucionais não podem ser interpretados isoladamente, sob pena de perderem o sentido, ou até mesmo exteriorizarem menos ou mais do que realmente significam.

12. O Princípio da Unidade Constitucional possui a finalidade de determinar uma interdependência das normas constitucionais, de forma que sua justificação se encontre nos valores mais gerais, considerando a constituição como um todo geral, harmonizando os pontos aparentes de tensão entre as normas.

13. KONRAD HESSE¹⁵ assim obtempera:

A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal

¹⁵ HESSE apud AMARAL, op. cit., p. 107. AMARAL, Rafael Caiado. Peter Haberle e a hermenêutica constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 119.

modo que as contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas.

14. Para CANOTILHO¹⁶, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar confrontos entre as suas normas, as chamadas antinomias. A Constituição deve ser interpretada na sua globalidade, procurando o intérprete harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais. Cada norma constitucional não é considerada isolada ou dispersa, mas como um preceito integrado num sistema interno unitário de normas e princípios.

15. Não podemos, dessarte, considerar as normas constitucionais de forma isolada, mas devemos interpretá-las como preceitos integradores de um sistema de normas e princípios.

16. Imprescindível em princípio, na interpretação do tema, uma distinção entre interesse público primário e interesse público secundário.

17. Consigne-se, por oportuno, segundo afirma CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO¹⁷, essa distinção de interesse público entre primário e secundário vem da doutrina italiana.

18. Ademais, a distinção entre interesse público primário e secundário foi feita com perfeição pelo doutrinador RENATO ALESSI, citado por HUGO NIGRO MAZZILLI, em sua obra "A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS EM JUÍZO".

19. Afirma o mencionado mestre:

A perquirição do conteúdo do interesse público leva-nos à distinção que fez Renato Alessi, para quem o conceito abrangente da expressão interesse público alcança não só o interesse público primário (o interesse do bem geral), como o interesse público secundário (ou seja, o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público). Nem sempre, porém, um e outro são uma e só mesma coisa.

Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da administração, possa não coincidir com o efetivo interesse da comunidade. Seria, entretanto, mera presunção ou ficção supor

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.096-1.097.

¹⁷ Renato Alessi, Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, p. 197-8, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 22.

devesse esta coincidência sempre ocorrer. Com efeito, quando a administração se decide a construir uma hidrelétrica e inunda milhares de alqueires de florestas ou de terras produtivas, quando se põe a construir uma usina atômica ou um aeroporto num terreno que a seu ver seria mais propício, ou, em casos mais extremos, quando o governante coloca um país em guerra - nem sempre essa decisão significará, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governantes que se sucedem alteram decisões, revêem planos e abandonam projetos encetados pelos que os antecederam.

O verdadeiro interesse público primário (o do bem geral) identifica-se com o interesse social, que é o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo.

20. O interesse público primário é, pois, o interesse da coletividade, que pode ser identificado com o interesse da sociedade, é o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade.

21. Já o interesse público secundário é aquele do Estado enquanto administração, ou seja, segundo preconiza HUGO NIGRO MAZZILLI¹⁸, "o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público".

22. O fato é que não raras vezes o interesse público primário se distancia do interesse público secundário. E somente quando presente o interesse público primário é que surge a possibilidade de atuação do Ministério Público.

23. Nesse sentido, também, o posicionamento doutrinário, encampado por HUGRO DE NIGRO MAZZILLI¹⁹, mais uma vez citando RENATO ALESSI, que se segue:

Entretanto, a expressão mais abrangente ainda é a do interesse público, que, no dizer de Renato Alessi, compreende o interesse público primário e o secundário. Com efeito, não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da administração

¹⁸ Hugo Nigro Mazzilli, Regime Jurídico do Ministério Público, p. 60

¹⁹ O Ministério Público na Constituição de 1988, editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 48. Hugo Nigro Mazzilli

(interesse público secundário), ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêm o interesse público. **Essa distinção evidencia que nem sempre, ao contrário, está a coincidir, respectivamente, o interesse público primário com o secundário. E é pelo primeiro deles que deve sempre zelar realmente o Ministério Público.** E, nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e mesmo com os mais autênticos interesse difusos... (negrito nosso)

24. Feitas as considerações sobre a distinção entre interesse público, evidencia-se a necessidade de se comentar a natureza jurídica do interesse público meramente patrimonial, ou seja, o interesse da Fazenda Pública.

