



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

1ª Vara Cível
Proc. n. 1269/86

MM. JUIZ:

RELATÓRIO

1. LMS propôs em face de WPJ um pedido de alienação de imóvel comum, com base no art. 1112, inc. IV, do Código de Processo Civil.

Citado (fls. 17 vº.), o requerido compareceu e apresentou sua resposta (fls. 23/s.).

Após nova manifestação dos interessados (fls. 61 e s.), Vossa Excelência entendeu por bem, com base no art. 1105 do Código de Processo Civil, fazer dar vista dos autos a esta Curadoria de Ausentes e Incapazes (fls. 94).

Nessa ocasião, o dedicado Promotor de Justiça Dr. Luís Felipe Salomão, que nos substituíra, trazendo à colação trabalho forense de Néilson Nery Júnior, entendeu justificar-se a intervenção ministerial no presente feito, quer em decorrência do interesse público sempre existente nos procedimentos de jurisdição voluntária, quer em razão da existência de interesses de incapazes, filhos da requerente e do requerido, que seriam alcançados com eventual venda do imóvel em que residem (fls. 95/111).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

2. Agora que se reabre oportunidade ao Ministério Público para officiar no feito, entendo, com a devida vênia ao r. posicionamento contrário, descaber intervenção ministerial neste procedimento. E, com isso, vejo configurado um nítido ***conflito de atribuições*** entre dois órgãos do Ministério Público, que se sucederam no feito: um, a afirmar a imperiosa necessidade de intervir a instituição neste procedimento (fls. 95 e s.); outro (nós), a sustentar o descabimento de tal intervenção.

Não nos basta recusar de intervir, como se com isto a questão ficasse superada. Mister é que o chefe do *Parquet* se manifeste a respeito, decidindo por vez se cabe ou não a aludida intervenção, questão essa sujeita a seu controle hierárquico. E isto porque, no fundo, a controvérsia sobre os limites das atribuições dos órgãos do Ministério Público deve ser resolvida dentro da própria instituição,

“pois o juiz ou o tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que a mede e desenvolve. A não ser assim, transformar-se-ia o Ministério Público, de fiscal do juiz na aplicação da lei, em fiscalizado dele no que tange à sua própria intervenção fiscalizadora” (Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 364, n. 363, ed. Forense, 1979).

Recentes decisões do E. 2º Tribunal de Alçada Civil, apreciando matéria análoga, têm afirmado que os limites das atribuições ministeriais são matéria da exclusiva competência da E. Procuradoria-Geral de Justiça. Exatamente por esses motivos, é que o E. 2º Tribunal de Alçada Civil afiançou:

“Lembrando a distinção dos Poderes do Estado, não poderia o Juiz (Poder Judiciário) se envolver nas discussões entre dois membros do Ministério Público (Poder Executivo), visando a dirimir dúvidas quanto à oportunidade e extensão da atuação de cada um deles, no caso concreto.” (acórdão *in* A.I. nº 187.709/2, S. Paulo, 4ª C. 2º TAC, j. 8.4.86, rel. Ferreira Conti).

É verdade que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar n. 40, de 13 de dezembro de 1981) não dedicou um único dispositivo a disciplinar o conflito de atribuição entre os órgãos da instituição; apenas a lei local



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

neste fala, ainda que de forma bem ligeira, ao conferir ao Procurador-Geral de Justiça o poder de solucioná-lo (art. 32, inc. I, n. 24, da Lei Complementar estadual n. 304, de 28 de dezembro de 1982).

Desta maneira, quanto ao conflito de atribuições de órgãos ministeriais (curadores, promotores criminais ou procuradores de justiça), não há uma disciplina específica sobre como suscitá-lo, em que autos, como responder a ele, como processá-lo, como decidi-lo, quais suas hipóteses de cabimento, quais os prazos para cada ato, etc. (V., a propósito, “Conflito de atribuições entre membros do Ministério Público de Estados diversos”, de Paulo César Pinheiro Carneiro, *in* Temas atuais de Direito, p. 51, ed. Liber Juris, 1986; v., ainda, “Apontamentos sobre o conflito de atribuições”, de Sérgio Demoro Hamílton, *in* Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça, n. 3, p. 43, RJ, 1976).

Tem sido, porém, usual socorrer-se analogicamente às normas do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal sobre o *conflito de competência* e *conflito de jurisdição* (arts. 115 e s. do primeiro; arts. 113 e s. do segundo).

Na busca de um paralelismo com o conflito de *competência* — paralelismo que nem sempre é pertinente —, poderíamos ser tentados a concluir que o conflito de atribuições somente poderia ser de *duas* espécies: *positivo*, quando dois ou mais promotores se declarem simultaneamente com atribuições seja para o feito, seja apenas para um ato específico do ofício do Ministério Público (cf. art. 114, I, do CPP; art. 115, I, do CPC), ou *negativo*, quando dois ou mais deles se considerarem sem atribuições para tanto (art. 114, I, do CPP; art. 115, II, do CPC) (Sobre a classificação dos conflitos em revelados, latentes e virtuais, v. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 302, ed. Forense, 1974.) Poderia ser cogitada uma terceira hipótese, de caráter mais *instrumental*, ou seja, quando dois ou mais promotores divergirem sobre a reunião ou separação de autos que estejam sob sua exclusiva direção (art. 114, II, do CPP; art. 115, III, do CPC). Este *tertium genus*, entretanto, deve até mesmo ser negado como categoria distinta, pois no fundo não deixa de ser abrangido por uma das duas anteriores modalidades: será positivo — para os que querem simultaneamente a reunião, ou ainda para o que quer reunir e para o outro se opõe à reunião, porque ambos se estão afirmando com atribuições para o processamento do feito, — ou negativo, para os que querem separar os feitos (V. Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 368, ed. RT, 1976; Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, n. 649, p. 492, ed. Forense, 1981.)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

De um lado, não há como negar a existência de hipóteses em que surgem conflitos de atribuição entre órgãos ministeriais, as quais se enquadram, por exata analogia, nas mesmas hipóteses dos arts. 114 do CPP e 115 do CPC. Assim ocorre, por exemplo, quando ambos os promotores se entendam a si próprios cada qual com atribuição exclusiva, pretendendo um ao outro afastar (conflito positivo); ou quando um deles entenda que apenas o outro é que deve officiar no feito, e vice-versa; ou, enfim, quando diverjam sobre a reunião ou separação de procedimentos investigatórios sob exclusiva e imediata direção ministerial, como nos inquéritos civis ou em procedimentos investigatórios conduzidos pela instituição.

