

DA (IM)POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Leonardo Augusto dos Santos Lusvarghi

RESUMO

A insurgência da sociedade de massas nascida dos efeitos da Globalização foi o principal aspecto que levou os estudiosos a se aprofundarem nas pesquisas acerca dos Direitos Transindividuais, também chamados Direitos Coletivos *lato sensu*, em busca de meios idôneos para sua efetivação através do Processo, principalmente para realização do acesso a Justiça e prestação jurisdicional unívoca para situações controvertidas provenientes de uma mesma relação jurídica ou de fato e de direitos cujos titulares são um grupo determinável ou indeterminado de pessoas. Por sua vez, a legislação brasileira atribuiu especial importância à atuação do Ministério Público nesta seara, trazendo para suas atribuições constitucionalmente previstas, a promoção da Ação Civil Pública e do Inquérito Civil, muito embora já houvesse legislação infraconstitucional de mesmo teor. É certo, outrossim, que a Constituição Federal desvinculou o *Parquet* de suas antigas atribuições de representante de órgãos governamentais para torna-lo órgão democrático representante da Sociedade e do Interesse Público Primário. Desta forma, há que se rever os princípios de sua atuação nos mais variados institutos através da *ratio* de todo o sistema moderno. Dentre tais institutos analisa-se neste trabalho a Desistência da Ação, questionando-se sua possibilidade ante os novos paradigmas do processo coletivo e da investidura constitucional do órgão ministerial.

PALAVRAS-CHAVE

MINISTÉRIO PÚBLICO; AÇÃO CIVIL PÚBLICA; DESISTÊNCIA DA AÇÃO

ABSTRACT

The raise of the mass society born from the effects of Globalization has been the chief aspect that has taken the experts to deep their research about the Overindividual rights, also called *Lato Sensu* Collective Rights, seeking able means to provide their effectivation by the Process, chiefly to carry out the Access to Justice and sole results in Jurisdictionary Acts about situations come about from the same juridical relationship or the same facts and from rights whose owners are inside a group determinable or established of people. By the way, the Brazilian law has attributed special meaning to the Ministério Público actuation in this sphere of rights, bringing to his functions constitutionally previewed, the promotion of “Class Actions” and of the Civil Investigation, besides underconstitutional law had already been ratified with the same wording. Surely, otherwise, the Constitution of 1988 has taken away the link between the *Parquet* and the government organs, relating to representation, to make it become a democratic organ that represents the Society and the Public Primary Interests. In this way, it’s necessary to review its actuation principles in all sort of institutes throught the *ratio* of all modern system. Among these institutes, this study analyses the Action Desistance, discussing it’s possibility with the new models of collective process and the Ministério Público constitutional functions.

KEY-WORDS

MINISTÉRIO PÚBLICO; CLASS ACTIONS; ACTION DESISTANCE

Introdução

A proteção dos direitos e interesses ditos meta-individuais ou transindividuais é de preocupação recente na sociedade brasileira incitada, principalmente, pelas lições de Mauro Cappelletti, o qual trouxe para a realidade jurídica uma nova ótica de conflitos envolvendo interesses que não pertenciam a um indivíduo isolado na sociedade, mas a toda a sociedade ou a um grupo de pessoas ou, ainda, a um grupo acidentalmente formado de pessoas (interesses individuais homogêneos).

Contudo, a existência de perturbações sociais envolvendo estes bens de propriedade incerta já existia muito antes de tais considerações, encontrando-se no interior social, mas sem expressão em face da cultura processual individualista trazida pela fase conceitualista ou científicista e elasticada até a ascendência da sociedade de massas e da globalização, o que impediu que se prolongasse a ilusão individualista por mais tempo.

Fator probante de tal situação é a dificuldade atual de adaptação do processo civil individualista e das tutelas coletivas, incorrendo, por vezes, em concepções inaceitáveis ante os princípios próprios da seara coletiva, ponto este a ser analisado neste trabalho em relação ao instituto da desistência da Ação pelo *Parquet*.

1 Da atuação do Ministério Público

A instituição do Ministério Público tem, atualmente, características bastante diferentes da antiga função de representante dos interesses do monarca do antigo regime, proveniente da sua reformulação pós-Revolução Francesa. Essa passagem do Estado Absolutista ao Estado de Direito fez com que, gradativamente, fosse se distanciando a idéia de sociedade civil e sociedade política para encarnar, no âmbito social, o comprometimento do Estado para com as necessidades coletivas.