25. É certo, no ponto, e sem maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, que o interesse meramente patrimonial da fazenda pública consubstancia-se em interesse público secundário, eis que este se encontra ligado ao interesse da própria administração, como órgão de atuação, e não da coletividade.

26. A propósito, ressaltamos que somente indiretamente estaria o interesse meramente patrimonial ligado a coletividade, o que não é suficiente para caracterizar o interesse público primário, pois se assim considerarmos, em uma última análise, todos os interesses públicos seriam, também, interesse da coletividade.

27. No campo jurisprudencial, o tema também se mostra pacífico:

PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTERVENÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RETROATIVIDADE. LEI COMPLEMENTAR. TERMO 'A QUO'. PENSÃO. ÓBITO.
(omissis)

2 - Compete ao Juiz julgar a existência do interesse público, que justifica a necessidade de intervenção do MP, prevista no art. 82, III, do CPC, o qual não se confunde com o da Fazenda Pública, 'ut' RISTJ 133/345 e STF - RP 25/324.

(omissis)

4 - Recurso especial conhecido em parte. (RESP 166.762/MG, 6ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 17.08.1998) - negrito nosso.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA MOVIDA CONTRA ENTE PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES.

1. **Não se confunde o interesse patrimonial da Fazenda Pública com o interesse público, capaz de legitimar a intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 82, inciso III, do CPC, ainda que de elevada importância o valor da condenação.**

2. Precedentes desta Corte.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RESP 278.770/TO, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 05.05.2003) - destaque proposital.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INTERVENÇÃO DO MP. NÃO-OBRIGATORIEDADE. INTERESSE PATRIMONIAL DA FAZENDA QUE, POR SI SÓ, NÃO SE IDENTIFICA COM O "INTERESSE PÚBLICO" A QUE ALUDE O ART. 82 DO CPC. TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. LEI 8.212/91, ART. 13 (REDAÇÃO ORIGINAL).

EXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, CUJA VERIFICAÇÃO NÃO PODE PRESCINDIR DO REVOLVIMENTO DO SUPORTE FÁTICO DA DEMANDA. SÚMULA 7/STJ.

1. A falta de prequestionamento do tema federal impede o conhecimento do recurso especial.

2. Está assentada nesta Corte orientação no sentido de que **o interesse patrimonial da Fazenda Pública, por si só, não se identifica com o "interesse público" a que alude o art. 82, III, do CPC**, para fins de intervenção do Ministério Público no processo. No presente caso, o interesse se situa no âmbito ordinário da administração pública (ação anulatória de débito fiscal), não sendo obrigatória a intervenção do MP na condição de custos legis.

3. É inviável, finalmente, o conhecimento do apelo quanto ao tema da existência de sistema

próprio de previdência social a abrigar os servidores municipais. Isso porque, uma vez estabelecidos, em tese, seus traços essenciais, a verificação de sua configuração no caso concreto não pode prescindir do exame do suporte fático-probatório dos autos, procedimento vedado, na via do recurso especial, pela Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 490.726/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.03.2005, DJ 21.03.2005 p. 219) - negrito proposital.

28. Postas essas considerações, ressaltamos que a tutela a ser exercida pelo Ministério Público, na defesa do patrimônio público, se dará por meio da ação civil pública, inclusive, se for o caso, por meio da ação de improbidade administrativa.

