

O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E O MINISTÉRIO PÚBLICO¹

Hugo Nigro Mazzilli
Procurador de Justiça aposentado do
Ministério Público do Estado de São Paulo
Advogado, Consultor jurídico e
Professor de Direito

SUMÁRIO: 1. Direito ou dever de ação? 2. O dever de agir no processo penal e no processo civil. 3. O conteúdo do dever de agir ministerial. 4. A desistência no processo penal. 5. A desistência no processo civil. 6. Conclusão.

RESUMO: Para o Ministério Público brasileiro, existe antes o *dever de agir* do que o *direito de ação*. Esse dever é tanto mais explícito na esfera do processo penal, mas não deixa de também estar presente no processo civil. O dever de agir consiste em que, identificando a hipótese em que a lei lhe imponha uma atuação, o Ministério Público deverá, conforme o caso, propor a ação pública ou intervir no processo, não se admitindo não o faça salvo quando a própria lei lhe consinta essa opção, mas, nesse caso, a falta de atuação do Ministério Público deve submeter-se a um sistema adequado de controle. Quanto à desistência da ação ou do recurso, a lei a proíbe expressamente na esfera penal; na esfera civil, porém, não existe igual vedação. Entretanto, os atos de desistência do Ministério Público no processo civil são excepcionais e devem ser cercados de cautela e revistos por meio de um sistema de controle próprio. Em conclusão, o princípio da indesistibilidade da ação pública pelo Ministério Público não recebe idêntico tratamento na esfera penal e na esfera civil.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público brasileiro – princípio da obrigatoriedade – princípio da legalidade – princípio da indesistibilidade – dever de agir – direito de ação

1. Artigo publicado na Revista *Justitia*, do Ministério Público do Estado de São Paulo, n. 197, p. 287-292

– desistência da ação – desistência do recurso – processo civil – processo penal – ação civil pública – ação penal pública

1 DIREITO OU DEVER DE AÇÃO?

É comum dizer-se que, quanto ao Ministério Público, não se pode falar em *direito de ação*, mas sim em *dever de agir*. Assim, por exemplo, quando o art. 81 do Código de Processo Civil fala em “direito de ação” do Ministério Público, estaria, na verdade, querendo referir-se ao seu “dever de agir”. Nesse sentido é o ensinamento de Hélio Tornaghi, quando comentou o dispositivo já mencionado do Código de Processo Civil: “a rigor, e ao contrário do que acontece com o particular, o Ministério Público tem por vezes o dever e não apenas o direito de agir. Tem razão o Código ao dizer que ele *exercerá*, isto é, *deverá* exercer. Mas por isso mesmo não é feliz ao falar indiscriminadamente em *direito de ação*”.²

A idéia 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 na esfera penal.

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”.³

2 O DEVER DE AGIR NO PROCESSO PENAL E NO PROCESSO CIVIL

(jul.-dez. 2007).

2. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 278, Revista dos Tribunais, 1976.

3. *Tratado de Direito Processual Penal*, 2º vol., p. 88, Saraiva, 1980.

Vejamos mais detidamente 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 assim mesmo violar o dever de agir, o Código 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 (art. 28).⁴ A lei mais uma vez consagra de maneira expressa o princípio da obrigatoriedade quando veda que o Ministério Público desista da ação (Código de Processo Penal, art. 42), e mais uma outra vez, quando lhe proíbe a desistência do recurso (Código de Processo Penal, art. 572). E, também em razão do mesmo 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 (Código de Processo Penal, art. 385).

Daí, foi um pequeno passo apenas para que muitos buscassem transmutar esses mesmos princípios do processo penal para o processo civil, em busca de uma aparente, embora incorreta analogia. Se, porém, mergulharmos mais a fundo, 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 indagarmos se, mesmo na esfera penal, a atuação do Ministério Público deveria ser sempre indeclinável e obrigatória — o que não é verdade, haja vista, p. ex., a transação penal.

3 O CONTEÚDO DO DEVER DE AGIR MINISTERIAL

Examinemos em que consiste o dever de agir do Ministério Público.

A conhecida lição de Piero Calamandrei aponta que, mesmo quando o Ministério Público assume processualmente a posição de parte, sempre defende um interesse público, que não pode restar insatisfeito por razões de mera oportunidade; assim, se o Ministério Público se dá conta de que a lei foi violada, não se lhe pode consentir que,

4. O Código de Processo Penal de 1941 cometeu, porém, uma teratologia jurídica, pois coloca nas mãos do juiz uma atividade que não é jurisdicional, ou seja, o juiz chega ao absurdo de *pedir* ao titular da ação penal pública que promova a ação que ele, juiz, quer que seja ajuizada. Isso viola as mais elementares garantias do devido processo legal, retirando a isenção do juiz diante da propositura da ação e colocando o futuro réu na incômoda posição de ser processado a pedido daquele que irá julgá-lo.

por razões de conveniência, se abstenha de acionar ou de intervir para fazer com que a lei se restabeleça. Se o órgão do Ministério Público nada fizesse para eliminar uma situação de ilegalidade, estaria, pois, transgredindo seu dever de ofício, que é de mover-se para restauração da lei violada. Em outras palavras, não se admite que o Ministério Público, *identificando* uma hipótese na qual a lei exija sua atuação, se recuse a agir.⁵

O ensinamento de Calamandrei deve ser entendido de maneira adequada, pois não se pode olvidar que, em alguns casos, é a própria lei que concede alguma margem de discricionariedade para a atuação do Ministério Público (como na transação penal ou na tomada de compromisso de ajustamento de conduta na área civil). Em suma, não se pode vislumbrar no dever de agir ministerial algo como uma obrigação cega e automática, pois o Ministério Público tem liberdade para identificar ou não a hipótese de agir, desde que o faça fundamentadamente.

