

HUGO NIGRO MAZZILLI *

Segundo o art. 127, *caput*, da Constituição, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Interessa-nos agora perquirir o alcance das expressões que o consideram “essencial à função jurisdicional do Estado” e o incumbem da “defesa da ordem jurídica”.

A uma primeira e talvez desavisada leitura do dispositivo, poderia parecer que o Ministério Público estaria legitimado a agir ou intervir em todo e qualquer processo, sempre que se verificasse qualquer violação à lei. Bem, na área penal, essa interpretação não causaria maior dificuldade, pois que ele é o titular privativo da ação penal pública. Contudo, e na área cível? A defesa da ordem jurídica seria, por si só, fundamento bastante para o Ministério Público atuar ou recorrer no processo civil?

É verdade que a Constituição comete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, bem como assegura ser ele essencial à função jurisdicional do Estado. Mas não podemos tomar essas expressões no sentido absoluto e isolado do contexto; temos, sim, de entendê-las dentro das finalidades que a própria Constituição destinou à instituição. Embora a Lei Maior diga com todas as letras que o Ministério Público é essencial à função jurisdicional e tem o papel de defender a ordem jurídica, a constatação é a de que efetivamente ele não atua em todos os casos em que haja violação da ordem jurídica, nem funciona em todos os casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. O intérprete não está autorizado a crer que não possa haver prestação jurisdicional sem Ministério Público, ou que toda a violação à ordem jurídica seja questão afeta ao Ministério Público. Isso nem seria verdade: existe prestação jurisdicional sem intervenção do Ministério Público; existe violação da ordem jurídica sem que, necessariamente, a ela deva corresponder uma reação do Ministério Público. Podemos até dizer que o que ocorre é exatamente

* Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

o contrário: a regra é a de que o Ministério Público não oficia em todos os processos, nem zela pela observância de todas as normas jurídicas.

Assim, por exemplo, se Caio entra com uma ação de perdas e danos contra Tício, e se ambos são maiores e capazes, o Ministério Público não estará presente nos autos. Poder-se-ia dizer: então, que essencialidade é a sua, para a função jurisdicional? E mais. É certo que o Ministério Público recebeu a atribuição de defender a ordem jurídica. Contudo, em todos os processos há, teoricamente, uma violação da ordem jurídica, ao menos se nos basearmos naquilo que alega o autor da ação. Mas nem por isso o Ministério Público intervém em todos os processos...

No fundo, a explicação do paradoxo é simples: não podem ser tomadas em seu valor absoluto as expressões *defesa da ordem jurídica* e *essencialidade à função jurisdicional*, no tocante à atuação do Ministério Público.

Então, em que consistem, exatamente, suas tarefas constitucionais de defender a ordem jurídica e de ser essencial à função jurisdicional do Estado?

A Constituição erigiu o Ministério Público à condição de instituição; por isso, conferiu-lhe organização e finalidades sociais voltadas ao bem comum. Ele é encarregado, sim, de defender a ordem jurídica, e é, sim, essencial à função jurisdicional — mas quando? A própria Constituição o responde, no mesmo art. 127: quando esteja em jogo a defesa do regime democrático, ou de um interesse social, ou de um interesse individual indisponível. Estando em jogo um interesse assim qualificado, o Ministério Público estará legitimado a defendê-lo; em alguns casos, ele o fará como órgão agente, em outros, como órgão interveniente. Sob esse enfoque, é possível identificar a essencialidade de sua atuação para o advento de uma prestação jurisdicional do Estado: não pode haver função jurisdicional em matéria social ou indisponível, sem a presença do Ministério Público. Havendo violação da ordem jurídica que envolva um interesse social ou individual indisponível, não pode haver prestação jurisdicional sem a presença do Ministério Público.

