

DA RESPONSABILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA INCUMBÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ

Promotor de Justiça no RS

1. Introdução — 2. Direito de acesso ao Judiciário — 3. Particularidades do Ministério Público — 4. Ônus da Sucumbência —
— 5. Singularidades desses encargos nos “writs” Constitucionais
— 6. Manifestações da Doutrina e da Jurisprudência — 7. Conclusão.

1. Introdução

Recentemente, o TJRS, em decisão que nos pareceu inédita, lançou a tese da imposição das custas, honorários e despesas decorrentes de realização de perícia em ação civil pública improcedente aforada pelo *Parquet* do RS, a este mesmo órgão do Estado, eis que atualmente o Ministério Público tem dotação orçamentária própria e distinta dos demais integrantes do Poder Público, razão pela qual não haveria motivo para ser o Executivo como um todo responsabilizado por tais encargos processuais.

Da ementa desse singular julgamento consta:

“Ação Civil Pública — Sucumbência. Tendo proposto ação civil pública em desalinho com o interesse público, e nela sucumbindo, o Ministério Público suportará a condenação no pagamento das despesas porque parte vencida (CPC, art. 20, *caput*). Exercendo ação, no processo civil, ao Ministério Público tocam “os mesmos poderes e ônus que às partes” (CPC, art. 81, *in fine*). Fica apenas eximido de antecipar as despesas processuais enquanto fiscal da lei (CPC, art. 27). Exclusão da regra especial, porque inaplicável, e aplicação subsidiária do CPC (Lei 7.347/85, arts. 18 e 19). Como o Ministério Público é órgão do Estado, este responderá cabendo oportunamente imputar o valor da condenação em sua verba orçamentária. Apelação desprovida.”¹

1. A presente Apelação Cível foi julgada pela 1.ª Câmara Cível do TJRS em 16.3.93, tendo como Relator o Dr. Arakem de Assis.

A nosso ver, o presente decisório, a despeito da autoridade de quem o subscreveu, se ressentiu de algumas impropriedades quando defendeu, em solar descompasso com a lei maior, a responsabilização processual do autor pela sucumbência no ajuizamento de ação civil pública, onde, de regra, à semelhança do que ocorre com os demais “writs” constitucionais, existe forte tendência de isenção daqueles encargos ao demandante inexitoso, salvo os casos de comprovada má-fé, até mesmo para não inibir o combate às ilegalidades provenientes do Poder Público e outros.

A tal circunstância se acrescenta a especial condição da entidade pública autora, a qual, pelo tratamento diferenciado que lhe destinam a Constituição e as leis, não pode ter contra si aplicados preceitos da lei adjetiva civil totalmente inadequados para o equacionamento da espécie.

Ressaltamos, entretanto, que no presente estudo apenas se apreciará a responsabilidade processual do MP pelo insucesso nas demandas por ele aforadas, e não a responsabilidade civil do Estado pelos atos daquele, questão exaustivamente enfrentada pela doutrina material, a quem remetemos o Leitor.²

2. Direito de acesso ao Judiciário

Inicialmente, há que se enfrentar a afirmação constante do aresto supra-referido de que a sucumbência do MP teria, necessariamente, caracterizado a atuação deste agente em *desalinho* com o interesse público, o que, para os mais desavisados e afoitos, ensejaria a sua responsabilização pelos ônus processuais.

Não nos parece que essa seja a melhor forma de encarar a questão da improcedência das ações, notadamente as que resguardam os “writs” constitucionais, circunstância que é agravada pela especial qualidade do litigante que figurou no pólo ativo do processo que ensejou o aresto aqui comentado.

Ocorre que, filosoficamente falando, e agora nos socorremos da lição do imortal Calamandrei,³ o recurso ao Poder Judiciário não representa simplesmente um direito, constituindo verdadeira imposição da lei maior, na medida em que os ordenamentos jurídicos da atualidade expressamente proíbem o emprego da autodefesa, salvante raríssimas exceções.

