

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais indisponíveis

Robson Renault Godinho*Promotor de Justiça – RJ**Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil – PUC/SP**Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual***1. Introdução**

O simbolismo inerente a efemérides é especialmente relevante não só para uma visão retrospectiva dos fatos que antecederam o objeto da comemoração, mas sobretudo para que se lancem cores prospectivas a partir das conquistas reconstruídas quando se mira o passado. Nesse contexto, para os fins destas linhas, o aniversário de vinte anos da promulgação da Constituição da República é oportuno para refletirmos sobre uma das várias possibilidades de atuação do Ministério Público, a fim de que a Instituição faça jus às conquistas constitucionais obtidas, cumprindo a missão que lhe foi conferida.

Na realidade, se indiscutivelmente a Constituição de 1988 pode ser vista como a coroação da emancipação do Ministério Público, é necessário lembrar que ainda no início da década de oitenta a Instituição obteve conquistas fundamentais¹ que forjaram sua atual estrutura e formaram o perfil institucional voltado para a efetiva realização dos direitos.

Em pouco espaço de tempo, em virtude de intenso esforço institucional, o Ministério Público brasileiro mudou seu paradigma e passou a ser uma Instituição ativa e voltada para a realização do acesso a uma adequada tutela dos direitos. Como afirma Rogério Bastos Arantes,

a história da reconstrução institucional do Ministério Público brasileiro é uma história de sucesso. Em menos de vinte anos, a instituição conseguiu passar de mero apêndice do Poder Executivo para a condição de órgão independente e, nesse processo que alterou sua estrutura, funções e privilégios, o Ministério Público também abandonou seu papel de advogado dos interesses do Estado para arvorar-se em defensor público da sociedade. [...] A hipótese assumida aqui é a de que a reconstrução institucional do Ministério Público foi impulsionada e determinada endogenamente, isto é, as sucessivas mudanças sofridas pela instituição nos últimos anos foram intencionalmente perseguidas pelos seus próprios integrantes.²

A independência da Instituição foi sem dúvida a maior conquista outorgada pela Constituição de 1988 e dela decorrem

as demais garantias e prerrogativas que conformam a atual estrutura do Ministério Público. Com a garantia da independência, a Constituição confirmou as conquistas anteriores, e preparou a edição de uma legislação posterior que consolida um novo perfil do Ministério Público. A Constituição, portanto, consagrou e elevou a evolução institucional endógena do Ministério Público, apostando na força da Instituição para a consolidação do regime democrático.

Com sua estrutura constitucionalizada, o Ministério Público passou a figurar como protagonista de avanços sociais e conquistas de direitos de hipossuficientes, além de ser definitivamente alçado à condição de figura preeminente na defesa dos direitos transindividuais e no combate à corrupção, opondo-se a interesses que até então não eram importunados, por assim dizer. Não é por outro motivo que invariavelmente surgem propostas legislativas que visam a limitar a independência do Ministério Público na tentativa de amesquinhar sua atuação.³

Indiscutivelmente, portanto, estamos diante de justa oportunidade para refletirmos sobre a atuação do Ministério Público a partir de seu perfil constitucional⁴, mas com os olhos voltados para uma atuação tão relevante quanto pouco estudada, que é a tutela dos direitos individuais indisponíveis.

A atuação do Ministério Público como parte autora sempre esteve relacionada com o processo penal e só em período mais recente, sobretudo após a promulgação da atual Constituição, sua atividade como autor no campo cível passou a merecer maior atenção, sendo que, mesmo legitimado para o exercício de diversas ações que tutelam direitos individuais, o Ministério Público passou a ser conhecido como o legitimado por excelência para a tutela de direitos transindividuais. José Carlos Barbosa Moreira chegou a afirmar que o silêncio da instituição no processo civil teria sido interrompido exatamente em razão do processo coletivo, que ensejou a “revitalização do Ministério Público, arrancado à relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais”.⁵

¹ A Constituição consagrou diversos dispositivos que já constavam na primeira Lei Orgânica do Ministério Público e na “Carta de Curitiba”. Cf., amplamente, ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002, especialmente páginas 28/113.

² Idem, pp. 19 e 21.