Não se pode, pois, tomar qualquer texto de lei, seja a Lei Maior ou não, e tentar interpretá-lo isoladamente. Perdendo-se do contexto, aquelas passagens poderiam fazer crer que, se o Ministério Público é “essencial à função jurisdicional”, não haveria prestação jurisdicional sem ele, o que não é verdade, pois a maioria das ações judiciais desenvolve-se sem sua intervenção (como as ações patrimoniais entre partes maiores e capazes). Então, a Lei Maior quis dizer nesse dispositivo, simplesmente, que, sua ação ou intervenção em defesa da ordem jurídica será essencial à prestação da função jurisdicional naquelas ações em que o Ministério Público esteja constitucionalmente destinado a agir como instituição na defesa do regime democrático, de interesses sociais ou individuais indisponíveis (como na ação penal pública, na tutela do meio ambiente, no zelo do patrimônio público e social, etc.).

Está, pois, perfeitamente claro que, quando a Constituição diz que ele defende a ordem jurídica, não quer significar que o Ministério Público seja o guardião de todas as leis da República, mas sim apenas daquelas que tenham

compatibilidade com sua finalidade institucional. Desta forma, se a lei violada disser respeito com a defesa do regime democrático, se disser respeito com a defesa de interesses sociais, se disser respeito com a defesa de interesses individuais indisponíveis do indivíduo ou da sociedade — esses os objetos finalísticos da atuação institucional — estará aí aberto o campo da atuação do Ministério Público. Entretanto, se a lei violada disser respeito a um direito disponível, ou a um interesse que não tenha suficiente abrangência ou expressão social, não haverá causa bastante nem para a ação nem para a intervenção do Ministério Público. Não fosse assim, o Ministério Público cobraria em juízo cheques e multas de trânsito, interviria nas ações em que se discutissem acidentes de trânsito sem vítimas, nas ações de perdas e danos e em quaisquer outros feitos que envolvessem apenas pessoas maiores e capazes, pois, em todos esses exemplos, sempre estaria havendo, pelo menos em tese, uma violação à lei. Mas não é qualquer violação da lei que legitima a atuação ou a intervenção do Ministério Público. Embora a Constituição diga que ele é defensor da ordem jurídica, devemos entender que isso só ocorre quando essa defesa esteja conforme com sua destinação institucional.

Tomemos uma violação à lei porque alguém não tenha quitado uma multa administrativa por violar o silêncio noturno ou por não ter recolhido o lixo doméstico. Se o Ministério Público identificar que aquela violação tem expressão social (p. ex., trata-se de poluição sonora em todo o bairro, ou de um problema de saúde pública), estará legitimado a tomar as providências institucionais pertinentes. Contudo, se, nos exemplos dados, se tratar de um caso isolado, pode não se identificar em concreto a expressão social autorizadora de sua intervenção. É o que ocorreria se uma viatura municipal colidisse com um veículo particular, amassando-lhe o para-lama; na correspondente ação de perdas e danos que o indivíduo movesse contra a municipalidade, o Ministério Público não iria identificar expressão social no dano nem reconhecer a presença de interesse indisponível da sociedade como um todo, ou do indivíduo, pessoalmente considerado. Nesse caso, o Ministério Público deixaria que a Fazenda, por seus procuradores, promovesse a defesa disponível de seus próprios interesses. Caso diverso ocorreria, porém, se estivesse em questão o destino de todo o lixo urbano, ou uma questão referente aos consumidores coletivamente considerados, ou ainda uma questão criminal, hipóteses em que a atuação do Ministério Público seria devida.

O que tem ensejado controvérsia é o papel do Ministério Público no processo civil, quando estejam em jogo interesses de incapaz. Trata-se de questão que mantém atualidade e causa bastante polêmica no Ministério Público moderno, pois existem posições conflitantes dos tribunais e da doutrina a esse respeito. E, na prática, a atuação concreta dos membros do Ministério Público no seu dia a dia forense bem reflete essa falta de harmonia.

Procuraremos externar aqui uma posição que nos parece coerente, porque apta a responder às objeções que poderiam ser lançadas.

Antes de mais nada, é preciso fazer uma distinção: uma coisa é a liberdade de opinião, outra, é a liberdade de iniciativa. Liberdade de opinião, o membro do Ministério Público detém, por força da liberdade e da independência funcionais; mas seu poder de iniciativa está subordinado ao princípio do interesse processual.

