

COMENTÁRIOS SOBRE O PARECER “OS PODERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA” PROFERIDO POR JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO

Soluções Práticas - Arruda Alvim | vol. 1 | p. 525 | Ago. / 2011 | DTR\2012\173

Gisele Mazzoni Welsch¹

1) Breve Resumo do parecer:

O parecer analisa a possibilidade de o Ministério Público desistir da ação civil pública e, paralelamente, sustenta a possibilidade de controle da desistência pelo Poder Judiciário.

Trata-se de parecer exarado em defesa da possibilidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro desistir de Ação Civil Pública ajuizada com o objetivo de obstar a execução de obras das empresas BT Imobiliária S.A. e CH S.A. Engenharia e Construções, sob o fundamento de que tais obras, se executadas, comprometeriam complexo ecológico, dele fazendo parte Lagoas e monumento natural, este último tombado pelo Patrimônio Estadual (INEPAC).

Ocorre que as referidas empresas requereram e obtiveram da Administração Pública a autorização para construir edifícios de 18 pavimentos, permissão essa que foi posteriormente anulada por governo sucessor. Em razão disso, as empresas ingressaram na via judicial por meio de Mandado de Segurança contra ofensa a direito líquido e certo e Ação Ordinária de Anulação de Ato Administrativo, com o objetivo de restabelecer a decisão anterior concessiva das autorizações para construir. Tais ações foram julgadas

¹ Advogada; Mestre e Doutoranda em Direito (Teoria Geral da Jurisdição e Processo) pela PUCRS; Especialista em Direito Público pela PUCRS; Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade FEEVALE; Professora Convidada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUCRS.

procedentes, confirmadas em grau de recursos, havendo, ambas as sentenças, transitado em julgado.

A despeito desse contexto, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou Ação Civil Pública e o objeto do parecer consiste na análise da possibilidade de desistência da ação pelo órgão ministerial e a quem caberia o controle dessa atividade.

2) Fundamentos Jurídicos do Parecer:

Em um primeiro momento se trata dos poderes e atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública e, assim, se traz à baila a discussão sobre a legitimação ativa do órgão do *Parquet*, especialmente no que tange à função de substituição processual. O parecerista esboça entendimento no sentido de classificar o Ministério Público como substituto processual com legitimação extraordinária ativa e, nessa condição, gozando dos mesmos direitos e poderes das partes privadas, em todos os graus de jurisdição, com o único limite da impossibilidade de praticar atos de disposição do direito (juramento, confissão, etc.). Porém, no que tange aos atos de disposição de direito processual, como a desistência da ação, o Ministério Público estaria investido de poderes para agir livremente.

Nessa perspectiva, prossegue o parecer no sentido de consentir com a possibilidade de desistência da Ação Civil Pública ainda com a argumentação de que os princípios que regem a Ação Penal Pública não podem ser aplicados à Ação Civil Pública, em função da distinção de tratamento entre uma e outra, especialmente pela existência de norma expressa (art. 42 do Código de Processo Penal) vedando a desistência da Ação Penal Pública². Por outro lado, a legislação na esfera cível silencia nesse sentido. Assim, a hermenêutica

² No sentido de entender pela impossibilidade de desistência infundada pelo Ministério Público, por analogia com a ação penal pública: ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p.80.

possível seria a de que, por não ser vedada em lei, a desistência da Ação Civil Pública estaria permitida.

Outro argumento apresentado, em defesa da desistência da Ação Civil Pública, refere-se à ausência de risco de concentração de poder do Ministério Público, uma vez que há vários legitimados concorrentes, de acordo com o art. 5º da Lei 7.347/1985, o que não ocorre com a Ação Penal Pública, monopólio conferido ao órgão ministerial. Dessa forma, estaria o interesse público protegido das hipóteses de conluio ou má gestão processual.

Ademais, a possibilidade de desistência da Ação Civil Pública estaria implícita no sistema da Lei 7.347/1985 quando, em seu art. 5º, § 3º³, determina que o Ministério Público deve assumir a titularidade quando a associação autora desistir da ação. Em que pese a legislação preveja apenas a desistência

³ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

da associação, a interpretação mais coerente apontaria para a possibilidade de desistência por qualquer dos co-legitimados, inclusive pelo Ministério Público⁴.

Por fim, é aduzida fundamentação no sentido de necessidade de ponderação de princípios e interesses, pois, no caso em concreto, a desistência da ação significaria favorecimento do interesse público, no sentido de conferir-se ao processo efetividade e economia processual, já que a existência de direito adquirido e coisa julgada tornariam a ação prejudicada e eivada de vícios.

