

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL – COMENTÁRIOS A UM ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 714.256 - RS (2005/0002315-0)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : JOSÉ GUILHERME KLIEMANN E OUTROS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Na ação civil pública, atua o *Parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Estado de terem assistência médico-hospitalar. 2. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas um menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual. 3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.” Os Srs. Ministros Franciulli Netto e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

Data do julgamento: 22 de março de 2005.

RECURSO ESPECIAL Nº 714.256 - RS (2005/0002315-0)

RELATÓRIO: A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento nos incisos “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. CRIANÇA E ADOLESCENTE. DEVER DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. I - Afastada a

preliminar de falta de interesse de agir, eis que a atuação ministerial *in casu* é assegurada constitucional e infraconstitucionalmente, mostrando-se a via eleita adequada, diante da comprovada necessidade e urgência de tutela em favor do demandante. II - Aos entes da federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados, inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. A observância das normas constitucionais garantidoras do direito fundamental à saúde corresponde ao verdadeiro alcance do conteúdo político das disposições constitucionais, bem como à efetivação do Estado Democrático de Direito, descabendo desconsiderá-las a título de meros programas de atuação. A Lei Estadual 9.908, de 16.06.1993, ao dispor sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes, conforme determinado no artigo 82, IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, estabeleceu que “o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.” (artigo 1º), e considerou como medicamentos excepcionais “aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente” (artigo 1º, parágrafo único). O direito à saúde é assegurado com prioridade absoluta em favor das crianças e adolescentes, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, bem como arts. 4º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Descabe a pretensão do apelante de louvar-se da alegação de falta de previsão orçamentária, dado que a própria Carta Constitucional lhe determina reserva de verba pública para atendimento às demandas referentes à saúde pública. (Fl. 143). Alega o recorrente ofensa aos arts. 6º do CPC, 1º da Lei 7.347/85 e 201, V, da Lei 8.069/90, bem como dissídio jurisprudencial, aduzindo que o Ministério Público não possui interesse de agir, por tratar a demanda de tutela de interesse individual, pelo que deve ser anulado o processo *ab initio*. Com as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO: A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): Está claro que, na demanda, o Ministério Público defende direito individual do menor W.D.P., o que lhe está vedado por via de ação civil pública. Tenha-se presente que na ação civil pública atua o *parquet* como substituto processual da sociedade, que exige o cumprimento da lei: no caso, o direito de todas as crianças no Estado do Rio Grande do Sul, da faixa etária de W., de terem garantida assistência médico-hospitalar. Por via da ação civil pública, está o MP legitimado a defender os interesses transindividuais, sem vinculação a qualquer das partes, diferentemente do que ocorre quando intervém em razão de interesse público ligado a condições especiais de uma pessoa, como por exemplo, um incapaz determinado, um acidentado do trabalho, uma pessoa portadora de deficiência etc.

O MP pode, efetivamente, agir como representante ou substituto processual de pessoa determinada, mas é necessário, na hipótese, saber o porquê da representação ou da substituição, pois os pais representam o menor e só em casos específicos é que o MP age em favor deste, como bem exposto por Hugo Nigro Mazilli: A possibilidade de o Ministério Público agir como autor no processo civil supõe autorização taxativa na lei, salvo as hipóteses de legitimação genérica nas ações civis públicas em defesa de interesses transindividuais. (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 16ª ed., pág. 90). Assim compreendendo a

questão, dou provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão

realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.”

Os Srs. Ministros Franciulli Netto e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

Brasília, 22 de março de 2005.

2. Razões

A atuação do Ministério Público como parte autora sempre esteve relacionada com o processo penal e só em período mais recente, especialmente após a promulgação da atual Constituição, sua atividade como autor no campo cível passou a merecer maior atenção, sendo que, mesmo legitimado para o exercício de diversas ações que tutelam direitos individuais, o Ministério Público passou a ser conhecido como o legitimado por excelência para a tutela de direitos transindividuais. Moreira (1997, p. 73) chegou a afirmar que o silêncio da Instituição no processo civil teria sido interrompido exatamente em razão do processo coletivo, que ensejou a “[...] revitalização do Ministério Público, arrancado à relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais”.

É interessante observar, entretanto, que, muito antes da atual Constituição, já cabia ao Ministério Público o ajuizamento de ações que visavam à tutela de direitos individuais¹, como a anulação de casamento, a anulação de atos simulados, declaração de ausência, prestação de contas, ação civil *ex delicto*² etc. Leis posteriores à Constituição continuaram a prever legitimidade para o Ministério Público ajuizar ações individuais, como o

¹ Diversos exemplos de ações individuais que podem ser ajuizadas pelo Ministério Público são fornecidos por Mazzilli (2002) e Nery Junior e Nery (2004).

² Pacificou-se na jurisprudência o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade subsidiária para a ação civil *ex delicto*. “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL EX DELICTO - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - ALEGADA REVOGAÇÃO DO ART. 68 DO CPP PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR A AÇÃO – MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, denota-se que o precedente colacionado, julgado pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal, à evidência diverge do entendimento esposado no v. decisum recorrido. Com efeito, enquanto a Corte de origem entendeu que o artigo 68 do CPP não foi revogado pela Constituição Federal, o julgado apontado como paradigma concluiu pela revogação. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 01.07.2003, pacificou o entendimento segundo o qual, “apesar da Constituição Federal de 1988 ter afastado, dentre as atribuições funcionais do Ministério Público, a defesa dos hipossuficientes, incumbindo-a às Defensorias Públicas (art. 134), o Supremo Tribunal Federal consignou pela

Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, mas nota-se que a ênfase da atuação da instituição está mesmo no processo coletivo.

