

ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — CONTROLE ADMINISTRATIVO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO (RESPONSABILIDADE PELO NÃO-EXERCÍCIO)*

JOÃO CÂNCIO DE MELLO JÚNIOR
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Noção de função administrativa e regime jurídico-administrativo; 2.1. Teoria da função administrativa ou o manejo de um poder à conta de dever para atingimento dos interesses públicos; 3.2. Função administrativa no pensamento de seus expoentes (Otto Mayer, Guido Zanobini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Agustín A. Gordillo, Marcelo Caetano e Renato Alessi); 2.3. Ministério Público e exercício de função administrativa. Peculiaridade; 3. Noção da atividade de controle; 4. Funções constitucionais do Ministério Público; 5. Ministério Público e função administrativa de controle dos atos da Administração Pública; 5.1. No Direito Comparado; 5.2. Formas de execução e materialização do controle do Ministério Público sobre os atos da Administração; 5.3. Discricionariedade e avaliação do interesse público para o exercício do controle pelo Ministério Público; 6. Responsabilidades pelo não-exercício do controle pelo Ministério Público; 6.1. Consequências de ordem penal, civil e administrativa; 6.2. Responsabilidade do Estado por danos aos administrados em razão do não-exercício do controle pelo Ministério Público; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente estudo, sem pretensão de esgotar o objeto da pesquisa levada a efeito, com possíveis omissões, inclusive, pretendemos identificar no Instituto do Ministério Público poderoso instrumento de controle da Administração Pública (seja na ordem federal, estadual e municipal).

* Aprovada por maioria, com emenda supressiva.

Longe de se limitar ao papel a ele reservado na persecução criminal, e ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está hoje consagrado, com liberdade, autonomia e independência funcional de seus órgãos, à defesa dos interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, à defesa da ordem jurídica e do próprio regime democrático (art. 127 da CR).

Não é preciso muito esforço exegético para identificar, pela dicção do texto da Constituição da República, que o Ministério Público fora incumbido de funções eminentemente de controle dos atos da Administração Pública, sendo que no desempenho de tal mister fora atribuído de poderes só por ele manejáveis (art. 129 da CR).

Constituições estaduais também consagraram a função de controle da Administração aos Ministérios Públicos dos Estados, seja de modo não expressamente declarado, p. ex., Constituição de Minas Gerais (art. 73, § 1º, III), seja de modo explícito, tal como a Constituição do Rio de Janeiro (art. 79 — “O controle dos atos administrativos do Estado e dos Municípios será exercido pelo Poder Legislativo, pelo Ministério Público, pela sociedade, pela própria administração e, no que couber, pelo Tribunal de Contas e pelo Conselho Estadual de Contas dos Municípios”).

Por outro lado, se o Ministério Público fora destinatário, pela Constituição e pela lei, de funções tão elevadas com maiores e necessárias garantias para defender os interesses sociais, passando a ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais, sua omissão no exercício de suas missões deve acarretar responsabilidades.

São estes os enfoques e situações a serem tratados em nosso trabalho.

2 NOÇÃO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

2.1 Teoria da função administrativa ou manejo de um poder à conta de dever para atingimento dos interesses públicos

O Estado — mais precisamente na figura dinâmica da Administração —, na busca de sua finalidade de satisfação dos interesses públicos, desenvolve dois tipos de atividades: atividade pública e atividade privada.

Definir se a Administração está exercendo uma atividade pública ou privada, ou melhor, se desempenha função pública, que é função administrativa ou função privada, é o critério pelo qual se estabelece o regime jurídico ao qual a Administração estaria submetida.

Dai, se o regime é público, é porque a Administração está a desempenhar função administrativa; se o regime é de direito privado, privada se reputará a atividade. E quem especifica o regime é sempre a lei.

Disto emerge que não é o titular da atividade ou a natureza dela que lhe conferem caráter público ou privado, mas, sim, o regime jurídico ao qual ela se subsume, em decorrência da *função* que a Administração exerce.

O Direito Administrativo revela-se através do regime jurídico-administrativo.

Entende-se por regime jurídico-administrativo o plexo de princípios que, em sua unidade sistemática, informam e tipificam um conjunto de normas, dando-lhe autonomia em relação aos demais ramos do Direito, e uma fisionomia própria.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, na sua consagrada obra *Elementos de direito administrativo* (p. 17), assevera-se que o regime jurídico-administrativo assenta-se em dois princípios basilares: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade dos interesses públicos.

Dentro desse contexto, o Estado, em sua atividade pública, figura numa posição de superioridade nas suas relações com os administrados, desenvolvendo-se sob a égide do direito Administrativo.

Diversamente, em sua atividade privada, o Estado apresenta-se despojado de suas prerrogativas de autoridade, numa posição simétrica em relação ao particular, regida pelo Direito privado.

De consequente, se o Estado está exercendo função administrativa, o regime jurídico será forçosamente o regime jurídico-administrativo. A recíproca também é verdadeira.

Assim, o binômio função administrativa e regime jurídico-administrativo estão diretamente e intimamente interligados. Falar e intuir um, é também intuir o outro, porque, se o Estado atua ou age no âmbito interno, está a exercer *função*, e se exerce função é porque o regime é jurídico-administrativo.

Ainda sobre a teoria da função administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Revista de Direito Público* 89/24), em notável síntese, discorre sobre a idéia de função. E assim doutrina: "no Estado de Direito quer-se o governo das leis e não o governo dos homens, consoante a clássica assertiva proveniente do Direito inglês. Isto significa que é ao Poder Legislativo que assiste o encargo de traçar os objetivos públicos a serem perseguidos e de fixar os meios e modos pelos quais hão de ser buscados, competindo à Administração, por seus agentes, o mister, o dever, de cumprir dócil e fielmente os *desiderata* legais, segundo os termos estabelecidos em lei. Assim, a atividade administrativa encontra na lei tanto seus fundamentos quanto seus limites."

É próprio do Estado de Direito que se delineie, na regra geral e impessoal produzida pelo Legislativo, o quadro, o esquema, em cujo interior se moverá a Administração. Esta atuará por meio de agentes cuja qualificação específica, de direito, é a de operadores das disposições legais.

Em estrita sintonia com a lógica do Estado de Direito, sagra-se a tese da soberania popular, do primado da lei — regra geral, abstrata e impessoal —, expressão da vontade popular, produzida por representação, através do órgão denominado "Poder Legislativo", de molde a assegurar, graças à generalidade e abstração dos enunciados, respeito ao princípio isonômico, segundo o qual todos são iguais perante a lei, como dispõe o art. 5º da Constituição de 1988. É certo, portanto, que nos preceptivos aludidos encontram-se estampados preceitos básicos do Estado de Direito, e plenamente alicerçado que a atividade administrativa, missão a ser desenvolvida tipicamente pelo Poder Executivo, deverá corresponder à concreção final da vontade popular expressa na lei. Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração.

Vale dizer, pois, que existe entre a atividade administrativa e a lei uma relação de subordinação, isto é, subordenação: ordenação inferior. Essa subordinação, no-lo diz Renato Alessi, em observação certeira, apresenta-se sob duplo aspecto. De um lado, realça-se seu sentido positivo, querendo significar que a lei tanto pode erigir vedações à Administração, quanto impor-lhe a busca de certos fins propostos como obrigatórios; de outro lado, acentua-se um sentido negativo, ainda mais importante, qual seja: o de que a Administração não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por uma regra legal.

Esta mesma idéia foi vinculada em frase lapidar por Michel Stassinopoulos, ao averbar que a Administração não apenas está proibida de agir *contra legem* ou *extra legem*, mas só pode atuar *secundum legem*. Assim, também o eminente mestre português, Afonso Rodrigues Queiró, proferiu as seguintes preciosas lições: "A atividade administrativa é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais". "O Executivo é a *longa manus* do legislador", já que sua atividade unicamente há de consistir em realização efetiva do que foi disposto pelo Legislativo.

Com estas colocações iniciais desejamos salientar, enfaticamente, que a atividade administrativa, para manter-se afinada com os princípios do Estado de Direito e com o regramento constitucional brasileiro, necessita ser exata e precisamente uma atividade pela qual se busca o atingimento dos fins pré-traçados em lei.

Reiteradas vezes temos insistido em que a essência da atividade administrativa foi captada com luminosa percuciência por um autor brasileiro, Ruy Cirne Lima, o qual, melhor do que ninguém, soube apanhar-lhe a compostura medular, exprimindo-a em palavras sábias e singelas, nos seguintes termos:

"O fim e não a vontade, domina todas as formas de administração. Jaz a administração debaixo da lei que assinala uma finalidade a cumprir". E mais: "Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração o bem não se encontra vinculado à vontade do administrador, mas à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir". Por isso, apostilou também: "A relação de administração é aquela que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente". Daí concluir que na relação de administração o bem se encontra protegido, não apenas contra terceiros, mas também contra o próprio administrador.

Com efeito, o aluminado mestre gaúcho constrói sua cortesíssima noção de administração a partir da antinomia que existe entre ela e a noção de propriedade. O *dominus*, o senhor, a dizer, o proprietário, dispõe da coisa a seu talante, isto é, segundo a senhoria de sua própria vontade. Antiteticamente, a administração exalta a finalidade, a subordinação da vontade a um fim que conforma e direciona a conduta do administrador. Em suma: perante propriedade está-se no reino da autonomia da vontade; perante administração, contrariamente, está-se no reino da finalidade, proposta como impositiva, como obrigatória. Na propriedade, a vontade — dir-se-ia — é comandante; na administração, a vontade é serviente.