Dentro do processo — seja o civil, seja o processo penal —, o membro do Ministério Público tem total liberdade de exprimir seu entendimento, como decorrência de sua independência funcional. Tomemos um processo criminal: o membro do Ministério Público entende que o réu é inocente; ele pode dizê-lo; deve dizê-lo. A liberdade para expor seu entendimento nada tem a ver com o seu poder de iniciativa (titularidade da promoção da ação penal pública); tem a ver, sim, com sua liberdade de opinião, que lhe é conferida pela lei. Diversamente de um advogado que defende um interesse privado, o Ministério Público é uma parte pública, e o interesse pelo qual zela é o interesse público. Ora, de maneira alguma interessaria à sociedade que se pusesse um inocente na cadeia. Isso em nada ajudaria a sociedade; muito pelo contrário: além de ser uma injustiça individual, ainda seria uma injustiça coletiva, que até reverteria em responsabilidade para o Estado, senão para os próprios membros do Ministério Público e do Poder Judiciário que tivessem agido com dolo ou fraude. Assim, quando o membro do Ministério Público diz ao juiz que um réu não cometeu o crime, não é o autor do fato, ou é seu autor, mas agiu coberto por uma excludente, sua instituição estará defendendo a sociedade ao pedir a consequente absolvição, e ele terá toda a liberdade para fazê-lo.

Não é diferente, sob esse aspecto, o que ocorre no processo civil: também aqui o membro do Ministério Público opina livremente, mesmo quando tenha proposto a ação; opina com liberdade, até quando haja interesses de incapazes no feito. Suponhamos que um incapaz ajuíze uma ação de usucapião, pretendendo adquirir o domínio de todo o território nacional. O membro do Ministério Público seria obrigado a endossar o pedido? E se o pedido for absurdo, sem qualquer fundamento jurídico? Nesse caso, qual deveria ser o papel do Ministério Público?

Para responder a essas indagações, a doutrina se divide.

Uma parte dos doutrinadores entende que o Ministério Público está vinculado à defesa do incapaz; assim, deve sempre defender o incapaz, tendo ou não razão. O mais notável doutrinador que sustenta esse entendimento é CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO;¹ diz ele que, se o papel do Ministério Público é protetivo ao incapaz, então o Ministério Público é obrigado a defender o incapaz. Essa posição leva tão longe as premissas, que exige a defesa do incapaz até mesmo quando ele não tenha razão. Se objetarmos a DINAMARCO que o incapaz está pedindo um absurdo totalmente divorciado da realidade dos autos ou em violação à própria Constituição, DINAMARCO, imperturbável,

1. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 332, Rev. dos Tribunais, 1986, São Paulo.

responderá: o Ministério Público está naqueles autos para defender o incapaz; assim, não tem opção de não o fazer; no máximo, dirá que não tem nada a acrescentar à defesa dos interesses do incapaz, mas não poderá dizer uma só palavra contra ele. Verdade é convir que, até certo ponto, este entendimento tem coerência intrínseca: se o Ministério Público está no processo para proteger o incapaz, e se essa é a única causa que o trouxe ao processo, não poderia tornar-se linha auxiliar da parte adversa.

Existe, porém, o posicionamento oposto. Aqui tomarei como paradigma NELSON NERY JÚNIOR.² Esse outro grande jurista, assim como DINAMARCO, também foi Promotor Cível, trabalharam ambos na mesma Promotoria de defesa de incapazes, ainda que em épocas distintas. NELSON NERY sustenta que o Ministério Público é fiscal da lei e defensor da ordem jurídica; assim, se o incapaz tiver razão, ele o defenderá e, se preciso, recorrerá a seu favor; mas, se o incapaz não tiver razão, o membro do Ministério Público deve dizê-lo com todas as letras, e até mesmo recorrer em seu desfavor, para fazer prevalecer a ordem jurídica. Este entendimento tem bastante receptividade entre os membros do Ministério Público, pois enaltece sua liberdade funcional e seu papel de defensor da ordem jurídica.

