

ROBSON RENAULT GODINHO ⁽¹⁾

1. Introdução

O tema que enfrentaremos possui amplo espectro de abordagem, razão pela qual cumpre delimitar, desde já, o objeto desta tese: examinaremos a legitimidade do Ministério Público para a tutela de *direitos individuais indisponíveis* e a repercussão da decisão judicial na esfera jurídica do titular do direito material. Verifica-se, assim, que estudaremos o instituto da substituição processual em seu enfoque clássico, como descrito no artigo 6º do Código de Processo Civil.

Essa ressalva, embora pareça desnecessário truísmo, possui lugar na medida em que é comum a afirmação de que o Ministério Público, quando atua na tutela dos direitos transindividuais, também assume a natureza de substituto processual. Não nos parece correta essa abordagem e, não obstante se tratar de discussão fascinante, dela não nos ocuparemos neste texto. ⁽²⁾

Examinaremos, portanto, a compatibilidade existente entre o perfil constitucional do Ministério Público e a tutela de direitos individuais, sempre

^(*) Trabalho apresentado originalmente como tese no XXV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (1º lugar).

⁽¹⁾ Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP.

⁽²⁾ Sobre a polêmica acerca da natureza da legitimidade para as ações coletivas, todos as obras que cuidam do processo coletivo trazem alguma abordagem, sendo ocioso citar uma extensa bibliografia. As diversas opiniões doutrinárias a respeito são bem descritas, entre outros, por NERY JUNIOR. *Ação civil pública no processo do trabalho. Ação Civil Pública – 15 anos*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2001, pp. 567/572. Também abordamos no seguinte trabalho: “O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. Processo Civil Coletivo.” Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, especialmente nas páginas 613/615. Em linhas gerais, entendemos que esse debate é equivocado por pretender trabalhar com categorias do processo individual, não havendo necessidade de se buscar um paralelo com os institutos processuais clássicos para se compreender o processo coletivo. Estamos diante de um processo com suas peculiaridades próprias, entre as quais avulta a questão da legitimidade e uma nova realidade não tem que se prender a classificações antigas, que foram elaboradas diante de outro contexto. Na tutela coletiva, a “substituição” dos titulares do direito é a regra, de modo que até mesmo soa excêntrico tratar essa legitimidade como “extraordinária”. Cumpre registrar que no clássico estudo de VINCENZO VIGORITI, após ampla análise da questão, já se concluía no sentido de ser ordinária a legitimidade para ações coletivas (*Interessi Collettivi e Processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, pp. 149/150).

mirando a instituição como um instrumento otimizador de uma adequada tutela de direitos, vocacionada para a realização integral da garantia do acesso à justiça delineada na Constituição.

Assinale-se que o Ministério Público pode efetivamente contribuir para o acesso à justiça e, conseqüentemente, para a tutela de direitos, mas qualquer traço de ufanismo 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. Como adverte BARBOSA MOREIRA, *"o que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos. Acalentar expectativas altas demais expõem-nos ao perigo de cair com facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com freqüência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuséramos ao alcance da nossa mão, passamos a descrever da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão da onipotência torna-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo"*⁽³⁾.

2. O Ministério Público como parte autora: generalidades

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⁽⁴⁾, 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*

⁽³⁾ "Efetividade do processo e técnica processual." *Temas de Direito Processual* (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21.

⁽⁴⁾ 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. 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).

relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais".⁽⁵⁾

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

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

Para o estudo que empreenderemos, partiremos das seguintes premissas básicas: 1) a legitimidade para agir é uma questão constitucional⁽⁶⁾; 2) a legitimidade do Ministério Público decorre dos arts. 127 e 129, IX, da Constituição; 3) a outorga de legitimidade ao Ministério Público dá efetividade ao direito constitucional de acesso à tutela jurisdicional adequada; 4) o Ministério Público é um instrumento legitimado constitucionalmente de acesso à justiça.

3. Legitimidade para agir

A tutela jurisdicional é buscada por meio de uma demanda instrumentalizada em uma petição inicial e o sistema processual possibilita que o juiz, em uma análise preliminar sobre o conteúdo da pretensão do autor, examine se estão presentes condições necessárias para o legítimo exercício do direito de ação⁽⁷⁾.

A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência das denominadas condições da ação, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores,

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

⁽⁶⁾ Como afirma GERMÁN J. BIDART CAMPOS, "la cuestión procesal que se suscita con la legitimación recae siempre, de un modo o de otro, en el ámbito del derecho constitucional" ("El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación." *La Legitimación – homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 21).

