

O EXERCÍCIO DO *IUS POSTULANDI* PELO ADVOGADO E PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA*

Sumário

1. Colocação do tema. 2. O advogado como representante da parte; o Ministério Público como parte - legitimação ordinária e legitimação extraordinária. 3. Hipóteses em que o Ministério Público age por direito próprio e hipóteses em que atua como substituto processual. 4. Legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. 5. Legitimidade para agir, por via da ação civil pública, em lugar do autor popular. 6. Legitimidade para promover ação de investigação de paternidade. 7. Conclusão.

1. Colocação do tema

O direito de postular em juízo é atribuído, no processo civil, ao advogado na generalidade dos casos e ao representante do Ministério Público em determinadas hipóteses, expressamente previstas em lei.

O advogado, no exercício do Ministério Privado, age em juízo como representante da parte. O membro do Ministério Público atua como parte, enquanto órgão estatal; é o próprio Estado que, na sua pessoa, ocupa lugar num dos pólos da relação processual, ao propor ou contestar ações. Hipótese especial de atuação do Ministério Público como parte é a que se verifica quando aquele órgão vai a juízo para defender, em nome próprio, direito alheio, no desempenho de uma função tutelar da ordem pública.

* Professor da Faculdade de Direito da UFJF. Conselheiro Federal da OAB por Minas Gerais.

Exerce o Ministério Público, tanto numa hipótese quanto noutra, a ação civil pública *lato sensu*. Constitui essa um instrumento excepcional de exercício do *ius postulandi* - o que justifica a assertiva de que a faculdade de postular em juízo cabe, em regra, ao advogado.

Como bem adverte ilustre membro do Ministério Público paulista, JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, “*A existência da ação civil pública representa, realmente, uma intervenção do Estado, pelo Ministério Público, na ordem jurídico-privada e é por essa expressiva razão que, ao mais das vezes, só é ela admitida em caráter supletivo e pelo manifesto interesse de ordem pública consistente em manter o primado da lei*”. “Representa ela, efetivamente - conforme acrescenta o citado autor - *uma quebra ao princípio dispositivo*”, razão por que constitui, “*em nosso direito*”, “*uma exceção*”, somente admissível nos “*casos previstos em lei*”¹.

Nos últimos tempos, sobretudo a partir da Constituição de 1988, vem-se ampliando consideravelmente o rol das hipóteses de ações civis públicas que incumbe ao Ministério Público promover. Alguns casos suscitam dúvidas quanto à ocorrência de interesse público que justifique a atuação do *Parquet*. Com relação a outros, reina certa divergência quanto à condição em que o Ministério Público exerce o direito de ação, se por direito próprio, se em nome próprio na defesa de direito alheio. Há, ainda, quem vislumbre hipóteses de representação processual exercida pelo Ministério Público.

Propomo-nos examinar, no presente estudo, essas questões que vêm gerando controvérsia na doutrina e na prática forense. Ao mesmo tempo, tentaremos estabelecer o necessário balizamento entre as atribuições do advogado e as do membro do Ministério Público no que concerne ao exercício do *ius postulandi*.

2. O advogado como representante da parte; o Ministério Público como parte - legitimação ordinária e legitimação extraordinária

A representação das partes no processo é uma das atribuições que cabem ao advogado e, como é evidente, aquela que lhe define o papel de elemento

¹ *O Ministério Público e o Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1976, pág. 11

“indispensável à administração da justiça”, conforme dispõe a Constituição brasileira (art. 133).

Salvo os casos em que se admite a postulação em causa própria, “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado.”(CPC, art. 36).

Trata-se da representação processual, que compõe um dos pressupostos subjetivos atinentes às partes - a **capacidade postulatória** -, por meio do exercício regular do *ius postulandi* pelo profissional do direito a quem a lei defere essa prerrogativa.

Como esclarece MOACYR AMARAL SANTOS,

*“Não basta que a parte tenha capacidade processual, mas é preciso, ainda, que tenha capacidade postulatória, isto é, que possa postular em juízo. Como o direito de postular em juízo, no sistema brasileiro, é, em regra, privativo de advogados, a parte exprime a sua capacidade postulatória representando-se no processo por meio de advogado, a quem confere mandato ad lites, ou ad judicium.”*²

Conditio sine qua non da representação processual é, pois, o mandato *ad judicium*. Não há representação dessa natureza sem a outorga do competente mandato, cujo instrumento, a procuração, “revela a representação em juízo”³.