De outra parte, entretanto, outras hipóteses existem, como a destes autos, que são peculiares agora à multifária intervenção do Ministério Público, em que o conflito de atribuições está presente, de forma inequívoca, embora não se possa enquadrá-lo com adequação absoluta nas conhecidas figuras dos arts. 114 do CPP e 115 do CPC, que cuidam diretamente do conflito de competências entre órgãos do Poder Judiciário. Afora o caso das discussões havidas quando da intervenção *simultânea* de órgãos do Ministério Público, no mesmo feito, posto exercendo funções inacumuláveis (v.g., o curador de família e o curador de ausentes), ainda teríamos caso como o dos autos, em que a intervenção *sucessiva* de curadores passa a gerar embaraços: enquanto um primeiro órgão afirma o ofício da instituição nos autos, um segundo órgão entende que não deve ela intervir no feito, ou vice-versa. E, nessa intervenção ou nessa não-intervenção sucessiva de promotores ou curadores, pode surgir, como efetivamente surgiu no caso presente, um conflito de atribuições.

Talvez se buscasse sustentar que nessas hipóteses não há conflito de atribuições, pois o que estaria em discussão seria apenas a intervenção ou não de *um* só dos órgãos, pois que ambos não estarão *simultaneamente* intervindo ou recusando intervenção. Entretanto, o conflito de atribuições está presente. De um lado, temos uma divergência entre dois promotores sobre a intervenção de cada um deles, em nome da instituição; de outro, temos que um e outro gozam de recíproca independência no exercício das suas funções; por último, não cabe ao juiz dirimir o conflito entre os promotores, versando os limites das atribuições funcionais de cada promotoria.

Desta forma, pelo inerente poder hierárquico exercido nos precisos limites da lei (art. 7º, inc. V, da Lei Complementar federal n. 40, de 14 de dezembro de 1981; art. 43, inc. I, n. 24, da Lei Complementar estadual nº 304, de 28 de dezembro de 1982), cabe ao Procurador-Geral de Justiça dirimir dúvida sobre a oportunidade e a extensão do ofício de órgãos do Ministério Público, na controvérsia surgida neste caso concreto.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

3. Uma vez resolvida a remessa dos autos a Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral de Justiça, cumpre analisar se é cabível a intervenção ministerial em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária, como se afirmou a fls. 95 e s., ou se, ao contrário, só é cabível em alguns procedimentos de jurisdição voluntária, como pensamos.

Para melhor se compreender a posição do Ministério Público nesta espécie de procedimento, indispensável se torna tecer as considerações adequadas, quanto à natureza, ao objeto, aos fins da jurisdição voluntária, bem como da própria intervenção ministerial.

4. Como se sabe, é por essência una e indivisível a jurisdição, uma das funções da soberania do Estado; não obstante, convencionou-se falar em *jurisdição penal* e em *jurisdição civil*, bem como em *jurisdição contenciosa* e em *jurisdição voluntária*.

Em nosso estudo, é mister distinguir a *jurisdição contenciosa*, vera e própria jurisdição, daquela que é chamada de *jurisdição voluntária*.

A jurisdição voluntária, de regra, não tem caráter subsidiário nem substitutivo, que é normal no processo contencioso; nem pressupõe ela a *lide*, ou seja, no conceito carneluttiano, “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro” (*Sistema di diritto processuale civile*, I, n. 14; ns. 38 e s., 1935; *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, n. 5, 1942); no máximo, a doutrina tem nela reconhecido uma *controvérsia* sobre os interesses administrados.

Assim, valendo-se de um prestigioso lugar-comum, a jurisdição voluntária tem sido concebida como a administração pública de interesses privados (cf. Frederico Marques e Lopes da Costa, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, e *Dos processos especiais — a administração pública e a ordem jurídica privada*, respectivamente), ou, para outros, como a administração pública de direito privado (Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Milano, 1918).

Preferível o usual refrão, pois administram-se interesses, não direitos — adverte com razão Lopes da Costa.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

O que se pretende dizer com esse conceito é que, não raro, as funções de soberania não são exercidas com exclusividade pelo órgão do Poder a quem caberia substancialmente fazê-lo em razão da matéria. Assim, quando a lei exige que interesses privados sejam administrados diretamente pelo Poder Judiciário (ainda que não haja litígio, como na autorização judicial para venda de bem de incapaz), está atribuindo a esta função do Poder uma atividade que não lhe é peculiar, a chamada jurisdição voluntária.

5. Já se tem dito — e com acerto — que a chamada jurisdição voluntária não é nem voluntária nem jurisdição. Por quê ainda chamá-la assim, portanto?

Na verdade, como ensina Calamandrei, o já tradicional nome de *jurisdição voluntária* é derivado da antiga função dos juízes de documentar os acordos entre os contratantes (*inter volentes*). Desta forma, o nome quer hoje dizer, apenas, que se trata da hipótese de exceção, mediante a qual a administração de interesses privados está submetida à fiscalização, à intervenção ou à integração do Poder Judiciário.

6. Resta uma indagação a fazer.

Tal administração de interesses privados nem sempre é praticada pelo Poder Judiciário: o tabelião a exercita, ao presidir a lavratura de uma escritura; idem, quando a Junta Comercial faz atos do registro de comércio; o mesmo, quando o promotor de justiça aprova os estatutos de uma fundação.

Para muitos, porém, jurisdição voluntária seria apenas a administração pública de interesses privados, *quando praticada pelo Poder Judiciário*.

Há forte tendência em prol do uso restritivo da expressão, o que mereceu, a nosso entender, a correta resposta de Lopes da Costa (*Dos processos especiais*, cit., p. 69). Já que a jurisdição voluntária não é jurisdição, não haveria impropriedade — maior do que o já corrente uso de tal terminologia para algo que nem mesmo é jurisdição — em estender a denominação para qualquer ato de administração pública de interesses privados.

Então, por que haveríamos de dar nome diverso à mesma função, quando exercida por outros órgãos e autoridades, se essa mesma função, quando exercida pelo juiz, jurisdição também não é?!

Em suma, na jurisdição voluntária, o ato integrativo é judicial, pelo agente; mas é administrativo, pelo seu fim e pelos seus efeitos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

LIMITES COM A JURISDIÇÃO PRÓPRIA

7. Se genericamente é fácil traçar as linhas gerais distintivas entre a jurisdição voluntária e a jurisdição verdadeira e própria — isso não impede que, quando examinamos atos jurisdicionais constitutivos chegemos a uma distinção extremamente sutil entre uma e outra, como adverte Calamandrei. Assim, enquanto a anulação de casamento se inclui entre os processos necessários ainda que não estejam em desacordo os cônjuges, e enquanto para tal escopo o legislador atual obriga à jurisdição verdadeira, com as conseqüências daí decorrentes (incluindo a coisa julgada material), — por outro lado, entretanto, na separação judicial consensual, ou mesmo na decretação da interdição, ainda que também sem efetiva controvérsia, o legislador elegeu o caminho da jurisdição voluntária.