³ Cf. ARANTES. Ob. cit., pp. 253/300. Não estamos conferindo ao debate um enfoque maniqueísta ou corporativista, já que não se nega a possibilidade de atuação abusiva de determinado membro do Ministério Público, como de resto não se pode negar a possibilidade de abuso de qualquer profissional exercendo qualquer função. Contudo, também não se pode negar que o Ministério Público vem provocando reações mesmo quando atua na estrita observância de suas funções. Não é exagero afirmar que há quem entenda que ser processado pelo Ministério Público constitui praticamente ofensa pessoal e a improcedência de um pedido formulado por um Promotor ou Procurador é sinônimo de atuação leviana, como se apenas ao Ministério Público estivesse reservada a teoria concreta da ação. Desenvolvemos o tema em outro trabalho: *Ministério Público como assistente simples: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo e Assuntos Afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

⁴ Foi editada recente obra coletiva que traça excelente panorama acerca da atuação do Ministério Público nesses últimos vinte anos: *Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald (coord.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

⁵ Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Temas de Direito Processual* (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997, p. 73.

É interessante observar, entretanto, que muito antes da atual Constituição já cabia ao Ministério Público o ajuizamento de ações que visavam à tutela de direitos individuais, como a anulação de casamento, a anulação de atos simulados, declaração de ausência, prestação de contas, ação civil *ex delicto* etc.⁶. Leis posteriores à Constituição continuaram a prever legitimidade para o Ministério Público ajuizar ações individuais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, mas nota-se que a ênfase da atuação da Instituição como parte autora está mesmo no processo coletivo.

Embora haja diversas possibilidades de ajuizamento de ações para a tutela de direitos individuais, o certo é que o Ministério Público nunca se destacou por esse tipo de iniciativa. Não há dúvidas de que o Ministério Público possui vocação para a tutela de direitos sociais e o ajuizamento de ações coletivas é o instrumento natural para a tutela jurisdicional de tais direitos, mas queremos estabelecer que também a tutela de direitos individuais indisponíveis é compatível com o perfil constitucional da instituição, além de também contribuir para, em um sentido amplo, uma atuação social do Ministério Público⁷.

Ou seja: a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais não pode ser ignorada, nem considerada ultrapassada, mas, sim, deve ser adequada à realidade social e ao perfil constitucional da instituição.

Entretanto, talvez pela falta de familiaridade com essa atuação, a jurisprudência enxerga esse tipo de iniciativa como algo extravagante, criando injustificáveis obstáculos à sua admissibilidade, como veremos no decorrer do texto⁸.

Como trataremos da atividade do Ministério Público como substituto processual, procurando conferir uma oxigenação constitucional ao clássico instituto, é necessário abordar, ainda que ligeiramente, as características básicas dessa figura processual, o que será feito no próximo item.

2. Substituição processual: noções gerais

A partir da relação estabelecida entre o sujeito legitimado e o objeto litigioso (situação legitimante), classifica-se a legitimidade para agir em ordinária e extraordinária: o legitimado ordinário é aquele que comparece em juízo para defender direito próprio, coincidindo a titularidade da relação processual com a relação material; já o legitimado extraordinário, embora autorizado pelo sistema normativo a ingressar no processo e

conduzi-lo validamente, não é o titular do direito litigioso, não havendo coincidência ente a situação legitimante e a situação deduzida em juízo. Enquanto o legitimado ordinário encontra na sentença o regramento de sua própria situação, o legitimado extraordinário se depara com a disciplina de situação alheia, que até pode repercutir na sua, como assinala Barbosa Moreira.⁹

Tecnicamente não há exata coincidência entre as expressões *legitimação extraordinária* e *substituição processual*, já que esta é menos ampla que aquela, de modo que se entende por substituição processual a legitimidade decorrente do sistema normativo que autoriza determinado sujeito a atuar em juízo, como parte principal, defendendo direito alheio (art. 6º do Código de Processo Civil).