Nesta gradual evolução, no sistema jurídico brasileiro, o ápice da democratização foi conquistada com a Constituição Federal de 1988 a qual, por fim, retirou do Ministério Público toda e qualquer representação das Pessoas Jurídicas de Direito Público para dedicar-se aos exclusivos anseios da sociedade tornando-se verdadeiro *Advogado da Sociedade*, na expressão sempre lembrada por MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES. Desta legitimação *pro populo* a Magna Carta estabeleceu expressamente as atribuições do *Parquet* no art. 127, *caput*, incumbindo-lhe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para tanto, na seara civil, foram-lhe disponibilizados dois instrumentos importantíssimos para a efetividade dos direitos, sendo um de cunho

investigativo e outro de cunho processual: a instauração do Inquérito Civil e o aforamento de Ação Civil Pública, respectivamente, nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal.

Podemos visualizar, claramente, nestas prescrições constitucionais, a influência de um Neo-liberalismo assente, caracterizado por um Estado Intervencionista que socorre as deficiências sociais onde quer que as encontre, como bem relata ZENKNER:

Na esteira deste processo de transformações, as discussões a favor da democracia e dos direitos pertencentes às populações mais desprotegidas se intensificaram, emergindo daí um Ministério Público comprometido com a manutenção da ordem jurídica e o respeito à democracia e, ao mesmo tempo, com atuação no interesse daqueles que não encontravam meios adequados para pleitear uma tutela jurisdicional.¹

Desta monta, o Ministério Público veio salvaguardar os interesses relevantes para a sociedade como um todo. E este é o princípio informador de sua legitimação na seara dos interesses coletivos *lato sensu*: o relevante caráter social. Assim afirma MAZZILLI:

No tocante ao ajuizamento de ações civis a seu cargo, a regra é de que o Ministério Público só pode propor ações em hipóteses taxativas previstas na lei, salvo em matéria de interesses transindividuais. Com efeito, no tocante à tutela judicial de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a legitimação do Ministério Público é genérica. Pode assim, propor qualquer ação civil pública, com qualquer pedido, quando atue em defesa de interesses transindividuais, desde que essa iniciativa consulte aos interesses gerais da coletividade.²

Assim, por óbvio o órgão ministerial é legitimado para a defesa dos interesses difusos e dos coletivos *strictu sensu* já que ambos se apresentam com a relevância social adequada para sua atuação. E aqui vale ressaltar a análise de APPIO com relação à proteção destes interesses pelo Ministério Público em face do art. 129, da CF/88:

¹ ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. 1ed. Temas Fundamentais de Direito v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.68.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em Juízo*. 19ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.78.

O artigo deve ser interpretado de forma conjunta com o *caput* do art. 127 da CF/88, o qual menciona o papel político do Ministério Público, no qual está inserido, obviamente, o dever de proteção dos bens/interesses sociais e individuais indisponíveis. Os interesses sociais de caráter disponível são os constantes do art. 7º da CF/88, dentre os quais o próprio fundo de garantia por tempo de serviço. Os interesses sociais indisponíveis (coletivos e difusos) são os relacionados com o próprio direito envolvido e não somente com as prestações econômicas derivadas desses direitos. Deste modo, o direito à proteção do FGTS é indisponível, embora as parcelas econômicas decorrentes da existência deste fundo sejam de natureza individual disponível, dado seu conteúdo econômico. O Ministério Público deve zelar, portanto, pelo patrimônio social constituído através do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), muito embora não possa promover ações para a recuperação dos valores individualmente devidos a cada um dos atingidos por uma medida ilegal. Há, no primeiro caso, um nítido interesse difuso da comunidade, sendo que, no segundo, existem direitos disponíveis de uma coletividade determinada de cidadãos (individuais homogêneos).³

Por sua vez, contudo, há interesses ditos individuais homogêneos que auferem condição de relevância social, aos quais também vêm sendo legitimado o Ministério Público para sua defesa, como, por exemplo, o direito dos consumidores.

É hipótese diferente, por outro lado, a concorrência de interesses coletivos *lato sensu* entre si como bem exemplifica MAZZILLI:

Outra confusão recorrente precisa ser desfeita: o *mesmo interesse* não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas. O que pode ocorrer é que uma única combinação de fatos, sob uma única relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma categoria, os quais podem até mesmo ser defendidos na mesma ação civil pública ou coletiva.⁴

Nestes casos também será possível o aforamento de demanda coletiva por parte do órgão ministerial por sobrelevar valores sociais indisponíveis e indivisíveis, muito embora alguns interesses possam ser individuais disponíveis como já demonstrado por APPIO.