A tais dificuldades não ficou imune nosso legislador. Em 1939, catalogou entre os processos especiais, lado a lado com hipóteses de indiscutível caráter de jurisdição própria (ação de despejo, ação possessória etc.), os pedidos de venda de coisa comum, interdição, emancipação, desquite consensual etc. (Livro IV do anterior Código de Processo Civil), os quais, pelo Código de 1973, foram colocados entre os procedimentos de jurisdição voluntária e conseqüentemente extremados dos primeiros. Além disso, não falta na doutrina quem critique o legislador, que colocou a venda de coisa comum entre pessoas maiores e capazes no rol dos procedimentos de jurisdição voluntária, enquanto não teve o mesmo critério com relação ao processo de divisão; ou quem o censure, por ter considerado o inventário feito contencioso, quando, no mais das vezes, nele não se estabelece lide nem sequer controvérsia alguma.

8. O que se deve apontar, porém, é a tendência constatada por Calamandrei, no sentido de transferir-se para a jurisdição voluntária — onde vige o princípio da oportunidade e da conveniência — um contingente cada vez maior de casos antes reservados à verdadeira jurisdição, com o fito de negar-se a transcendência jurídica dos interesses individuais, o que, potencializado, poderia levar a justiça civil a ser inteiramente absorvida pela jurisdição voluntária (*Istituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, 1943, I, § 24).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

O INTERESSE PÚBLICO

NA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

9. Não há dúvida de que o Ministério Público é chamado a intervir no processo civil em prol do zelo do interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte (art. 82, inc. III, do CPC); nem se desconhece que o art. 1105 do CPC determina a citação do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária.

Haveria um interesse público em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária?

Num sentido lato, não hesitaremos em afirmar que interesse público existe em toda a atividade de soberania, ou seja, na atividade legiferante, jurisdicional e administrativa. A própria tarefa de fiscalizar a aplicação da lei é de ordem pública.

Contudo, *de lege lata*, nem por isso, atualmente, o legislador incumbiu o Ministério Público de officiar em qualquer feito. Na jurisdição verdadeira e própria, onde em qualquer feito há um interesse público subjacente, que diz respeito com a validade da relação processual e com o devido processo legal, em suma, — nem por isso intervém o Ministério Público em todos os feitos.

E na jurisdição voluntária? Repita-se: intervém em todos os procedimentos?

Resta, pois, discutir a intervenção do Ministério Público, diante do art. 1105 do estatuto adjetivo civil: intervém ele em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária, ou somente naqueles em que surja alguma das circunstâncias previstas no art. 82 do Cód. de Processo Civil?

Uma corrente doutrinária e jurisprudencial, prestigiada pela presença do art. 1105 do CPC a exigir a intervenção ministerial na jurisdição voluntária, conclui que esta se deve dar em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária. Argumenta-se no sentido de que, caso não fosse obrigatória a intervenção ministerial em todos os procedimentos dos arts. 1103 e s. do CPC, então seria inócuo que o art. 1105 falasse em citação do Ministério Público, pois sua atividade interventiva já estaria assegurada na jurisdição voluntária, sempre que houvesse algum interesse público eviden-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

ciado na forma do art. 82 do CPC. Em outras palavras, se tivéssemos de combinar o art. 1105 com o art. 82, bastaria este último a justificar a intervenção ministerial na jurisdição voluntária onde houvesse interesses de incapazes ou questão de ausência, de estado, disposições de última vontade etc. Mas, como por princípio a lei não contém palavras inúteis ou ociosas, entendem os partidários desta respeitável corrente que o art. 1105, portanto, exige a intervenção do Ministério Público em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária, por nele vislumbrarem, em si mesmo, um interesse público evidenciado pela natureza da causa, ainda que as partes sejam maiores e capazes e não haja, por si só, nenhuma outra causa bastante de dita intervenção.

O outro posicionamento doutrinário e jurisprudencial entende que o art. 1105 do CPC não pode ser visto isoladamente, senão à luz dos arts. 81 e 82 do mesmo estatuto. Assim, a intervenção do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária somente poderá ser exigida, quer como Órgão agente (art. 1104 e 81 do CPC), quer como Órgão interveniente (art. 1105 CPC), desde que se combinem os art. 1104/5 com os arts. 81/82 do CPC.

E, para aparentemente tomar partido em divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o legislador estadual, a quem não cabe editar regras de processo, fez inserir no art. 41, inc. VI, da Lei Complementar n. 304, de 28 de dezembro de 1982, a atribuição ao Curador Judicial de Ausentes e Incapazes de “intervir em todos os procedimentos de jurisdição voluntária que tramitem nas Varas perante as quais officie, salvo nas de Família e Sucessões” (porque, perante estas últimas, officiará o Curador de Família e Sucessões).

10. Antes de mais nada, cumpre ressaltar, pois, que, a despeito da letra da lei estadual, o legislador local não inovou, nem poderia fazê-lo em matéria de legitimidade do Ministério Público para a causa. A legitimidade *ad causam*, como é cediço, é matéria de lei federal (cf., a propósito, questão análoga envolvendo proibição à lei local de deferir legitimidade *ad causam* do Ministério Público: RT 560/101, acórdão relatado pelo Desembargador Cândido Dinamarco).

Devemos aqui abandonar uma análise especial do art. 41, inc. VI da LC estadual n. 304/82 — pois que o cabimento ou descabimento da intervenção ministerial há de ser decidido à luz da legislação federal pertinente, não passando nesse passo a lei estadual de mera distribuidora de atribuições previamente criadas na lei federal.

A solução sobre se deve haver tal intervenção, ou se é ela descabida, há de ser extraída diretamente da lei federal, e não à vista da lei estadual, que po-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

de, sim, distribuir atribuições entre os vários Órgãos do Ministério Público (distribuir atribuições já criadas em lei federal), mas não criar atribuições, ou, mesmo, sequer regulamentar a lei federal.

11. Não se duvide de que a intenção do legislador foi a de presumir um interesse público genérico e indistinto em todas as hipóteses de jurisdição voluntária, tanto que aparentemente buscou chamar o Ministério Público para fiscal de todos esses procedimentos (art. 1105 do CPC).

Resta, porém, examinar se a intenção do legislador corresponde à *mens legis*, bem como perquirir qual é a interpretação sistemática — a única aceitável — do dispositivo do art. 1105 do CPC.

12. Na verdade, a posição que nos tem parecido mais correta, é a de que o art. 1105 do CPC deve ser interpretado em harmonia ou em conjunto com o art. 82 e seus incisos, do CPC.

Afirmar que em todos os processos de jurisdição voluntária há um interesse público, a justificar a intervenção ministerial, é apenas meia-verdade.

Que se entende pelo zelo do interesse público, cometido pela lei ao Ministério Público?