Na hipótese da viabilidade da ação civil pública, defende-se a necessidade de fundamentação pela disposição da atividade processual e controle pelo Poder Judiciário, já que o controle administrativo (art. 9º da Lei 7.347/1985) já estaria ultrapassado e oportunizaria eventual remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para a manutenção da desistência ou designação de outro membro do *Parquet* para prosseguir com a demanda.

Resumidamente, o parecer entende pela possibilidade da desistência da Ação Civil Pública pelo Ministério Público ou outro co-legitimado, de forma fundamentada e mediante controle judicial, pela impossibilidade de controle na via administrativa. Tal desistência estaria fundamentada pela existência de direito adquirido e coisa julgada, previsões constitucionais, em favor das empresas réis e conseqüente necessidade de observação e proteção do interesse público no que concerne à efetividade e economia processual, bem como ao respeito à boa-fé processual, que não recomendam o ajuizamento de demanda prejudicada por vícios.

3) Breves comentários à fundamentação do Parecer:

1) Legitimação Ativa do Ministério Público

⁴ Sobre tal questão: "A leitura que deve ser feita é a de que "se qualquer co-legitimado ativo (e não apenas a associação civil) desistir do pedido ou abandonar a ação civil pública ou coletiva". (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 325.)

Muitas são as controvérsias que envolvem a questão da legitimidade ativa do Ministério Público. Parte da doutrina afirma existir substituição processual e, assim, legitimação extraordinária⁵. Para outros, há legitimação autônoma⁶, ordinária e de exercício de função pública⁷. Há, ainda, entendimento de legitimação anômala ou de tipo misto, onde os legitimados ativos defendem interesses individuais de cada um e de todos os integrantes do grupo lesado, bem como interesse próprio à reintegração do direito violado⁸.

Outra questão refere-se à extensão dos poderes da legitimação extraordinária, pois, a vedação da disposição do conteúdo material do direito do substituído poderia ser afetada pela disposição processual de desistência da ação, já que o direito material restaria prejudicado por não estar sendo perseguido e tutelado em juízo.

Pode-se dizer que o Brasil possui uma legitimação plúrima e mista, plúrima por serem vários os entes legitimados, mista por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado.⁹ Além disso, ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, os legitimados são indicados na Lei, não cabendo ao juiz, pelo menos em princípio, a verificação do “representante adequado”.¹⁰

Interessante critério de classificação da legitimidade do Ministério Público é desenvolvido por José Maria Tesheiner, o qual afirma que o órgão ministerial não é um substituto processual, mesmo nas ações relativas a direitos individuais, pois sua função institucional é a de concretização do Direito

⁵ “Há legitimação extraordinária autônoma quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. Revista dos Tribunais, vol. 404. p.10.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. São Paulo: RT, 6. ed. 2002, p. 1339.

⁷ TESHEINER, José Maria. *O Ministério Público não é nunca um substituto processual*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em 26.04.2012.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. In Revista Magister, nº 4, fev./mar. 2006, p. 89.

⁹ DIDIER JR. Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. V.4. 7ª ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2012. p. 207.

¹⁰ MATTE, Mauricio. *Ação Civil Pública: Tutela de Interesses ou Direitos Difusos e Coletivos Stricto Sensu*. In: *Processos Coletivos*/Organizado por José Maria Tesheiner. Porto Alegre: HS Editora, 2012. p. 119.

objetivo, desempenhando verdadeira função pública, sem implicar tutela direta de direitos subjetivos¹¹

2) Inviabilidade da desistência da ação

Arruda Alvim, atrelando-se ao caso concreto apresentado, exarou parecer no sentido da possibilidade da desistência da Ação Civil Pública, sob a alegação da não aplicação dos princípios da Ação Penal Pública e ausência de vedação expressa de desistência em sede de Ação Civil Pública. Contudo, Teori Zavascki se posicionou firmemente no sentido de que, “relativamente ao Ministério Público, não é aceitável o argumento de que, não sendo a desistência vedada, estaria permitida. Se a regra vale para o particular, o mesmo não se dá em relação ao órgão ministerial que, como órgão do estado que é, obedece à regra básica do direito público: os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por normal legal válida”.¹²

Ainda é importante referir que Arruda Alvim já defendera a indisponibilidade do Ministério Público na Ação Civil Pública:

Diante do princípio da indisponibilidade que informa a ação civil pública, o Ministério Público não se encontra apenas frente a um dever indeclinável de propor a ação, mas também do imperativo de prosseguir-la, postulando pelo prevailecimento da pretensão que deduziu (...).¹³

Contudo, a regra da não admissão da desistência da Ação Civil Pública não pode ser absoluta, uma vez que, na hipótese da desistência tutelar de forma mais adequada interesses públicos, por exemplo, ou em casos em que a continuidade da ação acarrete a configuração de vícios formais e lesão a direitos (hipótese presente no caso concreto pela lesão ao direito adquirido e à

¹¹ TESHEINER, José Maria. *O Ministério Público não é nunca um substituto processual*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em 26.04.2012.

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p. 151.

¹³ ALVIM, Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976. p. 382-383.

coisa julgada, vícios que comprometem a regularidade do processo), a desistência configuraria a melhor alternativa.

É nesse sentido o entendimento de Teori Zavascki:

Se o que se visa, com o impedimento da desistência, é resguardar os interesses tutelados, pode, excepcionalmente, ocorrer situação em que tais interesses estarão melhor atendidos exatamente pela providência oposta, ou seja, pela desistência. Isso será plausível, por exemplo, em hipóteses em que a ação contenha evidentes vícios formais. Em casos tais, a desistência ensejará a propositura de nova demanda, sem os defeitos da anterior. Esse caminho, nas circunstâncias, será mais adequado do que levar o processo adiante, até a sua inevitável extinção sem julgamento de mérito.¹⁴

Nesses casos, a desistência será fundamentada e seguindo a regra da proporcionalidade por meio da ponderação de interesses, na busca da preservação de direitos e regularidade da ordem jurídica.

Sobre a função do princípio da proporcionalidade como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, discorre Paulo Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.¹⁵

Entretanto, tal possibilidade deve ser vista de forma excepcional e em hipóteses em que, notadamente, o interesse público é mais amplamente

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p. 151.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9a edição, Malheiros, 2000, p. 386.

tutelado com a desistência, considerando o conflito entre direito adquirido e coisa julgada (representantes do direito fundamental à segurança jurídica – art. 5º, XXXVI da CF/88) e tutela do meio ambiente e patrimônio público (direitos fundamentais igualmente tutelados pela Constituição Federal). Nessa medida se faz necessário o controle judicial, evitando a concentração de poder no órgão ministerial e aplicando a cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva.¹⁶

LEGISLAÇÃO E DISPOSITIVOS LEGAIS UTILIZADOS: Constituição Federal de 1988: art. 5.º, XXXV, XXXVI; 103, I a IX; 129, I; 267, VIII – Constituição de 1969: art. 153, § 3.º – Código de Processo Civil (LGL\1973\5): arts. 6.º; 16 e ss.; 81; 82, III – Código de Processo Penal (LGL\1941\8): arts. 28; 42; 576 – Dec.-lei 42/1969. – Decreto 1.318/1977 – Lei 7.347/1985: arts. 5.º; 9.º, § 1.º; 19 – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: art. 169, § 1.º, com a redação dada pela Emenda Regimental 2/1985.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ALVIM, Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. v.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976. p. 382-383.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, Malheiros, 2000.

¹⁶ DIDIER JR. Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. V.4. 7ª ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2012. p. 214.

- DIDIER JR. Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. V.4. 7ª ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/* coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MATTE, Mauricio. *Ação Civil Pública: Tutela de Interesses ou Direitos Difusos e Coletivos Stricto Sensu*. In: *Processos Coletivos/Organizado por José Maria Tesheiner*. Porto Alegre: HS Editora, 2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. In *Revista Magister*, nº 4, fev./mar. 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. *Revista dos Tribunais*, vol. 404.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. São Paulo: RT, 6. ed. 2002.
- TESHEINER, José Maria. *O Ministério Público não é nunca um substituto processual*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em 26.04.2012.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Ações Coletivas no Brasil – Atualidades e Tendência*. In: TESHEINER, José Maria Rosa. *Temas de Direito e Processos Coletivos*. José Maria Rosa Tesheiner e Mariângela Guerreiro Milhoranza. Porto Alegre: HS Editora, 2010.

- VARGAS, Abraham Luis. *La Legitimación activa em los procesos colectivos*. In: *Procesos Colectivos* coordinado por Eduardo Oteiza. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Civil Pública: Competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público*. In: *Processo Coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto/organizadores Araken de Assis (et al.)*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. pp. 599-608.