Com todo o respeito, porém, as duas posições, de DINAMARCO e NELSON NERY, têm um quê de verdade e um quê de equívoco. Em que DINAMARCO está certo? Está certo ao perceber que a causa que trouxe o Ministério Público ao processo é a defesa do incapaz; ele compreendeu, melhor do que ninguém, que a função do Ministério Público não é defender em si mesma uma ordem jurídica abstrata, mas sim a de proteger o incapaz, porque, na defesa do incapaz, está a defesa concreta da ordem jurídica, pois não convém à ordem jurídica que o incapaz perca uma ação, posto tenha razão. Assim, não se trata de uma defesa abstrata da ordem jurídica, nem da defesa de qualquer lei: o que está em jogo é a indisponibilidade de um direito que pode estar sendo violado. Então, o Ministério Público está lá para defender o incapaz, e nisso DINAMARCO está coberto de razão. Mas em que DINAMARCO, *data venia*, não tem razão, e NELSON a tem? É que, se o incapaz estiver pedindo um absurdo, o membro do Ministério Público pode e deve dizer por que não concorda com o pedido; e ao fazê-lo, o membro do Ministério Público não estará violando a ordem jurídica, nem a causa que o trouxe ao processo. Senão vejamos. Qual é a causa que trouxe o Ministério Público ao processo? É evitar que um direito do incapaz seja objeto de disposição indevida. Ora, se o incapaz não é dono do bem cuja propriedade ele reivindica, e se o membro Ministério Público diz isso e fundamenta o porquê de ter concluído assim, em nada estará violando a causa que o trouxe ao processo. Nesse ponto, tem razão NELSON NERY, pois, assim como ele, nós também diríamos que o incapaz não tem razão, como o

2. A intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, *Justitia*, 135/39, São Paulo.

fizemos quando também fomos Promotor Cível. Só que Nelson vai além — e nisso está nossa discordância. Se, mesmo não tendo razão, o incapaz ganhasse a ação, NELSON recorrería contra o incapaz, a pretexto de defender a ordem jurídica. Segundo cremos, é até possível ao órgão do Ministério Público dizer que o incapaz não tem razão, desde que fundamente seu raciocínio; mas não lhe é possível recorrer contra ele. Aqui, o problema não mais consiste na mera liberdade de opinião, mas sim a questão é saber se o recorrente tem interesse processual na reforma do julgado. Que interesse teria o Ministério Público na reforma do julgado que deu razão ao incapaz que não tinha razão?

Essa é a verdadeira questão. E a resposta depende. Se o incapaz ganhar a ação, em prejuízo de um interesse disponível da outra parte maior e capaz, quem tem de recorrer, querendo, é apenas essa parte, e mais ninguém estará legitimado a recorrer, pois aquele interesse é disponível. Entretanto, se o incapaz está querendo usucapir todo o território nacional, então haveria interesse social em cassar a sentença que abusivamente aceitou aquele absurdo, e o Ministério Público poderia recorrer. Tratando-se, porém, de interesses tipicamente disponíveis, o Ministério Público não poderá recorrer contra o incapaz, não porque lhe falte liberdade de opinião, mas porque lhe faltará interesse processual.

Retomemos agora a ação de Caio contra Tício, por danos materiais decorrentes de uma colisão de automóveis. Ambas as partes são maiores e capazes. O Ministério Público nem intervém naquela ação. Sob o aspecto puramente processual, nem mesmo importa ao Ministério Público qual dos dois contendores ganhará a ação. Não lhe importará nem mesmo que quem ganhe a ação tenha ou não razão. Isso só importará a Caio e a Tício, pois se trata de direitos disponíveis. Assim, suponhamos que o réu Tício não tenha culpa alguma pelo acidente, mas tenha deixado correr em branco o prazo para contestação: Tício será condenado, mesmo tendo razão. Isso é injusto? Pode ser, mas será problema do Tício: ele que conteste, se quiser; ele que recorra, se quiser. A disponibilidade aí é tão evidente, que, mesmo se o juiz erradamente desse razão a Tício, nada impediria que este, contrariando a sentença, pagasse o que Caio está pedindo, ou pagasse até mesmo mais do que o próprio Caio pediu. O próprio Poder Judiciário não pode impedir que Tício pague aquilo que o Estado-juiz disse que ele não devia. Afinal, Caio e Tício podem transigir como bem entenderem, até em contrariedade com a prestação jurisdicional; o juiz não pode impedir que os dois transijam até mesmo fora dos autos. Assim, o que o Ministério Público faria naqueles autos, ainda que a pretexto de defender a ordem jurídica? Nada.

