

SEM REVISÃO

Ministério Público – Suas atribuições constitucionais e a Ação Civil Pública. Considerações

Oswaldo Luiz Palu^(*)

Promotor de Justiça designado – SP _____

SUMÁRIO: 1. A natureza das normas nonstitucionais referentes às atribuições do Ministério Público. 1.1 A Hipótese genérica (art. 127) dos interesses individuais Indisponíveis. 1.2 Os Interesses Sociais. 1.3 O Interesse Público. 1.4 A identificação dos interesses legitimadores (motivos ou pressupostos fáticos) da Atuação. A quem cabe decidir sobre a atuação do *Parquet*. 2. Conclusões.

Constantemente se coloca o problema da natureza e eficácia das normas constitucionais atinentes ao Ministério Público, especificamente no que concerne às ações civis públicas, quanto ao objeto jurídico protegido, a finalidade, possibilidades e amplitude da atuação do *Parquet*, bem como a correlação com outras ações aparentemente assemelhadas. É o que se propõe analisar neste trabalho.

1. A natureza das normas constitucionais referentes às atribuições do Ministério Público

Tem o Ministério Público suas atribuições constitucionais delimitadas aos ditames estabelecidos nos artigos 127 e 129 e incisos da CR/88, dispositivos de natureza heterogênea, de eficácia plena, alguns (art. 127 cc. art. 129, III, IV), de eficácia diferida, outros (art. 127 cc. art. 129, I, II, VI, VII, v.g.). Para a apreensão do conceito de “norma de eficácia diferida” há que se perceber, e não se trata de novidade, terem as normas constitucionais graus diversos de eficácia, fator decorrente de causas variadas, que se pode apontar: a) quando desligadas da realidade social, são inoperantes e semanticamente ineficazes, ocorrendo, nesse caso, a lacuna ontológica, a comprometer a eficácia da norma; b) se a desconexão se der para com os princípios éticos e de justiça da comunidade, haverá a chamada lacuna axiológica, também comprometendo a eficácia. Ambas fundamentalmente diversas inclusive em consequência, da lacuna técnica, caso das normas do artigo 129, I, II, VI e VII, v.g., onde a disposição constitucional requer apenas regulamentação.⁽¹⁾

(*) Mestre e Doutorando em Direito Constitucional.

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

As normas técnicas requeridas já existem e não podem ser revogadas pelo legislador, pura e simplesmente,⁽²⁾ naquilo que atine ao seu caráter de complementaridade que têm quanto às atribuições do órgão.

A existência de lacunas técnicas não tem relação com as “normas de eficácia limitada” na subespécie “normas programáticas”; aquelas levam a normas de eficácia diferida, que para aplicarem à matéria conteúdo precisam apenas de meios técnicos ou instrumentais. Desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode se manifestar de maneira imediata, posto incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas a emanção de sucessivas normas integrativas. À diferença das normas programáticas é que, para as normas de eficácia diferida, as exigências de uma legislação posterior que lhes complemente a eficácia é de ordem meramente técnica e instrumental.⁽³⁾ As normas de eficácia diferida foram apartadas das normas programáticas pela doutrina italiana justamente pela indisputável diferença na eficácia. Nos casos citados e especificamente em relação ao *Parquet* as normas integrativas ou já existem, editadas supervenientemente à Constituição da República, como as Leis Orgânicas do Ministério Público, da União e dos Estados, ou já existiam, como a legislação que regula as atribuições do Ministério Público no processo penal (preexistentes à Constituição, caso de recepção).

O artigo 129 da Constituição da República tem de ser interpretado em conjunto com o artigo 127, este de conteúdo amplo, aberto, a “norma motriz” das atribuições do Ministério Público, para que se chegue à eficácia plena de alguns incisos do primeiro, eis que muitas vezes “...uma norma insulada não se apresenta com o caráter peremptório de sua eficácia plena; mas se a compreendermos dentro do conjunto de disposições reguladoras de um determinado instituto, veremos que ela se integra de caráter pleno necessário à sua aplicabilidade imediata”.⁽⁴⁾ O artigo 129 explicita atribuições do *Parquet*, ficando claro que o objetivo da Constituição é impedir a redução, na via legislativa ou judicial, do conteúdo destas matérias, que ficam sob a garantia de imodificabilidade, em técnica cujo resultado Forsthoff chamou de “normas ancladas”, por colocar temas “*hors de combat*”, “pacificados”.

O Ministério Público, a teor do artigo 127⁽⁵⁾ da Constituição da República, é incumbido da defesa da “ordem jurídica”, do “regime democrático” e dos “interesses sociais” e “individuais indisponíveis”, norma esta complementada e explicitada pelo artigo 129 da CR/88, a descortinar e induzir o intérprete com a inserção clara de hipóteses e finalidades da atuação como da proteção de “interesses difusos” e “coletivos”, e da efetivação do “respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública” aos direitos assegurados pela Constituição etc.

Se estas são as finalidades constitucionais da atuação do *Parquet* (artigos 127 e 129), conceito que deve ser tomado como “pedra fundamental” a vincular toda a interpretação do capítulo do Ministério Público e sua atuação funcional, impondo-se como limite último especialmente das normas infraconstitucionais é a da compatibilização da atribuição com sua finalidade (art. 129, IX, CR/88), ou destinação institucional, como órgão estatal de atuar preferentemente judicial.

