

# O princípio da obrigatoriedade da ação civil pública sob o ângulo da atuação do Ministério Público<sup>1</sup>

**Hugo Nigro Mazzilli**

Advogado, consultor jurídico,

Professor de Direito,

Membro aposentado do Ministério Público  
do Estado de São Paulo

*SUMÁRIO:* 1. Direito ou dever de ação do Ministério Público? 2. Alcance do dever de agir do Ministério Público; 3. O princípio da obrigatoriedade no processo penal; 4. O princípio da obrigatoriedade no processo civil; 5. O princípio da discricionariedade do Ministério Público; 6. Os atos discricionários do Ministério Público; 7. A ampliação do princípio da discricionariedade.

## 1) Direito ou dever de ação do Ministério Público?

É muito comum dizer-se que, quanto ao Ministério Público, não se pode falar em *direito de ação*, mas sim em *dever de agir*. Desta forma, quando o art. 81 do Cód. de Processo Civil menciona o “direito de ação” do Ministério Público, estaria, na verdade, querendo referir-se ao seu “dever de agir”.

Essa idéia, quase que geral, de que o Ministério Público é obrigado a agir, funda-se em última análise no princípio da legalidade, que, entre nós, alcançou seu mais alto grau de desenvolvimento na esfera penal.

---

1. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 11, 2007, São Paulo. **Meio ambiente e acesso à justiça** : flora, reserva legal e APP = environment and access to justice. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007. v.3, p. 111-120

Ao dissertar sobre o princípio da legalidade no processo penal, amparado em lição de Siracusa, José Frederico Marques comenta as diversas soluções existentes no Direito comparado, e anota que “dois são os princípios políticos que informam, nesse assunto, a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade (*Legalitätsprinzip*) e o princípio da oportunidade (*Opportunitätsprinzip*). Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão-só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal”.<sup>2</sup>

Para melhor expor essa idéia, vejamos o que ocorre na legislação processual penal brasileira. Se, embora presentes os pressupostos que autorizariam ou até exigiriam a propositura de uma ação penal pública, o membro do Ministério Público violar o dever de agir, o Cód. de Processo Penal admite a intervenção do juiz, que pode recusar o pedido de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e propor ao chefe do *parquet* que reveja a proposta de arquivamento formulada pelo promotor de Justiça (CPP, art. 28). A mesma legislação mais uma vez consagra de maneira expressa o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, quando veda que o Ministério Público desista da ação (CPP, art. 42), e mais uma outra vez o faz, quando lhe proíbe a desistência do recurso (CPP, art. 572). E, também em razão da existência do princípio da indisponibilidade, no processo dos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda o Ministério Público entenda ser caso de absolvição (CPP, art. 385).

Daí, foi um pequeno passo apenas que muitos operadores do Direito buscassem transmutar esses princípios do processo penal para o processo civil, até mesmo em busca de uma aparente e fácil analogia. E, mesmo que a rigor não haja efetivamente razão para isso, nem as situações sejam iguais ou sequer semelhantes, muitos autores falam no princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, como se aqui se aplicassem exatamente os mesmos princípios do processo penal.

Entretanto, se mergulharmos mais a fundo na análise do problema, deveremos questionar se no processo civil o princípio que deve reger a atuação do Ministério Público seria mesmo o da legalidade ou obrigatoriedade. Esse questionamento poderia ser lançado ainda mais longe, para nos indagarmos se, mesmo na esfera penal, a atuação do Ministério Público deveria ser sempre indeclinável e obrigatória. Mas aqui nos limites mais estreitos de nosso trabalho, discutiremos

---

2. FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Processual Penal*, 2º vol., p. 88, Saraiva, 1980.

apenas se, na ação civil pública, caberia a analogia com a indiesistibilidade da ação penal pública.

## 2) Alcance do dever de agir do Ministério Público

Para enfrentarmos adequadamente esse questionamento, comecemos por examinar em que consiste o dever de agir no tocante à atuação do Ministério Público.

Segundo Piero Calamandrei, não se admite que o Ministério Público, *identificando* uma hipótese na qual a lei exija sua atuação, se recuse a agir.<sup>3</sup>

Não se veja aí, entretanto, um dever cego e automático de agir: o Ministério Público tem liberdade para identificar ou não a hipótese de agir, desde que o faça fundamentadamente.