Embora haja diversas possibilidades de ajuizamento de ações para a tutela de direitos individuais, o certo é que o Ministério Público nunca se destacou por esse tipo de iniciativa. Não há dúvidas de que o Ministério Público possui vocação para a tutela de direitos sociais e o ajuizamento de ações coletivas é o instrumento natural para a tutela jurisdicional de tais direitos, mas queremos estabelecer que também a tutela de direitos individuais indisponíveis é compatível com o perfil constitucional da Instituição, além de também contribuir para, em um sentido amplo, uma atuação social do Ministério Público. Ou seja: a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais não pode ser ignorada, nem considerada ultrapassada, mas, sim, deve ser adequada à realidade social e ao perfil constitucional da Instituição.

Esperamos que a outorga de ampla legitimação para a tutela de direitos transindividuais, ao revelar sua vocação para a realização de direitos, desperte a Instituição para a antiga legitimidade para a tutela de direitos individuais indisponíveis, a fim de que se realize uma tutela de direitos mais completa e, conseqüentemente, mais efetiva. Nosso propósito nestes singelos comentários, portanto, será demonstrar a compatibilidade da tutela de direitos individuais com o perfil constitucional do Ministério Público e a relevância que o ajuizamento de ações individuais pela Instituição pode assumir na efetivação de direitos. Optamos por comentar um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que contraria nosso pensamento exatamente para tentar demonstrar o equívoco da tese restritiva.

Para o estudo que empreenderemos, partiremos das seguintes premissas básicas: 1) a legitimidade para agir é uma questão constitucional³; 2) a legitimidade do Ministério Público decorre dos arts. 127 e 129, IX, da Constituição; 3) a outorga de legitimidade ao Ministério Público dá efetividade ao direito constitucional de acesso à tutela jurisdicional adequada; 4) o Ministério Público é um canal legitimado constitucionalmente de acesso à justiça.

3. Legitimidade para Agir: breves considerações

A tutela jurisdicional é buscada por meio de uma demanda instrumentalizada em uma petição inicial e o sistema processual possibilita que o juiz, em uma análise preliminar

inconstitucionalidade progressiva do CPP, art. 68, concluindo que ‘enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista’ (RE nº 135.328-7/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01/08/94)” (REsp n. 232.279/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 04.08.2003). Dessa forma, como não foi implementada Defensoria Pública no Estado de São Paulo, o Ministério Público tem legitimidade para, naquela Unidade da Federação, promover ação civil por danos decorrentes de crime, como substituto processual dos necessitados. Recurso especial não provido” (STJ - RESP 475010 / SP – Rel. Min. Franciulli Netto).

³ Como afirma Campos (1996, p. 21), “[...] *la cuestión procesal que se suscita con la legitimación recae siempre, de un modo o de otro, en el ámbito del derecho constitucional*”.

sobre o conteúdo da pretensão do autor, examine se estão presentes condições necessárias para o legítimo exercício do direito de ação⁴. Na síntese formulada por Bedaque (1995, p. 73):

[...] exercida a garantia constitucional de ação, o juiz sairá de sua inércia e verificará, à luz daquela situação de direito material deduzida pelo autor na petição inicial, se existe possibilidade, em tese, de o interessado ser efetivamente titular de uma situação amparada por regras de direito material (ou se o autor pode exercer em juízo aquele direito, por autorização expressa do legislador) e se efetivamente necessita da intervenção estatal. Caso tal não ocorra, de nada adiantará o prosseguimento do processo, pois já se sabe, de antemão, que a tutela buscada é evidentemente inviável.

A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência das denominadas condições da ação, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que mereçam a tutela jurisdicional, isto é, que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada. Ou seja: a ação *concretamente exercida* é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de condições impostas pelo ordenamento.

Em nosso sistema processual, o mérito do processo só será examinado se as condições para o legítimo exercício do direito de ação estiverem satisfeitas⁵. Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade desarrazoadas, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça⁶. Nessa linha, Bedaque (1995) afirma com precisão que não pode o legislador infraconstitucional impedir ou apresentar óbice injus-

⁴ Não obstante o Código de Processo Civil haver consagrado a categoria das condições da ação como requisito de admissibilidade do processo, as divergências doutrinárias são constantes. Como referências às polêmicas existentes, confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes trabalhos: Fabrício (2003); Aragão (2002); Didier Junior (2005, p. 184), em que afirma que “[...] o mais correto seria proscrever as condições da ação da dogmática jurídica e, por tabela, do sistema jurídico, pois, ou compõem o próprio mérito da causa, ou podem ser enquadradas na categoria dos ‘pressupostos processuais’ ou dos requisitos de admissibilidade do processo”.

⁵ Não raramente torna-se bastante difícil distinguir as condições da ação do mérito, o que faz com que boa parte da doutrina critique duramente a opção do legislador pátrio. Realmente, em diversas situações, sob o pretexto de examinar as condições da ação, o mérito acaba sendo examinado, embora a sentença seja de carência e, em princípio, não tenha aptidão para formar coisa julgada material (art. 268, CPC). Segundo vem se entendendo, o disposto no art. 268 do CPC não significa que a repropositura da ação possa ser automática, já que o requisito faltante deve ser implementado (NERY JUNIOR e NERY, 2004). Entretanto, caso se modifique o requisito faltante, tratar-se-á de *outra* demanda, de modo que nem mesmo a coisa julgada material impediria a propositura da ação.

⁶ Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embarquem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdicional: “*Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del acceso*”

tificável ao exame de pretensões pelo Judiciário.⁷ O certo é que nosso sistema processual trabalha com condições de admissibilidade da demanda e uma dessas condições é exatamente a legitimidade para agir. Segundo Armelin (1979, p. 59):

[...] a legitimidade para agir é de ser conceituada como uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo.

Mais recentemente, Armelin (2003, p. 115) afirmou que a “[...] legitimidade como pressuposto de eficácia do ato jurídico pode derivar de uma afirmação do autor, no processo, quanto à titularidade do direito objeto da ação, ou decorrer da situação de titular do pólo passivo da relação processual, embora rejeitando a situação de vinculação ao direito afirmado”.