Três são as finalidades genéricas (art. 127) no atuar do Ministério Público: a ordem jurídica e regime democrático (a ordem jurídica-democrática), o interesse social e o interesse individual indisponível (art. 127 da Constituição da República). Estas finalidades são complementadas e explicitadas no artigo 129: interesses metaindividuais, zelo dos serviços públicos ou de relevância pública, controle externo da atividade policial (cuja atividade precípua é a investigação criminal, ou seja, o texto impõe o controle da investigação) etc.

1.1 A hipótese genérica (art. 127) dos interesses individuais indisponíveis.

O Interesse jurídico⁽⁶⁾ tem como referencial uma valoração ético-normativa, a ponto de Francesco Carnelutti definir que interesse “não é um juízo, mas uma posição do homem; precisamente a posição favorável à satisfação de uma necessidade”.⁽⁷⁾ São sinônimos os termos “interesses” ou “direitos”.⁽⁸⁾

O Ministério Público atua na presença e na defesa do interesse individual indisponível (art. 127, CR/88). E se o interesse individual diz respeito apenas ao “privado”, ao indivíduo, o interesse individual indisponível é mais que isso. A indisponibilidade pode ser vista sob a ótica do sujeito titular do interesse, como no exemplo clássico do interesse do incapaz ou do indígena, o que na dicção processual, faz ver o interesse público exsurgir evidenciado pela “qualidade da parte”, e não em razão do objeto da relação jurídica em si.⁽⁹⁾ A indisponibilidade observada sob a ótica do sujeito pode ser absoluta ou relativa; mesmo sendo a indisponibilidade do interesse relativa (caso do acidentado do trabalho, maior, que poderá transigir), caberá ao Ministério Público velar pela “máxima efetivação do interesse”, ao menos, mitigando a desigualdade processual, como por exemplo o caso do acidentado do trabalho, antes citado, dos deficientes, das comunidades.⁽¹⁰⁾

Já se nota que se está falando também do interesse público,⁽¹¹⁾ e não do interesse privado comum – sendo caso da intersecção do interesse individual com o interesse público – o que gera a indisponibilidade, sendo que a Constituição ou até mesmo a lei defere especial valor a certos sujeitos ou certas relações jurídicas como, por exemplo, os interesses da criança e do adolescente.⁽¹²⁾

O vetor constitucional é o interesse público na promoção e defesa dos interesses de determinados sujeitos, ou o zelo dos interesse público havido em determinadas relações jurídicas ou instituições. A razão da intervenção judicial do Ministério Público, portanto, é a da “máxima efetivação” do interesse protegido, até onde ele possa existir.⁽¹³⁾

Uma outra ótica em que exsurge o interesse público, além da ótica do sujeito, é o daquele interesse justaposto ao interesse individual presente na relação jurídica especialmente valorada pela ordem normativa,⁽¹⁴⁾ independentemente até do sujeito da relação jurídica (interesse público justaposto ou sobreposto ao interesse privado). Em relação às atribuições do *Parquet*, funda-se ela na “defesa da ordem jurídica” (art. 127, CR/88), ainda que na presença, também, de interesses individuais. Há interesse público sob a ótica da própria relação jurídica (não da lide, que pode inexistir), eis que se pretende a máxima efetivação da regra de direito paralelamente ao interesse privado; a indisponibilidade aqui tem em vista a natureza da própria relação jurídica como, por exemplo, nos processos de família,⁽¹⁵⁾ nas “ações de estado”, nas relações jurídicas⁽¹⁶⁾ onde se contende acerca do direito à vida, liberdade, nome etc.

Ora, sob as diversas óticas citadas, dada a condição do sujeito do interesse da relação jurídica ou da própria natureza da relação jurídica (no último caso, por vezes, ocorre também a indisponibilidade do próprio objeto), exsurge importância a transcender a mera órbita individual, a mera *voix d’un*, em uma autêntica interseção do interesse individual com o interesse público ou superposição deste. E a razão da atuação do Ministério Público.

1.2 Os interesses sociais

Há interesses menos restritos entretanto; há os interesses sociais, estes aproximados à noção do “interesse geral” ou do “bem comum”. Incluídos aqui, na maior parte das vezes, os interesses chamados “metaindividuais”, como os interesses coletivos e os interesses difusos (na maior parte das vezes, isto é, as vezes também denotam interesse público). Asseverou Rodolfo de Camargo Mancuso⁽¹⁷⁾ que se torna quase impossível extremar rigorosamente os conceitos de interesse social, interesse geral e interesse público, mas se pode aduzir que o “interesse social”, em sentido amplo, é o que consulta “...a maioria da sociedade civil, o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes”, acrescentando caber ao Ministério Público “a tutela judicial dos interesses sociais (CF, art. 127, *caput*), e que é um dos co-legitimados ativos para a ação civil pública em defesa dos interesses ‘metaindividuais’: Lei nº 8.078/90, art. 82, I; Lei nº 7.347/85, art. 5º; Lei nº 8.625/93, art. 25, IV”.

O “interesse social” se confunde com o “interesse geral”, e este se condensa “em determinados grupos sociais, até ascender a um plano maior de amplitude, passando a integrar o interesse geral”.