Como já o temos demonstrado alhures,<sup>4</sup> se o Ministério Público *identifica a existência da lesão* em caso no qual a lei exija sua atuação, ele não pode alegar conveniência em não propor a ação ou não prosseguir na promoção da causa, o que lhe é um dever, *salvo quando a própria lei lhe permita, às expensas, esse juízo de conveniência e oportunidade*. Entretanto, se ao investigar supostos fatos que poderiam servir de base para uma ação civil pública, o Ministério Público se convence de que esses fatos não ocorreram, ou que o investigado não é responsável por eles, ou que esses fatos ocorreram, mas não são ilícitos — em todos esses casos, o Ministério Público poderá deixar de agir, sem violar dever funcional algum. E, mesmo depois de proposta a ação civil pública, se no curso desta surgirem fatos que a seu juízo devam comprometer seu êxito (como se a questão se tornou superada, ou caso se afira que a ação está insuficiente, inadequada ou erroneamente proposta), o exame do cabimento de desistir ou não da ação em nada violaria o dever de agir. Com efeito, sabemos que ao Ministério Público se confere a livre valoração do interesse público;<sup>5</sup> por isso, com toda a razão, Carnelutti asseverou: “a valoração da conveniência do processo para a tutela do interesse público, à base da qual o Ministério Público resolve acionar, não está vinculada”.<sup>6</sup>

---

3. CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*. 2ª ed., CEDAM, Pádua, 1943, § 126.

4. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, Cap. 4, 20ª ed., Saraiva, 2007.

5. CAMARGO FERRAZ, Antônio Celso de, *Reuniões de estudos de direito processual civil*, PGJ/APMP, 1974.

6. CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*, n. 98, Roma, 1956.

A ação do Ministério Público é hoje, em regra geral, vinculada e não discricionária. Assim, viola seus deveres funcionais o órgão do Ministério Público que, identificando a hipótese em que a lei exija sua ação, se recuse de maneira arbitrária a agir. Entretanto, nos casos em que a própria lei lhe concede discricionariedade para agir, ele poderá legitimamente agir de acordo com critérios de oportunidade e conveniência. Esse caráter discricionário está presente em várias situações, como quando o Ministério Público intervém em razão da existência de um interesse público, cuja existência a ele incumbe reconhecer, pois que, se não o reconhecer, não haverá como defendê-lo;<sup>7</sup> quando ele faz a transação penal;<sup>8</sup> quando colhe o compromisso de ajustamento de conduta;<sup>9</sup> quando opina sobre a conveniência da venda de bens de incapazes.<sup>10</sup>

Em suma, é mera consequência da livre valoração do interesse público pelo *parquet*: o dever de agir do Ministério Público pressupõe essa valoração da existência ou da persistência do interesse público, seja para propor a ação, seja para nela prosseguir, seja para nela intervir. Com efeito, a instituição deve apreciar a justa causa não só para propor, como para prosseguir na ação, ou para nela ser órgão interveniente.

### 3) O princípio da obrigatoriedade no processo penal

Agora que sabemos o que é o princípio da obrigatoriedade, vejamos se ele é um dogma no processo penal.

Antes de mais nada, é preciso registrar que, se os arts. 42 e 576 do Cód. de Processo Penal vedam a desistência pelo Ministério Público, não é porque a desistência do pedido ou a desistência do recurso sejam, *a priori*, incompatíveis com a atuação do Ministério Público. Ao contrário. A lei processual penal só vedou esses atos porque, se não o fizesse, princípio algum estaria a impedir a desistência ministerial. Em outras palavras, o Ministério Público não pode desistir no processo penal não porque o direito material ou o processual que estão em jogo em tese não o permitam, mas sim porque, embora em tese se pudesse admitir a desistência, o legislador optou voluntariamente por vedá-la, tanto que, se não a vedasse, seria possível de ser exercitada.

E por que a vedou? No processo penal, o legislador, em regra, fez bem, a nosso ver, ao vedar a desistência da ação ou dos recursos pelo Ministério Público.