A legitimidade é de ser verificada, pois, a partir da situação jurídica afirmada no processo (*in statu assertionis*), sendo irrelevante perquirir-se a efetiva existência do direito alegado⁸. Ou seja, a legitimidade é aferida pelo exame da situação legitimante à luz do que é

a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico pro actione opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga 'la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles', si proscribire aquellas decisiones de inadmisión que 'por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (PÉREZ, 2001, p. 74).

⁷ Como afirma corretamente Campos (1996, p. 17), “[...] actualmente, el problema de la legitimación no puede recluirse en el derecho procesal como cuestión a resolver exclusivamente por sus normas. El cordón umbilical que anuda lo procesal con lo constitucional no tolera cortarse porque, de ocurrir tal cosa, se puede frustrar el sistema de derechos y el sistema garantista. Basta una pregunta para esclarecer la afirmación: ¿de qué vale y de qué sirve que un sistema de derechos resulte todo lo completo que es posible, y que lo auxilie la cobertura de un sistema garantista idóneo, si el justiciable que postula el acceso a un proceso ve rechazada o denegada su legitimación? [...] Cada día más nos convencemos de que toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación”. Pensamos que o que ocorreu com o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública foi exatamente a oposição de um obstáculo injustificável, razão pela qual, dentre outros motivos que oportunamente serão declinados, consideramos tal dispositivo flagrantemente inconstitucional.

⁸ Adere-se aqui claramente à teoria da asserção, que, embora conte com a adesão de boa parte da doutrina, foi fortemente combatida por Dinamarco (2004), que, entretanto, ao tratar do que denominou de “falsas carências de ação”, acaba por fornecer exemplos que são resolvidos satisfatoriamente pela teoria por ele repudiada. Na realidade, a teoria da asserção não é incompatível com a perda superveniente de uma condição da ação, até porque o exame das condições pode ser realizado de ofício e em qualquer fase procedimental (sobre a eficácia preclusiva da decisão de admissibilidade do processo. (DIDIER JUNIOR, p. 72). Além de seu significado técnico, a teoria da asserção possui inegável importância prática, já que mostra compromisso com o resultado do processo, na medida em que incentiva o exame do mérito, e procura evitar que haja uma sentença de carência de ação após longos anos de relação processual, como bem demonstrado por Salles (1992, p. 110). Registre-se que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça deu aplicação peculiar à teoria da asserção. Confira-se a seguinte ementa: “Processual Civil. Ação Civil Pública. Legitimidade Ativa. Ministério Público. Taxa de Água e Esgoto. Direito de Contribuintes. 1. A MP 2.180-35 introduziu o parágrafo único no art. 1º, da Lei da Ação Civil Pública, vedando a veiculação da *actio civilis* para a discussão de matéria tributária. 2. A MP 2.180-35 deve ser aplicada a partir de sua edição (24/08/2001), vedada a sua retroatividade que alcance as ações civis públicas promovidas antes de sua vigência. 3. *Legitimatio activa ad causam*. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se

exposto na inicial, como se o juiz raciocinasse da seguinte forma: “[...] admitida a veracidade dos fatos alegados pelas partes, é a elas que a lei dá legitimidade, respectivamente, para propor ou contestar a ação?” (TORNAGHI, 1974, p. 91). Na síntese de Moreira (1971, p. 91), “[...] denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da formulação perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende se atribuir”. Quando a titularidade da ação coincide com a titularidade do direito postulado na demanda, a legitimidade é ordinária; no caso de a ação ser utilizada por outrem que não aquele que se aponta como titular do direito material, a legitimidade passa a ser extraordinária.

As regras de legitimação referentes ao Ministério Público merecem especial exame, já que, salvo quando defende prerrogativas institucionais, os membros da Instituição não possuem titularidade sobre os bens e direitos em defesa dos quais atua, ou seja, não estão ligados à relação de direito material. A legitimidade extraordinária do Ministério Público, portanto, decorrerá da presença de determinados interesses no processo, de modo que “[...] a qualificação desse interesse, de forma a emprestar reconhecimento à legitimidade da atuação processual do Ministério Público, corresponde à operação da verificação das situações legitimantes” (SALLES, 1997, p. 240).

Como este trabalho é dedicado ao estudo da atuação do Ministério Público na defesa de direitos individuais, evidentemente trabalharemos com a legitimidade extraordinária, mais especificamente com a espécie *substituição processual*, sobre a qual trataremos com mais vagar no item seguinte. Antes, porém, vale consignar uma vez mais que o Ministério Público não possui vocação para a defesa de direitos individuais disponíveis, de modo que toda e qualquer legitimidade que lhe for conferida necessariamente deve ser compatível com o disposto nos arts. 127 e 129, IX, da Constituição, o que significa dizer que sua legitimidade se resume à tutela de direitos individuais indisponíveis e de interesses sociais.

4. Legitimação Extraordinária e Substituição Processual: generalidades

A partir da relação estabelecida entre o sujeito legitimado e o objeto litigioso (situação

pela Lei vigente à data da propositura da ação. 4. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui interesse transindividual, que por sua dimensão coletiva torna-se público e indisponível, apto a legitimar o *Parquet* a velá-la em juízo. Aliás, em muitas decisões o Superior Tribunal de Justiça vinha sufragando o entendimento de que a Ação Civil Pública voltada contra a ilegalidade dos tributos não implicava em via oblíqua de controle concentrado de constitucionalidade. Deveras, o Ministério Público, por força do art. 129, III, da Constituição Federal é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Esgoto, ainda que por Ação Civil Pública. 5. Recurso Especial do Ministério Público provido”. (RESP 530808 / MG – Rel. Min. Luiz Fux). O Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no informativo nº 356, entendeu que a “[...] aferição da legitimidade deve ser feita no momento da propositura da ação e que a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação direta de inconstitucionalidade. Vencidos o Min. Carlos Velloso, relator, e Celso de Mello, que consideravam que a perda da representação implicava a perda da capacidade postulatória.” (ADI 2159 Agr/DF).