De acordo com a classificação proposta por José Carlos Barbosa Moreira, que leva em consideração precipuamente a liberdade de comportamento do legitimado extraordinário, a legitimação extraordinária pode ser dividida em autônoma e subordinada¹⁰. Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o processo pode ser validamente instaurado sem a presença do titular do direito, ou seja, quando o legitimado extraordinário pode figurar no processo com total independência daquele que seria o legitimado ordinário. A legitimidade extraordinária autônoma apresenta, em apertada síntese, as seguintes subdivisões: 1) *legitimação extraordinária exclusiva*: apenas o legitimado extraordinário pode ser a parte principal do processo, como ocorre na hipótese prevista no art. 68, §3º, da lei 6404/76¹¹; 2) *legitimação extraordinária concorrente*: trata-se de co-legitimação e a regularidade da relação processual independe da instauração da demanda por todos os legitimados. A legitimidade concorrente pode ser *primária* (ou seja, independentemente do comportamento do legitimado ordinário¹²) ou *subsidiária* (isto é, somente em razão da inércia do legitimado ordinário). Anote-se, ainda, que pode haver legitimidade concorrente envolvendo apenas legitimados extraordinários, como acontece nas hipóteses de ações coletivas – para quem entende que a legitimidade para essas ações é extraordinária – e na ação de anulação de casamento (terceiro interessado e o Ministério Público, art. 1.549 do CC-2002), hipóteses em que haveria legitimação extraordinária exclusiva e concorrente. No que se refere à legitimação extraordinária *subordinada*, tal se dá quando a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade da relação processual, reservando-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, possuindo, assim, eficácia menos ampla que a autônoma, somente podendo ocorrer incidentalmente e com a necessária presença do legiti-

⁶ Diversos exemplos de ações individuais que podem ser ajuizadas pelo Ministério Público são fornecidos por Hugo Nigro Mazzilli (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 62/67) e Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 519/523).

⁷ Como afirma Pietro Perlingieri, em passagem que pode ser estendida a todos os direitos individuais indisponíveis, “o problema do idoso assume dimensões individuais e, ao mesmo tempo, sociais” (*Perfis do Direito Civil – introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª. Ed. Maria Cristina de Cicco (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 168. Essa obra está incluída em nova tradução de trabalhos do jurista italiano: *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Maria Cristina de Cicco (trad. e org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 789).

⁸ Sobre os problemas teóricos e práticos decorrentes da admissibilidade da ação, tratamos com maior profundidade em outro trabalho: Técnica processual e tutela de direitos: anotações sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Eduardo Jordão e Fredie Didier Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2008.

⁹ Apontamentos... cit., p. 60.

¹⁰ Apontamentos... cit., *passim*.

¹¹ A constitucionalidade da completa vedação do acesso à justiça pelo titular do direito é no mínimo discutível, como já foi mencionado anteriormente. Por esse motivo, deve ser permitido ao titular do direito o ingresso no processo, ao menos na condição de assistente litisconsorcial (sobre o tema, vale também conferir o trabalho de Araken de Assis: Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 9, dezembro de 2003, p. 14).

¹² Como na possibilidade de anulação do casamento pelo Ministério Público ou interessados (art. 1.549 do CC-2002).

mado ordinário na relação processual.

É importante salientar algumas características básicas da substituição processual¹³: a) a substituição processual é excepcional e depende de autorização normativa (art. 6º do Código de Processo Civil); b) o substituto processual atua no processo na qualidade de parte, e não de representante; c) em relação ao substituto examinam-se os requisitos processuais subjetivos. A imparcialidade do magistrado, contudo, pode ser averiguada em relação a ambos, substituto ou substituído; d) salvo disposição legal em sentido contrário (p. ex., art. 274 do CC-2002, e art. 103 do CDC), a coisa julgada material estende seus efeitos ao substituído.¹⁴

3. O Ministério Público como substituto processual

Mesmo não sendo nenhuma novidade outorgar ao Ministério Público a condição de substituto processual, há certo desconforto na doutrina e na jurisprudência quando se deparam com ações para a defesa de direitos individuais.

Em recente estudo sobre a substituição processual, Araken de Assis, ao discorrer sobre a necessidade de autorização legislativa para que haja substituição processual, ilustra bem essa perplexidade ao afirmar que “o Ministério Público não se legitima a pleitear determinada prestação positiva do Estado, na área de saúde, em favor de pessoa doente. [...] A jurisprudência do STJ nega, pelo motivo exposto [ausência de autorização legislativa], legitimidade para defender direito de incapaz sob poder dos pais e propor ação de alimentos”¹⁵.