---

7. CPC, art. 82, III.

8. Constituição, art. 98, I. Ainda que os pressupostos para a transação penal não sejam arbitrários, a proposta de transação penal supõe a valoração do órgão ministerial que a propõe ou não, no caso concreto.

9. LACP, art. 5º, § 5º.

10. Cód. Civil, arts. 1.691 e 1.750.

Como o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública, se ele desistisse da ação ou do recurso, estaria aberta a porta para a impunidade até mesmo ou principalmente nos crimes mais graves, praticados pelas mais altas autoridades ou pelos mais ricos empresários. E como hoje, na ação penal pública, a legitimação do Ministério Público exclui a de outros, ninguém poderia sucedê-lo ou substituí-lo diante da desistência efetuada. Convém, sobretudo, lembrar que, ao tempo em que foi promulgado o Cód. de Processo Penal (1941), o Ministério Público era um órgão administrativo e hierarquizado, que integrava o Poder Executivo, e não detinha as garantias de independência e autonomia funcionais que tem hoje. Assim, tivesse a instituição ministerial o poder de desistir da ação penal, ela não poderia fugir das pressões políticas do chefe do Executivo, que, naquele tempo, podia nomear e destituir livremente o chefe do *parquet* e fazer as nomeações e promoções da carreira e controlar seu orçamento; além disso, ainda sob o sistema então vigente, o procurador-geral, cargo de confiança do chefe do Executivo, tinha inteiro poder hierárquico para designar ou afastar livremente os membros da instituição nos casos concretos.<sup>11</sup> Por isso a lei processual penal de 1941 restringiu os atos de disponibilidade do Ministério Público, ora submetendo-os ao controle do juiz (no caso do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação),<sup>12</sup> ora interditando-os pura e simplesmente (no caso da indesistibilidade da ação penal pública ou dos recursos criminais).<sup>13</sup>

Ainda que o justamente conceituado Eduardo Espínola Filho, escrevendo em outros tempos, apontasse um “rigor lógico extraordinário” em que o Ministério Público não pudesse desistir da ação penal pública,<sup>14</sup> é imperioso reconhecer que, em si mesma, a indesistibilidade no processo penal não é dogma. Primeiro, estamos longe do tempo em que o Ministério Público era agente do rei, do governante ou do governo — hoje, embora órgão do Estado, o Ministério Público alcançou posição única na Constituição de 1988, sendo uma instituição que defende interesses sociais e detém ampla independência e autonomias funcionais. Em segundo lugar, em todos os casos em que a lei confere poderes de disponibilidade ao Ministério Público, ela também impõe rigorosos mecanismos de controle de sua ação ou omissão.<sup>15</sup> Em terceiro, é importante notar que a própria lei admite

---

11. Ainda não se falava no princípio do promotor natural, a propósito do qual *v. MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 6ª ed., 2007, Cap. 5.

12. CPP, art. 28.

13. CPP, arts. 42 e 576.

14. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, notas ao art. 42, ed. Rio, 1976, I vol.

15. Na área penal, existe a ação penal privada subsidiária da pública, em caso de inércia do Ministério Público (CF, art. 5º, LIX), além de haver o controle judicial de arquivamento (CPP, art. 28); na área cível, os co-legitimados controlam eventuais omissões do Ministério Público porque detêm legitimação concorrente e disjuntiva para a ação civil pública ou coletiva (CF, art. 129, § 1º; LACP, art. 5º; CDC, art. 82); na área disciplinar, existe o Conselho Nacional do Minis-

atos de disponibilidade no processo penal, e o faz sem tergiversações, tanto nos crimes de ação privada (com a decadência do direito de queixa), como nos crimes de ação pública condicionada (nos quais, embora esteja proclamada a irretratabilidade da representação, se a representação não tiver sido exercitada a tempo, também terá operado a decadência do direito de punir do Estado). Em quarto, é importante registrar que a própria Constituição de 1988 acabou por permitir a transação penal, nas infrações de menor potencial ofensivo.<sup>16</sup> Nesse caso, o Ministério Público, como *dominus litis*, e só ele, pode ou não celebrar transação com o autor do fato. Embora o legislador brasileiro tenha apequenado a transação penal, restringindo-a apenas às “infrações de menor potencial ofensivo”,<sup>17</sup> e praticamente lhe tenha negado efeitos reais na esfera penal, a verdade é que a transação penal significa a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (o que a doutrina chama de *obligatoriedade mitigada* ou *discricionariedade regrada*). Enfim, tudo evidencia que nada obsta a que o Estado, por meio de órgãos apropriados, e sob um sistema de controles adequados, aplique a discricionariedade em vez da legalidade estrita até mesmo em matéria penal.