⁽⁷⁾ Não obstante o Código de Processo Civil consagrar a categoria das condições da ação como requisito de admissibilidade do processo, as divergências doutrinárias são constantes. Como referência às polêmicas existentes, confira-se, exemplificativamente, a recente tese de doutoramento de FREDIE DIDIER JUNIOR: *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, especialmente páginas 203/296, em que afirma que "o mais correto seria proscurever as condições da ação da dogmática jurídica e, por tabela, do sistema jurídico, pois, ou compõem o próprio mérito da causa, ou podem ser enquadradas na categoria dos 'pressupostos processuais' ou dos requisitos de admissibilidade do processo" (pp. 215/216).

não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada ⁽⁹⁾. Ou seja: a ação concretamente exercida é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de condições impostas pelo ordenamento.

Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade desarrazoadas, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça ⁽¹⁰⁾.

Nessa linha, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE afirma com precisão que não pode o legislador infraconstitucional impedir ou apresentar óbice injustificável ao exame de pretensões pelo Judiciário. ⁽¹¹⁾

O certo é que nosso sistema processual trabalha com condições de admissibilidade da demanda e uma dessas condições é exatamente a legitimidade para agir, de que nos ocuparemos mais pormenorizadamente nesse item.

A legitimidade é de ser verificada, pois, a partir da situação jurídica afirmada no processo (*in statu assertionis*), sendo irrelevante perquirir-se a efetiva existência do direito alegado ⁽¹²⁾. Ou seja, a legitimidade é aferida pelo exame da situação

⁽⁹⁾ BEDAQUE. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 62.

⁽¹⁰⁾ Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embarquem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdiccional: "Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico *pro actione* opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga 'la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles', si proscribire aquellas decisiones de inadmisión que 'por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican'" (Apud PEREZ, Jesús González. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3ª ed. Madri: Civitas, 2001, pp. 74/75).

⁽¹¹⁾ Legitimidade processual e legitimidade política. *Processo Civil e Interesse Público – O Processo como Instrumento de Defesa Social*. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003, p. 103. Como corretamente assinala BIDART CAMPOS, "actualmente, el problema de la legitimación no puede recluirse en el derecho procesal como cuestión a resolver exclusivamente por sus normas. El cordón umbilical que anuda lo procesal con lo constitucional no tolera cortarse porque, de ocurrir tal cosa, se puede frustrar el sistema de derechos y el sistema garantista. Basta una pregunta para esclarecer la afirmación: ¿de qué vale y de qué sirve que un sistema de derechos resulte todo lo completo que es posible, y que lo auxilie la cobertura de un sistema garantista idóneo, si el justiciable que postula el acceso a un proceso ve rechazada o denegada su legitimación? [...] Cada día más nos convencemos de que toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación." (Ob. cit., pp. 17/18).

⁽¹²⁾ BARBOSA MOREIRA. "Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial." *Temas de Direito Processual* (primeira série). São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199. Confira-se também do mesmo autor: *Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. Direito Aplicado II (pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 376/377.

legitimante à luz do que é exposto na inicial, como se o juiz raciocinasse da seguinte forma: “admitida a veracidade dos fatos alegados pelas partes, é a elas que a lei dá legitimidade, respectivamente, para propor ou contestar a ação?”⁽¹²⁾

Quando a titularidade da ação coincide com a titularidade do direito afirmado na demanda, a legitimidade é ordinária; no caso de a ação ser utilizada por outrem que não aquele que se aponta como titular do direito material, a legitimidade passa a ser extraordinária.

4. 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⁽¹³⁾. O legitimado ordinário é aquele que comparece em juízo para defender direito próprio, coincidindo a titularidade da relação processual com a relação material; já o legitimado extraordinário, embora autorizado pelo sistema normativo a ingressar no processo e conduzi-lo validamente, não é o titular do direito litigioso, não havendo coincidência entre a situação legitimante e a situação deduzida em juízo. Enquanto o legitimado ordinário encontra na sentença o regramento de sua própria situação, o legitimado extraordinário se depara com a disciplina de situação alheia, que até pode repercutir na sua, como assinala BARBOSA MOREIRA.⁽¹⁴⁾

É importante salientar algumas características básicas da substituição processual⁽¹⁵⁾: a) a substituição processual é excepcional⁽¹⁶⁾ 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⁽¹⁷⁾; 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.

⁽¹²⁾ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I São Paulo: RT, 1974, p. 91.

⁽¹³⁾ Anote-se que, para THEREZA ALVIM, a legitimidade extraordinária é pressuposto processual e não condição da ação (*O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996, pp. 79/87).

⁽¹⁴⁾ *Apontamentos...* cit., p. 60.