Estas constatações autorizam-nos a dizer que a atividade administrativa é marcada, sobretudo, pela idéia de *função*. Todos sabemos que a palavra função, em Direito, tem sido usada em mais de um sentido, mas há, para ela, uma acepção, um sentido nuclear, que, mais que outros, merece ser explorado. *Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio.*

A idéia de função reclama do intérprete a inteligência de que o sujeito que a exerce recebeu da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida de tal sorte que os poderes que lhe assistem foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender à finalidade que lhes justificou a outorga. Donde, o poder, em casos tais — e assim é irrestritamente no Direito Público —, tem caráter apenas instrumental. Ele não se constitui, se assim podemos exprimir, em um bem em si mesmo, pois o bem (sagrado na ordem jurídica) é a finalidade estampada na lei. A valia do poder, a utilidade e o sentido dele resumem-se em consistir em instrumento insuprimível, sem o qual o agente administrativo não teria como desincumbir-se desse dever posto a seu cargo: dever de concretizar a finalidade legal, isto é, dever de dar satisfação a um interesse de terceiro, a um interesse alheio; no caso, o interesse da coletividade. Logo, o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes se diz, mas de *deveres-poderes*, locução que expressa, com maior fidelidade que o anterior, a verdadeira índole de suas competências.

Deveras, como o texto constitucional estabelece que todo poder emana do povo, o poder que o agente administrativo maneja é colhido na fonte legislativa — representativa de nossa voz — e só é exercitável para atender ao nosso interesse (interesse do povo, da coletividade). O terceiro — o sujeito alheio ao administrador enquanto tal — é a coletividade em cujo proveito se exerce o poder. Este exercício apresenta-se como instrumento necessário para que o agente público se desincumba do dever de dar provimento à finalidade configurada pela lei como útil ao todo social. Eis por que o meneio do poder só é legítimo, só é válido, caso esteja de fato coincidente com a finalidade que lhe serve de justificação.

Sabe-se que também no Direito Privado existe função, conquanto seja muito mais rara, exatamente porque no Direito Privado rege sabrança a idéia da autonomia da vontade. Daí remanescer-lhe espaço pequeno, restrito a alguns institutos. De revés, como

no Direito Público, a idéia retora é a de finalidade; nele é que a função exerce papel dominante. Sem embargo, no Direito Privado, toda vez que se põe em pauta instituto submetido à tónica de função, ninguém hesita em sacar as interpretações conseqüentes e apropriadas. Quando são examinadas a tutela, a curatela ou o pátrio poder, a ninguém acudiria interpretar problemas surdidos ao propósito desta temática, privilegiando os poderes do tutor, curador ou pai, ao invés de tomar em conta, acima de tudo, os interesses do tutelado, curatelado ou filho. Corretamente, todos entenderiam que os poderes que calham aos exercentes das funções em causa lhe assistem para a proteção dos interesses dos representados ou assistidos. É bem de ver que a finalidade da tutela, *e.g.*, não é a de compor poderes em prol de um dado sujeito — o tutor —, mas apenas a de deferir-lhe meios necessários para bem resguardar os interesses do tutelado.

Pois bem, se é fácil perceber que assim é quando estão em pauta questões de Direito Privado, mais fácil ainda deveria sê-lo ante problemas de Direito Administrativo, no qual a idéia de finalidade reina absoluta, e o caráter funcional da atividade dos agentes apresenta-se como uma constante jamais excepcionável de sorte a evidenciar a natureza meramente instrumental dos poderes que manejam.

Curiosamente, entretanto, com alarmante freqüência, no Direito Público perde-se esta perspectiva natural, não obstante a todos ocorra espontaneamente adotá-la do Direito Privado, justamente onde o exercício de função é excepcional. Então, ao contrário do que seria de se esperar, proliferam esquemas teóricos — e na conformidade deles, interpretações — que concorrem para fortalecer e exaltar exageradamente os “poderes” dos administradores públicos, as quase incontrastáveis prerrogativas da Administração, a olímpica imunidade das decisões tomadas a título de discricionariedade administrativa, e outras deformações da mesma estirpe. Posterga-se, destarte, a finalidade sob cujos auspícios existem os citados poderes, prerrogativas ou discricionariedade, com agravo manifesto aos interesses que a ordenação legal almejou tutelar. Tais deformações, entretanto, sofrem sua mais cabal contestação exatamente pela teoria do “desvio do poder”, como causa de invalidade dos atos administrativos.

2.2 Função administrativa no pensamento de seus expositores (Otto Mayer², Guido Zanobini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Agustín A. Gordillo, Marcelo Caetano e Renato Alessi)

Otto Mayer, notável cultor do Direito Administrativo na Alemanha, no ocaso do século passado em sua obra *Derecho administrativo alemán* (1949), tratou com maestria o tema da função administrativa, cujo ensinamento perdura aos dias de hoje.

Otto Mayer concedeu e construiu sua doutrina sobre as atividades estatais, e, em particular, sobre a administrativa, tendo como núcleo central de sua teorização a finalidade do Estado.

A atividade legislativa, assim, realizada por órgãos próprios e com competência limitada (legislar sobre direito civil e penal), produz-se *sobre* o ordenamento jurídico.

Otto Mayer entende como atividade legislativa somente aquela produção legiferante do Legislativo ("direito civil e penal"), porque sustenta que a denominada *lei de efeito concreto* não constitui atividade legislativa, mas, sim, administrativa.

Sobre a atividade jurisdicional salientou que se manifesta através de órgãos próprios, para a manutenção *desta* ordem jurídica.

Já explicitando sobre a atividade administrativa, onde se situa o exercício da função administrativa, enfaticamente discorre que se realiza *debaixo* do ordenamento jurídico.

Nesse sentido asseverou: "A administrativa é a atividade do Estado para realizar seus fins, *debaixo da ordem jurídica*".

Observa-se, assim, de pronto, que o eminente tratadista não se louvou num critério subjetivo-orgânico para estabelecer o conceito acima enunciado, pois que para ele atividade administrativa não é somente aquela exercida pelo Executivo, como também o é toda aquela não tipificada como legislativa ou jurisdicional, exercida por tais órgãos.

De outro lado, ao assinalar que atividade administrativa se realiza debaixo do ordenamento jurídico, Otto Mayer, com isso, explicita com clareza que a atividade administrativa se produz debaixo do ordenamento jurídico, mas, também, segundo os cânones de um regime jurídico próprio, que é o administrativo.

Assim, sem deixar de considerar que o aspecto material compreende componente da atividade administrativa, sublinha o administrativista que isso não é o bastante para identificá-la, pois que é o regime jurídico que tem o condão de caracterizá-la, independentemente de sua procedência orgânica.

Da exposição do mestre alemão, observa-se que ele, ao emitir seu conceito de função administrativa, como sendo "a atividade do Estado para realizar seus fins, *debaixo da ordem jurídica*", não se louvou simplesmente num critério objetivo-material, mas, sim, num critério objetivo formal, marcado pela preocupação que confere ao regime jurídico, ou seja, com eficácia dos atos produzidos pela atividade administrativa.

Guido Zanobini, insigne administrativista italiano, em seu festejado *Corso di diritto amministrativo* (8. ed. 1958, v.I), coloca-se entre os cultores da disciplina que deu nome à sua obra, sustentando que o conceito de Direito Administrativo deve ser buscado a partir da noção que o estudioso formula de função administrativa.

A relevância do assunto, de pronto, assim se acentua no pensamento do autor.

Observa, porém, que o especialista da matéria deve, preliminarmente, ao cogitar da temática, ter em mente que se trata de uma atividade do Estado.

Partindo de tais assertivas e reflexões, Zanobini conceitua o Estado como uma sociedade organizada e ordenada pelo Direito, constituída de dois elementos materiais e um formal.

Os elementos materiais, povo e território, por si sós, contudo não tem condão de afirmar a existência do Estado.

Para ele, o ingrediente que de fato caracteriza o Estado é o elemento formal, o governo, ou seja, o conjunto de instituições e órgãos que, por **força do** ordenamento jurídico, encarna e exerce a soberania do Estado.

A soberania do Estado, portanto, advém do ordenamento jurídico e é exercida pelo governo, ou poder político, como preferem alguns autores.

Explicitado o conceito que Zanobini confere ao Estado, assinala-se que para o cumprimento de seus fins, exercita uma ação estatal, por ele destacada em três funções distintas: legislação, jurisdição e administração. Importa-nos a última, objeto do estudo.

Zanobini, em seu acurado estudo sobre função administrativa, estabelece com o maior rigor científico, a absoluta distinção entre atividade administrativa e serviço público.

Assim, em seu magistério, leciona: "atividade administrativa é aquela que o Estado realiza, para atingir, de um modo imediato, os interesses públicos que assume para cumprimento de seus próprios fins".

Distinguindo, porém, dita função de serviço público, explicita que serviço público compreende tão-somente aquela atividade material, técnica, colocada à disposição dos particulares, atividade essa que, por sua natureza e elementos não se confunde ou se identifica com o conceito que empresta à função administrativa.

A atividade administrativa, assim, para Zanobini, caracteriza-se pela presença de dois elementos essenciais e três acessórios.

Capitula entre os essenciais a imediatidade e a praticidade ou aplicabilidade, elementos esses plenamente identificáveis pela ação própria que o Estado enceta, no dizer de Zanobini "análoga àquela desenvolvida por outros sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas), que vivem sob o seu ordenamento".

Ao explicitar que o Estado, em sua atividade administrativa, atua como sujeito (agente), e que sua ação sublinha-se pelas características da imediatidade e aplicabilidade, aponta o autor, a título de ilustração, os casos seguintes: "por meio da força armada resguarda a segurança interna; por meio do órgão sanitário resguarda a higiene e saúde pública etc..."

Deflui, assim, dos próprios exemplos trazidos à colação pelo autor, que a imediatidade constitui o elemento primeiro e fundamental, dele decorrendo a praticidade como corolário lógico.

Assinalados os elementos essenciais que caracterizam a função administrativa, o professor de Roma enfatiza que esta também abrange elementos por ele ditos não essenciais.

Entre esses, enumera: a espontaneidade, a discricionariedade e a concreção.

A espontaneidade consiste na vontade, ou seja, na liberdade que tem a administração, por seus órgãos e agentes, de prover casos e situações que exigem sua interferência ou participação.

Já a discricionariedade, diz Zanobini, constitui elemento típico e exclusivo da função administrativa, pois que a própria expressão "indica uma limitada liberdade de escolha e de decisão para a tomada das medidas próprias da função".