Maior acerto teve, pois, Júlio Fabbrini Mirabete, ao apontar, escrevendo depois da Constituição de 1988, que o princípio da indesistibilidade da ação penal pública é a “consequência lógica, embora não absolutamente obrigatória, do princípio da obligatoriedade”.<sup>18</sup> Com efeito, em tempos idos, o sistema processual de 1941 tinha sido redigido sob a ditadura Vargas, quando o Ministério Público não tinha nem a estrutura, nem a organização, nem a independência, nem as autonomias funcionais de hoje; assim, nada mais compreensível que o legislador tivesse então estipulado um sistema de controle que lhe impedisse a desistência — ainda que para isso tivesse perigosamente quebrado o princípio da inércia do Poder Judiciário (o juiz chega ao ponto absurdo de pedir ao autor que este proponha a ação penal pública, e chega até mesmo ao ponto inadmissível de poder condenar, ainda que o próprio titular da pretensão punitiva não queira a condenação...).

#### 4) O princípio da obligatoriedade no processo civil

E no processo civil? Há condições para estabelecer parâmetros de analogia com o processo penal, em matéria de disponibilidade da ação civil pública?

---

tério Público que é órgão de controle e disciplina (CF, art. 130-A); na área da promoção de responsabilidade, existem a ação popular e o *impeachment* (CF, arts. 5º, LXXIII, 52, II, 105, I, a, 108, I, a, e 96, III), afóra os órgãos de controle interno do próprio Ministério Público (Corregedoria).

16. Constituição, art. 98, I.

17. Constituição, art. 98, I; Lei n. 9.099/95, arts. 76 e 89.

18. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*, 5ª ed., Atlas, São Paulo, p. 98, 1997.

A nosso ver, não. Primeiro porque, ao contrário do que ocorre na ação penal pública, na esfera civil o Ministério Público não é legitimado exclusivo para a ação civil pública (na ação civil pública ou coletiva, a legitimação ativa é concorrente e disjuntiva). Depois, porque, havendo diversos co-legitimados para a ação civil pública ou coletiva, se o Ministério Público não age ou não recorre, outros co-legitimados podem agir ou recorrer. Em seguida, se a Lei da Ação Civil Pública admite que as associações possam lançar desistências *infundadas*, em razão do que se permitem a qualquer co-legitimado que assuma a promoção da ação (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85), isso significa, necessariamente, que, *a contrario sensu*, pode haver desistências *fundadas*, que não obrigam ao prosseguimento da ação. E se uma associação pode fazer uma desistência fundada, que não obriga nem mesmo o Ministério Público a assumir a promoção da ação civil pública ou coletiva, isso significa que, no mesmo caso, *mutatis mutandis*, o Ministério Público também poderia desistir. Assim, não havendo, no tocante à questão da desistência, sequer uma semelhança mínima entre o que ocorre na ação penal pública e o que ocorre na ação civil pública, é totalmente desarrazoado invocar a analogia para tratar igualmente situações completamente dessemelhantes, e, assim, proibir a desistência da ação civil pública, onde a lei não a proibiu.

Talvez convenha melhor desenvolver a idéia acima apresentada. Com efeito, o art. 5º, § 3º, da LACP, na redação que lhe deu a Lei n. 8.078/90, diz com todas as letras que, em caso de desistência *infundada* ou abandono da ação civil pública por parte de associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a promoção da ação. A lei está a admitir implicitamente, portanto, que existem dois tipos de desistências: as *fundadas* e as *infundadas*. As primeiras não obrigam a assumir a ação.

Ademais, como a lei só se referiu à desistência ou abandono por parte das associações, fica em aberto a questão da desistência dos outros co-legitimados, não apenas o Ministério Público, mas a União, os Estados-membros, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista, e até os demais órgãos públicos legitimados. Também os demais co-legitimados poderiam desistir da ação civil pública ou coletiva?