É certo que a substituição processual necessariamente deve ser precedida de autorização normativa¹⁶, mas no caso do Ministério Público, ao contrário do afirmado por Araken de Assis, existe uma autorização constitucional genérica de substituição processual para a tutela de direitos indisponíveis (art. 127 da Constituição), satisfazendo amplamente a exigência normativa e habilitando a instituição para a defesa de quaisquer direitos individuais indisponíveis, além de as leis orgânicas da Instituição

também autorizarem a substituição processual.

Em nosso atual sistema normativo, toda a legitimidade do Ministério Público decorre diretamente da Constituição, inclusive a substituição processual, de modo que nos parece um desvio de perspectiva negar a possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação para a garantia de um direito indisponível (direito à saúde, por exemplo) sob o argumento de inexistir lei ordinária autorizativa.

A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata¹⁷.

Em suma: o Ministério Público é autorizado pela Constituição para atuar como substituto processual na defesa dos direitos indisponíveis, não havendo necessidade de previsão em lei ordinária.

Algumas leis, no entanto, de maneira até mesmo didática, expressamente prevêm que o Ministério Público atuará como substituto processual na defesa de direitos indisponíveis, (por exemplo, o art. 201, III e IX, do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 74, I e III, do Estatuto do Idoso), de modo que era de se esperar que, ao menos nessas hipóteses, não houvesse dúvidas quanto à legitimidade da instituição.

No que se refere aos direitos individuais indisponíveis de crianças e adolescentes, o Superior Tribunal de Justiça chegou a rejeitar a possibilidade de o Ministério Público atuar como substituto processual:

Processual civil e administrativo. Fornecimento de dispositivo médico. Menor carente. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. 1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também

¹³ Mais amplamente, inclusive com referências ao novo Código Civil: DIDIER JR. *Pressupostos...cit.*, pp. 253/260.

¹⁴ A maioria da doutrina entende que a substituição processual enseja a extensão da eficácia da coisa julgada ao substituído. Mais recentemente, Eduardo Talamini defende a ideia de que o substituído seria atingido pela coisa julgada em três situações: a) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez; b) se o sujeito tinha (ou deveria ter) ciência do processo em que ocorria a substituição; c) se houver a possibilidade de o substituído participar, caso queira, do processo (*Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, PP. 96/122). Parece-nos que ao menos uma dessas situações sempre estará presente em casos de substituição processual, de modo que acaba por não haver rigorosa exceção à regra em sua teoria. Interessante observar que Eduardo Talamini considera como exemplo de situação em que *não haveria* formação de coisa julgada para o substituído o julgamento de improcedência de pedido de investigação de paternidade em ação ajuizada pelo Ministério Público (lei 8560/92), sem, contudo, justificar sua posição, já que não demonstra como as situações antes referidas não seriam atendidas. Não nos parece que o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público escape ao enquadramento de ao menos uma das situações formuladas por Talamini que ensejam a extensão subjetiva da coisa julgada. No mínimo haverá prévia audiência com o representante do menor, sob pena de se inviabilizar o ajuizamento da ação por absoluta ausência de informação sobre os fatos relevantes do caso. Normalmente o Promotor de Justiça instaura um procedimento em que, além de ser tentado o reconhecimento voluntário da paternidade, são chamados os interessados e, após todos os esclarecimentos e tentativas de reconhecimento voluntário da paternidade, são buscados os subsídios mínimos que viabilizem uma ação judicial. Em suma: sem a participação dos interessados a ação simplesmente não será proposta. Não vemos, portanto, como o substituído não ser atingido pela coisa julgada material, ainda mais que, nas ações de investigação de paternidade ajuizadas pelo Ministério Público, a participação do titular do direito material é importante inclusive para a instrução da causa, especialmente em razão da colheita de material genético para a realização de prova pericial. No mais das vezes, o Ministério Público sempre necessita da participação do titular do direito material para que possa exercer a função de substituto processual, sobretudo para que possa obter um lastro fático mínimo que fundamente sua atuação judicial. Além disso, mormente para que o substituído não seja prejudicado caso haja desencontro de interesses com o Ministério Público, deve haver uma comunicação acerca do conteúdo da sentença, a fim de que se oriente e se permita que o titular do direito material interponha recurso e não permita que se forme uma coisa julgada contra seu interesse. Cf., ainda, ALMEIDA, Gregório Assagra de. Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, pp. 1040/1067.