29. Segundo os ensinamentos de HUGO NIGRO MAZZILLI²⁰, a expressão "Ação Civil Pública" surgiu, pela primeira vez no Brasil, na Lei Complementar 40/81 (a antiga LONMP), tendo-se o Legislador utilizado de tal locução com o escopo de diferenciá-la da ação penal pública, pois, a princípio, a ACP era promovida apenas pelo *Parquet*, como a ação penal pública o é até os dias atuais. Uma se mostrava diferente da outra, em razão do conteúdo, ou seja: conforme o direito pleiteado fosse de natureza civil ou criminal.

30. Com o advento da lei 7.347/1985, a Ação Civil Pública passou a ser a adequada via processual, sem prejuízos da utilização de outras ações, como a ação popular, para a defesa meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

31. Restou previsto, no mencionado diploma legislativo, outros co-legitimados, quais sejam, a União, os Estados-membros, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista, bem como as associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e com estatutos voltados para a proteção de tais interesses.

32. O Código de Defesa do Consumidor acrescentou àqueles bens tutelados, a defesa, através de Ação Civil Pública, de quaisquer outros interesses difusos e coletivos, bem como criou um

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25/28.

tertium genus aos interesses metaindividuais: os direitos individuais homogêneos.

33. Assim, à guisa de conceituação, trazemos à baila as palavras singelas, mas suficientes, do já citado Dr. HUGO NIGRO MAZZILLI²¹, o qual afirma que “ação civil pública é a ação não penal proposta pelo Ministério Público”.

34. Mas, como vista alhures, não é qualquer interesse singelo da administração pública, apenas aquele qualificado pelo interesse direto da sociedade, o qual podemos classificar como interesse público primário.

35. Nessa linha de raciocínio, o Ministério Público não possui legitimidade para a propositura de ação que vise, única e exclusivamente, a cobrança de dívidas em favor da Fazenda Pública.

36. Mas a afirmativa acima não se traduz na singularidade que parece expressar, se tornando complexa quando indagamos se é possível, nessa esteira, a busca de valores patrimoniais pelo Ministério Público, em face da ocorrência de atos de improbidade, ao passo que a busca pela probidade administrativa se traduz em um dos maiores interesses públicos primários, consoante os termos da Carta política, especialmente o artigo 37, caput, e parágrafo 6º, vejamos:

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.

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

...

²¹

Ob. cit. Pág. 67

37. Um dos efeitos da ação de improbidade, nos exatos termos do artigo 12 da Lei n° 8.429/1992, é o ressarcimento ao erário público e este pode ser buscado pelo Ministério Público por meio da ação civil pública, especialmente por prática de ato de improbidade administrativa.

38. Ressalte-se que o ressarcimento ao erário não será o objeto principal da ação de improbidade administrativa, que, na verdade, é a busca pela "probidade administrativa", a qual se constitui em interesse público primário. O ressarcimento ao erário, como não poderia deixar de ser, é apenas um dos efeitos da demanda.

39. Nessa trilha, podemos afirmar que o tema está envolto à natureza do título executivo consubstanciado nas decisões dos Tribunais de Contas e a existência de interesse público primário.

40. Ao Ministério Público cabe a defesa do patrimônio público e, nessa esteira, pode ele movimentar ação civil pública, inclusive de improbidade, para a tutela de tais interesses, haja vista que, como antes já sinalizado, a probidade administrativa constitui-se em interesse primário.

41. O ressarcimento ao erário, no que pese decorrer da ação de improbidade administrativa (art. 12 da Lei n° 8.429/1992) não é, por si só, interesse público primário, mas decorre da tutela da probidade administrativa.

42. Destarte, tendo a Execução como objeto único a busca do ressarcimento puramente financeiro ao erário, entendemos não haver, quanto a esta, legitimidade do Ministério Público para a tutela pretendida.