legitimante), classifica-se a legitimidade para agir em ordinária e extraordinária⁹. Foi visto que o legitimado ordinário é aquele que comparece em juízo para defender direito próprio, coincidindo a titularidade da relação processual com a relação material. Já o legitimado extraordinário, embora autorizado pelo sistema normativo a ingressar no processo e conduzi-lo validamente, não é o titular do direito litigioso, não havendo coincidência entre a situação legitimante e a situação deduzida em juízo. Enquanto o legitimado ordinário encontra na sentença o regramento de sua própria situação, o legitimado extraordinário se depara com a disciplina de situação alheia, que até pode repercutir na sua, como assinala Moreira (2000). Tecnicamente não há exata coincidência entre as expressões *legitimação extraordinária* e *substituição processual*¹⁰, já que esta é menos ampla que aquela, de modo que se entende por substituição processual a legitimidade decorrente do sistema normativo que autoriza determinado sujeito a atuar em juízo, como parte principal, defendendo direito alheio (art. 6º do Código de Processo Civil)¹¹.

De acordo com a célebre classificação proposta por Moreira (2000), a legitimação extraordinária pode ser dividida em autônoma e subordinada. Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o processo pode ser validamente instaurado sem a presença do titular do direito, ou seja, quando o legitimado extraordinário pode figurar no processo com total independência daquele que seria o legitimado extraordinário. A legitimidade extraordinária autônoma apresenta, em apertada síntese, as seguintes subdivisões: 1) *legitimação extraordinária exclusiva*: apenas o legitimado extraordinário pode ser a parte principal do processo, como ocorre na hipótese prevista no art. 68, § 3º, da Lei 6.404/76¹²; 2) *legitimação extraordinária concorrente*: trata-se de co-legitimação e a regularidade da relação processual independe da instauração da demanda por todos os legitimados. A legiti-

⁹ Anote-se que para Alvim (1996, p. 79) a legitimidade extraordinária é pressuposto processual e não condição da ação.

¹⁰ A polêmica sobre a terminologia adequada do instituto chegou a gerar sugestões para a adoção das expressões *equiparação processual*, *equivalência processual* e *equipolência processual* (OLIVEIRA JUNIOR, 1971, p. 87) e (ARRUDA ALVIM, 1990, p. 517). É certo que o rigor terminológico é importante em qualquer ciência, mas nos parece que, a partir do momento em que se estabelece com precisão o que se entende por determinada expressão, passa a ser irrelevante qualquer batalha terminológica, mormente quando a tradição consagra determinado uso. Moreira (1971, p. 62), por exemplo, no clássico ensaio que dedicou ao tema, afirma que a substituição processual se refere à legitimação extraordinária autônoma, mas observa que, no rigor da lógica, a denominação seria unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma *exclusiva*, sendo que a legitimidade extraordinária exclusiva é de constitucionalidade discutível, como anota Alvim (1996, p. 92). Já Campos Júnior (1985) entende que ocorre verdadeira substituição processual no caso de legitimidade concorrente, desde que o titular do direito material mantenha-se inerte. De todo modo, existe a distinção técnica entre legitimação extraordinária e substituição processual e isso precisa ficar registrado. Entretanto, para os fins deste trabalho, a modalidade de legitimação extraordinária que nos interessa é a substituição processual.

¹¹ Campos Júnior (1985, p. 24) apresenta um conceito mais restritivo, excluindo a participação do titular do direito material na relação processual: “[...] ocorre substituição processual quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, estando o titular deste direito ausente da ação, como parte”.

¹² A constitucionalidade da completa vedação do acesso à justiça pelo titular do direito é no mínimo discutível, como já foi mencionado anteriormente. Por esse motivo, deve ser permitido ao titular do direito o ingresso no processo, ao menos na condição de assistente litisconsorcial. Vale, também conferir o trabalho de Assis (2003, p. 14).

dade concorrente pode ser *primária* (ou seja, independentemente do comportamento do legitimado ordinário¹³) ou *subsidiária* (isto é, somente em razão da inércia do legitimado ordinário). Anote-se, ainda, que pode haver legitimidade concorrente envolvendo apenas legitimados extraordinários, como acontece nas hipóteses de ações coletivas – para quem entende que a legitimidade para essas ações é extraordinária – e na ação de anulação de casamento (terceiro interessado e o Ministério Público, art. 1.549 do CC/2002), hipóteses em que haveria legitimação extraordinária exclusiva e concorrente. No que se refere à legitimação extraordinária *subordinada*, tal se dá quando a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade da relação processual, reservando-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, possuindo, assim, eficácia menos ampla que a autônoma, somente podendo ocorrer incidentalmente e com a necessária presença do legitimado ordinário na relação processual.

É importante salientar algumas características básicas da substituição processual: a) a substituição processual é excepcional¹⁴ e depende de autorização normativa (art. 6º do Código de Processo Civil); b) o substituto processual atua no processo na qualidade de parte, e não de representante; c) em relação ao substituto examinam-se os requisitos processuais subjetivos. A imparcialidade do magistrado, contudo, pode ser averiguada em relação a ambos, substituto ou substituído; d) salvo disposição legal em sentido contrário (p. ex., art. 274 do CC/2002, e art. 103 do CDC), a coisa julgada material estende seus efeitos ao substituído. Com efeito, é corrente na doutrina que, do ponto de vista processual, “[...] a consequência mais importante da substituição processual consiste precisamente em que a sentença proferida, no processo, produz efeitos, revestidos da autoridade da coisa julgada, para quem não foi parte processual, pois atinge alguém que ficou estranho ao processo” (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 78), alargando-se os limites subjetivos da coisa julgada e especificando¹⁵ o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil. Essa afirmação pode ser considerada tranqüila quando se tem em vista as raríssimas hipóteses de substituição processual exclusiva, mas se torna altamente controvertida diante de casos de legitimação concorrente, que é a mais comum forma dos casos de substituição processual.¹⁶ A maioria da doutrina entende que, em qualquer hipótese de substituição processual, há extensão subjetiva da coisa julgada material e assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao menos em uma ocasião¹⁷. Em sentido contrário, ou seja, de que não haveria extensão da coisa julgada aos demais legitimados, temos a conhecida teoria

¹³ Como na possibilidade de anulação do casamento pelo Ministério Público ou interessados (art. 1.549 do CC/2002).