O interesse social, pois, parece melhor definido como aquele assemelhado ao “interesse geral”, ou à noção de “bem comum”, à defesa dos valores que a sociedade civil ou a Nação escolheu como os mais relevantes. Dentro do conceito amplo de interesses sociais podemos encontrar especificados pela Constituição os “interesses de grupos”, interesses “metaindividuais”, vale dizer o interesse coletivo, como síntese ou amálgama dos interesses comuns presentes em determinado grupo social e os interesses difusos, metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos, restam em estado fluido e dispersos pela sociedade civil como um todo e onde os sujeitos são indeterminados, às vezes confundem-se com o interesse público,⁽¹⁸⁾ conforme se afirmou.

Anote-se que os interesses individuais homogêneos, ainda que individuais disponíveis, pela sua extensão, foram eleitos pelo legislador (Cód. de Defesa do Consumidor, art. 81, III), e conceituados de modo impreciso por motivo da atuação do *Parquet*, sempre que presente a finalidade constitucional (interesse social).

1.3 O interesse público

No que concerne ao “interesse público” – também um interesse indisponível – ainda que a locução “interesse público” não tenha sido utilizada no particular pela Constituição, considerado o ordenamento jurídico pode-se afirmar com Hugo Nigro Mazzilli⁽¹⁹⁾ que: “Destina-se o Ministério Público à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis: em última análise, trata-se do zelo do interesse público (...) em um sentido lato, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao Ministério Público (CR, art. 127); a defesa do próprio interesse coletivo também pode coincidir com o interesse público empreendido pela Instituição (CR, art. 129, III)”. O interesse público advém da defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso (“Interesses Difusos”, pág. 24 e segs.) o “interesse público”, invoca a questão da competência para a arbitragem entre interesses particulares e esta fixação de competência pode derivar da própria Constituição e “...de resto, naturalmente, o legislador não se contenta em indicar os fins de interesse público, mas estabelece já as regras para a consecução de tais fins, indicando a autoridade competente e os meios pelos quais esta poderá se utilizar. Lembra o autor que às vezes a própria Constituição indica e precisa o

interesse público, como no caso da França.⁽²⁰⁾ Quanto à Administração, ela é competente para definir interesse público ‘naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador.’ A noção de ‘interesse público’ evoca a presença do Estado, sendo que por vezes a competência é delegada a certos órgãos ou ‘agências’ e que dentre os primeiros ressalta o Ministério Público”.⁽²¹⁾

E assim porque a função desenvolvida pelo Ministério Público assemelha-se à executiva, ao aplicar a lei de ofício e interessadamente (procurando atingir certos fins), raramente assemelhando-se à função jurisdicional de aplicar a lei desinteressadamente.

Em que pese aproximarem-se,⁽²²⁾ temos “interesse público”⁽²³⁾ evocando a noção marcante da presença do Estado e seus objetivos na relação, enquanto o interesse social como sinônimo de “interesse geral” incluídos os “interesses metaindividuais”. Em conceituação ampla, pode-se afirmar que o interesse público a animar a atuação do *Parquet* flui da norma constitucional quando prevê a defesa da “ordem jurídica” posto que aí evoca-se mais fortemente a presença do Estado, tanto do Estado-legislador como também do Estado-administrador. Os “fins” do Estado devem prevalecer sobre o interesse individual, sendo o Ministério Público um de seus guardiões, respeitada a natureza e possibilidades de sua atuação, agindo como *longa manus* do interesse público.

Se a *longa manus* do interesse público estatal é a Administração Pública, mas não se pode deixar de indicar a existência de casos em que o Ministério Público vela por ele, especialmente na órbita judicial e também quando atua contra agentes desta mesma administração.

Já se disse, é possível divisar simultaneamente, casos de interesses metaindividuais onde, ao mesmo tempo exsurge o interesse público como o móvel de sua tutela, eis que não se entende um interesse público abstrato e diáfano, a ponto de relação alguma apresentar com os interesses de grupos sociais ou mesmo interesses individuais. Concordam tanto Hugo Nigro Mazzilli, ao afirmar que um interesse difuso com o meio ambiente pode ser incluído na categoria de interesse público (“A defesa dos interesses difusos em juízo”, pág. 21), como Luís Felipe Colaço Antunes, para quem o “interesse difuso não deixa de ser a forma concreta plural e heterógena de interesse público”.⁽²⁴⁾ Lembre-se com Nelson Nery Jr. que “...o que qualifica o direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o conjunto formado pela causa de pedir e pelo pedido deduzido em juízo. O tipo de pretensão material, juntamente com seu fundamento, é o que caracteriza a natureza do direito” (“CPC e legislação extravagante em vigor”, pág. 1395), sendo que a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o consumidor seria coletivo e o de indenização por prejuízos particulares sofridos seria individual “não está correta nem errada.

Apenas há engano na utilização do método para a definição classificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende, quando se propõe a competente ação judicial” (“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto”, pág. 630).

Nessa mesma linha, pode haver interesse público identificado (educação) sendo também um interesse coletivo, ou um interesse público (meio ambiente, moralidade) também um interesse difuso. O artigo 129 explicita o conteúdo do artigo 127, sem exauri-lo (art. 129, IX), o que aliás não seria possível, ante previsão genérica e aberta como a do artigo 127 da CF/88, está a norma motriz das atribuições do *Parquet*, impossível de ser restringida (o artigo 129, IX, da CR/88 é explicitação ou técnica de “reforço”).