Digamos, entretanto, que Tício seja incapaz. Tudo muda de figura. Se o Tício é incapaz, e não foi oferecida contestação em seu favor, o Ministério Público deverá fazê-lo, ainda que por negação geral (art. 302, parágrafo único do CPC), obrigando, assim, o autor a provar os fatos constitutivos de seu direito — o que o Ministério Público não poderia fazer, se Tício não fosse incapaz. Assim, o Ministério Público vai exigir que o autor prove que houve a

colisão e que o responsável foi o incapaz ou seu antecessor. E, se o incapaz perder a ação, posto tivesse razão, o Ministério Público será obrigado a recorrer em seu benefício. É seu dever funcional; ele não poderá invocar a liberdade funcional para não recorrer, pois sua liberdade incide no momento de dizer quem é que, a seu ver, tem razão. Todavia, se o membro do Ministério Público já reconheceu fundamentadamente que o incapaz tem razão, a derrota deste gerará um dever funcional para o membro do *parquet*, que é a obrigação de recorrer. Assim, a função do *parquet* é protetiva; ele só não será obrigado a dizer que o incapaz tem razão quando, a seu ver fundamentado, não a tenha. Todavia, se o incapaz Tício, mesmo não tendo razão, ganhar a ação, somente Caio poderá recorrer, pois o Ministério Público não terá interesse recursal em modificar o julgado para defender interesse disponível de Caio, que é maior e capaz, e pode decidir livremente se aceita ou não o comando da sentença. Esta é uma questão que só a ele diz respeito, e não ao Ministério Público.

Em suma, até que ponto o Ministério Público defende a ordem jurídica? Ele o faz não para defender qualquer lei, regulamento, portaria, decreto, aviso, instrução normativa: todos esses textos fazem parte de nossa ordem jurídica, mas não é para defender todo e qualquer diploma legislativo que o Ministério Público existe. Ele não funciona em todos os processos, nem cobra o cumprimento de todas as leis em vigor no País. Como temos insistido, para que officie num processo e cobre o cumprimento de uma lei, é necessário que haja alguma nota de caráter social ou de indisponibilidade na lesão: aí, ele defenderá aquele interesse. Assim sendo, a defesa que fará do incapaz, é uma defesa necessária, mas também finalística. Acolhendo esse posicionamento, assim transcreveu nosso entendimento o Supremo Tribunal Federal: "Já temos defendido que a tônica da intervenção do Ministério Público consiste na indisponibilidade do interesse. Hoje vamos mais além. A par dos casos em que haja indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, será também exigível a atuação do Ministério Público se a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convier à coletividade como um todo. (...) Num sentido lato, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao Ministério Público".³

É indispensável buscar o porquê de o Ministério Público estar oficiando nos autos e o quê ele ali faz. Está lá para defender um interesse social ou individual indisponível; não havendo tal interesse, a instituição não estará presente nos autos; havendo, justifica-se sua ação ou intervenção, mas o que o órgão ministerial vai dizer nos autos estará coberto pela ampla liberdade de sua atuação funcional. Coisa diversa, porém, é o seu *poder de iniciativa*, que dependerá do interesse processual: tanto para propor uma ação, contestá-la

3. RE n. 248.869-SP, rel. Min. Maurício Correa, STF, *Informativo STF*, 319. A passagem, agora atualizada, corresponde ao que escrevemos em nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 24ª ed., p. 88-9, Saraiva, São Paulo, 2011.

ou, até mesmo, para recorrer do *decisum*, é preciso haver interesse processual. E o Ministério Público só pode agir, intervir ou recorrer em defesa de um interesse social ou um interesse indisponível.