Entendemos que a resposta deve ser positiva, porque aqui, sim, há identidade de situações, que levam às mesmas soluções. Se uma associação pode desistir de uma ação civil pública, e se em tese sua desistência poderá ser reputada como fundada, é consectário lógico que, presentes os mesmos pressupostos de fato e de direito, os demais co-legitimados podem desistir nas mesmas condições. Aqui, sim, a analogia se justifica.

Daí, não há como negar que, em matéria cível, o próprio Ministério Público pode desistir, embora haja grande controvérsia a respeito. Os que entendem não ser possível invocam estes argumentos: a) os princípios da obrigatoriedade e

da indisponibilidade, próprios da atuação do Ministério Público, vedariam a desistência; b) dever-se-ia fazer analogia com a ação penal pública, que não pode ser objeto de desistência. Já vimos, contudo, que o princípio da obrigatoriedade tem outro alcance, e o da indisponibilidade diz respeito ao direito material, não verdadeiramente às faculdades processuais.<sup>19</sup> Por outro lado, não cabe fazer analogia com o art. 42 do Cód. de Processo Penal, pois, como vimos, na área cível, diversamente do que ocorre na ação penal pública, o Ministério Público não é titular privativo da ação civil pública (art. 129, § 1º, da CF).

Admitida que seja a possibilidade de o membro do Ministério Público externar atos processuais de desistência, quem os controlará? Será o juiz? O procurador-geral de Justiça? O Conselho Superior do Ministério Público? Os demais co-legitimados?

Em matéria de ação civil pública, não é caso de fazer analogia com o art. 28 do Cód. de Processo Penal (controle de arquivamento do inquérito policial pelo juiz e pelo chefe do *parquet*), e sim com o art. 9º da LACP (controle de arquivamento do inquérito civil, com a revisão pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos Estados, ou pelas Câmaras de Coordenação e Revisão, no Ministério Público da União, no sistema da Lei Complementar n. 75/93 — Lei Orgânica do Ministério Público da União). Entretanto, desde a vigência da Lei da Ação Civil Pública, a posição predominante no Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo tem sido a de que os atos de desistência formulados em sede de ação civil pública sujeitam-se apenas ao controle das partes, do órgão do Ministério Público que oficia nos autos, e do Poder Judiciário.

De qualquer forma, deve-se registrar que os co-legitimados têm legitimação concorrente e disjuntiva para as ações civis públicas a cargo do Ministério Público: esse é o efetivo controle do princípio da obrigatoriedade na ação civil pública ou coletiva.

## 5) O princípio da discricionariedade do Ministério Público

*De lege lata*, é possível falar em discricionariedade do Ministério Público, na sua atuação no processo civil? Em outras palavras, considerada a legislação vigente, tem hoje o Ministério Público alguma disponibilidade para propor ou não a ação civil pública?

A resposta é positiva, desde que estabelecidos alguns limites. Em primeiro lugar, o Ministério Público tem uma boa margem de avaliação, quando, fundamentadamente, não identifique a hipótese que, se presente, exigiria sua atuação

---

19. Nesse sentido, v. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, *idem*, *ibidem*. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, Revista dos Tribunais, 2006, notas à LACP.



— nesse caso, acertadamente ele não agirá. Em seguida, ele não proporá a ação civil pública para a qual é legitimado, quando tiver obtido compromisso de ajustamento de conduta que lhe pareça satisfatório e, assim, possa justificar, a seu critério, o arquivamento de suas investigações. Fica sempre ressalvada, porém, a possibilidade de os lesados individuais ou os co-legitimados coletivos terem acesso direto à jurisdição.<sup>20</sup>

Vejam agora, mais detidamente, quais são os limites que tem o Ministério Público para agir. É preciso saber conciliar o princípio da obrigatoriedade (que supõe uma atuação vinculada) com as autonomias institucionais do Ministério Público (que supõe independência para agir em face de *outros órgãos do Estado*) e com sua independência funcional (que é princípio institucional do Ministério Público, garantido pela Constituição, e que significa liberdade para agir em face de *outros órgãos da própria instituição*).