Pela redação do artigo 129, III, da CR/88 (“proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”) bem como do art. 127 (“ordem jurídica e regime democrático”) e 15, V, e 37, *caput* e § 4º da CR/88, a defesa da ordem jurídica democrática leva à permissão a que o *Parquet* atue presente o interesse público, como a defesa da moralidade administrativa, o patrimônio público etc, como autênticos interesses difusos. Não apenas com a finalidade do interesse social, de grupos, legitima-se o *Parquet* pela via dos interesses difusos e coletivos, mas também na presença do interesse público.

Há que se distinguir, ainda, que quando se diz que o Ministério Público age orientado pela tutela, dentro das possibilidades de sua atuação, do “interesse público”, subjacente e informador do conceito “ordem jurídica”, atua buscando o interesse público “primário” diverso do interesse público “secundário”. Com esteio em Renato Alessi e Francesco Carnelutti, há que se explicitar que o interesse público não é simplesmente o interesse da Administração, o interesse do aparato, que seria um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites dessa coincidência e esse interesse secundário do aparato pode facilmente encontrar-se em conflito com o interesse público, de tal maneira que a Administração poderia freqüentemente ser levada a realizá-lo além dos limites da coincidência com o interesse público ou em prejuízo deste último.⁽²⁵⁾

1.4 A identificação dos interesses legitimadores (motivos ou pressupostos fáticos) da atuação. A quem cabe decidir sobre a atuação do *Parquet*

Como regra elementar, a identificação do interesse legitimador da atuação do Ministério Público não foi deferida pela Constituição ao *Parquet* e ca-

be ao legislador ordinário, nas hipóteses gerais – a norma constitucional tem como destinatário principal o legislador –⁽²⁶⁾ mas claro que, na casuística, o Poder Judiciário interpretará o texto legal e decidirá as hipóteses concretas.

Como um dado de dificuldade na resposta à indagação anterior, pelo legislador houve clareza e precisão conceitual, em certos casos (art. 82, I, do Cód. de Processo Civil) e, em outros, houve a opção da fluidez conceitual e imprecisão, v.g. indicada a atuação sempre que o interesse público evidenciar-se “pela natureza da lide ou qualidade da parte” (Código de Processo Civil, artigo 82, III).

Importa lembrar, também, que a Constituição impõe limites à atividade do legislador e à interpretação judicial acerca dos conceitos imprecisos, dos quais falamos, qual seja, o de não contrariar ou negar vigência aos artigos 127 e 129 e incisos da Constituição da República, sob pena de o ato judicial tornar-se passível de cassação ou o ato normativo inconstitucional (a “guarda precípua da Constituição” é uma das competências do Supremo Tribunal Federal: art. 102 da CR/88). Este é o princípio da ‘justeza’ ou da conformidade funcional, cujo objetivo é o de: “...impedir que a aplicação efetiva da Constituição (concretização) altere funções constitucionalmente estabelecidas, cujo alcance primeiro aponta para que o (órgão) intérprete da norma não chegue a um resultado que subverta ou perturbe o sistema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido” (conf. J. J. Gomes Canotilho, “Direito Constitucional”).

Em certos casos a opção pela fluidez vem da Constituição (v.g. art. 129, III, “outros interesses difusos e coletivos”, norma aberta, não taxativa). O legislador ordinário obviamente pode identificar casos que estarão dentro dessas finalidades explicitadas, positivando-os (exemplo, Código de Defesa do Consumidor, “interesses individuais homogêneos”, com conteúdo de finalidade social). Ínsito, porém, tanto na valoração dos pressupostos fáticos (motivo da atuação, concretamente, caso a caso) do *Parquet*, como naquela do legislador ordinário (geral, hipotética, na positivação legislativa), o modelo constitucional obrigatório e que não pode ser subjugado, quer por leis (então inconstitucionais) quer por interpretação judicial (passíveis de cassação).

Os pressupostos fáticos legitimadores da atuação do Ministério Público a serem aferidos concretamente (a situação real que exige, ou não, a atuação), defluem da própria realidade social que se apresenta, em seu intrincado embaraçamento de interesses e fatos sociais. Por exemplo, somente se presente a finalidade do interesse social (art. 127, CR/88) poderá o *Parquet* atuar na defesa de interesses individuais homogêneos.

Tanto é assim que a partir da Constituição de 1988 o legislador vem positivando hipóteses desses interesses, com a edição, v.g., da Lei nº 8.078/90

(Código de Defesa do Consumidor), da Lei nº 8.884/94 (Ordem Econômica), da Lei nº 7.853/89 (Deficientes Físicos), da Lei nº 7.913/89 (Investidores no Mercado Mobiliário), Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) etc.

O ato praticado pelo Parquet, conquanto em sua maioria de viés processual, tem como requisito um motivo, que é o pressuposto de fato do ato e uma finalidade, que é o bem jurídico objetivado pelo ato, como a “paz pública”, o “meio ambiente”, a “saúde pública” etc, e ainda uma forma,⁽²⁷⁾ normalmente idêntica aos dos atos judiciais.

Se a Constituição utiliza-se de conceitos vagos e imprecisos quando define a finalidade dos atos perseguidos pelo Ministério Público (“interesse público”, “interesse social”, “interesses individuais indisponíveis”), e quando identifica alguns dos casos de interesse público ou social (“meio ambiente”, “saúde pública”, “sistema financeiro”, “educação pública” etc.), claro que essa imprecisão ou indeterminação objetiva refluí sobre as próprias circunstâncias fáticas, gerando casos por vezes vagos e nebulosos, de difícil interpretação sobre a intervenção,⁽²⁸⁾ requerendo objetividade e clareza finalística do intérprete.