Como já tivemos ocasião de sustentar (*Manual do Promotor de Justiça*, Saraiva, 1987, p. 8, 47 e s.), quer atue o órgão ministerial em função típica, quer em função atípica, em suas atividades institucionais o Ministério Público sempre age em busca de um *interesse público*, que ora está ligado a pessoas determinadas (v.g., o zelo pelos interesses de incapazes, do alimentando, do acidentado do trabalho, da fundação, da massa falida), ora se relaciona de modo indeterminado a toda a coletividade (v.g., nas ações penais; nas questões de estado; no mandado de segurança e na ação popular).

Não se pode negar que a intervenção do Ministério Público sempre pressupõe o zelo de um interesse público. Contudo, quando perquirimos o escopo da jurisdição, os princípios norteadores do devido processo legal, a preservação do equilíbrio do contraditório e a defesa da ordem jurídica, somos levados a concluir que em todos os processos sempre há um interesse público subjacente — e mesmo na jurisdição voluntária igual raciocínio também é válido. De forma aparentemente contraditória, porém, ao menos *de lege lata*, não é em todo o processo, nem em todo o procedimento de jurisdição voluntária, em que o Ministério Público atua.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

A razão dessa distinção nos parece clara. Mais do que o Código de Processo Civil e outras leis extravagantes, que instrumentalmente disciplinam as hipóteses de intervenção do Ministério Público, — é a própria Lei Complementar à Constituição que, ao definir suas finalidades institucionais, o põe no zelo dos *interesses indisponíveis da sociedade* (art. 1º da LC 40/81). Às vezes a indisponibilidade é absoluta, dizendo respeito ao bem jurídico em si mesmo (p. ex., na ação penal pública, há o conflito entre o *ius puniendi* e o interesse à liberdade; na ação de nulidade de casamento, o estado da pessoa é matéria de ordem pública). Outras vezes, a indisponibilidade é relativa, dizendo respeito a um bem de que não pode dispor apenas determinada pessoa (p. ex., um imóvel, que em si mesmo não é senão um bem patrimonial disponível, se pertencer a um incapaz, não poderá ser objeto de atos de disponibilidade nem deste, nem de seu representante legal).

Em se tratando de *indisponibilidade absoluta*, o Ministério Público intervém para zelar por um interesse público impessoal. Aqui, sua legitimidade faz pressupor o interesse para agir em defesa de qualquer das partes, desde que sempre em busca de sua destinação institucional. Naquelas hipóteses de *indisponibilidade relativa*, a atuação ministerial está limitada pela finalidade última da intervenção: ainda que se admita que possa opinar com liberdade, não poderá argüir exceções ou apelar contra a pessoa por cujo zelo de interesses se invocou e se legitimou sua intervenção (p. ex., o incapaz), pois, se o contrário fizesse, estaria tomando iniciativa do impulso processual em defesa de interesses agora sim disponíveis, da parte contrária (p. ex., maior e capaz).

Destarte, não é por qualquer interesse público que zela o Ministério Público, e sim por aquele que, objetivamente ligado a uma relação jurídica, ou especialmente atrelado a uma pessoa, se qualifica, por alguma forma de indisponibilidade pela qual deva zelar a instituição.

13. Entretanto, valendo-nos da prestigiada e correta distinção de Renato Alessi (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 197-8, 1960), apontamos não ser raro que o Estado, sob sua ótica atuando em prol do *interesse público secundário* (o interesse público visto pelos órgãos governamentais), aja em desconformidade com o *interesse público primário* (bem geral), meta última pela qual há de zelar o Ministério Público.

Pois bem, é por esse interesse público primário, qualificado por alguma nota de indisponibilidade (absoluta ou relativa), que deve zelar o Ministério Público.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

14. Por sua vez, instrumentalizando esses princípios, bem como visando a alcançar a finalidade interventiva ministerial, o art. 82, inc. III, do Cód. de Processo Civil, realmente exige a intervenção do Ministério Público nos feitos em que se encontre presente interesse público evidenciado quer pela qualidade da parte, quer pela natureza da lide.

Não diz o diploma processual o que seria e em quê consistiria tal interesse público, evidenciado pela qualidade da parte ou pela natureza da lide; contudo, afora as considerações já hauridas da Lei Orgânica Nacional da Instituição, o próprio art. 82 fornece alguns exemplos dessas categorias de interesses legitimadores da intervenção do Ministério Público. E por tais exemplos podemos pautar-nos.

Dentro da categoria de interesses públicos ligados à *qualidade da parte*, a melhor doutrina e a mais coerente jurisprudência têm entendido que não podem ser incluídos os interesses da Fazenda: esta tem seus procuradores próprios; nem todos os feitos de interesse fazendário têm indisponível o objeto do litígio. Ao contrário, um tipo de interesse público verdadeiramente evidenciado pela qualidade da parte, é o do *incapaz* (art. 82, inc. I, do CPC). Numa ação de natureza patrimonial, por exemplo, muitas vezes não haveria sequer razão de intervir o Ministério Público; entretanto, basta que interessado num dos pólos da relação processual seja um incapaz, e a intervenção ministerial passa a ser obrigatória. Isto ocorre porque nem o incapaz, nem seus próprios representantes legais, têm disponibilidade sobre os interesses do primeiro (este, porque não tem capacidade de exercício, e aqueles, porque meros administradores, cf. arts. 385/6 do Cód. Civil). Por isso, a intervenção ministerial, no caso do art. 82, inc. I, se dá pelo zelo dos interesses do incapaz: intervenção protetiva, portanto. Poderíamos apontar outros exemplos, ainda pela qualidade das partes, e à mesma luz. É o que ocorre na intervenção do Ministério Público nos feitos em que seja parte *fundação* (art. 26 do Cód. Civil), quando zela pelos interesses desta, e dos quais não pode dispor seu administrador. É ainda o que ocorre nas ações em que a *massa falida* seja parte (art. 210 da Lei de Quebras): aqui a instituição zela pelos interesses da massa, fiscalizando a atuação do falido, do síndico e dos credores, com o que busca evitar disposição indevida do patrimônio falimentar (JTAC-Lex 46:112-3). É também o que ocorre na intervenção protetiva ao *acidentado do trabalho* (RT 491:146, 568:130, 569:135, 571:145; JTAC-Lex 36:306, 65:178, 66:136; Justitia 130:187). Ultimamente a instituição tem-se desenvolvido no sentido de buscar a defesa de *categorias de indivíduos*, que de qualquer modo ostentem alguma hipossuficiência ensejadora da intervenção protetiva (como nas ações civis públicas de defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural — Lei n. 7.347/85).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

Em todas estas hipóteses, discute-se a própria natureza da intervenção: atuação de mero *custos legis*? ou vinculada? A nós nos parece que é uma forma especial de assistência, como, aliás, a própria lei o demonstra, quando assim o estipula, ao cuidar de outra intervenção *propter partem* nas ações em que figure num dos pólos da relação processual uma herança jacente (art. 1144, inc. I, do Cód. de Processo Civil).