¹⁴ No que se refere ao processo individual, evidentemente. Para aqueles que entendem que a legitimação coletiva também é extraordinária, essa modalidade passou a ser a regra (ALVIM, 2002).

¹⁵ Termo utilizado por Dinamarco (2004, p. 321), para quem não se trata de exceção ao disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, mas de *especificação*.

¹⁶ A polêmica também existe em casos de litisconsórcio unitário (MOREIRA, 1972, p. 150). Aliás, Moreira enuncia a seguinte regra: “[...] todo litisconsórcio entre co-legitimados extraordinários é unitário”.

¹⁷ “Processo civil. Ação proposta por netos visando ao reconhecimento da invalidade de venda realizada pelo avô (falecido) a tio, por meio de interposta pessoa. Improcedência. Trânsito em julgado. Novas ações promovidas por outros descendentes do autor da herança buscando, da mesma forma e com base em idêntica “causa petendi”, o retorno do bem ao acervo hereditário, extensão subjetiva da “res iudicata” estabelecida

de Liebman (1984, p. 97) acerca da coisa julgada em casos de litisconsórcio facultativo unitário, em que defende a idéia de que a sentença somente atingirá a todos os legitimados se for para beneficiá-los. Aragão (1992, p. 301), a seu turno, examina expressamente a hipótese de substituição processual e conclui que “[...] ou é assegurada a participação no processo, mediante convocação oportuna de todos os que devem ficar futuramente sujeitos à autoridade da coisa julgada que dela emanará, ou esta não os vinculará”. Mais recentemente, Talamini (2004) defende a idéia de que o substituído seria atingido pela coisa julgada em três situações: a) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez; b) se o sujeito tinha (ou deveria ter) ciência do processo em que ocorria a substituição; c) se houver a possibilidade de o substituído participar, caso queira, do processo. Parece-nos que ao menos uma dessas situações sempre estará presente em casos de substituição, de modo que acaba por não haver rigorosa exceção à regra em sua teoria. Interessante observar que Talamini (2004) considera como exemplo de situação em que *não haveria* formação de coisa julgada para o substituído o julgamento de improcedência de pedido de investigação de paternidade em ação ajuizada pelo Ministério Público (Lei nº 8.560/92), sem, contudo, justificar sua posição, já que não demonstra como as situações antes referidas não seriam atendidas. Não nos parece que o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público escape ao enquadramento de ao menos uma das situações formuladas por Talamini (2004) que ensejam a extensão subjetiva da coisa julgada. No mínimo haverá prévia audiência com o representante do menor, sob pena de se inviabilizar o ajuizamento da ação por absoluta ausência de informação sobre os fatos relevantes do caso. Normalmente o Promotor de Justiça instaura um procedimento em que, além de ser tentado o reconhecimento voluntário da paternidade, são chamados os interessados e, após todos os esclarecimentos, são buscados os subsídios mínimos que viabilizem uma ação judicial. Em suma: sem a participação dos interessados a ação simplesmente não será proposta. Não vemos, portanto, como o substituído não ser atingido pela coisa julgada material, ainda mais que, nas ações de investigação de paternidade ajuizadas pelo Ministério Público¹⁸ a participação do titular do direito material

na primitiva causa. Substituição processual. Legitimação concorrente. Arts. 6º. e 472, CPC, e 1.132 e 1.580, parágrafo único, CC. Recurso desacolhido.

I - Os descendentes co-herdeiros que, com base no disposto no parágrafo único do art. 1.580, CC, demandam em prol da herança, como na ação em que postulam o reconhecimento da invalidade de venda realizada pelo seu autor com afronta ao art. 1.132, CC, agem como mandatários tácitos dos demais co-herdeiros aos quais aproveita o eventual reingresso do bem na “*universitas rerum*”, em defesa também dos direitos destes.

II - Atuam, destarte, na qualidade de substitutos processuais dos co-herdeiros prejudicados que, embora legitimados, não integrem a relação processual como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais, impondo-se a estes, substituídos, sujeição a “*autoritas rei iudicatae*””. (RESP 44925 / GO – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

¹⁸ Sobre a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações que versem sobre paternidade, vale conferir a ementa de recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, que bem esclarece a questão: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei,

é importante inclusive para a instrução da causa, especialmente em razão da colheita de material genético para a realização de prova pericial¹⁹.

Entendemos que negar que a coisa julgada material atinja o substituído que não tenha integrado o processo é negar a natureza do próprio instituto da substituição processual. Se aquele que foi substituído e se manteve fora do processo ficar imune ao resultado desse mesmo processo, não estaremos diante de substituição processual, mas, sim, de legitimação ordinária, já que o substituto na realidade não estará regulando situação alheia. O fundamento e a importância prática da substituição processual consistem exatamente na disciplina processual de direito alheio. Negando esse efeito, mutila-se o instituto, tornando-o imprestável para sua finalidade principal²⁰. Acrescente-se que, como bem observado por Didier Júnior, a extensão subjetiva da coisa julgada é imposição do princípio da igualdade:

A submissão do substituído à força da coisa julgada é imposição do princípio da igualdade. Se assim não fosse, o réu da demanda proposta pelo substituto processual litigaria em processo que jamais poderia vencer, pois, mesmo se derrotasse o substituto, a decisão não seria oponível ao substituído, que poderia propor novamente a mesma demanda. Seria processo em que apenas uma das partes poderia ganhar. A atribuição da legitimação extraordinária implica o reconhecimento de que um determinado sujeito pode defender, de maneira eficaz, os interesses de outrem. Assim, a

desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *ius postulandi* a outras pessoas. A substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei nº 8.560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 248869/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa).