Assim, observa-se que o campo de atuação do *Parquet* para a salvaguarda dos direitos constitucionalmente previstos, bem como de toda ordem

³ APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. 1ed. 3tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.p.92.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 57.

jurídica, permite amplitude adequada para a ideal proteção da sociedade, o que deve ser fomentado posto que a tutela coletiva tem por objetivo exatamente prove-la de incessantes batalhas judiciais para efetivação dos direitos para configuração de uma sociedade mais justa e igualitária. É, neste esteio se posicionam DIDIER JR. e ZANETI JR.:

Os processos coletivos servem à “litigação de interesse público”, ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam , para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais pólos destas demandas, credor/devedor). Melhor dizendo, não interesses “minoritários”, mas sim interesses e direitos “marginalizados”, já que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos “majoritários” na sociedade, embora não tenham voz, nem vez.⁵

Capítulo 2: Da Desistência da Ação

A desistência da Ação é instituto de Direito Processual através do qual a parte autora dispõe de seu direito de Ação, extinguindo o processo sem resolução de mérito nos termos do art. 267, VIII, do Código de Processo Civil.

A princípio, na seara civil da Teoria Geral do Processo Individual, havendo desinteresse da parte em seguir com a demanda, a desistência é possível a fim de resguardar o interesse processual da parte e a economia processual do Poder Judiciário, que acaba se vendo livre de determinadas demandas que manifestamente não alcançariam provimento final de mérito.

Entretanto, quando falamos de Direito Processual Coletivo, nova ótica devemos tomar, principalmente com relação ao Ministério Público, o qual, possui legitimação *Pro Populo* em sede de tutela coletiva, apresentando nítida função de *Advogado da Sociedade* ao mesmo tempo que atua com a imparcialidade necessária para

⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. IV. 1ed. Salvador: Edições Podivm, 2007. p.35/36.

preservar a ordem jurídica. GRINOVER já previa que o processo coletivo demanda dos estudiosos uma nova tomada de posições necessária para a própria efetivação de seus fins:

É preciso, antes de mais nada, que o processualista tenha a coragem intelectual de admitir que hoje afloram no processo situações diversas daquelas que constituíam o suporte dos institutos tradicionais. A tradição doutrinária não pode significar um obstáculo para repensar institutos, que hão de ser moldados às novas situações. É preciso proceder, dentro de cada sistema, a uma análise funcional, ressaltando os tipos de interesses que devem ser protegidos e os tipos de provimentos idôneos à sua tutela, de modo a adaptar os mecanismos internos do processo à melhor consecução desses objetivos.⁶

Para entender melhor da possibilidade ou não da desistência da ação pelo *Parquet*, melhor nos parece seguir o seguinte caminho traçado por DIDIER JR. e ZANETI JR.:

Para solucionar um problema do processo coletivo, em uma ação civil pública, o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico da ACP (Lei Federal nº 7.347/1985). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos identificar a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão.⁷

Analisando os diplomas legais que versam sobre o tema, não há como se agarrar a uma convicção idônea posto que a lei se absteve de pormenorizar tal questão tanto na Lei nº 7.347/85 quanto na Lei nº 8.078/90.

A única ponta que poderia, talvez, trazer alguma luz para a questão parece estar no art. 5º, §3º, da Lei nº 7.347/85, embora ao nosso ponto de vista, mesmo tal referência é falaciosa ante a questão diretamente apontada neste trabalho.

Dito dispositivo obriga ao órgão ministerial prosseguir em Ação Civil Pública intentada por outro legitimado ativo cuja desistência se deu infundadamente. Sob uma interpretação *contrario sensu* parece que se a desistência se

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. REPRO 14/15. ano06. abril/setembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 35.

⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.*, p.53.

deu de forma fundamentada o órgão ministerial poderá se recusar a suceder o pólo ativo da Ação Civil Pública.

Muitos doutrinadores se escoraram neste dispositivo para habilitarem-se em dizer que ao Ministério Público, portanto, não seria indisponível o Direito de Ação, podendo, desta forma, desistir de suas ações. É a posição de MAZZILLI:

Bem fez a lei em prever, embora apenas a *contrario sensu*, a hipótese de desistências fundadas nas ações civis públicas ou coletivas. Fosse a lei totalmente omissa a respeito e, sem dúvida, longas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais continuariam a reinar. É, aliás, o que tem ocorrido nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais o Supremo Tribunal Federal afirmou o princípio da indesistibilidade, em razão de que o Poder Judiciário absurdamente passa a promover a ação de ofício. É, ainda, o que também ocorre na própria ação civil pública, em cuja sede equivocadamente já se negou, até mesmo em tese, a possibilidade de o Ministério Público dela desistir. Nesses casos, têm-se buscado analogias, aqui indevidas, porque as situações não são semelhantes, entre o sistema processual penal – que expressamente veda a desistência da ação penal pública – e ação civil pública – campo no qual o legislador não impôs igual vedação. Ademais, não sendo a ação civil pública de titularidade privativa de ninguém (no que se distingue da ação penal pública), eventual desistência de um co-legitimado sequer impediria em tese o acesso à jurisdição. Acresce que, mesmo na área penal, a indisponibilidade da ação já deixou de ser absoluta, em face da permissão de transação penal.⁸

Não nos parece, todavia, a melhor dedução. Explicamos.

O dito dispositivo sem dúvidas habilita o agente ministerial a não tomar por sua demanda formulada por outrem cuja desistência foi devidamente fundamentada. Tal se dá em decorrência do próprio Princípio da Obrigatoriedade Mitigada vigente na seara Civil de atuação do Ministério Público. Não é possível, em face do Princípio da Economia Processual que gere toda a seara coletiva, aceitar que demanda cujo fracasso se mostra óbvio pela má formulação de demanda por terceiro prospere por impulso do Ministério Público. Não foi formada, anteriormente, a necessária convicção pelo *Parquet* de que dita demanda deveria ter sido instaurada e, portanto, não há que se lhe obrigar prosseguir na mesma.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op.cit.* p.347.

Contudo, outra situação se nos afigura quando ocorre propositura direta pelo órgão ministerial. Houve a devida formulação de convicção pelo mesmo, que entendia, no momento do ajuizamento, existirem razões para instauração de litígio judicial. Não é caso, portanto, de se pensar em fundamentar uma desistência pela inabilidade de seus fundamentos posto que o próprio Ministério Público entendeu, em sua convicção imparcial, haver motivos para seu aforamento, razão pela qual entregou às mãos do Poder Judiciário para a devida solução.

Lembremos que, apesar de dispensável, o instrumento do Inquérito Civil foi única e exclusivamente conferido ao órgão ministerial a fim de se munir de armas capazes e vigorosas para fundamentar a propositura de suas demandas. Ali é o momento da convicção do *Parquet*, pertencendo, posteriormente, o processo ao Poder Judiciário para sua solução. Se o órgão ministerial deixou de proceder diligências no Inquérito Civil ou mesmo deixou de instaurá-lo é porque entendeu desnecessário e suficientemente preparado para ordenar sua demanda coletiva.

Se baseia, outrossim, o autor referido, na co-legitimidade ocorrente nas tutelas coletivas, o que demonstraria, por si só, a possibilidade de desistência da ação pelo Ministério Público. É outro ponto com o qual ousamos discordar.

Em que pese realmente ser possível a propositura por outros legitimados que não o *Parquet*, não está aí a razão da indisponibilidade da ação por sua parte, mas decorrente de suas próprias funções às quais foi constitucionalmente investido. Desinteressa, desta forma, a quantidade de legitimados a concorrerem pela salvaguarda dos Direitos Coletivos *lato sensu*. ZENKNER melhor aprecia a representatividade do agente ministerial em Juízo:

Já se disse que o órgão ao atuar não representa o Estado, mas sim o “presenta”, ou seja, quando o órgão está a exercer suas funções é o próprio Estado que ali se faz presente e se manifesta. Isso porque, não sendo o Estado dotado de atributos físicos e mentais que constituam o ser com individualidade existencial própria, sua vontade haverá de ser materializada por meio de pessoas físicas que, em seu nome, exercerão as distintas atividades estatais.⁹

⁹ ZENKNER, Marcelo. *Op. cit.* p.99.

Interessante analisar, outrossim, algumas outras passagens da obra do digno professor MAZZILLI, às quais pretendemos fundamentar oposições posteriores:

Verdade é que, no processo penal, o Ministério Público não pode desistir da ação: mas isso só ocorre porque a lei aí o veda expressamente. Nesse particular, não cabe analogia entre a ação penal pública e a ação civil pública porque o Ministério Público não é titular privativo desta última, nem o Estado é titular material dos interesses transindividuais que são o objeto do processo coletivo. As situações diferem totalmente.¹⁰

E prossegue:

No *processo penal*, o Ministério Público não pode desistir da ação penal pública: isso ocorre não porque em tese a ação penal não pudesse ser objeto de disponibilidade. Tanto poderia que a lei admite em certos casos a transação penal, e, em outros, a própria desistência (na ação privada). A verdadeira razão que o legislador considerou para obstar à desistência da ação penal pública reside antes em motivos de ordem prática. A possibilidade de franca desistência ou livre abandono da ação penal pública poderia ensejar pressões sobre o titular privativo da ação e levar à impunidade de governadores, poderosos ou criminosos em geral.¹¹

Parece, a partir destes argumentos, que a tutela penal possuiria um *plus* estabelecido pela legislação a fim de obstar “acertos” descuidados e colusões tendentes a proliferar na seara social a impunidade. Contudo, não podemos olvidar que toda a estrutura de ilicitudes na sociedade advém da inobservância reticente de direitos fundamentais, não só os de terceira geração neste trabalho discutidos, como os das demais gerações. E o Ministério Público deve estar atento para atuar de forma a ilidir que os direitos sociais e individuais indisponíveis sejam obstados ou obliterados caminhando para toda classe de desigualdades sociais, origem primeira de todos os demais problemas. Neste escorço, GUIMARÃES aponta:

Até mesmo na esfera criminal, o que é mais importante, sob o ponto de vista global, o empenho na prisão de traficantes de esquina ou no desvio de verbas

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op.cit.* p.349.

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. Cit.* p.352

públicas e até mesmo na investigação de emprego de recursos privados na criminalidade? Basta uma análise um pouco mais racional para se chegar a conclusão de que enquanto os membros do Ministério público não tiverem noções de direito empresarial, contabilidade e matemática financeira, não haverá combate nenhum a criminalidade, tampouco alcançada será a proteção aos interesses sociais. A sociedade brasileira anseia por investimento financeiros destinados à educação, saúde, saneamento básico, emprego, e, frise-se, por último, o combate à *criminalidade de esquina*. A aquisição de coletes a prova de bala e de armamento pesado para as polícias em nada somará; apenas no aspecto de que em breve enfrentaremos uma guerra civil, se é que isso já não está ocorrendo.¹²

Desta forma, parece descabido, para fins de análise da atuação do Ministério Público na área Judicial, dizer que há esferas totalmente distanciadas e diferentes, posto que suas funções constitucionalmente estabelecidas possuem teleologia única, a qual não pode ser ofuscada jamais.

Toda vez que há interesse ministerial em determinado fato da vida, sua movimentação está tendente a obstar que a sociedade perca seus valores ou que determinadas ações destruam interesses coligidos através de incessantes lutas sociais.

Outros dois pontos, dentro da esquemática estabelecida para a atuação do *Parquet*, indicam a aproximação das duas searas de atuação na direção de uma atividade única através de seus princípios próprios: a) a possibilidade de arquivamento, tanto do Inquérito Civil quanto do Inquérito Penal, submetidos, ambos, à apreciação de órgão superior, embora neste último, em havendo acolhimento do magistrado das razões expostas, a remessa ao órgão superior não se faz obrigatória (art.28, CPP), ao contrário do Inquérito Civil (art. 9º, §1º, da Lei nº 7.347/85); e b) a exclusiva possibilidade de poder estabelecer junto ao “investigado” um termo de compromisso de ajustamento de conduta, o qual não significa disponibilidade do Direito defendido, mas uma escolha política por maior efetividade e menor onerosidade para a sociedade, bem assim como hoje ocorre com a possibilidade de oferta, pelo *Parquet*, de proposta de transação e de suspensão condicional do processo ao “investigado”, adotado o Princípio do *Nolo contendere*.

¹² GUIMARÃES, Márcio Souza. *O Controle Difuso das Sociedades anônimas pelo Ministério Público*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.82/83.

Lembram também, DIDIER JR. e ZANETI JR. já haver posição na doutrina entendendo serem as Ações Penais propriamente Ações Coletivas. Assim expõem:

Para uma determinada concepção, a ação penal condenatória é, substancialmente, uma ação coletiva. Mas é possível pensar em outros exemplos de ações penais de conteúdo coletivo, como, por exemplo, o *habeas corpus* coletivo. Também é possível uma visão diferente, reservando um espaço privilegiado de discussão para bens jurídicos novos, que se identificam com os direitos coletivos defendidos neste curso, bens como o meio ambiente, o direito econômico, o direito do consumidor, a ordem urbanística etc. Para estes bens teria surgido um *direito penal supra-individual*, no qual se verifica que a tutela desses bens jurídicos coletivos, surgidos com mais força pós-Constituição de 1988 – bens ligados muitas vezes a uma macro-criminalidade – se dá de forma especial, diferente da tutela do “direito penal básico”, “restrito à tipificação de condutas atentatórias contra a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade (denominado também de Direito Penal *nuclear*).¹³

Contudo, não é intenção deste trabalho aprofundar tais ilações, mas estudar a atuação do *Parquet* na esfera coletiva.