Atuando no processo como representante da parte, o advogado fala em nome dela e em seu lugar pratica os atos processuais que lhe digam respeito.

“O advogado representa a parte no processo, não só levando sua pretensão a Juízo (ou, quando representante do réu, a sua defesa), como ainda exercendo direitos e faculdades, cumprindo ônus e obrigações, no curso da relação processual, em nome do cliente.”⁴

2 *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1ª vol., 14ª ed., Saraiva, São Paulo, 1990, págs. 359/360, n.º 293.

3 VICENTE GRECO FILHO, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 1ª vol., 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, pág. 113, n.º 19.

4 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, 1ª vol., 13ª ed., Saraiva, São Paulo, 1990, pág. 297, n.º 245.

Essa representação confere ao advogado, segundo FREDERICO MARQUES, o lugar de “*sujeito especial do processo*”⁵, isto é, a posição de quem, não sendo parte, não postula em nome próprio, mas, tendo recebido da parte um mandato para esse fim, integra a relação jurídica processual como um dos seus personagens.

A postulação que o advogado exercita em juízo, como representante da parte, só por ele, nessa condição, pode ser desempenhada. Constitui atividade privativa da advocacia, como diz a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (“Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil”), em seu art. 1º, inciso I. É assim, uma prerrogativa do advogado.

A nenhum outro operador do direito poderá reconhecer-se essa atribuição.

É certo, como já se disse, que também ao Ministério Público assiste o *ius postulandi*, em determinados casos (CPC, art. 81). Aquele órgão, porém, jamais o exercerá como representante da parte.

“*No processo civil - adverte HUMBERTO THEODORO JÚNIOR -, mesmo quando se comete ao Ministério Público a tutela de interesses particulares de outras pessoas, como os interditos, a Fazenda Pública, a vítima pobre do delito, etc., a sua função processual nunca é a de um representante da parte material.*”⁶

Falar em atividade de representação exercida pelo Ministério Público, como fazem alguns autores, é incidir numa impropriedade técnica, que deve ser evitada.

Bastaria considerar, para não correr o risco de tal imprecisão, que, em nenhuma hipótese, o membro do Ministério Público se apresenta em juízo ostentando um mandato de quem quer que seja.

A nobre instituição, em verdade, não representa; *presenta*, nos casos em que é parte ou *intervém* como *custos legis* nas hipóteses em que a lei o exija.

Como parte, o Ministério Público defenderá em nome próprio direito que caiba diretamente ao Estado, de que é órgão ou, então, postulará em nome

5 Ob., vol., pág. e nº cits.

6 *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 18ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996, pág. 148, nº 132.

Hoje, em face do disposto no art. 129, IX, *in fine*, da Constituição, o Ministério Público já não atua como defensor dos interesses da Fazenda Pública.

próprio direito alheio que, refugindo, embora, àquela característica, deva merecer a sua tutela em razão do interesse público que o envolva.

Na primeira hipótese, ter-se-á a *legitimação ordinária* do Ministério Público; na segunda, a *legitimação extraordinária*, que lhe dá a qualidade de *substituto processual*, consoante o disposto no art. 6º do Código de Processo Civil.

3. Hipóteses em que o Ministério Público age por direito próprio e hipóteses em que atua como substituto processual

O Ministério Público atua no processo civil como parte, com legitimação ordinária, naqueles casos em que o bem jurídico não pertence a nenhuma pessoa individualmente ou em grupo, mas ao próprio Estado, na medida em que a ofensa perpetrada atinge diretamente a ordem pública, que ao Estado incumbe tutelar.

São exemplos desse tipo de atuação:

a) a ação de dissolução de sociedade civil a que se impute a prática de atividade ilícita ou imoral (Código de Processo Civil de 1939, art. 670);

b) a ação de dissolução de sociedade civil de fins assistenciais (Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966, art. 3º);

c) a ação rescisória, no caso de sentença proferida em processo em que o MP não foi ouvido, posto que obrigatória sua intervenção ou quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei (Código de Processo Civil, art. 487, III, *a e b*);

d) a ação direta de declaração de inconstitucionalidade e a representação interventiva (Constituição Federal, art. 129, IV) ⁷;