Dentro desse quadro, entende-se ser a jurisdição um monopólio do Estado, exigido das partes como única forma para a composição dos litígios, cujo escopo seria garantir a segurança social.

2. Para o equacionamento de controvérsias que versem sobre essa questão, sugerimos aos interessados a leitura do estudo do Prof. Lafayette Pondé (“Da Responsabilidade Civil do Estado por Atos do Ministério Público”, in RF 152/43), bem como dos arestos do Pretório Excelso insertos na RDA 161/252 e 163/221 e RTJ 115/806.

3. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. EJEA, B. Aires, v. I/ 221 e ss.

Dal surgiu nas cartas magnas dos países juridicamente evoluídos, a garantia constitucional do acesso de todos ao Poder Judiciário, faculdade que, como bem assinala Liebmann, não pode ser restringida.

Foi o que disse o mestre peninsular que tanto colaborou com o processo civil brasileiro, quando, ao comentar o art. 24 da Constituição Italiana, asseverou:

“Questo *potere d’agire* rientra fra i cosiddetti *diritti civili*, che una norma fondamentale del nostro diritto pubblico garantisce ad ognuno, cittadino e straniero; la sua importanza risulta evidente da ciò, che è esso che assicura praticamente la possibilità di far valere tutti gli altri diritti o interessi legittimi. Ma più che un diritto, nel significato tecnico della parola, esso è un *potere giuridico*, secondo quanto ci insegna la dottrina costituzionalistica, perchè è del tutto generico e indeterminato, spettando a chiunque, in qualsiasi circostanza, come immediata estrinsecazione della capacità giuridica generale. Esso è perciò inesauribile e inconsumabile, rimanendo integro e sempre identico in tutti i casi in cui venga esercitato.”⁴

Com a evolução dos tempos, chegou-se ao conceito de ação, que é de cunho processual, desvinculado do direito substancial, eis que dotado das características da abstração e da instrumentalidade.

É distinto daquele, uma vez que, como bem o diz José Alberto dos Reis,⁵ uma coisa é o direito abstrato de ação ou de defesa, outra o direito concreto de exercer atividade processual. O primeiro não tem limites; é um direito inerente à personalidade humana. O segundo sofre limitações impostas pela ordem jurídica, notadamente a boa-fé ou a crença, por parte do litigante, de que tem razão.

Ante ao exposto, do fato de ser abstrato quanto ao resultado ou dissociado do direito material da parte, decorre a consequência de que todos têm o direito de vir a Juízo invocar a prestação jurisdicional do Estado, mesmo quando “não tem razão”. fato aliás que foi bem apreendido por José Olímpio de Castro Filho.⁶

Até porque, como assinala o maior processualista luso acima referido “só na altura em que o Tribunal emite a sentença, é que vem a saber-se se a pretensão do Autor é fundada, se a defesa do réu é conforme ao direito. De modo que exigir, como requisito prévio para a admissibilidade da ação ou da defesa, a demonstração da existência do direito substancial, equivalia, ou a cair numa petição de princípio, ou a fechar a porta a todos os interessados: aos que não têm razão e aos que a têm.”

Mais adiante este mesmo José Alberto dos Reis arremata⁷ afirmando que “o Estado tem, pois, de abrir o pretório a toda a gente, tem de pôr

4. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milão, 1951. v. I/23-4.

5. *CPC Anotado*. Coimbra Editora Limitada, 1981. v. 2/261.

6. *Abuso do Direito no Processo Civil*. Forense, 1960. p. 37.

7. *Ob. cit.*, p. 259.

os seus órgãos jurisdicionais à disposição de quem quer que se arrogue um direito, corresponda ou não a pretensão à verdade e à justiça”.

Logo, o exercício de ações pelos interessados, ainda quando improcedentes, de forma nenhuma caracteriza a conduta de alguém como em desalinho com o interesse público, até porque o proceder de submeter a sua dúvida ao Poder Judiciário constitui demonstração inequívoca de confiança nas instituições e de respeito pelo demandado.