Acentua a tratadista, ademais, que na função administrativa a discricionariedade constitui a regra, "porque tal função determina logo uma atividade prevalentemente volitiva, ao editar certos provimentos úteis às várias situações de fato".

Contudo, para ele, a discricionariedade encontra parâmetros na legislação, jungindo-se, assim, tal elemento à lei.

Ao cuidar do elemento derradeiro, ou seja, da concreção, observa que este componente expressa-se com a execução do ato administrativo. Nesse sentido aduziu: "O ato administrativo deve prover casos individuais e determinados, adaptando-se às diversas exigências, aos diversos fatos específicos."

Exposto o conceito que Zanobini empresta à função administrativa, o elenco e a caracterização dos elementos essenciais e não essenciais dessa atividade, cumpre, em face do pensamento do consagrado autor, dizer que ele elaborou seu conceito sobre função administrativa, arrimando-se num critério marcadamente objetivo material.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, saudoso professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, jurista na acepção mais ídima da palavra, em sua obra clássica, *Princípios gerais de direito administrativo* (1969, v. I), com a acuidade científica que o caracteriza, antes de estabelecer princípios e emitir seu conceito sobre Direito Administrativo, cuidou, por primeiro, da parte propedêutica dessa disciplina, que trata da função administrativa, para somente depois, com tal suporte, desenvolver seu pensamento sobre os demais institutos desse ramo do Direito Público.

Sustentando que o Legislativo e o Executivo são tão-somente, por força constitucional e formal, órgãos autônomos, Bandeira de Mello teve a primazia e o mérito

de afirmar que esses órgãos, pelo desenvolvimento de suas atividades e, principalmente, por seus atributos, pertencem a um mesmo poder, que é o político. Já o Judiciário, é eminentemente contemplativo.

Fundando-se no poder político, a atividade administrativa compreende toda a atividade legislativa e executiva.

Com a mais viva eloquência assinala o autor: "As operações do poder político correspondem à função administrativa de estabelecer a norma jurídica e executá-la".

Assim, essa atividade, embora cometida por duas ações distintas, emergentes de órgãos diferentes, em dois momentos sucessivos, constitui, em verdade, expressão de uma única faculdade, que tem por objeto a realização da ordem jurídica mediante uma prestação de utilidade pública.

Observa-se, ainda, que a atividade administrativa não se caracteriza por sua horizontalidade, mas, sim, pela sua verticalidade, pois que a ação legislativa é de caráter inaugural, sendo a ação executiva de índole complementadora.

Encarando-se sob o prisma de seu conteúdo e finalidade, a atividade administrativa, para Bandeira de Mello, caracteriza-se como um todo, numa unidade lógica indissociável cujo objeto primordial é a criação do direito segundo o bem comum.

Em abono do apontado, Bandeira de Mello leciona: "A prudência é a virtude que preside a ação. Ela consiste na virtude pela qual se ordena a ação, mediante a deliberação normativa e execução concreta, através do uso da reta razão, tendo em vista a natureza humana e a utilidade prática a ser obtida, como mais conveniente e adequada e em atenção a determinado fim ou bem".

A função administrativa, assim, segundo Bandeira de Mello, compreende uma atividade política que tem por marco inicial a lei elaborada pelo Legislativo e que se ultima e se aperfeiçoa com a necessária implementação que lhe dá concreção, por obra do Executivo.

Alinhados os pontos capitais da teoria do eminente professor sobre a atividade administrativa, cumpre, então, reproduzir o conceito que o insigne administrativo empresta a essa atividade, como segue: "A função administrativa se expressa através do poder político normativo de estabelecimento da regra jurídica objetiva e do poder político executivo de sua efetivação".

Assinalada a conceituação que Bandeira de Mello formula sobre a temática, e já esclarecido que a função administrativa alberga toda a ação legislativa e a administrativa, cumpre, ainda, salientar que o eminente professor, ao externar seu pensamento, considerou que as leis jurisdicionais *lato sensu*, bem como as leis de efeito imediato, caracterizam-se também como atos administrativos.

Diante do exposto, é de se concluir que o ilustre administrativista, ao emitir sua doutrina sobre função administrativa, calcou-se no seu conteúdo intrínseco, pelo que, assim, adotou um critério objetivo material.

Agustín A. Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, 1971, t. I) atendendo-se ao estudo da função administrativa, acentua que tanto o Executivo como o Legislativo e o Judiciário exercem atividades de natureza administrativa.

Nesse sentido, afirma que “o Legislativo, ao exercer controle sobre o Executivo, bem como ao proceder a outras ações de economia interna (organização, funcionamento, compra de livros e materiais etc.); nomeação e direção e remoção dos funcionários do Congresso”, em verdade pratica atos materialmente, por sua própria essência, administrativos.

Examinando, por seu turno, ações do Judiciário, sustenta que o órgão julgante, “quando este nomeia, dirige ou remove seus funcionários, quando aluga ou adquire repartições, quando compra livros, adquire papel etc.”, sem dúvida está em tais casos praticando atos substancialmente administrativos.

Ao enfatizar tais colocações, assevera que ditas atividades desempenhadas pelo Legislativo e Judiciário não podem ser catalogadas, como pretendem alguns publicistas, como *pseudo* administrativas.

Com esta posição e reconhecendo “que a função administrativa não está somente a cargo da administração, também a realizam em certa medida os outros poderes”, sublinhou o autor a impossibilidade de caracterizar-se a função administrativa somente a partir dos critérios orgânico ou objetivo material, pois, como visto, tais critérios não se ajustam para configurá-la com a necessária precisão jurídica.

Com efeito, a função administrativa, em oposição às duas outras, caracteriza-se por não ter um conteúdo próprio, além de albergar atividades exercidas pelo Legislativo e Judiciário.

Tais componentes, à evidência, assim, mostram a insuficiência dos citados critérios para explicitá-la, donde, à vista da sua fluidez e elasticidade, poder-se identificar a função administrativa somente como supeditado no regime jurídico que a rege, que é o regime jurídico administrativo.

Em abono ao assinalado, o mestre argentino escreveu: “a função administrativa não é realizada por nenhum órgão com exclusão dos demais e, como não tem um conteúdo próprio que a caracterize, sua definição é uma síntese das conclusões parciais que expusemos”.

Em precioso e jurídico resumo, a seguir, o autor enuncia seu conceito sobre função administrativa, dizendo: “a) em primeiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos

administrativos; b) em segundo lugar, toda a atividade que realiza o órgão legislativo, excluída a função legislativa (em sentido material e orgânico) que lhe é própria; c) em terceiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos judiciais, excluída a função jurisdicional (em sentido material e orgânico) que especificamente realizam”.

E, afinal, emite sua definição: “É toda a atividade que realizam os órgãos administrativos e a atividade que realizam os órgãos legislativo e jurisdicional, excluídos respectivamente os fatos e os atos materialmente legislativos e jurisdicionais”.

Deflui, assim, de sua conceituação que Gordillo se calcou num critério misto, ou seja, orgânico e objetivo material, para expor seu pensamento sobre função administrativa.

Com singular clareza, Marcelo Caetano, ilustre administrativista português, publicista de renome internacional, autor do célebre *Manual de direito administrativo* (4. ed., 1965), englobando a função administrativa e jurisdicional na função executiva, tece eruditas considerações de ordem doutrinárias.

Registrado que cabe à função política traçar os princípios fundamentais do Estado, que de outro lado a função técnica visa pragmaticamente dar implementação àquela, sustenta Marcelo Caetano que a função legislativa tem por objeto primordial criar o Direito segundo os ditames da Política, com um caráter eminentemente utilitário, em plena harmonia com a realidade nacional.

Aludindo à função executiva, disse: “é a atividade dos órgãos do Estado que tem por objeto direto e imediato promover e assegurar o cumprimento das leis, aplicando sanções aos infratores dos preceitos legais”.

A função executiva, assim, não se limita à atividade estatal originária do órgão respectivo, pois que ela se exercita também através do órgão jurisdicional.

O seu objeto, portanto, consiste na aplicação do Direito, quer proceda essa atividade da via administrativa propriamente dita, quer da via julgante. *

A função executiva, dessa forma, biparte-se em duas vias, a saber: a administrativa e a jurisdicional.

Na via administrativa, sustenta o autor que o Estado, por seus órgãos, tem iniciativa e age como parte, e, assim, procede com parcialidade ao dar cumprimento à lei.

A ação administrativa, portanto, caracteriza-se pela iniciativa (parcialidade) com que se manifesta em sua obra.

Já, ao contrário, na via jurisdicional, a prestação de tal atividade somente ocorre quando o aparelho judiciário é convocado pelas partes (particulares ou pelo próprio Estado) para dirimir conflitos de interesses entre ligantes.

Em apoio ao exposto, Marcelo Caetano aduz: "O órgão do Estado executor da lei procede sobretudo mediante operações intelectuais: verifica os fatos e ajusta-lhes o Direito aplicável".

E, em tópico seguinte, adverte: "Tal modo de executar a lei exige perfeita imparcialidade do órgão de execução; este não deve estar de modo nenhum interessado no conflito (ninguém pode ser juiz em causa própria) e não deve resolver sem ouvir todos os interessados".

Essa atividade tem como característica a passividade e a imparcialidade.

Considera, afinal, Marcelo Caetano que ditas vias de execução da lei podem, dentro de um critério formal, ser capituladas como funções.

O autor, contudo, ao salientar que o real objeto da função executiva se traduz na aplicação da lei, mediante as vias administrativas e jurisdicional, porém na condição de parte, sem dúvida valeu-se de um critério formal para expor seu pensamento sobre essa função.

A função administrativa, como visto, para Marcelo Caetano consiste na atividade desenvolvida pelo Estado, por iniciativa dele, quando age como parte nas relações com os particulares, para dar concreção aos comandos contidos na lei.

Assim, não obstante diga o autor "que em virtude da heterogeneidade e da desuniformidade da atividade e dos órgãos administrativos, a função administrativa é apenas um conceito de formulação teórica, que não serve para caracterizar a administração", não se pode deixar de considerar que Marcelo Caetano concebeu a função administrativa segundo um critério objetivo formal.