¹⁵ Ob. cit. pp. 18/19. O esclarecimento entre colchetes é nosso.

¹⁶ O que não significa que necessariamente seja autorização legal. Cf., ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, pp. 859/866.

¹⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89.

sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade. 2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.¹⁸

Na fundamentação do acórdão, partiu-se de uma premissa completamente equivocada a nosso sentir: a de que o Ministério Público só pode defender direitos individuais se forem homogêneos. Trata-se de absoluta falta de compreensão dos princípios institucionais do Ministério Público insculpidos na Constituição e de toda legislação infraconstitucional, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente, que sequer é citado. Se fosse verdadeiro o raciocínio assentado nesse acórdão, ao Ministério Público seria vedado, por exemplo, o ajuizamento de ações de investigação de paternidade, o que nem mesmo é mais objeto de discussão na jurisprudência. Além disso, o artigo 127 da Constituição possui clareza solar ao legitimar o Ministério Público para a tutela dos direitos individuais indisponíveis. Essa legitimidade é autorizada constitucionalmente e em nada se confunde com a vedação do exercício de advocacia pelo Ministério Público, que apenas estará exercendo sua função constitucional.

Evidentemente, como a legitimidade do Ministério Público decorre da Constituição, não há necessidade de todas as hipóteses de substituição processual estarem previstas em lei. Isso significa que, sempre que houver interesse social ou lesão ou ameaça de lesão a direito individual indisponível, o Ministério Público poderá agir como substituto processual.

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

Processo civil - Recurso especial - Ação de alimentos – Ministério Público representando menor de idade sob o “pátrio poder” da genitora - Ilegitimidade ativa ad causam – Art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 - Inaplicabilidade. 1- Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o “pátrio poder” da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal. 2 - Precedentes (REsp nºs 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). 3 - Recurso não conhecido.¹⁹

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça é lamentável e igualmente decorre de uma interpretação equivocada do Estatuto da Criança e do Adolescente e de uma percepção simplista do perfil constitucional da instituição, já que a legitimação do Ministério Público decorre da indisponibilidade do direito e independe de prévia suspensão ou perda do poder familiar, mas,

sim, da existência de uma situação de risco em que se encontre a criança ou o adolescente e a omissão dos pais ou responsáveis caracteriza essa situação de risco.

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

No julgamento do Recurso Especial nº 120118/PR²⁰, houve o voto vencido do Min. Ruy Rosado de Aguiar, em que a matéria foi analisada com perfeição e que merece transcrição parcial:

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

Mesmo sem responder à instigante e desconcertante indagação do Min. Ruy Rosado de Aguiar, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido seu restritivo entendimento, o que demonstra uma insistente interpretação equivocada da lei e um assustador desconhecimento da realidade social.

Não deixa de ser curioso observar que o Superior Tribunal de Justiça admite que o Ministério Público ajuíze ação de investigação de paternidade cumulada com ação de alimentos

¹⁸ Superior Tribunal de Justiça - REsp 684594/RS – Rel. Min. Castro Meira, DJ 10.10.2005, p. 318.

¹⁹ RESp 659498 / PR – Rel. Ministro Jorge Scartezzini - DJ - 14.02.2005, p. 214. Sobre o tema vale conferir o trabalho de Cristiano Chaves de Farias: A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma conclusão constitucional. *Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald (coord.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 521/537.

²⁰ DJ 01/03/1999, p.321 - Relator p/ Acórdão Min. Barros Monteiro.

em favor de menor, estendendo a legitimidade à fase executiva²¹, sem, contudo, mencionar a questão do poder familiar, que obviamente se faz presente, demonstrando uma incongruência jurisprudencial.