¹⁹ No que se refere às ações de paternidade, ainda merece ser mencionada a recente discussão acerca do que vem se denominando de *relativização da coisa julgada material*, cuja abordagem crítica, no entanto, não encontra espaço neste trabalho.

²⁰ Evidentemente, o próprio sistema que autorizou a legitimidade extraordinária pode restringir os limites subjetivos da coisa julgada, mas, exatamente em razão da natureza e da função da substituição processual, tal fato é excepcional e deve ser expresso (p. ex: arts. 274 e 1647, II, do Código Civil e arts. 10 e 952 do Código de Processo Civil).

extensão da coisa julgada ao substituído é disso consequência inexorável.

A extensão subjetiva da coisa julgada ao substituído é simples consequência inarredável da autorização normativa para a defesa de direito material alheio por outrem, já que o titular do direito material necessariamente tem que sofrer os efeitos da regulação de sua situação jurídica. Concluímos, portanto, que a coisa julgada material atinge o substituído que não tenha participado do processo.

5. O Ministério Público como Substituto Processual: comentários específicos ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça

Nas noções gerais expostas no primeiro item, foi visto que não é nenhuma novidade outorgar ao Ministério Público a condição de substituto processual, mas ainda assim há certo desconforto na doutrina e na jurisprudência quando se deparam com ações ajuizadas pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais. Em recente estudo sobre a substituição processual, Assis (2003, p. 18), ao discorrer sobre a necessidade de autorização legislativa para que haja substituição processual, ilustra bem essa dificuldade ao afirmar que “[...] o Ministério Público não se legitima a pleitear determinada prestação positiva do Estado, na área de saúde, em favor de pessoa doente. [...] A jurisprudência do STJ nega, pelo motivo exposto [ausência de autorização legislativa], legitimidade para defender direito de incapaz sob poder dos pais e propor ação de alimentos”.²¹ Em nossa opinião, o tema não foi bem compreendido pelo ilustre processualista e por parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como tentaremos demonstrar. É certo que a substituição processual necessariamente deve ser precedida de autorização do sistema normativo²², mas no caso do Ministério Público, ao contrário do afirmado por Assis (2003), existe uma autorização constitucional genérica de substituição processual para a tutela de direitos indisponíveis (art. 127 da Constituição).

Como já afirmamos, em nosso atual sistema normativo toda a legitimidade do Ministério Público decorre diretamente da Constituição, inclusive a substituição processual, de modo que nos parece um desvio de perspectiva negar a possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação para a garantia de um direito indisponível (direito à saúde, por exemplo) sob o argumento de inexistir lei ordinária autorizativa. A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata²³. Em suma: o Ministério Público é autorizado pela Constituição para atuar como substituto processual na defesa dos direitos indisponíveis, não havendo necessidade de previsão em lei ordinária.

²¹ O esclarecimento entre colchetes é nosso.

²² O que não significa que necessariamente seja autorização *legal*.

²³ As normas constitucionais sobre competência – e sobre atribuição, evidentemente – são classicamente consideradas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (SILVA, 1998, p. 89).

No acórdão sob comentário, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou indevidamente uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e negou legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ação que visava ao fornecimento de medicamento para adolescente determinado, sob os seguintes argumentos: 1) a ação civil pública não se presta para a defesa de direitos individuais; 2) os pais representam os filhos; 3) o Ministério Público só pode defender direito de pessoa determinada em casos específicos, taxativamente previstos em lei.

Não concordamos com esta recente decisão do Superior Tribunal de Justiça pelas seguintes razões: 1) a legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público decorre do artigo 127 da Constituição; 2) o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça essa legitimidade e deveria ter sido aplicado no caso concreto. Realmente, a Lei 8.069/90, de maneira até mesmo didática, expressamente prevê que o Ministério Público atuará como substituto processual de criança ou adolescente em situação de risco, na defesa de seus direitos indisponíveis, (art. 201, III, IV, VIII e IX), de modo que nos parece injustificável a limitação imposta pelo acórdão ora comentado; 3) o fornecimento de medicamentos relaciona-se com o direito à vida e, portanto, pode ser buscado pelo Ministério Público ante a evidente indisponibilidade do direito; 4) o Ministério Público não possui legitimidade ativa apenas para causas coletivas; 5) o acórdão inexplicavelmente confunde representação com substituição processual; 6) o fato de uma ação ser rotulada de *ação civil pública* não interfere em nada com a questão de legitimidade, especialmente porque o direito de ação prescinde de pia batismal²⁴.

Também não convence o argumento de que se a criança ou o adolescente estiver sob o poder familiar o Ministério Público careceria de legitimidade. Ora, a legitimidade do Ministério Público não está condicionada a nenhum fator externo que não seja a indisponibilidade do direito. O fato de o menor estar sob o poder familiar se mostra irrelevante no particular, especialmente porque, se os pais são omissos, é necessária a atuação de um terceiro – no caso, o Ministério Público – para que o direito seja adequadamente tutelado. Se os pais não agem, resta o Ministério Público para servir de meio adequado para a tutela de direitos, inclusive com a tomada de medidas que podem atingir a relação decorrente do poder familiar (procedimento administrativo ou ação que vise à suspensão ou destituição do poder familiar). Não é por outro motivo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 98, II, considera que a situação de risco ensejadora de medidas protetivas pode ser caracterizada pela omissão dos pais.

O Superior Tribunal de Justiça também vem negando legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação de alimentos em favor de crianças e adolescentes que estejam sob o poder familiar. Como exemplo, confira-se a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE ALIMENTOS – MINIS-

²⁴ Essa é uma noção processual comezinha, mas vale fazer referência a um excelente estudo sobre uma temática complexa que é a tipicidade das ações (YARSHELL, 1999).