7 ALFREDO BUZOID considerava como sendo de *substituição processual* a atuação do MP na ação interventiva - por ele denominada de ação direta de declaração de inconstitucionalidade, antes que a atual versão dessa, tendo por objeto a declaração em tese ou em abstrato, fosse instituída (*A Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1958, pág. 107, nº 47). Divergiu desse entendimento JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, sustentando que o Procurador-Geral da República age, no caso, por direito próprio, uma vez que se cuida, aí, de "interesse da União, como guardião da convivência federativa, em aplicar aos Estados violadores dos "princípios constitucionais sensíveis" a sanção prevista na Carta da República" (*As Partes na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade*, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, vol. 13, pág. 67, nº 3).

e) a ação para reparação de danos ao patrimônio público resultantes de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 17), bem como o seqüestro de bens do responsável por esses danos (Lei citada, art. 16).

Noutros casos em que o Ministério Público é legitimado a agir no juízo cível a legitimação ativa do órgão se dá não em decorrência de violação imediata da ordem pública, mas em virtude de ofensa a direitos considerados indisponíveis, isto é, de direitos cujo exercício não fica adstrito à vontade exclusiva dos seus titulares, admitindo o controle ou, até, a subrogação pelo órgão estatal competente, quando não tenham caráter personalíssimo.

Em geral, o Ministério Público age na “tutela de interesses indisponíveis”, realizando, assim, “uma função tutelar sobre as relações jurídicas de ordem privada, de forma que é aí um órgão de atividade administrativa para controle dos negócios jurídicos que interessam de forma direta ao Estado, apesar de se desenrolarem na esfera das relações privadas”⁸.

Isso se verifica tanto nas hipóteses em que o Ministério Público intervém nos processos como *fiscal da lei* quanto naquelas outras em que lhe cabe o direito de agir em juízo promovendo ações que visam à tutela dos referidos interesses indisponíveis. Nesses casos, o órgão do Ministério Público postula em nome próprio um direito alheio, atuando, pois, como *substituto processual* do titular do direito indisponível. Estamos, aí, como salienta LIEBMAN “em presença de uma legitimação para acionar, reconhecida a este órgão em via extraordinária, com respeito a uma relação jurídica a que o Estado é estranho, para a tutela da lei por meio da propositura da demanda, em substituição do titular da relação, que não quer ou não pode acionar (substituição em razão do ofício).”⁹.

São exemplos desse tipo de atuação:

a) a ação de nulidade de casamento contraído perante autoridade incompetente (Código Civil, art. 208, parágrafo único, inciso II);

8 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1959, pág. 1.112, nº 1.

9 ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, *Ediciones Jurídicas Europa-América*, Buenos Aires, 1980, pág. 105, nº 68.

b) a ação de reparação de danos decorrentes de delito, de que seja vítima pessoa pobre na acepção da lei (Código de Processo Penal, art. 68)¹⁰;

c) a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º, *caput*);

d) o procedimento para declaração da perda ou suspensão do pátrio poder (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente - art. 155);

e) os demais procedimentos e ações de interesse da criança e do adolescente, a que se refere o art. 201, incisos III e seguintes do Estatuto citado, bem como a ação civil correspondente (art. 210, inciso I, do Estatuto citado);

f) o pedido de abertura de sucessão provisória do ausente (Código de Processo Civil, art. 1.163, § 2º);

g) o procedimento de interdição (Código de Processo Civil, art. 1.177, inciso III).

Em todos esses exemplos, há prejudicados cujos interesses revelam-se indisponíveis na exata medida em que a ofensa que sobre eles recai repercute sobre a ordem pública ou põe em risco a manutenção dos princípios que a sustentam. A ordem pública de um Estado, consoante ensinava CLÓVIS BEVILÁQUA, compõe-se de “*princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito*”¹¹. Tais são, no caso dos exemplos arrolados acima, os princípios da

10 A atuação do Ministério Público na defesa de interesses dos hipossuficientes tem sido questionada, após a Constituição de 1988, como se vê do artigo de autoria do Promotor de Justiça do Estado de São Paulo JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS, in *Revista dos Tribunais*, vol. 653, págs. 257 e seguintes. Mas J. CRETELLA JR. a concebe como uma das outras funções institucionais do órgão, a que alude o art. 129, IX, da Constituição, trazendo, em abono de seu entendimento, acórdão da 7ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 7 de março de 1990. Cfr. *Comentários à Constituição de 1988*, vol. VI, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1993, pág. 3.331, nº 347.