43. Vejamos, a propósito, aresto de jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça que tratou do tema, *verbis*:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TIPICIDADE DE PROCESSO DE CONHECIMENTO. EXECUÇÃO DE DECISÃO DO TCU. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DO PROCESSO AO PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE GRAVAME AOS RECORRENTES. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER. 1. **Embora a decisão do Tribunal de Contas da União, resultando em imputação de débito e multa tenha eficácia de título executivo, não pode ser executada através da ação civil pública, típica de conhecimento que, julgada procedente, comportaria sua execução posterior.** 2. O acórdão impugnado limitou-se a determinar o retorno dos autos à primeira instância para que julgue o mérito da ação incidental de embargos à execução, sem

causar gravame aos recorrentes que, por isso, carecem do interesse de recorrer. 3. Recurso especial não conhecido. (Processo REsp 276306 / SP; RECURSO ESPECIAL 2000/0090624-7 Relator(a) Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 09/12/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 28.06.2004 p. 218) - negrito proposital.

44. Por tudo o que foi exposto, e harmonizando os incisos III e IV do artigo 129 da Constituição Federal, podemos afirmar que o Ministério Público não possui legitimidade para a ação civil pública executiva de decisões dos Tribunais de Contas que imputem responsabilidade.

45. Ressalte-se, por oportuno, que no Brasil, a competência para interpretar a Constituição Federal, nos termos dos artigos 102 e seguintes da Carta Política, é do Excelso Supremo Tribunal Federal.

46. Nessa esteira, cumprindo o seu mister constitucional, o **STF**, por seu órgão plenário, já se pronunciou sobre o tema, nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES: IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. **As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas**

próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 223037/SE - SERGIPE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 02/05/2002 . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 02-08-2002) - destaque nosso.

47. Importante, aliás, transcrever trecho da *ratio decidendi* do mencionado julgamento, que se segue:

16. A própria natureza das atribuições reservadas ao *Parquet* pela Constituição Federal, de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e não mais de órgão representativo ligado ao Poder Executivo, impede que atue em substituição à Fazenda Pública, tanto que aos seus membros é expressamente vedado o exercício da advocacia (CF, artigo 128, II, a), bem como a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas, o que também se aplica aos integrantes do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, por disposição expresse do artigo 130 da Carta da República.

48. Ressalte-se que o caso posto em julgamento pelo STF se referia ao Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas, conforme pode ser percebido pela leitura da ementa da decisão, mas na *ratio decidendi* foi, exatamente, aplicada a proibição do Ministério Público de representar judicialmente o ente público, estendendo-se tal vedação, por força do artigo 130 da Constituição Federal, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

49. Em conclusão, tendo a execução por objeto único buscado a tutela de interesse puramente patrimonial, evidenciando o interesse público secundário, entendemos que falece ao Ministério Público legitimidade para a propositura de ação executiva rastreada em decisão do Tribunal de Contas que impute responsabilidade patrimonial, sem prejuízo, evidentemente, constituindo a *ratio* da referida decisão ato de improbidade administrativa, de promover o respectivo inquérito civil e a ação de improbidade administrativa.

50. Nessa linha de entendimento, o **COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** já se manifestou, vejamos:

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 de consultor jurídica 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 da 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. 4. Recurso Especial a que se nega provimento. (STJ - RESP 200000078166 - (246698 MG) - 1ª T. - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJU 18.04.2005 - p. 00213).

51. Destarte, **o Ministério Público é legitimado na defesa do patrimônio público**, mas essa defesa não alcança a execução judicial de valores, mesmo que oriundos de decisões dos Tribunais de Contas, **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.

DISPOSITIVO

52. À GUISA DAS CONSIDERAÇÕES EXPENDIDAS, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, **DECLARO EXTINTO O PROCESSO sub oculi SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público.

53. Sem custas e sem condenação em honorários.

54. Com o trânsito em julgado desse *decisum*, proceda-se o arquivamento do fascículo processual, com baixa na distribuição, precedida das devidas e necessárias anotações.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

INTIME-SE.

CUMPRA-SE.

_____ -CE, 04 de agosto de 2008.

FRANCISCO MARCELLO ALVES NOBRE
JUIZ DE DIREITO