E o ato praticado pelo Ministério Público vem sempre de um pressuposto de fato e este pressuposto fático ou motivo fático (a *causa petendi remota*, se em forma processual) apresenta também – sempre – uma finalidade.

A dificuldade é que, por vezes, a finalidade da atuação do *Parquet*, constitucionalmente evocada, genérica, pode não vir clara na lei, como quando se visa, por exemplo, o interesse público, conceito impreciso previsto no artigo 82, III, do Código de Processo Civil, que também é uma das finalidades da atuação do Ministério Público (art. 127, ordem jurídico-democrática, CR/88).

Assim, por vezes, a própria lei tem contornos imprecisos quando diz obrigatória a atuação se presentes “interesses coletivos” (art. 82, I, do Código de Defesa do Consumidor) ou a intervenção onde houver interesse público (finalidade constitucional) “evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (Código de Processo Civil, 81, III).

Quando a norma identifica de modo impreciso ou vago o motivo fático de atuação do *Parquet*, como regra sabe-se que existem em tais conceitos: a) um núcleo de certeza conceitual, em que não haverá margem para qualquer dúvida sobre a possibilidade da atuação, à vista da situação fática, e atento a um critério de razoabilidade geral a atuação do *Parquet* será obrigatória; b) um núcleo de exclusão conceitual, em que também não haverá margem a dúvida acerca atuação do *Parquet* e esta será vedada; e c) entre elas (“halo” do conceito), haverá casos limítrofes, intermediários, em que poderá haver valoração sobre a possibilidade ou não da atuação, no caso concreto e à vista da hipótese

fática concreta (exemplo de imprecisão “interesse público” evidenciado pela “qualidade da parte” ou “natureza da lide”). Assim sendo, o Poder Judiciário estabelecerá, interpretando a norma, os casos e limites da “zona de certeza”, e da “zona de exclusão”, reconhecendo a existência da “zona cinzenta” ou o chamado “halo” do conceito e aí sim haverá margem de liberdade para a interpretação do próprio Ministério Público, acerca de sua própria atuação, que terá ainda nesses casos intermediários o “benefício da dúvida”. Não se trata de discricionariedade, mas integração de um conceito jurídico indeterminado, faculdade hoje reconhecida de modo geral aos agentes públicos (Eduardo Garcia de Enterría & Tomás-Ramón Fernandes, “*Curso de Derecho Administrativo*”, págs. 452/453, Civitas, 8ª ed., Madrid; Celso Antonio Bandeira de Mello, “Direito administrativo”, Malheiros, págs. 176 e segs).^{(29) (30)}

Assim, se a Constituição estabelece a finalidade da atuação de modo fluido, e o faz com frequência, e se a lei também não identificou as hipóteses de atuação do *Parquet*, ou se o fez de modo impreciso ou indeterminado, a aferição e valoração dos pressupostos fáticos da atuação (motivo fático) teleologicamente divisada à finalidade da atuação do Ministério Público caberá ao próprio órgão, aferida em cada caso concreto, ou seja, indica-se que a identificação dos pressupostos fáticos de atuação cabe ao Ministério Público, com os limites do Poder Judiciário antes referidos, como nas hipóteses acima, v.g. CR/88, no art. 129, III, “outros interesses difusos e coletivos”.

Como se disse, sempre os pressupostos fáticos legitimadores da atuação defluem da própria realidade social, onde são encontrados, em seu intrincado embaraçamento de interesses e fatos sociais. E o legislador sempre poderá precisar, explicitar, o motivo da atuação do *Parquet*, valorando-o e indicando-o de modo claro, o que excluirá qualquer possibilidade de aferição do interesse público por parte do Ministério Público, como foi feito, por exemplo, no artigo 82, I, do Código de Processo Civil, prevendo que o Ministério Público intervirá “nos processos onde houver interesse de incapaz”, ou art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85, quando diz que em caso de desistência infundada da ação civil pública pela associação o *Parquet* assumirá a titularidade ativa. Aqui não há liberdade de aferição alguma; o interesse (público) já foi identificado pelo legislador.

Por outro lado, alguns dos casos de atuação dos artigos 127 e 129 da CR não dependem de lei para a plena eficácia, como o art. 129, II, CR/88. De se incluir, aqui, as “imposições constitucionais” (J. J. Gomes Canotilho, “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, pág. 292), quando a aplicação imediata dos preceitos constitucionais pode ser feita “sem a mediação legislativa”.

Com tais pressupostos deve ser interpretada a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que prevê caber ao órgão manifestar-se “nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível sua intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais” (art. 25, V, da Lei n° 8.625/93), assim como a Lei Orgânica do Ministério Público da União, que diz competir ao órgão “manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique sua intervenção” (art. 6°, XV, da Lei Complementar n° 75/93), ambas as leis decorrentes do artigo 128, § 5°, da CR/88.