11 *Teoria do Direito Civil*, edição da Editora Rio, revista e atualizada pelo Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Rio de Janeiro, 1975, pág. 20.

legalidade; da isonomia de tratamento aos cidadãos; da proteção dos incapazes, bem como a da família, da criança e do adolescente; da preservação de condições essenciais à vida saudável, bem assim do respeito a determinados bens que formam o patrimônio histórico e cultural e vinculam-se, por isso, a uma determinada comunidade ou à própria nacionalidade. Se a lesão do direito individual afeta qualquer desses princípios, não só o interessado direto - o titular da pretensão - terá ação para coibi-la ou reparar danos dela decorrentes, como também incumbirá ao órgão de tutela da ordem pública fazê-lo, na defesa do direito violado, se o seu titular, como diz LIEBMAN, “*não quer ou não pode acionar*”.

Por isso mesmo que há sempre, nas hipóteses exemplificadas, um prejudicado individual ou um grupo indeterminado de pessoas afetadas pela lesão ou ameaça do direito, a atuação do Ministério Público não se dá na defesa de um direito próprio ou de um direito que se pudesse atribuir ao Estado que o *Parquet* encarna, em juízo. O Ministério Público não tem, aí, portanto, *legitimação ordinária*, sendo, ao revés, *substituto processual*, por força de uma *legitimação extraordinária*.

Objeta RODOLFO DE CAMPOS MANCUSO “*que, sendo os interesses difusos uma res communes omnium, o MP, enquanto Instituição co-legitimada para a sua tutela, também tem interesse - e superlativamente qualificado - em que aquela tutela ocorra e seja eficaz*”, razão por que “*ao propor ação civil pública, o MP também exercita a sua “cota-parte” naqueles interesses.*”¹².

Pensamos, todavia, que, exatamente por agir como instituição, o Ministério Público, por intermédio de seu representante, não invoca interesse próprio, não sendo razoável confundir eventual parcela de interesse da pessoa física do seu representante no desfecho da causa com o motivo que o impele a ajuizar a ação.

Do mesmo modo, aliás, as *associações civis*, como autoras, não postulam em razão de interesse próprio, senão no interesse de seus membros, que não têm legitimidade para, individualmente, propor a ação civil pública.

Isso nos impede de acolher a orientação, sempre bem inspirada, do citado autor e, igualmente, a do ilustre Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, cujo pensamento acerca da legitimação do autor popular aquele, em abono de sua tese, traz à colação.

12 *Ação Civil Pública*. 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, pág. 80.

4. Legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos

Hipótese de ação civil pública *stricto sensu* (ou seja, a ação disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24.7.85) que suscita controvérsia quanto à legitimação ativa do Ministério Público é a que aquele órgão costuma promover na defesa de *direitos individuais homogêneos*.

A categoria jurídica dos *direitos individuais homogêneos* surgiu, como se sabe, com o Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), cujo art. 81 definiu-os, no inciso III, como sendo os direitos “decorrentes de origem comum”. Ao conceber essa categoria (com um traço de originalidade e um risco de acerbas críticas à inovação), o legislador pretendeu alargar as formas de tutela dos direitos do consumidor, possibilitando-lhes a defesa em juízo não só quando os interessados tenham uma associação civil que os congregue, mas também nas hipóteses em que se achem dispersos e só possam contar com o Ministério Público ou com os PROCONs (Lei citada, art. 82, incisos I e III) para propor a competente ação civil, em benefício do grupo.

A tutela dos interesses do consumidor em ações civis coletivas, tal como preconizado pelo art. 91 da Lei nº 8.078/90, corresponde à versão brasileira da *class action* americana ou representa um sucedâneo dessa, em nosso país. No direito americano, a *class action* destina-se à tutela de direitos pertencentes a uma classe ou categoria social, pressupondo a iniciativa de qualquer dos membros do grupo, a quem a lei, em princípio, confere legitimidade ativa para agir, condicionada essa representação a que o juiz a admita como idônea, “no exercício da *defining function*”, que lhe compete nessa matéria¹³.

No direito brasileiro, deu-se um desmesurado elastério à atuação do Ministério Público, permitindo-se, a pretexto de viabilizar a defesa de direitos individuais de uma multiplicidade de pessoas, quando esses direitos tenham uma origem comum, a legitimidade do *Parquet* para ajuizar a ação civil.