Por sua vez, a intervenção pela *natureza da lide* pressupõe que o Ministério Público atue em determinados feitos em que, em si só, o interesse já é indisponível, independentemente da qualidade da parte. Nas ações de nulidade de casamento, por exemplo, não importaria quem é autor, quem é réu, se são capazes ou não: de qualquer forma, o Ministério Público sempre intervirá, porque a ação é de estado; o mesmo se diga das ações que versem disposições de última vontade, bem como declaração de ausência. Nesses casos do inc. II do art. 82, bem como em inúmeros outros previstos em leis esparsas, dita intervenção é de rigor.

Anotemos que, naturalmente, nos casos de indisponibilidade, as partes não poderão transigir e dizer: acordamos com que o casamento seja anulado, ou com que o testamento seja descumprido.

Bem se vê que o interesse público evidenciado por estas espécies de processos não faz exigir indiscriminadamente a intervenção do Ministério Público, mas sim apenas quando haja algum interesse indisponível em litígio (cf. art. 1º da Lei Complementar n. 40/81). Como vimos, este interesse a zelar não se confunde, à evidência, com o interesse público genérico e comum, que existe em todos os atos do Poder Público e, evidentemente, em toda e qualquer prestação jurisdicional, mesmo na proferida entre partes maiores e capazes. Para argumentar, veja-se que em qualquer prestação jurisdicional há sempre um reconhecimento implícito ou expresso de constitucionalidade, de legalidade, de legitimidade, de vigência, de aplicabilidade — sem que haja, por si só, necessariamente um interesse público distinto daquele que existe em toda e qualquer lide, mas que não chega a motivar a aludida intervenção: a não se entender assim, o Ministério Público teria de officiar em todo e qualquer feito, o que, se de *lege ferenda* pode ser cogitado, *de lege lata* não ocorre.

Nesta última hipótese, é indiscutível a desvinculação do órgão ministerial à parte, dela não sendo assistente; aqui poderá, ao contrário das primeiras hipóteses, até mesmo recorrer para contrariar os interesses de quaisquer das partes.

Interesse público genérico na verdade há em toda e qualquer prestação jurisdicional do Estado. Nesse sentido lato, então o Ministério Público, com fundamento no art. 82, inc. III, do CPC, deveria officiar em todo e qualquer processo, e não



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

apenas nos de jurisdição voluntária. Note-se que nas desapropriações “por interesse público”, não haveria como negar dito interesse; contudo, é pacífico, pelo menos no foro paulista, que nesses feitos, só por isso, não oficia o Ministério Público. Somos forçados a concluir que não é por “esse” tipo de interesse público que vela o Ministério Público. Por outro lado, em todos os processos há o interesse do Estado em que se observe o devido processo legal, com assegurar-se às partes igualdade de tratamento e possibilidade de efetivo contraditório. Contudo, por mais “público” que seja o interesse (a própria ação é um direito público subjetivo), — por este não zela o Ministério Público. Senão, como se disse, em toda e qualquer ação oficiaria o Ministério Público, o que pode ser cogitado *de lege ferenda*, mas é inviável em termos *de lege lata*.

15. Assim, reafirme-se que o interesse público pelo qual deve zelar o Ministério Público há de ser uma categoria especial de interesse público, correlata à sua destinação institucional (art. 1º da Lei Complementar federal n. 40, de 14 de dezembro de 1981).

16. Ora, na jurisdição voluntária, em *quase* todos os procedimentos elencados pelo legislador, há um interesse público primário a denotar indisponibilidade ensejadora de zelo pelo Ministério Público. Não hesitaríamos em apontar estas características — por evidentes — na separação consensual, na interdição, na emancipação (questão de estado e referente à capacidade da pessoa), na abertura e execução de testamentos (questão de última vontade), à guisa de exemplo.

Mesmo nalgumas hipóteses onde raro se encontra quem sustente a presença de alguma forma de indisponibilidade, não deixamos de vê-la presente, como na arrecadação de herança jacente ou de bens vagos, na alienação de bens dotais, na sub-rogação de vínculos, na extinção de usufruto e de fideicomisso. É que em todos esses casos, há alguma forma de indisponibilidade legal do bem. Na herança jacente, o seu curador não faz senão administrar, não podendo praticar atos de disposição; daí a assistência ministerial. Não é diversa a fiscalização exercida pelo Ministério Público sobre o administrador de bens de ausentes ou de coisas vagas. Sobre os bens dotais, o marido também não tem poderes de disposição: por isso que há intervenção ministerial nos pedidos de alienação, arrendamento ou oneração dos bens dotais. Na sub-rogação de vínculos ou na extinção de fideicomisso, busca-se remover ou alterar uma restrição de disponibilidade de um bem, ainda que, às vezes, transferindo-a sobre outro. Na extinção de usufruto, se imposto em disposições de última vontade, a restrição de disponibilidade justifica a atuação nos termos do art. 82, inc. II, do CPC. Está aí, também, a tônica da causa interventiva ministerial.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

Em todos esses casos, deve intervir, de regra, o Ministério Público. E isto se dá porque na jurisdição voluntária, muito normalmente, quase sempre mesmo, o interesse público indisponível já está presente, como nos pedidos de emancipação (questão de estado e de capacidade), nos de sub-rogação (disposições de última vontade), de alienação de bens de incapaz (interesse de incapaz), de separação consensual (questão de estado), de testamentos (disposições de última vontade), de bens de ausente (interesse de incapaz), de interdição (questão de estado e de capacidade).

17. Contudo, quando no procedimento de jurisdição voluntária houver o interesse público genérico, comum a todo e qualquer feito, de jurisdição voluntária ou contenciosa (apenas a observância do devido processo legal), sem que esteja tal interesse concretamente qualificado pela indisponibilidade da questão sob litígio ou sob controvérsia, ou sem que esteja qualificado pela limitação de disponibilidade ligada a uma das partes ou a algum dos interessados, — então perderia todo e qualquer sentido institucional a intervenção do Ministério Público.

Por isso que a Carta de Curitiba lança a assertiva de que a lei poderá cometer outras atribuições ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 3º, § 3º; v. *Manual do Promotor de Justiça*, cit., p. 268).