2. Conclusões

a) Cabe ao próprio *Parquet*, com os limites do Judiciário, referidos, a aferição da necessidade de atuação do Ministério Público à vista dos pressupostos fáticos da hipótese concreta, quando a Constituição e (ou) a lei prevejam finalidades ou motivos legais de atuação vazadas por meio de conceitos vagos e imprecisos. Ao Poder Judiciário caberá delimitar no conceito impreciso os limites de certeza e exclusão, sendo a atuação do *Parquet* obrigatória ou vedada, respectivamente; ao Ministério Público cabe decidir sobre a atuação dentro do “halo” do conceito impreciso, como exposto.

b) Havendo a lei afirmado de modo impreciso a atuação, haverá um “conceito nuclear” da hipótese legal, encontrando um “núcleo de certeza” e um “núcleo de exclusão”, remanescendo uma área conceitual intermediária, à vista dos pressupostos fáticos. Uma vez aferido tais pressupostos, se o resultado for positivo a atuação será obrigatória, se for negativo a atuação será vedada; há possibilidade de integração do conceito fluido, indeterminado, apenas na aferição dos motivos da atuação, jamais na opção da atuação ou não. Esta é sempre ou obrigatória ou vedada, conforme o caso. Um caso de atribuição constitucional (e não legal) aos órgãos do Ministério Público e Poder Judiciário para aferir casos de intervenção diz respeito aos interesses difusos e coletivos (outros interesses difusos e coletivos), dos artigos 127 e 129, III, norma de eficácia plena.

c) Os conceitos de “interesse público” e de “interesse social” aproximam-se. Na finalidade institucional do interesse público há bens jurídicos que podem ser velados pelo *Parquet* como expressões de interesse difuso (patrimônio público, moralidade, probidade etc), o mesmo ocorrendo na finalidade do interesse social (saúde, educação etc.). Até bens jurídicos individuais e disponíveis podem ser velados pelo *Parquet*, desde que presente o “interesse social” (certos interesses individuais homogêneos).

d) O Ministério Público detém a possibilidade de aferir as circunstâncias fáticas legitimadoras de sua intervenção ou atuação sempre que a norma descrever a hipótese de sua atuação (motivo legal) de modo impreciso ou se norma apenas se referir aos fins legitimadores da intervenção de maneira imprecisa (finalidade).

Se o Ministério Público detém o poder-dever de agir, somente pode ser condenado nos ônus de sucumbência em caso de derrota judiciária nas hipóteses em que o administrador público responde por erros na gestão da coisa pública, ou seja, se atuar com dolo.

e) O Poder Judiciário quando interpreta a lei e o legislador, quando positiva os motivos da atuação do Ministério Público, têm como limites os previstos nos artigos 127 e 129 e incisos da Constituição da República, quanto às atribuições do Ministério Público (“princípio da conformação funcional”).

f) O *Parquet* atua na defesa da ordem jurídica, interesse social e interesse individual indisponível. O interesse público pode estar em intersecção ou justaposição ao individual.

A intervenção do Ministério Público nos processos tendo em vista a defesa da ordem jurídica (natureza da lide) ou o direito individual indisponível (qualidade da parte), tem sempre em vista a “máxima efetivação” do interesse público, presente na relação jurídica em si ou em relação ao sujeito da relação jurídica.

g) O limite do zelo do interesse público e das possibilidades da ação civil pública (art. 129, II e III, da CR/88) é a da destinação institucional do *Parquet* (exercer outras funções “desde que compatíveis com sua finalidade”), “compatibilidade finalista”.

h) O artigo 129, III (outros interesses difusos e coletivos) é norma aberta, não taxativa, diferentemente de outros ordenamentos, ou mesmo do direito antes de 1988. Há casos de ação civil pública, com fundamento nesta norma, possíveis ainda “sem a mediação legislativa”.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) MARIA HELENA DINIZ, “Norma constitucional e seus efeitos”, *passim*.
- (2) JOSÉ AFONSO DA SILVA, que atribui nomenclatura diversa ao que se chama neste trabalho de ‘normas de eficácia diferida’, diz (“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, pág. 129): ‘...quanto pois, à obrigatoriedade de emissão de leis integrativas praticamente se equívalem as normas constitucionais de princípio institutivo, impositivas e facultativas. Entretanto, ao surgir uma Constituição como a nossa, muitas das leis referidas em suas normas de eficácia limitada já existem, e isso tem importância prática, porque tais leis, preexistentes, integrativas, não poderão mais ser revogadas pura e simplesmente, pois aí se terá uma atividade legislativa inconstitucional e sujeita ao controle jurisdicional. Essa assertiva tem seu fundamento no fato de que a discricionariedade do legislador diante de normas constitucionais de eficácia incompleta só se verifica quanto à iniciativa da lei integrativa; emitida esta (a preexistência a isso equivale), a

questão passa a ser jurídico-constitucional, visto ter a lei aderido aos ditames da lei maior, com o quê sua revogação pura e simples abre um vazio que não mais é permitido constitucionalmente, sendo no entanto facultado ao legislador modificar a lei, desde que mantenha seus termos na conformidade do princípio ou esquema que lhe ditou o constituinte”.