Significa isso dizer que se abriu ao Ministério Público uma porta aparentemente muito larga pela qual aquele órgão vai atuar em defesa de direitos privados que, em princípio, nada têm de indisponíveis.

13 RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Interesses Difusos*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, págs. 150/152.

Na prática, a atuação do Ministério Público nesse campo tem despertado reações. Em artigos de doutrina, palestras e pareceres, eminentes juristas profligam o que lhes parece caracterizar uma distorção.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS advertiu para a impossibilidade de admitir-se ação proposta pelo Ministério Público com vistas à proteção de direitos disponíveis e divisíveis, como é o caso dos direitos dos contribuintes de determinado tributo. E lembrou, a esse propósito, que a Constituição, referindo-se, no art. 129, inciso III, à ação civil pública de que é titular o Ministério Público, vinculou-a à proteção de “interesses difusos e coletivos”, “não se referindo a direitos individuais e muito menos a direitos disponíveis”¹⁴.

GALENO LACERDA verberou o uso da ação civil pública por parte do Ministério Público com relação a interesses de depositantes em cadernetas de poupança, já porque “O contrato de depósito é estranho às relações de consumo”, já porque tais situações “expressam interesses individuais disponíveis, o que afasta, desde logo, a legitimação do MP, *ex-vi* do disposto no art. 129, III, da Carta Magna.”¹⁵.

ARNOLDO WALD, criticando a norma pertinente da Lei Complementar nº 75, de 20.5.93 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União), observa que “a lei complementar só pode atribuir ao Ministério Público a defesa de interesses difusos e coletivos, não abrangendo a sua competência a defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis”¹⁶. Mais adiante, em capítulo que incorporou a obra clássica de HELY LOPES MEIRELLES aqui citada, ao proceder à sua atualização, aquele eminente professor advertiu que “O uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas como outrora do habeas-corpus, dos interditos possessórios e do próprio mandado de segurança, pode constituir séria ameaça à ordem jurídica e ensejar um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada, que é nocivo ao desenvolvimento do país.”¹⁷. E reiterou considerações antes desenvolvidas acerca da impossibilidade de o Ministério Público invocar a tutela de direitos individuais homogêneos quando esses não disserem respeito ao meio ambiente,

14 Carta Mensal da Confederação Nacional do Comércio, vol. 41, nº 489, págs. 69/86.

15 Revista dos Tribunais, vol. 715, págs. 108 e seguintes.

16 Nota nº 1 ao capítulo 2 da terceira parte, aditada pelo autor referido ao livro de HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data*, 18ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pág. 146.

17 V. ob. e edição citis. na nota anterior, capítulo 9, com a seguinte epígrafe: *A recente evolução da ação civil pública. Usos e abusos. Análise de sua patologia*. págs. 175/176.

à defesa do consumidor ou de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico - que são os bens jurídicos suscetíveis de proteção, ordinariamente, por via da ação civil pública, consoante disposição expressa do art. 1º da Lei que a regula ¹⁸.

Na jurisprudência, a mesma postura se observa, como se vê do seguinte acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, julgando apelação em processo de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, que tinha por objeto a cobrança de taxa de conservação de estradas do município de Pirassununga:

“... em relação aos interesses individuais homogêneos, falece legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ações civis, salvo em situações excepcionais em que se vislumbre interesse da coletividade como um todo.” ¹⁹.

Nesse julgamento, advertiu o relator, ilustre Juiz ROBERTO BEDAQUE, em seu voto:

“Não se pode admitir que o MP, cuja finalidade primordial é a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, venha a juízo postular por direitos tipicamente privados, destituídos de qualquer conotação pública.” ²⁰.

Esse entendimento foi sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 57.465-0-PR, relator o eminente Ministro DEMÓCRITO REINALDO, ao inadmitir a propositura da ação civil pública pelo MP em matéria relativa à majoração do IPTU, conforme acórdão de 1.6.95 ²¹.

O mesmo princípio levou o STJ, em mais de um acórdão, a proclamar a ilegitimidade do Ministério Público quando a referida ação tem por fito impedir aumento de mensalidades escolares, embora, com relação a essa matéria, encontre-se também decisão em sentido contrário ²².

Com todas as vênias aos ilustres representantes da nobre instituição, há que reconhecer o indisfarçável *abuso do direito de ação* que se configura no

18 Ob. e ed. cit., pág. 190.

19 Acórdão da 12ª Câmara, unânime, de 23 de março de 1995, in *Revista dos Tribunais*, vol. 718, págs. 143/145.

20 *Ibidem*.