Assim, perpassada a análise da legislação, a qual se mostrou, de certa forma, omissa, chegamos ao ponto fulcral deste trabalho: identificar a *ratio* do processo coletivo.

Primeiramente, após a fase cientificista do Direito Processual, nova fase surgiu, alicerçada principalmente nos ideais de Acesso à Justiça, ou, como pretende KAZUO WATANABE, o Acesso à Ordem Jurídica Justa. Nesta nova fase três foram as ondas renovatórias focadas, praticamente de forma cronológica: a) na Assistência Judiciária; b) na *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e, c) no enfoque de acesso à Justiça especificamente.

Interessa-nos, principalmente, entender a segunda e a terceira ondas renovatórias em uma visão intercomunicada.

Por certo uma das grandes evoluções do Direito Processual no século passado foi estabelecer, como escopo político do processo, uma educação social tendente a conscientizar os integrantes desta massa gregária chamada sociedade, de que

¹³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p.44.

sua participação na esfera judicial é imprescindível para a fiscalização e controle das relações jurídicas, econômicas e sociais, pela insuficiência da atuação única dos órgãos estatais. Neste contexto, a participação democrática foi-se inserindo gradativamente e ganhou relevo como um dos fatores próprios à tutela coletiva, incentivando-se, através da legitimidade concorrente e disjuntiva, a atuação das associações e sindicatos, de modo a trazer para o âmbito da proteção de ditos direitos setores da própria sociedade, no intuito, ademais, de angariar certa carga ideológica popular às demandas coletivas.

Por certo, não poderíamos aqui deixar de citar a posição de MAURO CAPPELLETTI, um dos primeiros estudiosos sobre a matéria e crítico rigoroso da atuação do Ministério Público e órgãos afins na seara coletiva do processo civil. CAPPELLETTI e GARTH se mostraram, à época, ferrenhos defensores da participação democrática, muito embora não tenham conseguido delinear formas para que tal se tornasse real e não apenas uma nova teoria idealizada. Senão vejamos:

Assim, conquanto como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupo, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha, [...], em sua ação em favor do grupo. Uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina *governamental* para proteger os interesses públicos e dos grupos. Pesquisa comparativa recente, no entanto, demonstrou o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos. É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental.¹⁴

E mais ainda:

Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil “mobilizar” as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.¹⁵

Neste esteio, e contrariamente ao que hoje percebemos no Judiciário brasileiro, CAPPELLETTI e GARTH diziam que o Ministério Público não

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p.27/28.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Opus cit.*, p. 24/25.

poderia ser tido como órgão no qual poderíamos nos fiar para a proteção dos direitos coletivos, primeiramente por não possuir conhecimentos especializados necessários para tal atuação e, além disso, por ser fator de burocratização da justiça, contrário aos princípios próprios de proteção dos direitos difusos.

Hoje, entretanto, encontramos, ao menos nas grandes cidades, unidades do Ministério Público devidamente aparelhadas e especializadas em demandas coletivas, estando presente como pólo ativo na quase totalidade das demandas aforadas, o que demonstra que não é a vinculação com o Estado que causa turbulências para a tutela dos direitos de terceira geração, mas a má vontade e a falta, muitas vezes, de incentivo governamental.

Desta forma, apesar de necessária a implementação de uma participação democrática mais atuante para, até mesmo, haver evolução das relações sociais e políticas, não há como se dispensar, principalmente em Estados em que há uma história desenvolvida em cima de um paternalismo assente, a atuação de órgãos governamentais, muito menos quando estabelecidos constitucionalmente.

Aliás, LENZA elenca uma série de razões que influenciaram a tomada dos interesses transindividuais por parte do Ministério Público face à parca atuação dos demais legitimados: a) *histórica*: por estar há tempos suprindo a necessária atuação das associações; b) *político-histórica*: advindo de uma época em que o pensamento da sociedade brasileira se focava em uma época de “trevas” estabelecida rigorosamente em prescrições legais ditadas pelo regime ditatorial; c) *sociológica*: o cidadão brasileiro não está inclinado a se associar, socorrendo-se ao Estado paternalista; d) *econômica*: alguns dos entes legitimados não possuem condições financeiras para contratar advogados capacitados para a propositura de demandas com tal porte e complexidade; e) *institucional*: há dificuldade em se conciliar a atividade de organização, de associação e de política na defesa de interesses com o necessário aparato técnico-jurídico; f) *legislativa*: aponta três situações em que o legislador da Lei da Ação Civil Pública, induziu a propositura da ação coletiva pelo *Parquet*: f.1) art.6º; f.2) art.7º; e, f.3) art.8º, situações que propiciam uma situação de superioridade técnico-informativa em relação aos demais legitimados.