- (3) PAULO BONAVIDES, “Curso de direito constitucional”, pág. 225.
- (4) JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das normas constitucionais”, pág. 100, 3ª ed.
- (5) O artigo 127 da CR/88 em relação à sua estrutura normativa é uma norma constitucional “orgânica” pois que contém elementos organizacionais do Estado e do Poder. Normalmente têm elas eficácia plena e aplicabilidade imediata, pois que têm em si disposições de natureza organizativa da estrutura do Estado, através dos Poderes Públicos e suas relações ente si e com os governados, através da definição de competência e respectivas funções. Apenas quando a norma constitucional de tal tipo necessitar claramente (ou a ela fizer referência) de legislação infraconstitucional, poder-se-á ver uma eficácia limitada. O capítulo constitucional referente ao Ministério Público tem normas cuja eficácia é substancialmente diversa, sendo interpretado em conjunto o artigo 127 e o artigo 129, aquele muito mais abrangente e não limitado por este, podendo inclusive entretomar-se normas de estabilização constitucional e de eficácia plena, como a do artigo 129, IV, assim considerada reflexamente tendo em vista o artigo 103, VI, da CF/88. E tal dispositivo (art. 129, IV), nada mais é que a decorrência da atribuição constitucional da defesa da ordem jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das normas constitucionais”, 3ª ed., págs. 183 e segs. e 198 e segs).
- (6) RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, citando Henri Capitant, afirma que interesse nada mais é que “*un avantage d’ordre pecuniaire ou moral*”, “Interesses difusos”, pág. 17. Por outro lado, uma distinção, ainda que meramente tendencial, pode ser feita no concernente aos conceitos de “interesse público”, “interesse social”, “difuso”, “coletivo” e “interesse individual indisponível”, lembrando-se que pode ocorrer o caso de vários desses interesses localizarem-se na mesma relação jurídica.
- (7) *Apud* JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das normas constitucionais”, pág. 168.
- (8) KAZUO WATANABE, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentários pelos Autores do Anteprojeto”, pág. 500, Forense Universitária, 1995.
- (9) Para MARIA HELENA DINIZ (“Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”, págs. 229-231, 1994, Saraiva), os termos utilizados remetem, infalivelmente, à difícil e incerta distinção entre o direito “público” e o “privado”. Se o direito público concernia ao interesse do Estado, o privado disciplinava interesses particulares; tal distinção pela utilidade ou natureza do interesse é falha também, pois norma alguma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular, havendo evidente correlação entre elas, sendo que aquele que objetiva o interesse estatal também visa ao indivíduo e vice-versa. Há casos em que é nítida a interpenetração dos interesses, como no direito de família, pois não há índole mais individual que o casamento e não há assunto de maior relevância para a sociedade que a estabilidade familiar. Na proibição de construção em desacordo com posturas municipais, interdição da queima de matas ou a obrigatoriedade de inutilização de plantações atingidas por pragas a interpenetração dos interesses públicos e particulares é tão grande que parece haver o sacrifício do individual pelo social, porém na prática, de modo indireto, ocorre a vantagem para o cidadão, o que dificulta a exata caracterização da natureza de tais normas. Em razão disso, concluiu-se que o fundamento dessa divisão encontra-se no interesse preponderante. Assim, direito público protege interesses preponderantemente públicos, e o direito privado interesses preponderantemente particulares, havendo subordinação na primeira relação (Estado-particular), coordenação na segunda (relação entre particulares). No mesmo sentido Caio Mario da Silva Pereira, para quem as categorias havidas entre direito público e direito privado “não há se cogitar, porém, de dois compartimentos herméticos, incomunicáveis, estabelecendo uma separação total e absoluta entre normas públicas e privadas. Ao revés, comunicam-se com freqüência constante, tão assíduas que muitas vezes se encontram regras atinentes ao direito público nos complexos legais de direito privado e, vice-versa, diploma de natureza pública envolvem inequivocamente preceitos jusprivatísticos” (“Instituições de Direito Civil”, I, pág. 12, Forense).
- (10) Exemplos de HUGO NIGRO MAZZILLI, “A defesa dos interesses difusos em juízo”, pág. 31.