Renaio Alessi, extraordinário administrativista italiano, autor da consagrada obra *Instituciones de derecho administrativo* (1970), na introdução de sua obra, afirma a incontestada primazia do Direito Público sobre o Direito Privado.

A atividade administrativa compreende a produção de atos jurídicos complementares, ou seja, de implementação àqueles atos primários contidos na lei.

O Estado, todavia, desenvolve essa atividade complementar, na condição de sujeito, agindo por seus órgãos e agentes, para a concreção de seus fins.

Mas a Administração procede, no exercício de sua atividade, sempre numa situação de superioridade, pela discricionariedade de que se investe.

Categoricamente afirma: "Portanto é parte, mas sempre em situação de superioridade; se trata de relações, mas situadas em um plano vertical, por assim dizer, mais que horizontal".

A atividade administrativa, portanto, caracteriza-se pela superioridade com que a Administração age como parte em suas relações e por editar seus atos em conformidade com a lei, implementando-a.

Alessi, dessa forma, ao enunciar seu conceito sobre função administrativa, louvou-se inequivocamente num critério objetivo material, pelas características identificadoras da função, mas, também, objetivo formal, pois que não deixou de considerar o papel que a Administração desempenha como sujeito da ação estatal.

2.3 Ministério Público e exercício de função administrativa. Peculiaridade

Conforme destaca José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, 6. ed., 1990, p. 504), "o Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas uma lei de 1890 (de n. 1.030) já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário, e sua emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de 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".

Dentre suas funções constitucionais destacam-se as previstas no art. 127, *caput*, c/c o art. 129, da Constituição da República.

Importa aqui asseverar que o Ministério Público é exercente de função administrativa por sua própria natureza.

Suas atribuições correspondem a um tipo de atividade estatal, não legislativa ou jurisdicional, de caráter público, cujas características são identificáveis à luz do ordenamento jurídico, como próprias e inerentes ao Estado.

No exercício de suas prerrogativas de autoridade ou como destinatário de parcela do poder estatal, age em posição sobranceira em relação ao particular e aos próprios Poderes constituídos. Isso decorre da posição natural que ele assume na postura desinteressada e imparcial, buscando única e exclusivamente o desiderato previsto na Constituição.

A peculiaridade no exercício da função do Ministério Público é que, não obstante pertencendo ao Poder Executivo, por simples posicionamento constitucional, *não atua marcado pela parcialidade* com que manifesta-se em seus atos.

À identidade do Poder Judiciário, o Ministério Público procede sempre com imparcialidade, no exercício de suas prerrogativas de autoridade, mesmo interessado

numa relação jurídica, debaixo da lei e em obediência a ela, a fim de cumprir as finalidades assinaladas da Constituição.

Pertence ao Ministério Público parcela do poder político executivo para efetivação das leis e, de modo imediato, os interesses públicos traçados na Constituição. Com a devida legitimidade, opera com meios próprios para alcançar os fins que deve prover.

Cabe ainda dizer que o poder estatal é *uno*, não obstante exerça suas atividades através de três órgãos (Poderes) distintos de atuação.

"A despeito disso, sustentam constitucionalistas e administrativistas que a tripartição das funções estatais como concebida por Montesquieu, revela-se, na atualidade, pela rigidez de sua sistematização, como superada. Essa realidade aflora do sistema-constitucional-positivo, que atribui a cada órgão do Poder uma função preponderante (típica), e uma função secundária (atípica), próprias dos outros órgãos. De conseguinte, nenhuma das funções estatais, legislativa, executiva e jurisdicional, tem o monopólio exclusivo de determinada função", utilizando aqui as palavras de Aricê Moacyr Amaral Santos em notável estudo sobre função administrativa (*Revista de Direito Público* n. 89/163). E bem a propósito cita Agustín A. Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, 1974, t. I), o qual salienta que "o poder estatal, uno e soberano, respeita a tripartição tradicional dos poderes, embora essa repartição orgânica não corresponda, juridicamente, a uma efetiva e real divisão das funções desempenhadas pelo Estado"

Por fim, cumpre enfatizar que o próprio desiderato constitucional do Ministério Público, previsto no art. 127 da CR, qual seja, "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*", destacando estes últimos, confunde-se com a atividade administrativa contida e que caracteriza o regime jurídico-administrativo, posto que característica indissociável do regime jurídico-administrativo é a *indisponibilidade dos interesses públicos*.

Portanto, onde quer que se encontre relação jurídico-administrativa, dada a sua peculiaridade, poderá o Ministério Público exercer a função administrativa de controle, dados seus desígnios constitucionais.

3 NOÇÃO DA ATIVIDADE DE CONTROLE

No abalizado dizer de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, 15. ed., 1990, p. 561 e segs.), ao abordar o tema do controle da Administração, inicia suas considerações ressaltando a necessidade do controle.

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em

lei e as exigências do bem comum. Infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e o *expõe à* acumulação, pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada.

Em outros casos, o interesse público impõe a verificação da eficiência do serviço ou a utilidade do ato administrativo, exigindo a sua modificação ou supressão, ainda que legítimo, mas ineficiente, inútil, inoportuno ou inconveniente à coletividade, o que é feito pela Administração — e somente por ela — através da revogação.

Caso há, ainda, em que a realização do ato pelo Executivo ou a sua eficácia depende de autorização ou aprovação do Legislativo, num controle eminentemente político.

Controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

O controle, no âmbito da Administração direta ou centralizada, decorre da subordinação hierárquica, e, no campo da Administração indireta ou descentralizada, resulta da vinculação administrativa, nos termos da lei instituidora das entidades que a compõem. Daí por que o controle hierárquico é pleno e ilimitado, e o controle das autarquias e das entidades paraestatais em geral, sendo apenas um controle finalístico, é sempre restrito e limitado aos termos da lei que o estabelece. E justifica-se essa diferença, porque os órgãos centralizados são subordinados aos superiores, ao passo que os entes descentralizados são administrativamente autônomos e simplesmente vinculados a um órgão da entidade estatal que os criou. Por essa razão, o órgão superior controla o inferior em todas as suas atividades, enquanto que o órgão a que a autarquia ou a entidade paraestatal se acha vinculado só as controla nos aspectos que a lei determinar, e que normalmente se restringem ao enquadramento da conduta da entidade no plano geral do Governo e à consecução de suas finalidades estatutárias, nos termos da supervisão ministerial (Decreto-Lei 200/67, arts. 19 a 21).

Como faculdade onímoda, o controle é exercitável em todos e por todos os Poderes de Estado, estendendo-se a toda a Administração e abrangendo todas as suas atividades e agentes. Bem por isso, diversifica-se em variados tipos e formas de atuação para atingir os seus objetivos, como veremos a seguir.

Os tipos e formas de controle da atividade administrativa variam segundo o Poder, órgão ou autoridade que os exercitam, ou o fundamento, o modo e o momento de sua efetivação. Assim, temos a considerar, com precedência sobre os demais por sua permanência e amplitude, o controle da própria Administração sobre seus atos e agentes (controle administrativo ou executivo), e, a seguir, o do Legislativo sobre determinados atos e agentes do Executivo (controle legislativo ou parlamentar), e, finalmente, a correção dos atos ilegais de qualquer dos Poderes pelo Judiciário, quando lesivos de direito individual ou do patrimônio público (controle judiciário ou judicial).

Esses controles, conforme o seu fundamento, serão hierárquicos ou finalísticos; consoante a localização do órgão que os realiza, podem ser internos ou externos; segundo o momento em que são feitos, consideram-se prévios, concomitantes ou subseqüentes, ou, por outras palavras, preventivos, sucessivos ou corretivos; e, finalmente, quanto ao aspecto controlado, podem ser de legalidade ou de mérito.

Fechando este tópico, é fundamental que se esclareça que o poder de controle é atribuído a quem, por indicação legal ou constitucional, possui a iniciativa de obstar o ato a que se pretende submetê-lo a controle.

Portanto, quando se afirma ou se diz controle dos atos da Administração pelo Ministério Público, sendo este órgão titular de diversas vias de exercício do controle, trata-se de *controle do Ministério Público*, porque este é titular do poder de iniciar o processo de controle. Assim cai por terra a afirmação de certos administrativistas os quais defendem que o controle pelo Ministério Público, em verdade, trata-se de controle jurisdicional. Incidem em erro os que assim pensam, pois levam em conta apenas o órgão de que emanam as determinações constritivas — o Judiciário — e deixam de levar em conta o órgão dinâmico que possui o poder de desencadear o processo — o Ministério Público. E tanto assim é, que o Judiciário, Poder eminentemente inerte, pois precisa ser provocado, caso não lhe seja submetida determinada pretensão, nada poderia fazer posto que não age de ofício.

4 FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em preciosa monografia intitulada *O Ministério Público na Constituição de 1988* (1989, p. 95), o seu autor, Hugo Nigro Mazzilli, destaca as funções do Ministério Público em *típicas* e *atípicas*. Aproveitando sua lição, tem-se o seguinte:

Dentro da destinação institucional que lhe reservam as leis, o Ministério Público atua mais freqüentemente em funções típicas, ou seja, em funções próprias ou peculiares à Instituição. É o caso da promoção da ação penal pública (CF, art. 129, I); da promoção da ação civil pública (CF, art. 129, III); da defesa da ordem jurídica; do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127); do zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (CF, art. 129, II), etc..

Fazendo já dita distinção, Seabra Fagundes cuidou do Ministério Público e a conservação da ordem jurídica no interesse coletivo: "Aqui, advirta-se, só nos reportamos às funções intrinsecamente próprias do Ministério Público, às funções peculiares à sua natureza de órgão da sociedade, tal como hoje conceituado. Abstramos de considerar a atribuição de advogado da Fazenda Pública, muita vez cometida aos seus membros, porque somente motivo de ordem prática (a onerosidade da manutenção de advogados da Fazenda, ao lado dos titulares de promotorias e curadorias, faz que tal competência perdure com os titulares do Ministério Público; essa competência é incompatível, em qualidade, com o teor de neutralidade própria da função de defensor da lei" (*Justitia*, 35/7).