Pergunta-se: o que se verifica, porém, quando se cuida, exemplificativamente, de procedimento especial de jurisdição voluntária visando à venda judicial de coisa comum entre partes presentes, maiores e capazes, em “controvérsia”, para uso do eufemismo mais técnico, em se tratando de jurisdição voluntária...? Seu interesse é perfeitamente disponível, renunciável, transigível. Nada impediria que até mesmo fora dos autos todos os condôminos se compusessem e, por escritura pública (se se tratasse de imóvel) ou até sem ela, conforme o caso, partilhassem ou vendessem a coisa comum, da melhor maneira que lhes aprouvesse, sem a mínima interferência, ou sequer fiscalização do Ministério Público ou do Poder Judiciário. E nada impede que em alguns procedimentos de jurisdição voluntária, como nos casos citados, façam acordo, desistam, transijam, reconheçam, litiguem, ou seja, comportem-se como pessoas maiores e capazes, em busca de seus próprios interesses perfeitamente disponíveis!

Não há, pois, porquê o Ministério Público intervir nesses procedimentos, se não há interesses em jogo, por que zelar. Caso se sustente que o art. 1105 do CPC permite diversa interpretação, a tornar necessária a intervenção em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária, — teríamos que ver que esta última não alcançaria o fim da instituição, por destoante do próprio art. 82 do mesmo estatuto, e — mais ainda com o próprio art. 1º da Lei Complementar federal n. 40/81. Com efeito, esta



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

lei definiu os contornos institucionais do Ministério Público, atribuindo-lhe funções próprias e típicas, entre as quais não se insere o zelo de interesses disponíveis de partes maiores, capazes e presentes, nem se insere a intervenção na jurisdição voluntária onde se cuide apenas destes últimos interesses. É certo que há alienações judiciais que exigem administração judicial de interesses privados (venda de bens de incapazes, por exemplo). Se nestes casos é justo falar em jurisdição voluntária (e neles intervém o Ministério Público, não pela natureza da ação, mas pela qualidade dos interessados), — na maioria das vezes, em se tratando de venda judicial de coisa comum por pessoas maiores, capazes e presentes, só por duvidoso critério se poderia admitir tal matéria no título pertinente à administração judicial de interesses privados, pois envolve casos que, com muito maior razão, deveriam ser colocados ao lado da ação de divisão, feitos contenciosos que chegam a ser (cf. arts. 946, II, 967 e s., do CPC).

A jurisprudência tem amparado este entendimento (Ap. 238.818, 1º TACivSP, j. 23.2.78; RT Informa, 253:34, 254:19; Ap. 36.339, 2ºTACivSP, j. 26.8.76, etc.). E a fundamentação doutrinária vem roborada por Cândido Rangel Dinamarco (aliás, ex-Curador de Ausentes e Incapazes), em seu livro *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 320, ed. Saraiva, 1986.

18. Não que seja bastante o argumento de que, na jurisdição voluntária, o juiz já teria tarefa fiscalizadora, suprindo eventual ausência ministerial. Bastasse tal argumento, por si mesmo, então a intervenção ministerial, ao contrário, seria simplesmente incabível em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária, mesmo naqueles em que se cuidasse de algum interesse verdadeiramente indisponível.

Na verdade, sendo o Ministério Público tutor nato de interesses indisponíveis, deve officiar nos processos e procedimentos, de jurisdição contenciosa ou voluntária, fiscalizando o próprio desenvolvimento da relação processual. Nas felizes palavras de José Fernando da Silva Lopes, “O Ministério Público assim intervém no processo para velar pela correta aplicação da lei de ordem pública e para realizar toda uma carga de atividades que as partes deveriam desenvolver mas, eventualmente, não desenvolvem, para impedir” — o autor certamente quis dizer o contrário, ou seja, *para possibilitar* — “que o juiz, podendo suprir a inércia ou desinteresse da parte, não o faça, assegurando, efetivamente, sua neutralidade e equidistância. Faz o Ministério Público, em suma, aquilo que a parte deveria fazer, mas não o fez, e, aquilo que o juiz poderia fazer, mas não deve, aparecendo no processo como verdadeiro órgão de controle do interesse público, preocupado com a atuação da lei e com a relevante necessidade de garantir a mais estrita neutralidade do organismo jurisdicional” (*O Ministério Público e o processo civil*, p. 47, Saraiva, 1978).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

Embora na jurisdição voluntária não se fale tecnicamente em *lide*, nela se admite haver *controvérsia*, na decisão da qual deve o Magistrado, de regra, manter seu equilíbrio, sem conduzir de ofício a apuração dos fatos. Para atingir esse escopo, em regra na jurisdição voluntária se confere não só o poder de impulso, como se impõe a intervenção ao Ministério Público (art. 1104 do CPC).

HIPÓTESES DE EXCEÇÃO

19. Posto que, como visto, na esmagadora maioria dos casos de jurisdição voluntária haja um interesse público primário, qualificado por alguma nota de indisponibilidade a justificar a intervenção fiscalizadora ou protetiva do Ministério Público, em algumas poucas hipóteses, por exceção, não se vislumbra nenhuma razão jurídica suficiente para a intervenção ministerial.

Assim, é o que ocorre na alienação judicial de coisa comum, entre pessoas maiores e capazes; é o que se dá no pedido de administração ou locação de coisa comum, entre os interessados capazes; é o que se verifica no pedido de alienação de quinhão em coisa comum, entre esses mesmos indivíduos.

Nesses casos, podemos até questionar o critério do legislador em catalogá-los como procedimentos de jurisdição voluntária, quando neles freqüentemente se encontram todas as características e o próprio escopo da jurisdição vera e própria, como, em hipótese não muito díspar, ocorre no processo divisório.

Entretanto, nada há de particular nesses procedimentos, nem se lhes vê algum aspecto de indisponibilidade a zelar. A qualquer momento as partes podem decidir a administração, a locação ou a venda como bem lhes aprouver, como quando, num litígio vero e próprio, decidem encerrar a demanda com a auto-composição da lide.

Como se viu, em regra a jurisdição voluntária é a forma necessária de administrar publicamente interesses privados. Este raciocínio é válido mesmo no procedimento de emancipação (art. 1112, inc. I, do CPC), pois que, embora possa a suplementação de capacidade ser concedida espontaneamente pelo pai, até mesmo fora do procedimento de jurisdição voluntária previsto no Código de Processo Civil, sujeita-se a outorga paterna de emancipação, ainda nesse caso espontânea e extrajudicial, a registro civil para validade contra terceiros, ou seja, submete-se a uma outra forma de administração pública de interesses privados. Entretanto, ao contrário, naqueles casos já referi-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

dos, de alienação ou administração de coisa comum de pessoas capazes, não se vê a necessidade da administração pública *inter volentes*, nem se vê a eficácia da fiscalização ministerial, que por nenhum interesse público zelará, pois aqui inexistem quer indisponibilidade absoluta quer relativa. Assim, caso num pedido de administração de coisa comum, tenha o Ministério Público opinado no sentido de ser utilizado o imóvel rural para o plantio do café, mediante qual interesse, ou legitimado pela defesa de qual indisponibilidade poderia recorrer se contrariado no seu parecer, se nenhum dos interessados se insurgiu contra o decidido?