Não seria minimamente razoável atestar que a série de especificidades proporcionadas e oportunizadas pela legislação brasileira e determinadas constitucionalmente não ensejariam qualquer outro tipo de dever para o *Parquet* quando no exercício de suas funções.

Neste íterim, analisado que a participação democrática não estará afetada pela atuação própria do órgão ministerial, passamos a verificação dos demais princípios informadores da tutela coletiva.

Em decorrência da terceira onda renovatória do Direito Processual, verificamos que o princípio magno da tutela coletiva é efetivamente orientar o Estado para a realização de uma Justiça Social capaz de oportunizar a toda a sociedade, sem distinção, o acesso e proteção de seus direitos. E deste princípio de Acesso à Justiça, surgiu o que DIDIER JR. e ZANETI JR. denominaram de sub-princípio do *conhecimento do mérito do processo coletivo*, como adiante observamos:

Também aqui está presente uma outra perspectiva, o subprincípio do interesse jurisdicional no *conhecimento do mérito do processo coletivo*. Outra disposição referente a esse princípio pode ser encontrada na previsão da coisa julgada *secundum eventum probationis*, seguindo a premissa da legislação de que não haverá coisa julgada, poderá ser reproposta a demanda, quando o julgamento for de improcedência por *insuficiência de provas* (art. 103, incisos e parágrafos do CDC; art. 16 da LACP; art. 18 da LAP). O que o legislador quis foi garantir que o julgamento pela procedência ou improcedência fosse *de mérito*, não uma mera ficção decorrente da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento (art. 333 do CPC).¹⁶

Em decorrência da aplicação de tal sub-princípio parecem insubsistentes as seguintes palavras de LEONEL, que, na orientação de Mazzilli pretende ser possível a desistência da Ação Civil Pública pelo *Parquet*:

Imagine-se demanda mal proposta, mal fundamentada ou desprovida de probabilidade de êxito. A melhor estratégia na tutela do interesse supra-individual será a desistência. Será plausível que futuramente seja reformulada a ação com melhores fundamentos ou com prova mais consistente, até mesmo pelo *Parquet*, pois não terá ocorrido exame do mérito.¹⁷

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p.122.

¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.350.

Não há que se falar que a desistência da Ação Civil Pública proposta pelo *Parquet* atende melhor aos anseios sociais por proteger o interesse público primário. O interesse da sociedade nas demandas coletivas, quando representada pelo órgão ministerial, é a busca pelo provimento final pela crença em que o trabalho de convicção do órgão ministerial se deu de modo imparcial e idôneo, utilizando-se de todos os meios hábeis proporcionados pela legislação para coligir indícios e provas necessárias para o ajuizamento de ação. A possibilidade de desistência da ação seria, neste caso, verdadeira frustração social que depositara sua convicção de que a atuação do Ministério Público é eficiente e idônea e de que o aforamento de suas demandas não é mais uma ilusão vendida “só para inglês ver”.

Aliás, é de se considerar os apontamentos de CINTRA JR.:

Agora, o conflito é por natureza político, reivindicatório de mudanças sociais. Cobram-se as promessas vazias contidas nas leis e que dizem respeito a direitos da coletividade, que interessam a toda a sociedade ou a grupos mal circunscritos aos quais faltam as exigências de vida digna.¹⁸

Observe-se que a dita Desistência da Ação embasada por muitos em ideais de efetivação de interesses públicos nada mais é que total denegação de oportunidade de julgamento da causa. Se houve formação de convicção ministerial anterior à propositura da ação é porque houve suficientes indícios para tanto, devendo então promover o seu prosseguimento mesmo que ao final seja julgado improcedente.

Aceitar que o Ministério Público desistisse de suas Ações Cíveis Públicas para assegurar provimento final procedente em sua demanda seria recair no absurdo de que o *Parquet* sempre aforaria demanda com o fim exclusivo de vencer, numa visão concreta do direito de agir e não escorado nas modernas teorias do direito abstrato de agir em seu aspecto eclético revolucionado por Liebman. Como bem apontara COUTURE:

¹⁸ CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias. *Interesses metaindividuais: questão de acesso à justiça*. RT 676/44.