Outras atribuições cometidas à Instituição, entretanto, são-lhe ou foram-lhe atípicas, caso as confrontemos com a destinação global do Ministério Público.

Foi o caso, por exemplo, da já mencionada representação judicial dos interesses patrimoniais da União (CF de 1969, art. 95, § 2º; CPC, art. 1.212), hoje vedada à Instituição; agora também lhe é proibida a consultoria jurídica de entidades públicas (CF de 1988, art. 129, IX), exceção feita à norma transitória do art. 29, § 5º.

Ainda exercita atualmente algumas funções atípicas, como no patrocínio do reclamante trabalhista (CLT, art. 477, § 3º; Lei n. 5.584/70, art. 17), bem como nas hipóteses em que está autorizado a prestar supletiva assistência judiciária (LC 40/81, art. 22, XIII), nas de substituição processual do revel ficto (CPC, art. 9º, II, e parágrafo único; LC estadual n. 304/82, art. 41, II) e das vítimas de crime nas ações *ex delicto* (CPP, art. 68). Doravante, nestas últimas hipóteses, segundo disponha a legislação infraconstitucional, é possível admitir a atuação supletiva ou substituta da Defensoria Pública.

À vista do que já foi exposto, quer atue em função típica, quer em função atípica, em suas atividades institucionais o Ministério Público sempre age em busca de um interesse público, que ora está ligado a pessoas determinadas (v.g., o zelo pelos interesses dos índios — CF, art. 232; de incapazes — CPC, art. 82, I; do alimentando — Lei n. 5.478/68, art. 9º; do acidentado do trabalho — CPC, art. 82, III; da fundação — CC, art. 26; da massa falida — Lei de Quebras, art. 210), ora ligado a grupos de pessoas determinadas ou determináveis (v.g., a defesa judicial dos interesses das populações indígenas — CF, art. 129, V; a defesa do consumidor e outros interesses coletivos — CF, art. 129, III; Lei n. 7.347/85), ou, enfim, ora se relaciona de modo indeterminado com toda a coletividade (v.g., nas ações penais — CF, art. 129, I, e CPP, arts. 24 e 257; nas questões de estado — CPC, art. 82, II; no mandado de segurança — Lei n. 1.533/51, art. 10; na ação popular — Lei n. 4.717/65, art. 6º, § 4º; na ação em defesa do meio ambiente e outros Interesses difusos — CF, art. 129, III; Lei n. 7.347/85).

Não se pode negar que a intervenção do Ministério Público, como visto, pressupõe sempre o zelo de um interesse público. Contudo, quando verificamos o escopo da jurisdição, os princípios norteadores do desvio processo legal, a preservação do equilíbrio do contraditório e a defesa da ordem jurídica, somos levados a concluir que em todos os processos sempre há um interesse público subjacente. De forma aparentemente contraditória, porém, ao menos *de lege lata*, o Ministério Público não atua em qualquer processo, em que pese dizer a atual Constituição ser ele "instituição essencial à função jurisdicional do Estado" (art. 127). *De lege ferenda*, pode-se cogitar da intervenção do Ministério Público em todas as ações, não só pela sua destinação constitucional, como também diante do modelo federal, pois a instituição oficiará em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103, § 1º).

A razão dessa ausência de intervenção em diversos feitos parece-nos clara: na verdade, o Ministério Público sempre intervém no zelo de Interesses sociais ou

individuais indisponíveis (CF, arts. 127 e 129, I e IV), ou zelo de interesses difusos ou coletivos (CF, art. 129, II, III e V). Nesta última categoria, podem ser inseridas as hipóteses de defesa do meio ambiente ou do consumidor. Quanto às primeiras, zela por uma indisponibilidade que, ora é absoluta, por dizer respeito ao próprio bem jurídico objeto da demanda (p. ex., na ação penal pública, há o conflito entre o *ius puniendi* e o interesse à liberdade; na ação de nulidade de casamento, o estado da pessoa é matéria de ordem pública), ora é relativa, porque só diz respeito a um bem de que não pode dispor determinada pessoa (p. ex., um imóvel, que em si mesmo não é senão um bem patrimonial disponível, se pertencer a um incapaz, não poderá ser objeto de atos de disponibilidade nem deste, nem de seu representante legal, consoante os arts. 385 e 386 do CC).

Nas hipóteses de indisponibilidade absoluta, o Ministério Público intervém para zelar por um interesse público impessoal. Aqui, sua legitimidade faz pressupor atuação desvinculada do interesse de qualquer das partes, desde que sempre em busca de sua destinação institucional (p. ex., na ação de nulidade de casamento, o órgão interveniente, agindo com liberdade, apenas limitado pela sua consciência, pode apelar em busca da procedência ou da improcedência do pedido, com o que favorecerá eventualmente a um ou a outro dos partícipes da relação processual); contudo, nessa hipótese, não terá interesse em recorrer, por exemplo, da fixação do montante dos honorários advocatícios carreados a título de sucumbência a uma das partes maiores e capazes, pois, diversamente da questão de mérito subjacente, que é o estado das pessoas, a matéria da verba honorária se inclui dentro do campo de disponibilidade dos interessados.

Também nas situações de indisponibilidade relativa, a atuação do órgão ministerial está limitada pela finalidade última da intervenção. Assim, quando haja interesses de incapazes, ainda que se admita que possa opinar com liberdade (*Justitia*, 130/187; *RT*, 467/272 — STF), não poderá arguir exceções ou apelar contra eles, pois aqui estaria tomando a iniciativa do impulso processual de defesa dos interessados da parte contrária, que é maior e capaz, em cujo favor, no caso, não está institucionalmente destinado o Ministério Público a agir.

Não é diverso o que ocorre na defesa de interesses coletivos ou difusos, pois também aqui a atuação ministerial está evidentemente balizada pela finalidade inteventiva. Não terá a Instituição interesse nem legitimidade para tomar iniciativa de impulso processual se, assim fazendo, estiver em contrariedade com os interesses que legitimam sua atuação.

Procurando sistematizar as causas interventivas da instituição ministerial, Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo, que pode ser considerado o ideólogo do Ministério Público na Constituição de 1988, com bastante felicidade identificou quatro situações que exigem o comparecimento da instituição em juízo:

“1ª) Quando a parte litigante se apresente de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a

igualdade das partes no processo. É o que ocorre, por exemplo, com os acidentados do trabalho, que devem enfrentar, em juízo, toda autoridade especializada em contrariar pretensões dessa natureza. Sem o Ministério Público, em casos assim, o processo seria um método injusto de solução de conflitos.

2ª) Quando a condição pessoal da parte torna o seu direito indisponível ou disponível de forma limitada.

3ª) Quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade do seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota de indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge.

4ª) Quando o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como interesses difusos e os coletivos).” (Prefácio ao livro Curadoria de ausentes e incapazes, APMP, 1988.)

Podemos concluir, portanto, que as funções institucionais do Ministério Público devem ser iluminadas pelo zelo de um interesse social ou individual indisponível, ou, então, pelo zelo de um interesse difuso ou coletivo. Sua atuação processual dependerá, ora de natureza do objeto jurídico da demanda, ora se ligará à qualidade de uma das partes, quer porque de seus interesses não possam elas dispor, senão limitadamente, quer porque seus titulares padecem de alguma forma de acentuada deficiência, que torna exigível a intervenção protetiva ministerial.

5 MINISTÉRIO PÚBLICO E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1 No Direito Comparado

Quanto à fiscalização das atividades administrativas, os controles, em nosso país, têm sido, em sua maior parte, insuficientes (como o autocontrole da Administração ou o exercido pelo Poder Legislativo) ou morosos (como o judicial). Necessitamos, em verdade, de um organismo independente e capaz, como o Ministério Público, perante o qual se possa exercer, com maior eficiência, o direito de petição, de reclamação contra o abuso de poder administrativo.

No Direito Comparado, é relevante a atividade do Ministério Público em tema de controle da legalidade da atuação dos Poderes Públicos.

Na Alemanha Ocidental, em que a Justiça Administrativa, embora separada da Justiça Ordinária, integra o Poder Judiciário, o Ministério Público Federal funciona perante o Tribunal Administrativo Federal.

Na Espanha, o art. 54 da Constituição Nacional contempla a figura do Defensor do Povo, alto comissionado das Cortes Gerais, designado para a defesa dos direitos e

liberdades fundamentais, e que supervisiona a atividade da Administração Pública, dando conta de sua atuação àquelas.

Em Portugal, o art. 23 da Constituição trata do Provedor de Justiça, designado pela Assembleia da República, ao qual os cidadãos apresentam queixas por ações ou omissões dos Poderes Públicos: sem poder decisório, faz recomendações para prevenir ou reparar injustiças.

A Procuradoria tem, nos países socialistas, papel importante, na matéria de controle da Administração Pública, conforme já salientado.

O art. 133 da Constituição Búlgara estatui que "o Procurador-Geral exerce controle quanto à estrita e igual aplicação das leis pelos Ministérios, outros órgãos administrativos e pelos órgãos estatais locais, assim como por organizações econômicas e sociais, funcionários e cidadãos".

A Procuradoria protege os direitos e os interesses legítimos dos cidadãos. Ela organiza e dirige a luta contra as infrações e os atos ilícitos, tomando as medidas para sua prevenção e a iniciativa das investigações contra os delinquentes.

A Procuradoria toma as medidas com vistas à anulação dos atos ilegais e ao ressarcimento dos direitos desrespeitados.

O Procurador-Geral, responsável perante a Assembleia Nacional, é eleito por cinco anos, mas exonerável a qualquer momento. Os outros Procuradores são nomeados e exonerados pelo Procurador-Geral, sendo tidos como independentes e sujeitos, apenas, à lei (arts. 134 e 135).

Os arts. 64 e segs. da Constituição da República Popular da Polônia dispõem sobre o Ministério Público, que vela pela legalidade popular e pela propriedade socializada e garante o respeito aos direitos dos cidadãos. É o Procurador-Geral nomeado e exonerado pelo Conselho de Estado.