21 *Revista dos Tribunais*, vol. 725, págs. 162 e seguintes.

22 Cfr. THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 27ª edição, nota 2, c, ao art. 5º da Lei nº 7.437/85.

ajuizamento de ações civis pelo *Parquet*, quando têm essas por objeto direitos individuais disponíveis, como sói acontecer com os *direitos ditos homogêneos*.

5. Legitimidade para agir, por via da ação civil pública, em lugar do autor popular

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) enseja, aliás, outra distorção no campo da ação civil pública, ao atribuir seu exercício àquela instituição.

“para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem” (art. 25, IV, b).

Basta confrontar o disposto no preceito transcrito com o texto do inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal para logo perceber que a ação civil pública intentada pelo Ministério Público na hipótese é, em verdade, uma versão dissimulada da ação popular constitucional, que tem no cidadão o seu único legitimado ativo.

Atribui-se ao Ministério Público por via de lei ordinária o que só a Constituição poderia conferir-lhe, se fosse seu propósito alargar a legitimação ativa para a ação popular.

Não falta, é certo, quem dê respaldo doutrinário a essa nova versão da ação popular, considerando-a constitucional. Tal é o caso da eminente Prof^ª. ADA PELLEGRINI GRINOVER, que, embora reconhecendo que *“esta ação civil pública, criada pela LNMP, nada mais é do que uma espécie que pertence ao gênero ação popular”*, achou-a *“perfeitamente constitucional”*, porque, a seu ver, ela se subsume à previsão ampla do art. 129, IX, da Constituição brasileira ²³.

²³ *Uma Nova Modalidade de Legitimação à Ação Popular. Possibilidade de Conexão, Continência e Litispendência*, in *Ação Civil Pública*, obra coletiva, coordenada por ÉDIS MILARÉ, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, págs. 23 e seguintes.

Em artigo de doutrina, o ilustre Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, fazendo um confronto entre a ação popular e a ação civil pública, mas sem chegar a tratar da modalidade de ação civil de que, aqui, nos ocupamos, afirma que *“A ação civil pública englobou todo o objeto da ação popular.”* E, analisando

Deve-se ponderar, todavia, que o princípio que veda o uso de uma ação popular por parte de pessoa jurídica, consoante jurisprudência cristalizada na Súmula 365 do STF, também prevalece para o Ministério Público. Esse princípio foi bem destacado pelo saudoso Prof. FREDERICO MARQUES, em sentença proferida ao tempo em que ilustrava a magistratura do Estado de São Paulo, quando observou que “*A lei fundamental atribui esse direito apenas ao “cidadão”, de forma que só as pessoas físicas investidas desse status político podem invocar uma prestação jurisdicional, em se tratando de acciones populares*”. Assim, “*Em face da lei constitucional só o cidadão brasileiro, individualmente, pode ser titular de uma ação popular.*”²⁴.

Não se exclui a possibilidade de a lei ordinária criar outras espécies de ação popular. O objeto de tais ações, porém, não pode coincidir com o daquela que a Constituição instituiu, sob pena de consagrar-se, assim, uma superposição de ações ou um alargamento da legitimidade ativa para a ação popular que a Lei Magna não autorizou nem quis.

Quisesse a Constituição admitir a legitimidade do Ministério Público para propor a mesma ação que o seu texto, expressamente, conferiu ao cidadão, tê-lo-ia dito, também de forma expressa.

Consoante a parêmia clássica, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Pela mesma razão, não seria concebível que, mediante lei ordinária, se viesse a criar ação, com outro rótulo, atribuindo a outras entidades, além daquelas enunciadas no art. 5º, LXX, da Constituição, legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo.

o papel do Ministério Público como um dos legitimados ativos para essa ação, diz que “*futuramente, o Ministério Público pode ser levado a deter a exclusividade da ação civil pública, a exemplo do que acontece com a ação penal pública. E posteriormente a isso, face à identidade de objetos entre as duas ações, a extinção da ação popular seria uma decorrência natural desse desenvolvimento.*” (*A Ação Popular e a Constituição de 1988*, in *Revista dos Tribunais*, 729/75)

Dissentimos, com a devida vênia, dessa posição. A tendência a que alude o ilustre Procurador, a ser exata, constituiria, a nosso ver, motivo de preocupação para quantos encaram com reserva a hipertrofia de poderes de qualquer órgão público e, ainda mais, para os que estimam a ação popular como uma conquista da cidadania.