Quien quiera saber qué es la acción, no podrá desentenderse del fenómeno, que sería sorprendente de no sernos tan familiar, de que la acción funciona desde la demanda hasta la sentencia en la ignorancia de la razón o sinrazón del actor. Este resultado es connatural con el proceso mismo. La acción, pues, vive y actúa con prescindencia del derecho que el actor quiere ver protegido. No sólo la pretensión infundada, sino también hasta la temeraria, la pretensión del *improbis litigator*, merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último instante.¹⁹

Além disso, é de interesse da sociedade que os atos e omissões danosas à sociedade sejam condenados e que, por outro lado, os atos e omissões em conformidade com a ordem social sejam assim declarados havendo provas suficientes para tanto.

Desta forma, o processo coletivo está bem equipado com institutos próprios que não oportunizarão a formação de coisa julgada material em demanda mal instruída que seja julgada improcedente por falta de provas como aponta o art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor.

E lembrando, mais uma vez, que o Ministério Público atua como *Advogado da Sociedade*, a esta deve estar subordinado, como sinaliza PAES

A elaboração do Estado de Direito sob o influxo da Revolução Francesa se apresenta na conciliação de dois elementos. De um lado, a separação entre sociedade civil e sociedade política – o Estado e o corpo social - ; do outro, a subordinação do Estado aos interesses da sociedade.²⁰

Aliás, é a posição de SPALDING:

A sobreposição da independência funcional do membro do Ministério Público em relação à indisponibilidade da ação civil pública não é, entretanto, absoluta. Por certo, uma vez ajuizada a demanda coletiva, entende-se não poderá mais o Ministério Público desistir da ação, em virtude da relevância e magnitude dos direitos tutelados.²¹

E também defendida por ZENKNER:

¹⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. 3ed (póstuma). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. p.71.

²⁰ PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. 1ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p.41.

²¹ SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.p.125.

Vige também o *princípio da indisponibilidade*, pois, se o Ministério Público é obrigado a promover a ação na tutela de interesses coletivos, sociais ou individuais indisponíveis, não pode, uma vez iniciada a mesma, dela desistir, seja atuando como parte *pro populo* ou como substituto processual.²²

Por fim, é sempre bom lembrar os preciosos ensinamentos de CALAMANDREI, com relação à atuação de um Ministério Público idôneo e interessado nos problemas sociais:

Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca – momento a momento – a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor; ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.²³

Conclusão

De todo o exposto, urge no processo coletivo, bem como em qualquer seara do Direito atualmente, abandonar a mera apreciação da Lei em sua visão Ideal-positivista de que prescreveria a plenitude das relações e atos jurídicos, para nos agarrarmos aos princípios constitucionais e aos decorrentes de todo o sistema.

Não é porque não há sistematização positiva ditando acerca da indisponibilidade da Ação pelo Ministério Público na seara coletiva que tal não deve ser cogitado e instituído.

Aliás, pela leitura do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, parece que a questão não será tampouco solucionada uma vez que mais uma vez se omite em sua relação. O mesmo ocorrendo com o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

²² ZENKNER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 113.

²³ CALAMANDREI *apud* GUIMARÃES, Márcio Souza. *O Controle Difuso das Sociedades anônimas pelo Ministério Público*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.86.

Apesar de parecer questão de menor relevância, parece-nos que cada instituto deve ser revisto em face da transposição da ótica individual para a ótica coletiva e, neste processo, reanalisar as posturas do *Parquet* como *Advogado da Sociedade*, para formular um Direito Processual o mais efetivo possível.

Referências:

- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública: Doutrina e Jurisprudência*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. 1ed. 3tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ed. 2tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 12tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 5tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- CABRAL, Antonio do Passo. *O Processo como Superego Social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição*. in REPRO 115. ano 29. maio/junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 345-374.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época*. REPRO n.61. Ano 16. Janeiro/Março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 144-160.
- CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias. *Interesses metaindividuais: questão de acesso à justiça*. RT 676/44.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. 3ed (póstuma). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. IV. 1ed. Salvador: Edições Podivm, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. 1ed.. São Paulo: Saraiva, 2001.

FEROLLA, Bruno. *Globalização, Hegemonia e Periferismo e o novo Ministério Público*. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

GUIMARÃES, Márcio Souza. *O Controle Difuso das Sociedades anônimas pelo Ministério Público*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. REPRO 14/15. ano06. abril/setembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 25-44.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. 9ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em Juízo*. 19ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. 1ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. *Democratizar a Democracia: Os caminhos da democracia participativa*. 2ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003. p. 39-82.

SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. 1ed. Temas Fundamentais de Direito v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.