Os arts. 112 a 115 da Constituição da Romênia contemplam os órgãos da Procuradoria Geral, que exerce a supervisão da atividade dos órgãos de persecução penal e das Cortes, e vela, nos termos da lei, pela observância desta, pela defesa da ordem socialista, dos direitos e legítimos interesses das organizações socialistas, de outras pessoas jurídicas e dos cidadãos.

Na Tchecoslováquia, o Judiciário e a Procuradoria Geral são objeto do Capítulo VII da Constituição, emendada pelo Ato Constitucional n. 155, de 17/12/69, com vigência a partir de 1/1/70.

Os princípios básicos são o caráter popular dos Tribunais, a elegibilidade dos Juízes, a sua independência.

O art. 97 do texto constitucional dispõe que o Judiciário e a Procuradoria Geral protegerão o Estado Socialista, sua ordem social e os direitos e legítimos interesses dos cidadãos e das organizações do povo trabalhador. O Judiciário e a Procuradoria Geral, em toda a sua atividade, educarão os cidadãos na lealdade a seu país e à causa do Socialismo, no respeito às leis e regras da conduta socialista e no estrito cumprimento de seus deveres para com o Estado e a Sociedade.

Há uma Procuradoria Geral Federal, e uma para cada República nacional (a República Tcheca e a República Eslovaca, que são os dois Estados Nacionais Socialistas integrantes da Federação Tchecoslovaca).

O art. 104, Seção I, da Constituição, expressa o papel e os encargos típicos da Procuradoria Geral: "a supervisão da uniforme administração e preservação das normas legais e de outras espécies, pelos Ministros e outros órgãos da Administração do Estado, pelas Comissões Nacionais, pelos Tribunais, pelas organizações econômicas e outras, e pelos cidadãos", o que pode ser resumido na cláusula "proteção e supervisão da observância da legalidade socialista".

Na Hungria, os arts. 42 e segs. da Constituição dispõem sobre a Procuradoria Geral da República Popular Húngara, com o encargo de "velar pelo respeito à legalidade". Em sua competência jurídica, o Procurador-Geral vela por que os Ministros, os órgãos a eles subordinados, as repartições, as instituições e outros órgãos, inclusive legais, do Poder do Estado, assim como todos os cidadãos respeitem a lei.

O Procurador-Geral vela também por que se proceda à persecução conseqüente a todo ato que viole ou ponha em perigo a ordem, a segurança e a independência da República Popular Húngara.

A Constituição da República Popular da China dispõe, em seus arts. 129 e segs., sobre os Tribunais Populares e as Procuradorias Populares.

A Procuradoria Popular Suprema exerce sua autoridade fiscalizadora sobre todos os órgãos subordinados ao Conselho de Estado (constituído pelo Ministério, e que é o órgão executivo e administrativo supremo do Estado), os organismos locais, os funcionários públicos e os cidadãos, com vistas a assegurar a observância da Constituição e das leis.

Há, ainda, as Procuradorias Populares locais e as especiais, que exercem suas autoridade fiscalizadora nos limites prescritos pela lei.

Os arts. 164 a 168 da Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas tratam do Ministério Público.

Ao Procurador-Geral da ex-URSS e aos Promotores a ele subordinados cabe o controle supremo do exato e uniforme cumprimento das leis por todos os ministérios,

comissões e departamentos estatais, empresas, instituições e organizações, órgãos executivos e administrativos dos Soviets locais de deputados populares, Kolkoses, cooperativas e outras organizações sociais, assim como pelos funcionários públicos e pelos cidadãos.

O art. 179 da Constituição da República Árabe do Egito dispõe sobre o Promotor Público Socialista, responsável pela iniciativa dos processos que garantam os direitos do povo, a segurança da sociedade e seu sistema político, a preservação das conquistas socialistas. Está sujeito ao controle da Assembléia Popular.

Na Constituição da República Socialista Federal da Iugoslávia, o Ministério Público está contemplado no art. 235, como sempre apresentado como órgão estatal autônomo, encarregado da persecução penal e de tomar as medidas, determinadas pela lei, em defesa dos interesses da comunidade social, e de interpor os recursos jurídicos de proteção da constitucionalidade e da legalidade. Tem o poder-dever de informar à Assembléia da respectiva comunidade sócio-política sobre a execução da lei e acerca do trabalho que realiza.

O art. 374 prevê a figura do Advogado Social da Autogestão, a quem cabe, junto com a Justiça e com o Ministério Público, a defesa social dos direitos de autogestão, pelos trabalhadores, da propriedade social.

A Constituição da República Democrática Alemã, em versão de 1974, trata, em seu art. 97, da competência do Ministério Público, encarregado de zelar pela preservação estrita da legalidade socialista.

Pode-se verificar, com facilidade, que o papel do Ministério Público, no Brasil, em termos de controle da legalidade da atuação pública, tem sido pouco desenvolvido em relação ao que tem lugar em outros Estados.

5.2 Formas de execução e materialização do controle do MP sobre os atos da Administração

Como foi visto anteriormente, a corrupção na Administração Pública brasileira raras vezes tem sido apurada com seriedade, embora frequentemente denunciada pelos meios de comunicação. Por isso se ouve dizer que o Brasil é o país de impunidade.

A Assembléia Nacional Constituinte de 1988, sensível a estes fatos, inseriu na Constituição diversos meios democráticos de controles do Poder, como, por exemplo:

a) o mandado de segurança coletivo, inédito até então no direito brasileiro — art. 5º, LXX;

b) o *habeas data*, para conhecimento aos interessados de informações constantes de órgãos governamentais — art. 5º, LXXII;

c) o mandato de injunção, destinado a viabilizar o exercício dos direitos e liberdades do cidadão — art. 5º, LXXI;

d) a iniciativa popular de leis, inovação constante dos artigos 14, III, 27, § 4º e 29, XI, assim como o referendo;

e) as reclamações relativas à prestação de serviços públicos — art. 37, § 3º;

f) a denúncia de irregularidades perante o Tribunal de Contas, garantia a qualquer cidadão, sindicato e associação — art. 74, § 2º;

g) a divulgação mensal do montante de cada tributo arrecadado, em todos os níveis de governo — art. 162;

h) a publicação, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, de relatório da execução orçamentária — art. 165, § 3º;

i) a função confiada ao Ministério Público de “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” — art. 129, II;

j) os princípios fundamentais da Administração Pública, especialmente os da moralidade, impessoalidade e publicidade — art. 37;

k) a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, a cargo do Poder Legislativo, que levará em conta também a legitimidade e a economicidade dos gastos públicos — art. 70;

l) a publicidade das contas dos Municípios, que deverão ficar sessenta dias à disposição de qualquer contribuinte para exame e questionamento — art. 31 § 3º;

m) a improbidade administrativa do Presidente da República, considerada crime de responsabilidade, como também os atos que atentem contra a lei orçamentária — art. 85, V e VI;

n) inúmeras outras disposições constitucionais ampliam ainda mais o rol de instrumentos de controle dos atos administrativos, *v.g.*, as dos artigos 5º, XXXIII, XXXIV, LXXIII e LXXVII; 15, V; 35, II; 49, V, IX e X; 51, I e II; 58 § 2º, III, IV, V e VI e § 3º; 71; 72; 74; 84, XXIV; 102, I; 125, § 2º e 129, III, IV, VI e VII.

O propósito dos constituintes de submeter a Administração Pública a uma efetiva vigilância revela-se, ademais, na tendência descentralizadora da nova Carta, que transferiu aos Estados e Municípios volumosos recursos, atenuando desta forma uma das graves deformações do nosso sistema político-institucional, que consiste na excessiva concentração de rendas nos cofres da União.

Assim, o próprio conceito de Federação ganha melhor sentido, e principalmente o dinheiro do contribuinte fica mais próximo, com maiores possibilidades de fiscalização.

Esta tendência transparece, outrossim, na competência atribuída aos Municípios de promulgar a sua própria lei orgânica — art. 29.

A descentralização fica ainda mais nítida com a leitura dos artigos 22, parágrafo único; 23; 24; 25, § 1º; 125 e 129, IX.

Aliás, acerca deste último dispositivo (art. 129 IX), saliente-se que a Lei Maior permitiu aos Estado confiar ao Ministério Público outras funções, as quais poderão estar dirigidas ao controle dos atos administrativos.

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

Instituir é criar, fundar. Assim, instituição é um conjunto ordenado de princípios e normas que regem certa entidade ou organizações.

Por isso diz-se que o Ministério Público é uma Instituição, porque corresponde a uma criação político-jurídica.

Política porque nascida do Poder Constituinte, definida na Carta Política e responsável pela defesa do regime democrático, o que pressupõe exercício de funções também políticas.

Jurídica porque concedida em lei para defender a ordem jurídica, o ordenamento jurídico, os princípios e as regras de direito vigentes.

Instituição permanente porque sua existência é necessária em todos os momentos da vida jurídica e política da nação; inseparável e indispensável à sobrevivência da organização social moderna e da democracia.

Essencial à função jurisdicional do Estado, mas não somente isto, uma vez que a Instituição exerce outras funções, próprias, institucionais, extrajudiciais, por vezes administrativas, v.g., expedir notificações, requisitar diligências, exercer controle externo da atividade policial, atuar junto aos Tribunais de Contas, instaurar inquéritos civis.

Incumbe-lhe também a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Observa-se que o vocábulo “interesses”, na Carta Política, não vem empregado na acepção restrita de interesses juridicamente protegidos, isto é, na acepção jurídica, mas sim no sentido mais amplo de interesses jurídico-políticos. A missão de defender o

regime democrático demonstra esta assertiva de que o *Parquet* defende interesses políticos da sociedade.

Interesses sociais indisponíveis são aqueles fatos que convêm, trazem proveito, preocupam e são necessários à generalidade das pessoas, sobre os quais não se pode transigir; são inegociáveis e imanentes à Sociedade.

Interesses individuais indisponíveis, ao contrário, podem até ser considerados os acima citados, porém, pertinentes a uma pessoa individualmente considerada.