20. Não podemos deixar de sentir o peso da lúcida argumentação em sentido contrário de Néelson Nery Júnior (“Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária”, São Paulo, 1987; v., aqui, parecer transcrito a fls. 99/111), para quem a intenção do legislador, no art. 1105 do CPC, foi obrigar o Ministério Público a intervir em todos os procedimentos de jurisdição voluntária. Entretanto, respondemos nós, teria o legislador cometido imperdoável erro sistemático, pois, se a tanto visasse, bastaria o art. 1105 do CPC, sendo incompreensível que repetisse, aqui e ali no título da jurisdição voluntária, as hipóteses de intervenção ministerial como bem anota Cândido Dinamarco, em argumento retomado por Édis Milaré (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Rev. dos Tribunais, 1986, p. 324; “O Ministério Público e a jurisdição voluntária”, *Justitia*, 124:125, respectivamente).

E mais. Se válido fosse o argumento da corrente contrária, no sentido de que, por ser o art. 1105 norma geral que torna exigível a intervenção ministerial em todo e qualquer procedimento de jurisdição voluntária, então, por identidade de razão, também seria correto o argumento de que, por ser o artigo anterior (1104) também norma geral aplicável a todo procedimento de jurisdição voluntária, então se permitiria que o Ministério Público comparecesse como *órgão agente* em qualquer procedimento de jurisdição voluntária. Este raciocínio tornaria possível, por absurdo, que o Ministério Público estivesse legitimado a tomar a iniciativa e requerer até mesmo a venda judicial de coisa comum de pessoas maiores e capazes, da mesma forma como tem a iniciativa no requerimento de interdição ou de abertura de testamento!

Evidentemente, não se nega que o órgão ministerial, procurado pelos interessados, possa requerer em seu benefício a alienação judicial de coisa comum; contudo, nesse caso não estará agindo em nome próprio, mas sim em nome alheio, na defesa de interesses disponíveis de terceiros, quando presta, enfim, mera assistência judiciária (art. 22, XIII, da LC n. 40/81). O que não teria sentido, porém, seria tomar ele a iniciativa de requerer por conta própria a alienação judicial de coisa comum de pessoas maiores e capazes, que não solicitaram se imiscuisse ele em interesses priva-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

dos e totalmente disponíveis dos interessados. Fossem os arts. 1104 e 1105 dispositivos aplicáveis indistintamente a toda a jurisdição voluntária, sem estarem condicionados ao interesse final condicionador da intervenção ministerial, e não haveria como negar a legitimidade ativa do Ministério Público para requerer tal alienação, ainda que substituindo-se absurdamente à vontade dos próprios titulares do domínio.

Não só o dispositivo do art. 1104, como o do 1105, hão de ser examinados *cum granum salis*. Exemplificando: ao pé da letra, assim como se poderia concluir do art. 1105 que a intervenção ministerial é obrigatória em todo e qualquer procedimento do título, igualmente se poderia concluir, com erro, que o Ministério Público poderia propor qualquer procedimento de jurisdição voluntária... E aí teríamos o Ministério Público requerendo oneração de bens dotais, extinção de usufruto imposto por atos *inter vivos* e outras hipóteses análogas.

Já o mesmo absurdo não há em admitir a independente iniciativa ministerial nos demais casos de jurisdição voluntária, onde se identifique um interesse indisponível, pois que, nesta última situação, a própria indisponibilidade do interesse torna admissível a iniciativa ministerial (como para requerer a interdição).

Entretanto, mais do que a intenção do legislador, deve ser perquirida a *mens legis*, em interpretação que só pode ser sistemática, para fazer realmente sentido. E sentido não teria pôr o Ministério Público a zelar indistintamente em qualquer procedimento de jurisdição voluntária, até mesmo naqueles que versem interesses totalmente disponíveis, de partes maiores e capazes, contrariando sua destinação institucional, em atividade que uma interpretação coerente da lei por certo há de recusar-lhe.

CONTROLE DA INTERVENÇÃO MINISTERIAL

21. Algumas particularidades devem ser analisadas, quando se pense em contrastar o cabimento ou não da intervenção ministerial nos procedimentos de jurisdição voluntária — o que, de resto, vale para qualquer outra hipótese interventiva da instituição.

A primeira situação a merecer exame surge quando as partes pedem, mas o juiz recusa vista dos autos ao Ministério Público. Aqui, por meio do agravo, o tribunal é provocado a atender ou a negar o requerimento da parte.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

Entretanto, pode ocorrer que o Ministério Público, tomando conhecimento da existência do procedimento, resolva nele intervir, sustentando sua própria legitimidade. Não se afasta, naturalmente, a possibilidade de o órgão judicial asseverar que não se legitima a intervenção, o que ensejará eventual recurso, para reexame da questão processual.

Suponha-se, porém, que, intimado a intervir, seja recusada *pelo Ministério Público* a intervenção nos autos, ainda que provocada por despacho judicial.

No fundo, o mais correto entendimento sobre a controvérsia a respeito dos limites das atribuições dos órgãos do Ministério Público, é, como vimos acima, o de que deve ela ser resolvida dentro da própria instituição.

Dentro desta linha de raciocínio, tivemos dois precedentes significativos na instituição: um mais antigo, quando era procurador-geral Oscar Xavier de Freitas (Pt. n. 07588/77); outro, mais recente, quando na chefia do *Parquet* Paulo Salvador Frontini (Pt. 002209/86). Fortes na lição de Cândido Dinamarco, entenderam ambos de não designar órgãos do Ministério Público para officiar em procedimentos de jurisdição voluntária, quando se tratasse de alienação judicial de coisa comum, entre interessados capazes.

22. O próprio art. 134 do Ato 1/84-PGJ/CGMP/CSMP (Justitia 128:168 e s.; *Manual de atuação funcional dos promotores de justiça do Estado de São Paulo*) — conquanto incorretamente questionado a fls. 96 — roborava o que aqui se sustenta, pois nele se recomenda: “Nos procedimentos de jurisdição voluntária, officiar como curador de ausentes se houver citação ficta ou réu preso, ou como curador de incapazes, se houver interesse destes últimos.” Desse dispositivo, bem se vê que somente nos casos em que se combine o art. 1105 com o art. 82 ou com o art. 9º, do CPC, é que se admitirá a intervenção ministerial.

A aplicação analógica do art. 9º do CPC aos procedimentos de jurisdição voluntária é perfeitamente pertinente. Longe se está, evidentemente, de olvidar singelos princípios processuais, como, por exemplo, de que na jurisdição voluntária não há revelia — pressuposto para a nomeação de curador especial ao ausente ficto do art. 9º, inc. II, do CPC.