- (11) O interesse público exsurge evidente do ordenamento jurídico, globalmente considerado, eis que “...as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas em um contexto de normas com relações particulares entre si (...) esse contexto de normas costuma ser chamado de ‘ordenamento’” (“Teoria do Ordenamento Jurídico”, pág. 19, 6ª ed., UnB). Afirma o autor que o ordenamento deve ter sentido (ser coerente) e que as normas jurídicas não existem isoladamente, mas também se relacionam entre si.
- (12) CF/88, art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.
- (13) Obviamente o interesse público sempre existe, ao menos em um grau mínimo, na relação processual, com o da consecução da paz social e da aplicação do direito estatal; mas não é esse interesse público, fluido, que legitima a intervenção do *Parquet*.
- (14) O conceito de “ordem pública” deve ser lembrado, não como “pedra de toque” para ocultar-se a toda disciplina constitucional, tendência de resto já coartada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 493-0-DF (Rel. Min. Moreira Alves), mas como princípios de direito privado que, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. Seu campo de atuação é o direito privado porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprimem-lhes funda analogia com o direito público; por isso denominam-se leis ou princípios de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “Instituições de Direito Civil”, I, pág. 14, Forense).
- (15) CF/88, art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Veja-se também as ações constitutivas necessárias, como a de separação, posto que mesmo que os cônjuges estejam acordes em tudo, somente com o provimento jurisdicional haverá o “acertamento” da relação jurídica entre ambos.
- (16) “Segundo DEL VECCHIO, a relação jurídica consiste num vínculo entre pessoas, em razão da qual uma pode pretender um bem a que a outra é obrigada. Tal relação somente existirá quando certas ações dos sujeitos, que constituem o âmbito de pessoa de determinadas normas, forem relevantes no que atina ao caráter deontológico das normas aplicáveis à situação. Só haverá relação jurídica se o vínculo entre pessoas estiver formado, isto é, regulado por norma jurídica, que tem o escopo de protegê-lo (...) tem-se a relação entre sujeitos, ou melhor, entre sujeito ativo, que é o titular do direito subjetivo de ter ou de fazer o que a norma jurídica não proíbe, e o sujeito passivo, que é o sujeito de um dever jurídico (...) o poder do sujeito ativo passa a incidir sobre um objeto imediato (...) e sobre um objeto mediato” (MARIA HELENA DINIZ, “Compêndio de introdução ao estudo do direito”, pág. 559).
- (17) ‘Interesses Difusos’, cit., pág. 24 e segs.
- (18) Pode-se afirmar, com RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, inclusive (“Interesses difusos”, pág. 74), no sentido de uma crescente escala de coletivização: a) a existência de interesses individuais, suscetíveis de fruição pelo indivíduo isoladamente considerado (se absolutamente disponíveis não legitimam a atuação do Ministério Público); b) em seguida temos os interesses coletivos, mais amplos, mas que se restringem aos valores de um grupo social ou categoria bem definida, o interesse “geral ou público” (também o “social” no sentido amplo), que se referem a coletividade representada pelo Estado e se exterioriza sob certos *standars* estabelecidos, como o “Bem Comum”, a “Segurança Pública”, a “Saúde Pública” etc.; c) e, finalmente, os interesses difusos, cuja coletivização é mais abrangente que o anterior por não ter contornos certos ou definidos, como, v.g. a “qualidade de vida”.
- (19) “Regime jurídico do Ministério Público”, págs. 60-1.
- (20) No caso, o preâmbulo da Constituição de 1946: “...a-t-il mis au rang des fins d’intérêt public la santé et la sécurité des travailleurs, la protection de la famille, de la femme, de l’enfant, etc.” (“Interesses difusos”, pág. 30).

- (21) HUGO NIGRO MAZZILLI aduz, corretamente a meu ver, que há interesses difusos: a) tão abrangentes que coincidem com o interesse público (como o meio ambiente); b) menos abrangentes que o interesse público; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; d) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (“A defesa dos interesses difusos em juízo”, pág. 5).
- (22) A aproximação terminológica entre interesse “geral”, interesse “social” (sentido lato) e interesse “público”, é tão gritante, que “a tarefa de se tentar a separação rigorosa dessa trilogia não seria fadada a bom termo”, quando as tomando “basicamente como sinônimas, chega-se a uma desejável concreção, evitando-se os inconvenientes de um excesso terminológico”. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “Interesses difusos”, pág. 32.
- (23) “O interesse público, assim entendido, é não só a soma de uma maioria de interesses coincidentes, pessoais, diretos, atuais ou eventuais, mas também o resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, no qual a maioria dos indivíduos, reconhece, também, um interesse próprio e direto” MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO, “Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988”, pág. 158.
- (24) *Apud* RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, ob. cit. pág. 125.
- (25) RENATO ALESSI, “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, Bosch, Barcelona, Tomo I, 1970, págs. 184-5, trad. da 3ª ed. italiana.
- (26) Quanto ao problema do destinatário das normas constitucionais, que, paradoxalmente, também, já foi considerado um “falso problema” ainda quanto a normas de caráter programático eis que não se aceita unanimemente que elas somente se dirijam ao legislador, mas também ao cidadão e ao juiz. PAULO BONAVIDES, “Direito constitucional”, pág. 215.
- (27) Tomando alguns dos pressupostos e elementos dos atos administrativos compilados por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Direito Administrativo”, Malheiros, págs. 176 e segs.
- (28) *Ibidem*, pág. 207.
- (29) Por outro lado, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prevê caber ao órgão manifestar-se “nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível sua intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais” (art. 25, V, da Lei nº 8.625/93), assim como a Lei Orgânica do Ministério Público da União, diz competir ao órgão “manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique sua intervenção” (art. 6º, XV, da Lei Complementar nº 75/93), ambas as leis decorrentes do artigo 128, § 5º, da CR/88.
- (30) Com ampla possibilidade de sindicabilidade judicial, remanescendo opção apenas na área dúbida dos chamados “conceitos imprecisos”, naquela área limítrofe entre a área de certeza (positiva) e a área de exclusão (negativa) do conceito legal, ou, mais restrita quanto a atividade do *Parquet*, na hipótese de inexistência de lei. Assim, por que não se admitirá a liberdade de opção do *Parquet* quanto a suas atribuições, sempre delimitada pelo Judiciário, se se admite a opção de “...um Secretário de Educação ao fixar normas para a distribuição de aulas excedentes a professores, inexistindo lei ou norma a respeito (ou) uma congregação de faculdade oficial que estabelece normas para a revisão de provas” (ODETE MEDAUAR, “Direito administrativo moderno”, RT, 2ª ed., pág. 121). Reconheça-se também que deve haver previsão clara a obrigar o agente do *Parquet* a agir (detém o poder-dever de agir), como também o agente do Poder Executivo, sempre que necessário, com um indispensável mecanismo de controle. Um deles, constitucionalmente criado, é o da legitimidade concorrente quando agente (art. 129, § 1º, CR/88).