Já vimos que o Ministério Público tem plena liberdade para *identificar* a hipótese de atuação, isto é, para reconhecer ou não sua existência, desde que o faça fundamentadamente. Sua recusa de agir submete-se, pois, a um elaborado sistema de controle funcional, como na revisão do arquivamento do inquérito civil (art. 9º da Lei da Ação Civil Pública), na solução dos conflitos de atribuição (pelo procurador-geral de Justiça, nos Estados, ou pelas Câmaras de Coordenação e Revisão, no Ministério Público da União), ou no caso de imposição de sanções disciplinares (pela Corregedoria-Geral do Ministério Público ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público).

Também já ressaltamos que, no exercício das *atividades-fim* (aquelas atuações que constituem finalidade da instituição, como o combate ao crime, a defesa do meio ambiente etc.), o órgão do Ministério Público tem grande liberdade para, dentro dos parâmetros da lei, identificar ou não a hipótese de atuação (liberdade, mas sob motivação). Identificada, porém, a hipótese de agir, a partir daí deixa de haver liberdade para propor a ação ou interpor o recurso, salvo quando a própria lei a consinta (como nas hipóteses de transação penal ou de compromisso de ajustamento de conduta na esfera civil).

No exercício das *atividades-meio* (aquelas atividades que o Ministério Público executa mas que não são finalidade da instituição, como o desempenho orçamentário ou o cumprimento de um dever meramente administrativo), o membro do Ministério Público está obrigado, porém, a cumprir as determinações dos órgãos de Administração Superior da Instituição (por exemplo, quando receba uma delegação do procurador-geral nas hipóteses previstas na lei, como quan-

---

20. A propósito da *garantia mínima* que esses compromissos de ajustamento de conduta representam, v. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., Cap. 23.

do a atribuição seja originária do chefe do *parquet* e este a cometa, por delegação, a outro membro da instituição).

Haveria, porém, hipóteses em que o Ministério Público aja vinculadamente, sem qualquer margem de discricionariedade?

Tomando como exemplo a atuação ministerial nas causas em que existam interesses de incapazes ou em que esteja presente um interesse público evidenciado pela natureza da lide, a doutrina e a jurisprudência discutem esta questão: o membro do Ministério Público vincula-se à defesa do incapaz? O membro do Ministério Público age vinculadamente à defesa da questão que o trouxe ao processo, como na questão de estado das pessoas?

Não, o Ministério Público não está vinculado à defesa até de quem, a seu ver, não tenha razão. Está, sim, vinculado à *causa* que o trouxe ao processo (se há uma indisponibilidade ou se há um interesse social relevante, tem de defender essa indisponibilidade ou esse interesse, bastando apenas que *identifique* sua presença ou sua existência). Em outras palavras, se identificou a presença do interesse cuja defesa a lei lhe comete, tem de defendê-lo. Nesse sentido, sua atuação submete-se ao princípio da obrigatoriedade. Só estará desobrigado de agir, mesmo quando identifique um interesse que a lei lhe imponha defender, se a própria lei lhe cometer tal discricionariedade, como na transação penal ou no compromisso de ajustamento de conduta, quando cabíveis. Assim, se o Ministério Público entende que o incapaz foi indevidamente prejudicado, ele terá o dever funcional de apelar da sentença que seja desfavorável ao incapaz; entretanto, se entende que o incapaz não sofreu prejuízo indevido, o Ministério Público não está compelido a recorrer da sentença, mesmo que esta tenha sido desfavorável ao incapaz.

## **6) Os atos discricionários do Ministério Público**

Em conclusão, devemos reconhecer que, em certa medida e dentro de certos limites, o Ministério Público pode praticar atos de disponibilidade no processo civil.