É o que também afirma Arruda Alvim,⁸ quando, em recentíssimo estudo sobre o dever de lealdade das partes asseverou arrimado na Jurisprudência que a mera carência de ação não configura má-fé, podendo ser elemento que componha a figura, mas não é por si só suficiente para sua caracterização.

Para encerrar este tópico, não podemos deixar de lembrar a lição de Ugo Rocco, quando disse, *verbis*:

“13. Toda acción es, por consiguiente, en cierto sentido, siempre fundada, ya que no habiendo otro medio jurídicamente consentido, o sea permitido o autorizado por el ordenamiento jurídico, para reconocer la existencia o la inexistencia de un derecho fuera de las vías jurisdiccionales (excepto el arbitraje), solamente por medio del ejercicio del derecho de acción y la emisión de una sentencia de mérito, se podrá saber si el derecho sustancial afirmado como existente por el acto (y negado por el demandado), es o no tal en realidad. El rechazamiento de la demanda, o como erroneamente se dice, el rechazamiento de la acción, no importa inexistencia del derecho de obrar, sino solamente inexistencia del derecho sustancial, afirmado existente.”⁹

3. Particularidades do Ministério Público

Outra singularidade que passou despercebida pelos eméritos Magistrados que firmaram o aresto referido na introdução deste estudo, diz com a qualidade especial do ente que subscreveu a inicial e as conseqüências jurídicas daí decorrentes.

Ocorre que como bem salientaram Ugo Rocco¹⁰ e Arruda Alvim,¹¹ embora a lei defina o MP como parte, tal afirmação deve ser entendida com reservas eis que o perfil deste agente processual deve ser compreendido com as seguintes especificidades: 1) não é titular do direito que defende em Juízo; 2) não está sujeito à eficácia da sentença; 3) age na condição de substituto processual da sociedade; 4) defende interesses indisponíveis, razão pela qual não pode deixar de atuar ou transigir com o interesse público.

8. “Deveres das Partes e dos Procuradores no Direito Processual Civil Brasileiro”. artigo publicado in *RePro* 69/8.

9. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tcmis/Depalma, 1983, v. 1/263.

10. *Ob. cit.*, v. 2.º/164.

11. *CPC Comentado*, Ed. RT, v. 3.º/375.

Em sendo assim, este Jurista chega a afirmar que “entre o texto legal, que define a função do Ministério Público como sendo a de parte, quando no exercício da ação civil, e o sistema, há de se ficar com este último, fazendo, conseqüentemente, alguns reparos, ou melhor, retraçando, para o Ministério Público, o perfil do conceito de parte constante do texto — art. 81 do CPC — pois este alteraria bastante a realidade da atividade do órgão”.¹²

Isso decorre, fundamentalmente, dos elevados interesses que o *Parquet* patrocina, fato que, por si só, já o diferencia dos demais litigantes, uma vez que o seu ingresso em Juízo não depende da vontade pessoal de seus agentes, mas sim do surgimento concreto das hipóteses previstas na lei como desencadeadoras do seu atuar.

Tanto isso é verdade que Pontes de Miranda¹³ ao asseverar que esse órgão não está sujeito ao princípio de oportunidade, explica tal fato pela natureza obrigatória do seu ofício.

E, como bem resume Chiovenda,¹⁴ o mais importante instrumento que a lei confia ao MP para o desempenho de tais funções é a ação judicial.

Logo, se para qualquer pessoa que voluntariamente ingressa em Juízo de boa-fé a improcedência da demanda não representa um estigma, mas sim apenas o exercício do direito de ver apreciadas e resolvidas as suas pendengas pelo Poder Judiciário, com muito mais razão ainda deve ser respeitado o *Parquet* quando exercendo um *munus* público, em defesa não de interesse próprio mas da sociedade, e, ressalte-se, de forma cogente, se vê compelido a provocar a aplicação do direito que, em muitos casos, somente se tornará nítido quando da prolação da sentença, de regra após a coleta da prova e a realização de perícia.