24 *Apud* ELIVAL DA SILVA RAMOS, *A Ação Popular como Instrumento de Participação Política*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, pág. 210, nº 59. O autor, citando referida sentença do Dr. JOSÉ FREDERICO MARQUES, ressalva, contudo, seu entendimento de que aos partidos políticos poder-se-ia atribuir, mediante lei ordinária, legitimidade para a ação popular.

A prevalecerem, no entanto, os argumentos que buscam dar visos de constitucionalidade ao disposto no art. 25, IV, *b*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, bem se poderá admitir que isso, amanhã, venha a acontecer!...

6. Legitimidade para promover ação de investigação de paternidade

Outro caso de ação intentada pelo Ministério Público que, não obstante disposição expressa de lei conferindo-lhe legitimação ativa para tal, vem suscitando controvérsia, é o da ação de investigação de paternidade de menor cujo registro de nascimento contenha a maternidade estabelecida.

A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, rompendo com princípio arraigado em nosso direito, segundo o qual referida ação é privativa do filho, atribui o *ius postulandi* para esse fim ao Ministério Público (art. 2º, § 4º), que agirá, no caso, como *substituto processual* do menor.

De fato, sempre se considerou a investigação de paternidade como *ação personalíssima*.

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, reportando-se ao clássico LOBÃO, a declarava “*privativa do filho*”.²⁵

ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA dizia tratar-se, no caso, de “*prerrogativa do filho*”, acrescentando que “*A lei, permitindo a investigação de paternidade, fê-lo em proveito do filho*”, razão por que “*Só ele é juiz da conveniência de estabelecer, ou não, uma devassa sobre o seu passado e de sua mãe, como adverte CARLOS MAXIMILIANO*.”²⁶ Esse ilustre autor, aliás - é certo que em posição minoritária -, ia ao ponto de considerar a ação intransmissível, como anota ARNOLDO MEDEIROS²⁷.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA dá ênfase ao entendimento de que “*A legitimação ativa é do filho e, por isto, se diz personalíssima a ação*

25 *Direitos de Família*, 5ª edição, Livraria Freitas Bastos S.A. Rio de Janeiro, 1956, pág. 264, § 107.

26 *Investigação de Paternidade*. 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1958, pág. 373, nº 285.

27 *Ob.*, pág. e nº cits.

investigatória. É ele quem tem direito à proclamação de seu status, e somente ele tem o ius actionis.” E adverte: “*Por maior que seja o interesse, jurídico ou moral, de outrem, falta-lhe, contudo, o poder de agir.*”²⁸.

MARCO AURÉLIO S. VIANA, em estudo recente, reporta-se à lição de CAIO MÁRIO para invector a iniciativa conferida ao Ministério Público pela Lei nº 8.560/92, que tem como “*inoportuna*”, implicando “*ingerência indevida e injustificável na vida privada, na intimidade das famílias.*”²⁹.

Lembra o autor por último citado que “*O Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs, no art. 27, que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo*”, trazendo, assim, “*para texto da Lei aquilo que a doutrina já admitia, com apoio da jurisprudência.*”³⁰.

A esses argumentos opõem NÉLSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY a consideração de que a Constituição Federal, no art. 127, *caput*, “*atribui ao MP a defesa dos direitos individuais indisponíveis, aqui incluído o direito de investigar a paternidade, objeto da LIP*” (Lei de Investigação da Paternidade)³¹.

A jurisprudência acerca do tema não está, ainda, sedimentada. Há acórdãos num e noutro sentido. O dissídio verifica-se, aliás, no âmbito de um mesmo Tribunal, como se observa em julgamentos recentes do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A Quinta Câmara Cível daquela Corte, em acórdão unânime de 1 de setembro de 1994, relator o eminente Desembargador AMILAR CAMPOS OLIVEIRA, negou provimento à apelação contra sentença que julgara o Ministério Público parte ilegítima para a ação, recusando aplicação, assim, ao dispositivo citado da Lei nº 8.560/92, que considerou inconstitucional³².

O v. acórdão frisou que não é lícito atribuir ao MP legitimação para “*patrocinar demandas de interesse exclusivo de particulares*”.