Contudo, não se pode esquecer a instrumentalidade das normas processuais, buscando-se nelas o fundo e não a forma. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, onde à evidência se admite o chamamento ficto, ainda que não se dê revelia, há semelhante razão de ordem pública, dirigida ao devido processo legal, mediante a



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

qual se há de atribuir curador especial ao chamado fictamente, para melhor equilíbrio das possibilidades de iniciativa entre os interessados. Ainda não se pode esquecer que na própria alienação de coisa comum, agora envolvendo interessado incapaz, é possível que estejam em conflito os interesses deste e de seu representante legal: isto tornaria pertinente nomear um curador especial. O próprio art. 1179 do CPC se remete ao art. 9º do CPC, ao demonstrar o cabimento de curadoria especial na jurisdição voluntária.

É certo que na jurisdição voluntária não se há de falar, tecnicamente, em *autor* e *réu* — são apenas *interessados*; contudo, nem por isso se há de olvidar que um *interessado preso* sofre da mesma deficiência de contato com seu patrono, da mesma limitação de acesso à prova, que um réu preso também sofreria, sendo de toda conveniência e necessidade que se lhe dê um curador especial.

Aliás, longe de nós buscar uma visão estreita do âmbito de aplicação do art. 9º do CPC. Em nossa vivência profissional, há muitos anos invocamos analogicamente referido texto legal, e temos intervindo protetivamente nos feitos cíveis, onde haja *autor preso*, que sofre das mesmas limitações fáticas que o réu preso, merecendo o zelo interventivo do Ministério Público em razão da qualidade da parte (v. nosso *Manual do Promotor de Justiça*, cit., p. 153).

23. O último aspecto que convém abordar, consiste nas consequências processuais da recusa ministerial em intervir nos procedimentos de jurisdição voluntária.

Não se alegue eventual nulidade, em face de dita recusa do órgão ministerial à intervenção no feito, porque, intimado este, ainda que não officie, obvia-se qualquer nulidade (arts. 84 e 246 do CPC; cf. Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, art. 84, v. I, ed. Revista dos Tribunais, 1976; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XVI, p. 19, ed. Forense, 1977; RT 572:53; RTJ 110:310-STF, v.g.).

INTERESSES DE INCAPAZES

24. Restaria, por fim, examinar a viabilidade da intervenção ministerial, porque talvez houvesse interesses de incapazes neste procedimento: afinal, com esta hipótese também se preocupou o ilustrado Curador que nos antecedeu neste feito (fls. 97).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

Segundo se depreende do respeitável posicionamento do Dr. Luís Felipe Salomão, interesses de incapazes haveria no deslinde da controvérsia destes autos, já que, sendo tais incapazes filhos de requerente e requerida, e estando sob a guarda do pai, que passou a ser inquilino no imóvel cuja venda ora se pretende, — eventual alienação do imóvel poderia levar à rescisão do contrato de locação — caso o futuro adquirente não queira manter esta última — e com isso se atingiriam os interesses dos incapazes, filhos do casal condômino.

Só na aparência teria razão o ilustre Curador que nos antecedeu; contudo, se fosse verdade o que diz ele, em qualquer ação de despejo por falta de pagamento, entre partes maiores e capazes, bastaria que o réu tivesse filhos menores que com ele morassem no imóvel objeto da ação, que haveria que intervir o Ministério Público, no zelo dos interesses de incapazes... ou, numa execução entre partes maiores e capazes, bastaria que o réu tivesse filhos menores, e o Ministério Público deveria intervir para zelar por estes, haja vista que a penhora poderia incidir sobre a residência da família...

Na verdade, quando a lei alude à intervenção ministerial nas causas em que haja “interesses de incapazes” (art. 82, inc. I, do CPC), não quer ela dizer, como pareceu ao nobre Promotor que nos antecedeu, que se trate de *interesse de fato*. Ao contrário. O incapaz precisa estar *juridicamente* interessado na solução da lide ou da controvérsia (quer se trate de jurisdição contenciosa, quer voluntária). Assim, se com o resultado da demanda, ou do procedimento de jurisdição voluntária, for juridicamente alcançado o incapaz (por exemplo: se for condômino, a venda da coisa comum o alcançará; se for herdeiro de um condômino, a mesma venda o alcançará juridicamente; se o incapaz for o inquilino, a rescisão da locação estenderá seus efeitos jurídicos sobre ele). Entretanto, quando o incapaz é alcançado pelos *efeitos fáticos* da sentença, sem que nenhum *direito* seu seja atingido (por exemplo, numa ação de despejo, movida contra o inquilino, pai de diversos incapazes, estes últimos também serão atingidos faticamente pelas conseqüências da retomada do imóvel pelo locador), não estará juridicamente interessado na solução da demanda, nem o Ministério Público poderá intervir em seu favor.

Já sustentamos que “o art. 82, I, do Código de Processo Civil refere-se à intervenção ministerial nos processos em que haja *interesses de incapazes*. Não é necessário que o incapaz seja parte (p. ex., no caso de ser parte o espólio, com presença de incapazes nestes — JTACSP, 50:22; JSTF, 86:101); basta que seu interesse não seja meramente de fato e sim jurídico (RJTJSP, 92:169; JTACSP, Lex, 68:162). Caso contrário, se bastasse interesse de fato de incapaz para justificar a presença do Ministério Público, este teria de intervir em qualquer processo, praticamente, até mesmo numa



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CURADORIA DE AUSENTES E INCAPAZES DA CAPITAL

execução ou num despejo entre partes maiores e capazes, porque algum incapaz, filho ou parente de uma das partes, certamente teria interesse de fato em que um dos litigantes ganhasse a ação... Somente quando o menor, ainda que não sendo parte, possa ao menos ser assistente, ainda que efetivamente não o seja, cabe a intervenção ministerial.” (*Manual do Promotor de Justiça*, cit., p. 52-3).

Ora, no caso dos autos, trata-se de pedido de alienação de coisa comum, em que os únicos condôminos são maiores e capazes. Os incapazes não serão, portanto, juridicamente alcançados por eventual sentença que acolha ou rejeite o pedido de venda da coisa comum. Na locação a que se alude a fls. 97, não são os menores contratantes. Nem pode a locação cercear o direito de dispor, conferido ao condômino, que, a qualquer momento, pode incontestavelmente requerer a venda da coisa comum, para que cesse a comunhão.

CONCLUSÃO

25. Desta forma, e diante de tudo o que foi exposto, quer-nos parecer incabível a intervenção ministerial neste procedimento, seja examinada a questão de um ângulo, seja de outro.

Assim, requer-se a remessa dos autos à Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça, na forma do art. 32, inc. I, n. 24, da Lei Complementar n. 304, de 28 de dezembro de 1982, para a solução do conflito de atribuições, ora instaurado.

São Paulo, 1º de junho de 1987.

HUGO NIGRO MAZZILLI
PROMOTOR DE JUSTIÇA