Vale lembrar ainda, para bem gizar a legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos, que o nosso sistema jurídico reconhece a existência de um patrimônio jurídico mínimo²² decorrente do direito à vida e do respeito da dignidade da pessoa humana, reforçando, assim, a indisponibilidade do direito nas hipóteses em que o idoso se encontrar em situação de risco e configurando a existência de um interesse social subjacente à pretensão alimentar.

Em recentíssima decisão, o Superior Tribunal de Justiça demonstra evolução em seu entendimento:

Direito civil e **processual** civil. Ação de execução de alimentos. **Ministério Público**. Legitimidade ativa. - É socialmente relevante e legítima a substituição **processual** extraordinária do **Ministério Público**, notadamente quando na defesa dos economicamente pobres, como também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas. - Dado o caráter indisponível do direito a receber alimentos, em se tratando de criança ou adolescente, é legítima a atuação do **Ministério Público** como **substituto processual** em ação de execução de prestação alimentícia por descumprimento de acordo referendado pelo próprio Órgão Ministerial. - O tão-só descumprimento de acordo de alimentos evidencia violação a direito da criança, que se vê privada do atendimento de suas necessidades básicas (REsp 510969/PR, DJ 06.03.2006, p. 372, Rel. Min. Nancy Andrighi).

A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, assim se pronunciou o Ministro Teori Albino Zavascki:

poder-se-ia, quem sabe, duvidar da auto-aplicabilidade do art. 127 da CF, em face do seu conteúdo indeterminado, o que comprometeria sua força normativa para, desde logo, independentemente de intermediação do legislador infraconstitucional, autorizar o Ministério Público a propor demandas judiciais em defesa dos bens jurídicos ali referidos. A dúvida não tem consistência. Mesmo quando genéricas, as normas constitucionais possuem, em algum grau, eficácia e operatividade. 'Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente...', ensina José Afonso da Silva. (Auto-aplicabilidade das normas constitucionais, SP, RT, 1968, p. 75). 'De fato', observa Celso Bandeira de Mello, 'não teria sentido que o constituinte enunciasses certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão, dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente

condenadas, por seus próprios emissores, a permanecer no reino da fantasia. Até porque, se usufruíam do supremo poder jurídico, seria ilógico que, desfrutando-o, houvessem renunciado a determinar, impositivamente, aquilo que consideram desejável, conveniente, adequado' (Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, Revista de Direito Público, v. 57, p. 238). Ora, o preceito constitucional que confere ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa de direitos individuais indisponíveis (art. 127) é um preceito completo em si mesmo, apto a legitimar o agente ministerial, se for o caso, a exercer inclusive judicialmente a incumbência ali atribuída. Trata-se de preceito muito mais específico que o contido, por exemplo, no art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público. Muito se questionou a respeito da extensão de tal comando processual, mas jamais se duvidou de sua auto-aplicabilidade. A mesma atitude interpretativa se há de ter frente à norma constitucional do art. 127: pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria²³.

Em suma: o Ministério Público é autorizado pela Constituição para atuar como substituto processual na defesa dos direitos indisponíveis, não havendo necessidade de previsão em lei ordinária.

Essa legitimidade, ao que parece, finalmente foi reconhecida de forma definitiva pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento publicado alguns dias antes do natalício de vinte anos da Constituição da República:

Processual civil. Embargos de divergência. Fornecimento de medicamento a menor carente. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Ministério Público. Art.127 da CF/88. Precedentes. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: EREsp 734493/RS, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006; REsp 826641/RS, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.2006; REsp 716.512/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005; EDEl no REsp 662.033/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp 856194/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006, REsp 688052/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 17.08.2006. 4. Embargos de divergência não providos. (EREsp 819010/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 13/02/2008, DJe 29/09/2008).

Esse julgamento assume especial relevância na medida em que não se tratava da excepcional previsão contida nas leis

²¹ "Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Execução. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.1. Ajuizada a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, julgada procedente, tem o Ministério Público, autor da ação, legitimidade para intentar a execução" (RESP 208429 / MG - Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJ 01/10/2001, p.205).

²² Sobre o tema: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*.

²³ Voto proferido no Recurso Especial nº 822.712/RS, de sua relatoria, publicado no DJ de 17.04.2006, p. 196. Essa posição também foi defendida em sua tese de doutoramento: *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, pp. 234/237.

especiais, mas da defesa de uma pessoa que não era idosa, criança, adolescente ou portadora de deficiência.