TÉRIO PÚBLICO REPRESENTANDO MENOR DE IDADE SOB O “PÁTRIO PODER” DA GENITORA - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - ART. 201, III, DA LEI Nº 8.069/90 - INAPLICABILIDADE. 1- Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o “pátrio poder” da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal. 2 - Precedentes (REsp nºs 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). 3 - Recurso não conhecido”. (BRASIL, 2005a).

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça é lamentável e igualmente decorre de uma interpretação totalmente equivocada do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que a legitimação do Ministério Público, como vimos, independe de prévia suspensão ou perda do poder familiar, mas, sim, da existência de uma situação de risco em que se encontre a criança ou o adolescente e a omissão dos pais ou responsáveis caracteriza essa situação de risco. Ademais, a partir do momento em que o direito a alimentos repercute diretamente no direito à vida, o Ministério Público está autorizado constitucionalmente a agir na defesa de um direito individual indisponível. Se um Promotor de Justiça chega ao ponto de ajuizar uma ação de alimentos em favor de uma criança ou adolescente é porque apurou uma peculiar situação de risco e concluiu que deveria agir para suprir uma omissão do responsável, certamente com outras medidas, como procedimentos administrativos. No julgamento do Recurso Especial nº 120118/PR, houve o voto vencido do Min. Ruy Rosado, em que a matéria foi analisada com perfeição e que merece transcrição parcial:

[...] penso que está sendo feita indevida limitação à atuação do Ministério Público no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não é apenas nos casos de abandono, perda ou suspensão do pátrio poder que a lei atribui ao Ministério Público promover em juízo a defesa dos interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais de crianças e adolescentes. A sua competência é ampla, pois a proteção do Estatuto se estende a todos os casos de ameaça ou violação aos direitos dos menores (art. 98), e para lutar por eles a lei após o Ministério Público, dando-lhe as atribuições elencadas no artigo 201. A carência de alimentação de uma criança decorre de falta dos pais ou responsáveis, e a hipótese se enquadra na situação prevista no art. 98, inc. II, onde o direito é ameaçado ou violado por falta dos pais. Para esse caso, o art. 201, inc. III, do ECA, dispõe: compete ao Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos. Somente descumprindo a lei é que se pode retirar essa competência do Ministério Público, diminuindo o campo de sua atuação e causando grave prejuízo aos menores necessitados, pois a experiência do Foro demonstra que, muitas vezes, especialmente nas pequenas comarcas, é o Ministério Público a única instituição capaz de zelar pelos desassistidos. Sendo assim, reconheço no Ministério Público legitimidade para promover a ação de alimentos, ainda que as crianças estejam sob pátrio poder da mãe. Pergunto-me: quem proporá a ação em favor dessas duas pobres crianças? (grifo nosso).

Mesmo sem responder à instigante e desconcertante indagação do Min. Ruy Rosado – se não for o Ministério Público, quem proporá a ação em favor das crianças e adolescentes,

já que o responsável é omissivo? – o Superior Tribunal de Justiça tem mantido seu restritivo entendimento, o que demonstra uma insistente interpretação equivocada da lei e um assustador desconhecimento da realidade social. Não deixa de ser interessante observar que o Superior Tribunal de Justiça admite que o Ministério Público ajuíze ação de investigação de paternidade cumulada com ação de alimentos em favor de menor, estendendo a legitimidade à fase executiva²⁵, sem, contudo, mencionar a questão do poder familiar, que obviamente se faz presente, demonstrando uma incongruência jurisprudencial.

Outro dado curioso do acórdão objeto destes breves comentários é a doutrina em que se baseia a Ministra Relatora, já que, sabidamente, Mazzilli dedica a maior parte de sua produção científica ao estudo do Ministério Público e, como profundo conhecedor da matéria, não defenderia, ao arrepio da Constituição, uma atuação tão tímida da Instituição. A citação que fundamenta o acórdão está fora de contexto, bastando a leitura das páginas seguintes à mencionada no voto para comprovar a inconsistência do raciocínio artificialmente construído.

Não bastasse o Estatuto da Criança e do Adolescente autorizar expressamente a substituição processual na espécie, o artigo 127 da Constituição seria suficiente para legitimar a atuação do Ministério Público, de modo que o fundamento de autorização legal específica não subsiste a uma análise um pouco mais atenta. Evidentemente, como a legitimidade do Ministério Público decorre da Constituição, não há necessidade de todas as hipóteses de substituição processual estarem previstas em lei. Isso significa que, sempre que houver interesse social ou lesão ou ameaça de lesão a direito individual indisponível, o Ministério Público poderá agir como substituto processual. A previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de nos parecer um truísmo, não foi suficiente para guiar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça. Parece-nos que a interpretação a ser realizada pelo julgador deve ser sempre no sentido de, ao considerar as necessidades de tutela dos direitos, buscar a maior efetividade do processo, compatibilizando os institutos processuais de modo a possibilitar a satisfação do direito do jurisdicionado. No caso do Ministério Público atuando como substituto processual, a interpretação que se nos afigura mais adequada à realidade da tutela dos direitos é admiti-lo sempre que o interesse social ou direitos individuais indisponíveis estiverem em pauta.

Remarque-se que a legitimidade outorgada ao Ministério Público para a defesa de interesses sociais e direitos individuais indisponíveis, na medida em que amplia o acesso à justiça e possibilita maior êxito na tutela de direitos, é inequivocamente um meio de tornar o *processo socialmente efetivo*, que, segundo Moreira (2002, p. 181), é o “[...] processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial”. Mencione-se, nesse mesmo sentido, a oportuna afirmação

²⁵ “Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Execução. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.1. Ajuizada a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, julgada procedente, tem o Ministério Público, autor da ação, legitimidade para intentar a execução.” (RESP 208429/ MG – Rel: Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

de Shimura (2005, p. 50): “[...] limitar a legitimidade do Ministério Público é limitar o acesso da pessoa – pobre – à justiça. É ir contra toda a filosofia criada em favor da defesa dos cidadãos, fechando as portas do Judiciário na prestação da tutela jurisdicional”.