A definição constitucional do Ministério Público só estará completa com o exame de suas funções institucionais, previstas no art. 129, e de suas vedações, apontadas no art. 128, § 5º, II e 129, IX, o que será feito a seguir, naquilo que se relaciona com o tema central desta obra.

Com efeito, de acordo com o art. 129, estas são suas funções institucionais voltadas para o tema em foco:

a) *“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” (inc. II).*

Esclareça-se preliminarmente que funções institucionais são aquelas atribuições próprias da instituição, primárias, fundamentais e essenciais, em oposição às acidentais, atípicas ou secundárias, como é o caso da representação judicial da Fazenda Pública.

Poderes Públicos são os órgãos, as autoridades, os agentes públicos ou administrativos.

Serviços de relevância pública são aqueles que, por sua importância, são considerados essenciais do Estado.

Aos direitos assegurados nesta Constituição, entenda-se, naturalmente, aqueles direitos sobre os quais o Ministério Público tem legitimidade para agir, seja quem for seu titular — uma pessoa determinada, uma entidade, a sociedade — como, por exemplo, os constantes do art. 5º, XXXIII e XXXIV e outras liberdades públicas.

É longa a lista de direitos que visam a proteger o cidadão em suas relações com o Estado, preservando-lhe a vida, a liberdade e a dignidade. O Ministério Público tem o dever de zelar para que os Poderes e seus agentes os respeitem.

Promovendo as medidas necessárias, a sua garantia consiste em adotar as medidas judiciais, extrajudiciais ou outras (a Constituição não restringe) que garantam o aludido respeito, a exemplo das previstas no art. 129, III, VI e VII.

Com esta nova função, o Ministério Público efetivamente assume o papel de procurador do cidadão e da Sociedade em geral.

b) “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inc. III).

Promover é tomar a iniciativa de realizar algo; é pôr em movimento. Promovente é aquele que tem a iniciativa, que provoca, por ato seu, a feitura ou a execução de alguma coisa.

Promover o inquérito civil é instaurar dito procedimento, como estatuído, por exemplo, na Lei n. 7.345/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, legitimado o órgão ministerial para propositura de tal medida.

Ação civil pública é aquela providência judicial, de fins patrimoniais, em que o poder de provocar a jurisdição é atribuído a um órgão do Estado. Tanto a parte quanto o interesse e o fundamento são públicos.

Patrimônio público e social — Considera-se patrimônio um complexo de bens materiais e imateriais, direitos, relações, interesses e ações pertencentes a alguém.

Segundo De Plácido e Silva, “o patrimônio público é representado pelo conjunto de bens que pertencem ao domínio do Estado, e que se instituiu para atender a seus próprios objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas.” É neste sentido que a Constituição emprega a expressão nos artigos 5º, LXXIII, e 23, I.

Patrimônio social é o complexo de bens, interesses e direitos pertencentes à sociedade, à generalidade das pessoas, como o meio ambiente saudável.

Por “outros interesses difusos e coletivos” devemos entender aquelas conveniências, necessidades ou proveitos que estão disseminados, dispersos, espalhados no corpo social. Nesse sentido é a expressão empregada do Decreto n. 2.427/88, do Governo do Estado de Santa Catarina, que “Institui o Programa Estadual de Proteção e Orientação ao Consumidor — Procon — e dá outras providências”, figurando a Procuradoria Geral de Justiça como órgão de apoio.

Assim, todo e qualquer ato administrativo que atente contra o patrimônio público deve ser objeto de preocupação e apuração de responsabilidade por parte do Ministério Público.

c) “promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição” (inc. IV).

É a chamada ação direta de inconstitucionalidade (já que a indireta se processa por via de exceção — *incidenter tantum*), argüida pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos nos artigos 34, VII c/c 36, III, por exemplo.

Saliente-se que uma das hipóteses em que o Chefe do Ministério Público da União deve promover a intervenção é para assegurar a observância do regime democrático; e outra é para assegurar a observância do princípio da prestação de contas da Administração Pública.

Novamente transparece o controle que o Ministério Público deve exercer sobre a atividade administrativa do Estado.

d) “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (inc. VI).

De acordo com Mazzilli, “a notificação, diferentemente do mero convite, é ordem legal de comparecimento em dia e local determinados, expedida pelo órgão do Ministério Público, a qual para fins penais se considera ordem legal de funcionário público.”

Procedimentos administrativos de sua competência são, *v.g.*, o inquérito civil (art. 129, III, CF), processos disciplinares, procedimentos destinados ao controle externo da atividade policial, as medidas indicadas no supramencionado art. 129, inc. II.

Anote-se que requisição também é ordem legal de funcionário público, cujo descumprimento injustificado caracteriza crime de desobediência.

Requisitar informações e documentos é uma necessidade natural de todo e qualquer órgão que venha a apurar abusos na Administração Pública.

A apuração de atos de corrupção vai depender, em grande medida, dos poderes investigatórios conferidos ao Ministério Público ou a qualquer agente encarregado do controle.

A matéria atualmente está disciplinada na Lei Complementar n. 40/81, mas, segundo a Constituição, deverá ser objeto de nova lei complementar, que deverá trazer novos avanços.

e) “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.”

Controle externo é o exercido por um órgão ou Poder sobre outro.

De salientar que a atividade policial na nova Carta é muito abrangente, compreendendo aquela desenvolvida por todos os órgãos policiais mencionados no art. 144, ou seja, polícia federal, polícias rodoviárias, polícias civil e militares, etc..

A Constituinte preocupou-se com os excessos praticados no seio das delegacias e outros organismos policiais, confiando ao Ministério Público o seu controle e repressão.

A lei dirá a forma como o Ministério Público exercerá este controle, se através de inquérito, sindicância, processo administrativo ou outros procedimentos.

Para se alcançar este objetivo, é preciso conferir ao órgão ministerial poderes para apurar não somente as infrações policiais penais, mas sobretudo as civis e administrativas, que são mais frequentes e mais desmerecem a polícia perante a opinião pública.

Acima de tudo a lei deverá criar mecanismos de controle eficazes, que dêem respostas rápidas às queixas e reclamações, sem o que a impunidade continuará a ser regra geral.

Esta nova função do Ministério Público confirma que ele finalmente foi concebido para vigiar inúmeros desmandos que se cometem na atividade administrativa do Estado.

f) "requisitar diligência investigatória e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (inc. VIII).

Como a Constituição não restringe, deve-se entender que as diligências podem ser requisitadas a quaisquer órgãos públicos competentes para a sua realização, desde que o objeto da investigação se inclua no âmbito das atribuições do Ministério Público. E, amplificando, para a apuração e uma agressão ao meio ambiente, pode o *Parquet* requisitar a realização de perícias a órgãos públicos.

Requisitar a instauração de inquérito policial consiste em determinar a certos órgãos policiais que deflagrem tal procedimento, quando, a juízo do Ministério Público, a providência for necessária.

Indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, significa que deve a autoridade requisitante fornecer embasamento jurídico as suas manifestações processuais, tanto em processos administrativos quanto em judiciais.

g) "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" (inc. IX).

A Lei Maior deixou aberta às Constituições estaduais e às leis complementares e ordinárias a possibilidade de serem acrescentadas várias outras atribuições, desde que atendam à condição de serem compatíveis com a finalidade da Instituição.

Como está sobejamente claro na Constituição que uma das finalidades do Ministério Público é exercer controle sobre os atos administrativos, iremos apresentar adiante algumas proposições que levam a este objetivo.

Oportuno destacar que a nova Constituição ampliou as funções do Ministério Público no campo do Direito Civil, atribuindo-lhe competência para promover a responsabilidade civil dos agentes públicos, conforme está expresso no art. 58, § 3º, e no art. 129, II e III.

Como corolário natural, precisa o Ministério Público ter poderes maiores para promover a apuração de improbidade administrativa, quando houver indícios.

Assim, os meios de controle dos atos administrativos *de qualquer dos Poderes* pelo Ministério Público são as vias processuais de procedimento *ordinário*, sumarlíssimo ou especial, aptos a obter a anulação do ato ilegal em ação contra a Administração Pública. Em princípio, cabem contra a Administração Pública os procedimentos judiciais contenciosos aptos a impedir ou reprimir a ilegalidade da Administração, a invalidar o ato ilegal ou abusivo e a propiciar reparação do dano patrimonial causado ao administrativo.

5.3 Discrecionariedade e avaliação do interesse público para o exercício do controle pelo Ministério Público

O Ministério Público, no tocante ao exercício da função de controle dos atos da Administração, possui discrecionariedade em atuar ou não, pois a ele cabe identificar a situação de ameaça ou lesão de interesse social ou individual indisponível. Ou seja, o interesse público a justificar a ação do *Parquet* fica restrito a sua percepção.

Fato não admissível, inclusive a ensejar responsabilidades (ver parte V deste trabalho), é a inação do Ministério Público de exercitar a função de controle em situações manifestas de buscar a satisfação no caso concreto do resultado querido pela lei, em situação em que o interesse público é manifesto. Nestes casos, o dever de agir deve ser *de ofício*, posto não haver necessidade de o Ministério Público ser provocado para agir.

O Ministério Público é órgão da soberania da Pátria e inserido pelo texto constitucional na área da administração, mais precisamente, na área da administração da justiça. Como órgão da administração, somente pode agir, no contexto do Estado de Direito, em nome da lei e segundo a lei, nunca contra a lei.

Tem ele a atribuição de postar-se contra a atividade ilegal dos demais órgãos do Estado, seja em área de competência vinculada, seja em área de competência discrecionária.

O exame da legalidade do ato administrativo deve ser efetivado em toda dimensão possível, tornando viável o seu controle.

O sistema normativo já tem legitimado o Ministério Público para atuar em feitos que revelam a ilegalidade dos órgãos estatais: ação de mandado de segurança, ação declaratória de inconstitucionalidade, ação popular constitucional, ação de amparo aos interesses difusos.