O Supremo Tribunal Federal também reconheceu, em mais de uma oportunidade, a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, como ilustra este recente julgado:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Fornecimento de medicamentos. Ministério Público. Legitimidade ativa. Defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis. Precedentes. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 554088/SC Rel. Min. Eros Grau - DJe-112 public. 20-06-2008).

Entretanto, segundo notícia divulgada no Informativo nº 515, de 11 a 15 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal parece haver adotado preocupante interpretação restritiva acerca desse tema, o que só poderá ser confirmado quando o acórdão for publicado:

“O Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o fim de obter internação compulsória, para tratamento de saúde, de portador de alcoolismo. Tendo em conta as peculiaridades do caso, entendeu-se que, nos termos do art. 127, caput, da CF, a situação dos autos não estaria incluída na competência do parquet, haja vista não se tratar de interesse social indisponível, de defesa da ordem pública ou do regime democrático. Enfatizou-se, ainda, a existência de defensoria pública na localidade, a qual competiria a tutela desse interesse. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que, por reputar presente a proteção de direito individual indisponível, assentava a legitimação do órgão do Ministério Público para a ação intentada” (RE 496718/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, 12.8.2008).

De todo modo, estamos diante de mais um exemplo de indesejável oscilação jurisprudencial e, sobretudo, de um lamentável retrocesso na interpretação constitucional.

4. Considerações finais

Evidentemente que, quando defendemos a ampla legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, não excluimos a incidência concorrente de outras formas de tutela de direitos, nem formulamos uma proposta de Ministério Público como tutor de direitos individuais. Na realidade, a legitimação consagrada pela Constituição de modo

algum significa um pretexto para que o Ministério Público busque monopolizar o ajuizamento de ações, até porque não é sua função a defesa ordinária de direitos individuais e a sobrecarga de trabalho decorrente de suas atribuições constitucionais frustraria qualquer pretensão megalomaniaca de ajuizamento de ações.

Em contrapartida – e aqui está o núcleo de nossa idéia -, não se pode negar ao Ministério Público a possibilidade de valer-se de todos os meios possíveis para restaurar a integral proteção devida a direitos indisponíveis, a fim de que não se frustrem pretensões democráticas decorrentes de situações jurídicas individuais violadas e sem a devida tutela. Essa foi a opção constitucional de um regime democrático preocupado com a tutela de direitos e negar a legitimidade do Ministério Público é negar a própria Constituição.

Nesse sentido, convém lembrar com Boaventura de Sousa Santos que “a frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia” e “sem direitos de cidadania efectivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada” (*Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coleção “Questões da nossa época nº 134”. São Paulo: 2007, pp. 10 e 90).

Assinale-se que o Ministério Público pode efetivamente contribuir para o acesso à justiça e, conseqüentemente, para a construção de um democrático sistema em que direitos individuais indisponíveis sejam efetivamente garantidos, mas qualquer traço de ufânismo deve ser evitado, já que a consciência das limitações e das dificuldades é requisito imprescindível para o constante desenvolvimento institucional. Ou seja: a contribuição que o Ministério Público pode oferecer para o acesso à justiça é tão fundamental quanto limitada, sobretudo porque condicionada a balizamentos estruturais que ultrapassam o gizamento da própria instituição.

Essa advertência é necessária na medida em que a auto-suficiência é inimiga do aperfeiçoamento institucional e o otimismo exagerado pode revelar prepotência e, invariavelmente, significar um prenúncio de decepcionante desempenho. O desejo de onipotência só pode resultar em prejuízos para o Ministério Público e para a sociedade.

É oportuno reafirmar, pois, após vinte anos de Constituição, que o Ministério Público é um importante protagonista na tutela de direitos individuais e ainda é necessário todo esse esforço argumentativo porque, lamentavelmente, “a idéia de direito que o atual estado constitucional implica não entrou plenamente no ar que respiram os juristas”²⁴.

²⁴ ZAGREBLESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Marina Gascón (trad.). 7ª ed. Madrid: 2007, p. 10.