28 *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*, 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1991, págs. 94/95, nº 49.

29 MARCO AURÉLIO S. VIANNA, *Da Ação de Investigação de Paternidade*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994, série *Momentos Jurídicos*, vol. 6, pág. 66 e segs., nº 22.

30 Ob., pág. e nº cits.

31 *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, págs. 2.038/2.039, nota 1 ao § 4º do art. 2º da Lei nº 8560/92.

32 *Minas Gerais, Diário do Judiciário*, 28.6.95.

Divergiu desse entendimento a Segunda Câmara Cível do mesmo Tribunal, a 18 de outubro de 1994, em acórdão também unânime de que foi relator o eminente Desembargador PAULO GONÇALVES, mantendo, assim, sentença de primeiro grau que reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público³³.

Tratava-se, no caso, de postulante pobre e a ação fora proposta em comarca onde inexistia órgão da Defensoria Pública. Mas a decisão não se baseou, apenas, nessa circunstância, atendo-se, fundamentalmente, ao disposto no art. 127 da Constituição Federal, “*que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

O exato sentido dessa cláusula do citado art. 127, *caput*, da Constituição deve ser perquirido no contexto das funções institucionais do Ministério Público, arroladas no art. 129. Por essas se vê que aquele órgão destina-se, precipuamente, à tutela de direitos e interesses públicos ou que sejam suscetíveis de produzir reflexos sobre a ordem pública.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO observa, com referência à mencionada disposição constitucional, que “*Deve-se entender por indisponível, genericamente falando, aquele que concerne a um interesse público.*”³⁴.

Ademais, não se pode perder de vista que, em face da tutela do menor para a investigação de paternidade, dois valores aparentemente conflitantes se colocam: a *indisponibilidade do direito* e o seu *caráter personalíssimo*. O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.90) põe em destaque esses dois atributos, a eles acrescentando o da *imprescritibilidade*.

Em se tratando de direito a um tempo indisponível e personalíssimo, a tutela exercida pelo Ministério Público, em razão daquela característica, há de sofrer os limites impostos por essa. Assim, é de entender-se que o Ministério

33 *Revista dos Tribunais*, 717/227.

A tese perfilhada pelo acórdão a que se refere esta nota acabou vitoriosa no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja Corte Superior (órgão especial), por maioria, assentou, em **uniformização de jurisprudência** (Proc. nº 56.381-7), suscitada pela 3ª Câmara Cível em face das Câmaras Cíveis Reunidas, o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa para a ação de investigação de paternidade. (Cfr. *Minas Gerais, Diário do Judiciário*, 30/11/96, notícia da sessão realizada a 27/11/96.)

34 *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 3, Saraiva, São Paulo, 1994, pág. 40.

Público atuará no processo da ação investigatória para o controle dos interesses do investigando, não se colocando, porém, como postulante da investigação. Exercerá, em suma, a função de *custos legis*; jamais a de autor da ação.

Há que reconhecer, como nota ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO em valiosa monografia sobre o tema central deste estudo, que “*a indisponibilidade comporta gradações de intensidade*”, ora justificando a iniciativa do Ministério Público como parte, ora determinando sua intervenção no processo como *custos legis*³⁵.

No caso em exame, é da segunda hipótese que se cogita.

Outra conclusão não nos parece possível em face da Constituição e da natureza do direito do menor à investigação da paternidade.

7. Conclusão

Parece fora de dúvida que, nas três hipóteses analisadas, seja por imiscuir-se na defesa de direitos individuais, seja por substituir-se ao cidadão em ação que só a esse seria permitido propor, o Ministério Público está extrapolando os limites de sua atuação no processo civil. E, ao fazê-lo, está também invadindo a área reservada ao advogado para o exercício do *ius postulandi*.

A representação em juízo, tanto do contribuinte quanto do menor cuja paternidade se pretenda investigar, cabe ao advogado. E, cumprindo apenas ao cidadão promover a ação popular, representado deverá ser ele, no respectivo processo, pelo advogado que constituir.

Em última análise, o que as leis referidas fazem ao atribuir direito de ação ao Ministério Público é colocar esse órgão no lugar do advogado, é transformá-lo em anômalo representante da parte ou simplesmente suprimir a necessidade da representação, na medida em que possibilitam que o *Parquet* exerça um direito de ação constitucionalmente privativo do autor popular.

35 *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1989, pág. 65, nº 8.3.