Tanto essas afirmações são verdadeiras, que o mais destacado Desembargador paulista da atualidade, o insigne Yussef Said Cahali,¹⁵ ao comentar o art. 17 da lei da ação civil pública, assevera que milita em favor do MP presunção legal absoluta de ausência de pretensão manifestamente infundada, ou de litigância de má-fé.

Essas são algumas das razões pelas quais não se concebe condenação do *Parquet* nos encargos da sucumbência, assunto que será melhor enfrentado no item seguinte.

4. Ônus da sucumbência

A sucumbência é definida por Goldchmidt¹⁶ como a obrigação de arcar com as custas e taxas devidas ao Estado, os encargos devidos a advo-

12. Ob. cit., p. 164.

13. *Comentários ao CPC*, Forense, 1974, v. 2.º/140.

14. *Instituições de Direito Processual Civil*, Saraiva, v. 2.º/87.

15. *Honorários Advocáticos*, 2.ª ed., Ed. RT, pp. 745/6.

16. *Derecho Procesal Civil*, Ed. Labor, 1936. p. 214.

gados e funcionários do Juízo, e, também, os gastos pessoais que a parte realizou.

Ela decorre, de regra, do mero fato de se ingressar em Juízo, sem qualquer conotação subjetiva. Foi o que assinalou Liebman¹⁷ quando disse que “il fondamento di quest'obbligo non deve ricercarsi nella colpa, poichè colpa non è sostenere in buona fede il proprio diritto davanti all'autorità giudiziaria. Quello che conta è il fatto obiettivo della soccombenza.”

Entretanto, no que se refere ao MP, e aqui não se está limitando a natureza do processo em que atua, esses princípios supra-referidos não têm aplicação, em razão da função especial desse órgão, fato que foi magistralmente apreendido por Calamandrei quando disse que o *Parquet* não está em Juízo para defender interesse próprio, mas para provocar a defesa do ordenamento jurídico através da atuação do Poder Judiciário.

Ante ao exposto, para este saudoso Jurista, tal agente “consigue en todo caso su finalidad con el hecho de poner en movimiento la función del órgano jurisdiccional y no puede, cualquiera que sea la decisión de él, quedar vencido, en el sentido en que quedan vencidas las partes privadas”.¹⁸

Não é diverso o pensamento majoritário da doutrina, como se constata da leitura de Arruda Alvim,¹⁹ Ugo Rocco,²⁰ Salvatore Satta²¹ Adolfo Schonk,²² Yussef Said Cahali²³ e outros.

Adotando posição contrária encontramos Cernelutti,²⁴ Chioenda,²⁵ Celso Agrícola Barbi²⁶ e Zanzucchi.²⁷

Cahali, com a clareza que lhe é habitual e com a autoridade de ter escrito a melhor monografia nacional sobre honorários de advogado, sintetizou, *verbis*:

“Parece mais fundada, contudo, a opinião de Redenti, que, vendo na atividade do Ministério Público, aquela tendente a uma plena atuação do ordenamento jurídico, o exclui da sucumbência nos encargos do processo, e acrescentando, correlatamente, que, quando a ação do Ministério Público é acolhida, nem por isso deve ser atribuída ao Erário a despesa do Juízo, eis que o custo da atividade do órgão do Ministério Público está incluído entre as despesas de caráter geral do Estado.”²⁸

Feitos tais esclarecimentos, podemos passar ao exame do próximo item.

17. Ob. cit., v. I/86.

18. Ob. cit., v. 2/442.

19. Ob. cit., v. 2.º/442.

20. Ob. cit., v. 2.º/164.

21. *Direito Processual Civil*, Ed. Borsoi, v. I/127.

22. *Derecho Procesal Civil*, Ed. Bosch, 1950, p. 80.

23. Ob. cit., p. 162.

24. *Instituciones del Proceso Civil*, EJE A, B. Aires, 1989, v. I/363.