6. Conclusão

Negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela dos direitos pode significar um evidente amesquinamento ou uma mutilação da garantia constitucional do acesso à justiça²⁶. Se é verdade que “[...] a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais” (SANTOS, 1996, p. 690), a correta percepção da legitimação constitucional do Ministério Público serve exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos.

O acórdão que comentamos não é isolado na jurisprudência²⁷, o que demonstra que ainda grassa uma incompreensão do perfil constitucional do Ministério Público, com graves conseqüências na realização da garantia do acesso à justiça. Espera-se que se evolua para uma interpretação constitucionalmente adequada da legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos indisponíveis e que futuramente esse acórdão seja lembrado apenas como um equívoco definitivamente sepultado. A propósito, vale transcrever trechos de uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que nos aponta um tempo mais alvissareiro para a realização de direitos:

CONSTITUCIONAL. SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. TRATAMENTO MÉDICO. I. - O direito à saúde, conseqüência do direito à vida, constitui direito fundamental, direito individual indisponível (C.F., art. 196). Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação em defesa desse direito (C.F., art. 127). II. - RE conhecido e provido. Assim equacionou a controvérsia o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto: “(...) o Ministério Público teve suas atribuições ampliadas pela Constituição Federal de 1988, alçando-se à categoria de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que, a partir de interpretação sistemática do ordenamento, outorga-lhe a legitimidade na defesa do direito fundamental à saúde, cuja inobservância, na espécie, reveste-se de maior gravidade, estando em causa a

²⁶ Deve ser evitado qualquer traço de ufanismo em relação ao Ministério Público, já que a consciência das limitações e das dificuldades é requisito imprescindível para o constante desenvolvimento institucional. A auto-suficiência é inimiga do aperfeiçoamento institucional. O otimismo exagerado revela prepotência e invariavelmente é um prenúncio de decepcionante desempenho. O desejo de onipotência só pode resultar em prejuízos para o Ministério Público e para a sociedade. É oportuna a transcrição do seguinte trecho de autoria de Moreira (1997, p. p. 21), “[...] o que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos. Acalentar expectativas altas demais expõe-nos ao perigo de cair com facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com frequência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuseramos ao alcance da nossa mão, passamos a descreer da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão da onipotência torna-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo”.

proteção de um menor, acometido de graves problemas físicos, que impescindem da tutela requerida - ou seja, do tratamento domiciliar, cujo custeio, de forma ilegal, foi negado pela empresa seguradora. Assim, inserida no próprio conceito de dignidade da pessoa humana, a situação desafia a intervenção do *Parquet*, que detém legitimidade ativa para pugnar a reparação da lesão constitucional, levada a termo pela recorrida, conduzida, na espécie, por suas pretensões econômicas - estas sim disponíveis e diminutas em relação ao interesse público, consubstanciado no necessário controle estatal das ações e serviços de saúde. Entendendo de modo diverso, o acórdão negou força normativa aos arts. 127 e 129, do Texto Constitucional, devendo ser reformado nesta sede. “No julgamento do RE 271.286-AgR/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” e que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.” Mais decidiu o Supremo Tribunal, no citado RE 271.286-AgR/RS, que “o direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.” (“DJ” de 24.11.2000) Diante dessa exemplar decisão do Supremo Tribunal Federal acórdão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello é lícito concluir que o direito à saúde é direito individual indisponível. No caso, o acórdão recorrido, tendo decidido de forma contrária, é ofensivo ao dispositivo constitucional invocado, C.F., art. 127. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento. (BRASIL, 2005b).

Por fim, para demonstrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça dá claros sinais evolutivos na matéria, terminamos nossos comentários com a transcrição de uma ementa que corrobora nossa tese:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. MENOR POBRE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de menor pobre, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.
2. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de menor pobre. Precedentes: REsp 296905/PB e Resp 442693/RS.
3. O Estado, ao se negar a proteger o menor pobre nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumprindo o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.
4. Embargos de declaração conhecidos e providos para afastar a omissão e complementar, com maior precisão, a fundamentação que determinou o provimento do recurso para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado. (BRASIL, 2005c).

Espera-se que esses julgados formem nova tendência jurisprudencial e que se afastem as idéias veiculadas no acórdão que ora comentamos, a fim de que se realize a previsão constitucional de um Ministério Público otimizador do acesso efetivo a uma adequada tutela de direitos.

Bibliografia

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, out./dez. 2002.

ARRUDA ALVIM. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 2002.

_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1990.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1979.

_____. Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT/APMP, 2003.

ASSIS, Araken de. Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 9, dez. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT/APMP, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 120118/PR. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 1º de março de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 662033/RS. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 13 de junho de 2005c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 659498. Relator: Min. Jorge Scartezini. Brasília, 14 de fevereiro de 2005a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 394820/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 27 de maio de 2005b.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMPOS, Germán J. Bidart. El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación. In: *La Legitimación: homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1985.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Um réquiem às condições da ação*: estudo analítico sobre a existência do instituto. Disponível em: <www.juspodivm.com.br/novo/>.

_____. *O juízo de admissibilidade do processo*: os pressupostos processuais e as condições da ação. Tese (Doutorado) – PUC/SP, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. (Ensaio e Pareceres).

_____. Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. *Direito Aplicado II*. (Pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 181-182, jan./mar. 2002.

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. (Primeira Série).

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. (Sexta Série).

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil co-*

mentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971.

PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madri: Civitas, 2001.

SALLES, Carlos Alberto de. *A legitimação do Ministério Público para defesa de direitos e garantias constitucionais*. Dissertação (Mestrado) – USP, 1992.

_____. Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: IEDC/Atlas, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada: os limites subjetivos da coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdiccional*. São Paulo: Atlas, 1999.