Primeiro, os compromissos de ajustamento de conduta envolvem, em alguma medida, atos de disponibilidade. Verdade que não são eles instrumentos privativos do Ministério Público, porque podem ser tomados por qualquer órgão público legitimado à ação civil pública ou coletiva (União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, autarquias e outros órgãos públicos legitimados, ainda que sem personalidade jurídica). Entretanto, esses compromissos de ajustamento de conduta não podem envolver disposição de direitos materiais (dos quais, aliás, não é o Estado o titular; os titulares desses interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são os indivíduos, transindividualmente considerados). Tais compromissos significam, de um lado, que o causador do dano acede a

adequar sua conduta às exigências da lei, e, de outro lado, que o órgão público que tomou o compromisso, implicitamente está aceitando que a solução consensualmente obtida lhe parece satisfatória, o que importa dizer que ele se absterá de propor a ação civil pública correspondente (até porque, se o fizesse, seria sancionado com a carência de ação, por faltar-lhe interesse processual para pedir a formação de um título executivo, se ele já o tem por meio do compromisso de ajustamento de conduta).

Em segundo lugar, temos as transações propostas e homologadas em juízo, realizadas no bojo das ações civis públicas ou coletivas. Nelas, as partes se compõem, sob o controle não só do juiz (que pode homologá-las ou não, extinguindo o processo), como também sob o controle dos demais legitimados, que, insatisfeitos, podem recorrer contra a sentença de extinção do processo.

Por fim, o Ministério Público pode desistir do pedido ou desistir do recurso, desde que o faça fundamentadamente, e desde que não viole o princípio da obrigatoriedade.

## **7) A ampliação do princípio da discricionariedade**

Resta perquirir se não seria o caso de mitigar ainda mais o princípio da obrigatoriedade, como: *a*) concedendo ampla discricionariedade ao Ministério Público para propor ou não ações civis públicas, ou nelas intervir, baseado apenas nos seus critérios de oportunidade e conveniência; *b*) criando na esfera civil, assim como já existe na esfera penal, uma transação verdadeira e própria.

Quanto à primeira idéia acima aventada, não nos parece desarrazoada, desde que a não-propositura da ação seja controlada de forma sistemática, seja pelo colegiado competente da própria instituição (Conselho Superior do Ministério Público dos Estados, ou Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público da União), seja pelo sistema de controles recíprocos, decorrentes da legitimação concorrente e disjuntiva para a ação civil pública.

Quanto à segunda idéia, parece-nos problemática. Enquanto no processo penal, a transação penal é possível porque o Estado é o titular do *ius puniendi*, já no processo civil que verse a defesa de interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural etc.), o Estado não é o titular do direito lesado (os titulares dos direitos materiais lesados são os indivíduos). Desta maneira, órgão estatal algum poderia abrir mão de direitos que está apenas autorizado a defender, mas não a deles dispor. Nem se invoque como objeção a existência do compromisso de ajustamento de conduta. É imperioso reconhecer que o compromisso de ajustamento de conduta é garantia mínima para os lesados, uma vez que não é uma transação verdadeira e própria, porque por meio dele, o órgão público legitimado só tem poderes para colher do causador do dano o compromisso de

adequar sua conduta às exigências da lei; mas o órgão público não pode verdadeiramente dispor do direito material controvertido (LACP, art. 5º, § 5º).

Seria possível admitir o contrário, ou seja, que o Ministério Público ou outros co-legitimados públicos pudessem transacionar, dispor efetivamente do conteúdo material da lide, em matéria que versasse interesses transindividuais?

Somente o poder constituinte originário poderia autorizar uma coisa como essa, porque, na verdade, não estaríamos aí lidando com direitos ou interesses do Estado, e sim com direitos e interesses dos indivíduos. Como poderia uma lei infraconstitucional autorizar o Estado a “transigir” sobre direitos que não são dele e sim são dos indivíduos? Nem se argumente com a transação penal, já autorizada na Lei Maior (art. 98, I, da Constituição), porque, na matéria penal, o Estado é titular do direito de punir; ele pode abrir mão desse seu direito. Isso não ocorre na tutela do meio ambiente, do consumidor e de outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Assim, em termos de *lege lata*, não é possível ao Estado ou a seus órgãos dispor de direitos alheios; o que se pode admitir, apenas, é que se conceda maior discricionariedade ao Ministério Público e aos órgãos públicos para propor ou não as ações civis públicas ou coletivas. Isso em nada prejudicará os lesados individuais, porque as associações e os demais co-legitimados continuam com a possibilidade de ajuizarem as ações civis públicas ou coletivas, e os próprios lesados individuais têm garantido o acesso direto à jurisdição.