25. *La Condena en Costas*, Cardenas Editor, 1985, Tijuana, p. 280.

26. *Comentários ao CPC*, Forense, 1983, v. I/215.

27. *Diritto Processuale Civile*, Ed. Giuffrè, Milão, 1964, v. I/247.

28. Ob. cit., p. 162.

5. Singularidades desses encargos nos “writs” constitucionais

Na estruturação dos meios de efetivação das garantias constitucionais no Brasil, sempre houve consenso de parte dos constituintes e tribunais no sentido de restringir o mínimo possível o acesso em Juízo dos vitimados por atos de ilegalidade.

Isso se constata pela admissão de *habeas corpus* sem advogado que o subscreva (art. 654 do CPP), pela ausência de honorários de advogado no mandado de segurança (Súmula 512 do STF), pela proibição constitucional de cobrança de custas na ação popular (inc. LXXIII do art. 5.º da CF), no *habeas corpus* e no *habeas data*, bem como a todos os atos necessários ao exercício da cidadania (inc. LXXVII da CF).

Não é diversa a situação jurídica no que toca a ação civil pública, como se apreende do disposto no art. 18 da lei que a disciplina, que embora não nominando expressamente o *Parquet* como beneficiário da dispensa das custas processuais, não pode deixar de fora do alcance daquele preceito um órgão de tamanha relevância.

Foi o que disse, e com o costumeiro acerto, José Augusto Delgado, que ao discorrer sobre a supremacia dos princípios constitucionais nas garantias processuais do cidadão, resguarda a plena eficácia dos institutos referidos pelo constituinte, ainda quando não exista norma expressa neste sentido no ordenamento jurídico positivo.

Tal idéia foi sintetizada na seguinte passagem, *verbis*:

“O funcionamento de um sistema jurídico todo voltado para assegurar as garantias processuais do cidadão não pode admitir que só exista o direito positivo, por essa situação limitar a função do Jurista. Este necessita ter uma amplitude maior do que aquela definida pelo direito positivo, tudo vinculado com a precisa identificação das finalidades visadas pela norma jurídica, especialmente, a de natureza constitucional.”²⁹

Em sendo assim, compreende-se que o espírito das imunidades constitucionais e isenções legais acima referidas é óbvio, uma vez que o constituinte e o legislador procuraram fomentar o combate às ilegalidades, ampliando de todas as formas a atuação do cidadão e dos entes representativos da sociedade na erradicação de tais atos viciados, sendo que, se estas pessoas tivessem que arcar com os pesados encargos decorrentes do aforamento de um processo, dificilmente seriam incentivadas a ingressar em Juízo na defesa do direito alheio.

6. Manifestações da doutrina e da jurisprudência

Feitos todos esses esclarecimentos iniciais, podemos ingressar no exame da exigibilidade das custas e honorários de advogado na eventual improcedência de ação civil pública aforada pelo Ministério Público.

29. “A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão”, artigo publicado na *RePro* 65/91.

Quem disciplina tal questão é o art. 18 da Lei 7.347/85 que diz que “nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Ao interpretar semelhante sistemática legal, salienta Yussef Said Cahali³⁰ que quando o art. 17 do referido diploma legal refere que “o juiz condenará a associação autora a pagar ao réu os honorários advocatícios” deve-se excluir, desde logo, a concessão de honorários advocatícios em favor do réu vitorioso, se proposta, sem êxito, a ação civil pública pelo representante do Ministério Público, União, Estados e Municípios, eis que milita em favor dessas entidades, presunção legal absoluta de ausência de pretensão manifestamente infundada, ou de litigância de má-fé.

Não é outro o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem também existe presunção de legitimidade em favor do MP.