Como já o temos demonstrado,⁶ 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 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.

4 A DESISTÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Na área penal, a única razão pela qual não cabe desistência pelo Ministério Público é porque a lei expressamente a veda. Mas, na área civil, depois de proposta a ação civil pública, se no curso desta surgirem fatos que, no entender do Ministério Público, devam comprometer seu êxito (como quando creia que a ação está insuficiente, inadequada ou erroneamente proposta), o exame do cabimento de desistir ou não da ação em nada viola, em tese, o dever de agir. Com efeito, com Carnelutti, sabemos que “a valo-

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

6. Em nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, Cap. 4, 20ª ed., Saraiva, 2007.

ração da conveniência do processo para a tutela do interesse público, à base da qual o Ministério Público resolve acionar, não está vinculada”.⁷

É verdade que 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 no processo civil 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;⁸ quando ele faz a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo;⁹ quando colhe o compromisso de ajustamento de conduta em matéria de tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;¹⁰ ou quando opina sobre a conveniência da venda de bens de incapazes.¹¹

Em suma, essa conclusão é mera consequência da livre valoração do interesse público pelo *parquet*: o dever de agir do Ministério Público pressupõe a valoração da existência ou da persistência do interesse público, seja para *proponer* a ação, seja para nela *prosseguir*, seja para nela *intervir*. Com efeito, a instituição ministerial deve apreciar a justa causa não só para propor, como para prosseguir na ação, ou para nela agir como órgão interveniente. Essa valoração da desistência só não pode ser feita no processo penal porque a lei expressamente a vedou.

Entretanto, se os arts. 42 e 576 do Código 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; por isso os vedou, porque se não os vedasse, seriam em tese lícitos. Em outras palavras, o Ministério Público não pode desistir no processo

7. *Istituzioni del processo civile italiano*, n. 98, Roma, 1956.

8. Código de Processo Civil, art. 82, III.

9. Constituição Federal, 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, no caso concreto.

10. Lei da Ação Civil Pública, art. 5º, § 5º.

penal não porque o direito material ou processual que estão em jogo em tese não o permitam, mas sim porque, embora em tese se pudesse admitir a desistência, o legislador penal 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 vedou a desistência da ação ou dos recursos pelo Ministério Público porque, como é ele o titular privativo da ação penal pública, se desistisse da ação ou do recurso, estaria aberta a porta para todas as formas de pressões e impunidade, até mesmo ou principalmente nos crimes mais graves, praticados pelas mais altas autoridades ou pelos detentores do poder econômico. E como hoje, na ação penal pública, a legitimação ativa do Ministério Público exclui a de outros (sua legitimação é “privativa”, diz o art. 129, I, da Constituição Federal), ninguém poderia sucedê-lo ou substituí-lo diante da desistência acaso efetuada.

Não é dogma, porém, a indesistibilidade na área penal, tanto que se admitem atos dispositivos nos crimes de ação privada, nos crimes de ação pública condicionada (como a decadência do direito de queixa ou representação) e até nos crimes de ação pública, se de menor potencial ofensivo.

5 A DESISTÊNCIA NO PROCESSO CIVIL

E no processo civil? Por que não caberia a tão propalada analogia com o processo penal?

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). Assim, havendo diversos colegitimados para a ação civil pública ou coletiva, se o Ministério Público não age ou não recorre, outros colegitimados podem agir ou recorrer (são colegitimadas ativas a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações, as associações, e até mesmo órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica).¹² Em segundo lugar, a própria Lei da Ação Civil Pública admite que possa haver desistências *fundadas* da ação civil

11. Código Civil, arts. 1.691 e 1.750.

12. Lei n. 7.347/85, art. 5º; Código de Defesa do Consumidor, art. 82.

pública (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, *a contrario sensu*). E, por último, o Código de Processo Civil em momento algum veda atos de desistência do Ministério Público, ao contrário do que o faz o Código de Processo Penal.

Uma vez admitida a desistência no processo civil pelo Ministério Público, ela deverá submeter-se a mecanismos de controle adequados, sejam internos (como os órgãos colegiados competentes),¹³ sejam externos (como o controle do juiz do processo, que deverá homologar a desistência da ação ou do recurso, ou o controle daqueles que têm legitimação concorrente e disjuntiva).

6 CONCLUSÃO

Em suma, devemos concluir que o princípio da indesistibilidade da ação pública não recebe o mesmo tratamento no processo penal e no processo civil.¹⁴

13. V.g., o Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da Lei da Ação Civil Pública).

14. Para exame em maior profundidade da promoção da ação penal pública pelo Ministério Público, v. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 6ª ed., 2007.