A legitimação do Ministério Público, dentre outros fatores, deriva também da relevância da relação jurídica controvertida (CPC, art. 82, III). Os atos ilegais praticados pelos agentes da administração atingem o embasamento jurídico do Estado de Direito. Daí se extrai que toda relação jurídica, que estampe o debate em tomo da ilegalidade do ato administrativo, é virtualmente relevante para legitimar o Ministério Público processualmente, pois lhe cabe a alta função de velar pelo respeito dos princípios basilares do Estado de Direito.

Sob tal ótica, a sua legitimação processual não derivará apenas da sua importância no curso de tais ações, mas também em razão das graves consequências geradas pelo rompimento do princípio da legalidade pelos órgãos do Estado.

O perfil do Ministério Público, traçado pelo sistema normativo, advindo da aplicação do texto constitucional promulgado, há de mostrar a face do campeão do princípio da legalidade e, por conseguinte, também responsável pela permanência do Estado de Direito.

No mais, quanto à discricionariedade em atuar do Ministério Público na função de controle, fica subordinado à teoria da discricionariedade do Direito Administrativo cujo conteúdo é comum.

6 RESPONSABILIDADE PELO NÃO-EXERCÍCIO DO CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Se é certo que a função de controle dos atos da Administração se materializa principalmente através de ações civis e em caso de inércia do *Parquet*, não obsta terceiros nas mesmas hipóteses estarem legitimados a agir para ilidir atos da Administração (v. art. 129, § 1º, da CR); não menos certo é que graves consequências de ordem administrativo-política, civis ou criminais podem advir aos agentes do Ministério Público pela inércia.

6.1 Consequências de ordem penal, civil e administrativa

Pelo exercício regular de suas funções, o órgão do Ministério Público não responsabiliza a si mesmo, e sim ao Estado. Os agentes políticos "atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido escrito, não se sujeitando ao regime estatutário comum (...). Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros e atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira ou abuso de poder" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo*, cit., p.57).

Conquanto o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, fale da responsabilidade dos "agentes" nos casos de dolo ou culpa — abandonado a dicção do art. 107, parágrafo único, da Carta de 1969 —, entendemos que não se responsabiliza o agente político senão em caso de dolo ou fraude. A referência a "agentes" e não a "funcionários", no art. 37, § 6º, explica-se, antes, pela inadequação deste último vocábulo para cobrir a situação dos empregados das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, que funcionários públicos não são. Entretanto, há razões para não se incluir, no tratamento comum de responsabilidade regressiva, o agente político, como se verá.

Diz o art. 32 da Lei Complementar n. 40/81 que, "pelo exercício irregular da função pública, o membro do Ministério Público dos Estados responde penal, civil e administrativamente".

O art. 85 do Código de Processo Civil e o art. 133, I, do mesmo estatuto, atribuem responsabilidade civil aos órgãos do Ministério Público e aos magistrados, em caso de procederem em dolo ou fraude no exercício de suas funções. A literalidade dos dispositivos afasta a própria hipótese de culpa, acima aventada por Hely Lopes Meirelles. Como salienta Tornaghi, referindo-se aos membros do Ministério Público, a responsabilidade foge à regra do direito comum: "Não seria possível expô-los ao risco de ter de ressarcir os danos provenientes de erro, ainda que grosseiro, mas praticado de boa-fé, sem tolher a ação" (*Comentários*, cit., v. 1, p. 287-287). Como lembra Barbi, "se a atuação for decorrente de culpa, a sanção será apenas de natureza disciplinar, que deve ser prevista na legislação especial sobre o Ministério Público da União, dos Territórios e dos Estados" (*Comentários*, cit., v. 1, p. 385).

No caso, não cabe falar em responsabilidade por culpa nem em ação regressiva de responsabilidade do Estado contra o órgão da soberania: o dispositivo do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, assim como o da Carta de 1969 (art. 107, parágrafo único), refere-se ao regime estatutário comum, não aos agentes políticos (TORNAGHI, *Comentários*) de responsabilização pessoal. Em caso de ser recusada justa causa para sua acusação, o órgão do Ministério Público poderia ceder à fraqueza de não cumprir o que entende ser o seu dever, deixando, por exemplo, de exercer a ação penal pública, para a qual é sua instituição a única legitimada para fazê-lo.

Outrossim, na sua atividade opinativa perante o Judiciário, não se tem admitido a responsabilização do órgão ministerial, pois o parecer não vincula a atividade do Juiz (v. RT, 602;248 — STF; JSTF, Lex, 85/19; v. ainda artigo de Lafayette de Azevedo Pondé — Da responsabilidade civil do Estado pelos atos do Ministério Público — RF, 152/47).

"No contexto da atividade não jurisdicional dos órgãos vinculados ao Poder Judiciário, insere-se a atividade do Ministério Público, cujos membros, no desempenho dos misteres que lhes são cometidos, podem no exercício da função provocar danos a terceiros, determinantes de responsabilidade indenizatória do Estado" (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, 1982, p. 220).

6.2 Responsabilidade do Estado por danos aos administrados em razão do não exercício do controle pelo Ministério Público

Como já explicitado, o Ministério Público vem ocupando lugar deveras destacado na Constituição de 1988, havendo recebido do Poder Constituinte relevantíssimas atribuições, principalmente de fiscalizador dos atos de natureza administrativa do Governo.

Já fora observado que o Ministério Público não é o único legitimado para propositura das medidas a ele destinadas (v. art. 129, § 1º, da CR).

Pode, porém, ocorrer que, pelo não-exercício do controle, ocasione danos aos administrados.

E é chegada a hora de afirmar-se que conquanto a regra do art. 129, § 1º, da CR, de certa forma mitigue as funções do Ministério Público, os terceiros que ali são referidos no texto constitucional postularão, sem sombra de dúvida, em posição bastante inferior perante a Administração.

Basta dizer que não contarão aqueles ali designados (art. 129, § 1º, da CR) com toda uma gama de poderes atribuídos exclusivamente ao Ministério Público (art. 129, da CR), p. ex., expedir notificações, requisitar informações e documentos, exercer o controle externo da atividade policial, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, e exercer outras funções que lhes forem conferidas pelas leis (leis orgânicas do Ministério Público).

Assim, tirante as responsabilidades atribuídas a agentes do Ministério Público pela inércia do exercício do controle, o Estado responderá *civilmente*, no caso de ocorrer dano aos administrados em face da inação do Ministério Público.

Tal responsabilização funda-se no fato de que, se o órgão com atribuições constitucionais específicas e próprias, cujas funções só podem ser exercidas por integrantes da carreira (art. 129, § 2º, da CR), não exerce sua missão, não é justo nem jurídico que o administrado suporte os danos acarretados pela inação do MP.

Se a um tempo o Estado-Administração responderá primeiramente pelos danos que causar, responderá num segundo momento pela inércia do órgão constitucionalmente atribuído de zelar e curar pelos interesses públicos indisponíveis dos administrados (art. 127, *caput*, c/c art. 129, da CR) quando justamente por esta inércia acarretar prejuízos ao cidadão ou a pessoas jurídicas (art. 37, § 6º, da CR).

A responsabilidade neste caso é idêntica à responsabilidade do Estado pela “*falta de serviço*”, nas modalidades em que o “serviço não funcionou” ou “funcionou tardiamente” ou ainda funcionou de modo incapaz de obstar a lesão. Exclui-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se aqui, apenas, de conduta *omissiva* do Estado, *in casu* do Ministério Público, *ensejadora* (não causadora) de dano.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos de direito administrativo*, 2. ed. 1990, p. 344.), ao abordar os danos por omissão do Estado, diz que “quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*”.

Assim, se o Estado, por seu Ministério Público, estava obrigado a impedir o dano, incumbe responsabilizá-lo se descumpriu sua missão constitucional. Ao administrado não importa se a omissão do MP fora por culpa ou dolo, posto que tais motivos deverão ser apurados, ou pelo Legislativo (para autorização da destituição do Procurador-Geral de Justiça *ex vi* do art. 128, § 3º, e 4º, da CR), ou pelo Judiciário, se se tratar de crime de responsabilidade. Ao administrado importa ser indenizado e recomposto seu patrimônio por imperativo de justiça. E isto porque o Ministério Público *deve sempre agir* em prol da proteção dos interesses públicos pertencentes à sociedade — sua razão de ser.

7 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, passamos a tecer as seguintes considerações:

1. Nos termos da Constituição de 1988, outorgando ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabendo-lhe institucionalmente zelar pelo patrimônio público e social, serviços de relevância pública, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, além de outras funções que lhe forem conferidas pela legislação infraconstitucional, em verdade fora investido o Ministério Público de funções de controle dos atos da Administração Pública.

2. O Ministério Público, no exercício do controle dos atos administrativos, exerce função administrativa pelo que caracteriza *in casu* a aplicação do regime jurídico-administrativo.

3. No exercício do controle da Administração sob a égide do regime jurídico-administrativo, a característica do Ministério Público é atuar sempre de forma imparcial na defesa dos interesses públicos.

4. As formas de execução e materialização do controle do Ministério Público sobre os atos da Administração constituem no agir *de ofício*, manejando todas as ações constitucionais típicas e outras previstas no ordenamento jurídico positivo.

8 BIBLIOGRAFIA

Livros:

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: RT, 1975.

———. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed., São Paulo: RT, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v I.

BRUNING, Raulino Jacó. *O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor e Furb, 1989.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 4. ed, Lisboa: Coimbra Editora, 1965.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Princípios institucionais do Ministério Público*. 3. ed., Rio de Janeiro, s. e., 1985.

GORDILLO, Agustin A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editiones Macchi S/A, 1974, t.1.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed., São Paulo: RT, 1990.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PACHECO, José da Silva. *O mandato de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed., São Paulo: RT, 1991.

RIBEIRO BASTOS, Celso. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6. ed., São Paulo: RT, 1989.

SILVA, José Afonso da.

Artigos de Revistas:

AMARAL SANTOS, Aricê Moacy. Função administrativa. *Revista de Direito Público* n. 89/165, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder. *Revista de Direito Público* n. 89/24, 1989.

Teses:

CADERNO de Teses do 7º Congresso Nacional do Ministério Público. Belo Horizonte: AMMP/CONAMP, 1987.