Em outra passagem, tal jurista esclarece que ocorre a má-fé exigida pelo art. 17 da lei da ação civil pública somente quando antes do ajuizamento da ação a associação autora deveria saber que era descabida. Não se a inconsistência da ação somente vier a se evidenciar no curso da lide.³¹

Essa também parece ser a convicção do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.³²

Idêntico é o posicionamento do TJSP como se pode apreciar da leitura da seguinte ementa, *verbis*:

“Sucumbência — Ação Civil Pública — Propositura pelo Ministério Público — Condenação nas custas e honorários de advogado — Inadmissibilidade — Inaplicabilidade dos arts. 20 do CPC e 17 da Lei Federal 7.347/85, por atuar em defesa dos interesses da coletividade — Recurso provido.

7. Conclusão

De tudo que foi exposto, se constata o quão injusta foi a decisão do TJRS, uma vez que a mesma afrontou todo o sistema erigido pelo ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que instituiu uma severa limitação ao proceder de um Órgão Público que, se começar a ter que arcar sistematicamente com os encargos processuais das ações que propuser, fato que no futuro poderá se estender à esfera penal, obrigatoriamente terá que limitar, e muito, a sua atuação, em completo detrimento dos interesses superiores que o inspiraram e dos anseios da coletividade.

30. Ob. cit., pp. 745-6.

31. *Ação Civil Pública*, Ed. RT, 2.ª ed., pp. 196-7.

32. “A Ação Civil Pública”, artigo publicado in *RF* 294/388.

33. (Lex)-*RJTJSP* 118/304.

Isso, paradoxalmente, hoje, quando a CF Brasileira concedeu expressamente a assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e entes beneficentes, tese que demonstramos em outro estudo.³⁴

Nessa conjuntura, consistiria uma verdadeira heresia conceber que o constituinte, de regra tão zeloso com a tutela dos desvalidos, tenha erigido no MP um Órgão Público dotado de superpoderes, impondo-lhe a obrigação de ingressar em Juízo incontáveis vezes em defesa de terceiros, e em contrapartida, tolha completamente o exercício de seu mister, ao impor encargos de regra altíssimos, ciente de que mal conta com recursos suficientes para o custeio de um quadro funcional extremamente enxuto.

É conhecida entre os constitucionalistas a teoria dos poderes implícitos, surgida nos Estados Unidos, a qual tem em Cooley um de seus maiores defensores, quando diz que "la concesión de lo principal debe de incluir los incidentes necesarios y convenientes, sin los cuales dicha concesión sería ineficaz".³⁵

As garantias constitucionais, e aqui é óbvio que a ação civil pública nelas se insere, têm de ser interpretadas ampliativamente, sob pena de restarem inócuas, fato que foi bem apreendido pelo saudoso Carlos Maximiliano, quando disse que em direito público "o fim para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido, e será perfeita a exegese".³⁶

Por tudo que foi dito, não nos parece acertada a construção do TJRS, pelo perigo de que, ao atuar de forma absolutamente contrária ao previsto na Constituição, os eventuais magistrados que se filiares a tal corrente, se vejam investidos de forma espúria na condição de poder constituinte derivado, vindo a revogar integralmente, pela completa falta de meios, o capítulo da nossa Carta Magna que regulamente a atuação do MP.

A nós parece que, após a devida reflexão da relevância do que foi decidido, à luz dos imensos riscos que a manutenção desse posicionamento equivocado ensejará, na medida em que inviabilizará completamente toda e qualquer pretensão imediata de melhoria das condições de vida do nosso povo por meio de provocação do Ministério Público junto ao Poder Judiciário, tal fato terá o efeito de retificar o entendimento dos insígnis magistrados que firmaram o aresto ensejador do presente estudo, para que, num segundo momento, quando a matéria estiver mais amadurecida, sejam superados os óbices a real efetivação do Texto Constitucional criados pelo colegiado local, em evidente benefício da sociedade brasileira como um todo.

34. In, "Da Concessão da Assistência Judiciária Gratuita às Pessoas Jurídicas e aos Entes Beneficentes", in *RT* 674/63.

35. In, "Principios Generales de Derecho Constitucional em los EUA". Jacobo Peuser Editor, 1898, B. Aires, p. 89.

36. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10.ª ed., Forense, pp. 313-4.