⁽¹⁵⁾ Mais amplamente, inclusive com referências ao novo Código Civil: DIDIER JR. *Pressupostos...* cit., pp. 253/260.

⁽¹⁶⁾ No que se refere ao processo individual, evidentemente. Para aqueles que entendem que a legitimação coletiva também é extraordinária, essa modalidade passou a ser a regra (cf. ARRUDA ALVIM. “Notas atuais sobre a figura da substituição processual.” *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n° 106, abril/junho de 2002, p. 27).

⁽¹⁷⁾ CAMPOS JR., Ephraim. *Ob. cit.*, pp. 74/75.

5. O Ministério Público como substituto processual: a defesa dos direitos individuais indisponíveis

Interessa-nos nesse item o exame da possibilidade de o Ministério Público defender judicialmente direito individual indisponível, atuando como seu substituto processual. Nas noções gerais abordadas no item anterior, foi visto que não é nenhuma novidade outorgar ao Ministério Público a condição de substituto processual, mas ainda assim há certo desconforto na doutrina e na jurisprudência quando se deparam com ações ajuizadas pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais.

Em recente estudo sobre a substituição processual, 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"* (18).

Em nossa opinião, o tema não foi bem compreendido pelo ilustre processualista e por parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (19), o que nos motivou a escrever esse trabalho a fim de tentar demonstrar o desacerto dessa tese restritiva.

É certo que a substituição processual necessariamente deve ser precedida de autorização normativa (20), 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

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

¹⁹ Confira-se esta ementa, que nega a possibilidade de o Ministério Público ser substituto processual: *"Recurso Especial. Ministério Público. Legitimidade. Ação Acidentária. Propositura. A ratio essendi da intervenção do Ministério Público nas ações acidentárias, calcadas na responsabilidade civil, é o interesse público consubstanciado na preocupação do Estado de defender aquele que sofre perda ou redução laboral ou à família de quem é vitimado no trabalho. Nestes casos, atua o Parquet como fiscal da lei. Não tem legitimidade para propor ação de reparação de danos, ainda que em favor de incapazes substituídos, pois, tal como nas ações alimentícias, não é função institucional deste órgão a defesa do direito material individual da parte. A situação de pobreza dos atingidos pelo acidente do trabalho não confere ao Ministério Público legitimidade para promover a ação indenitória, ficando a cargo da Defensoria Pública exercer o munus constitucional de orientar e defender gratuitamente os necessitados."* (REsp 120022/MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 29.10.2001, p. 200). Embora concordemos parcialmente com a conclusão da ementa, discordamos veementemente de algumas premissas, como a impossibilidade de o Ministério Público tutelar direitos individuais indisponíveis. Realmente, no caso objeto de julgamento, o simples fato de uma pessoa ser economicamente hipossuficiente não torna, por si só, o Ministério Público legitimado para o ajuizamento da pretensão indenizatória, exatamente por inexistir a nota da indisponibilidade. De todo modo, essa ementa ilustra a confusão conceitual que invariavelmente grassa na jurisprudência em relação à atividade do Ministério Público como substituto processual.

²⁰ O que não significa que necessariamente seja autorização legal.

instituição para a defesa de quaisquer direitos individuais indisponíveis, além de as leis orgânicas da Instituição também autorizarem a substituição processual.

Ao assentarmos as premissas desse trabalho, assinalamos que 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 imediata ⁽²¹⁾.

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.

Entretanto, lamentavelmente, o Superior Tribunal de Justiça considerou o Ministério Público ilegítimo para pleitear o fornecimento de medicamentos para pessoa idosa ⁽²²⁾, entendendo que a ação foi ajuizada antes do Estatuto do Idoso

⁽²¹⁾ As normas constitucionais sobre competência – e sobre atribuição, evidentemente – são classicamente consideradas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89).

⁽²²⁾ Recurso Especial nº 664.978/RS, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.08.2005, p. 266. O precedente citado no julgamento em questão foi o REsp nº 682.823/RS, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 01/03/05, cuja íntegra do voto é a seguinte: “*Está claro que, na demanda, o Ministério Público defende direito individual da menor, o que lhe está vedado por via de ação civil pública. Tenha-se presente que na ação civil pública atua o Parquet como substituto processual da sociedade, que exige o cumprimento da lei: no caso, o direito de todas as crianças no Estado do Rio Grande do Sul, da faixa etária da menor, de terem garantida assistência médico-hospitalar. Por via da ação civil pública, está o MP legitimado a defender os interesses transindividuais, sem vinculação a qualquer das partes, diferentemente do que ocorre quando interõem em razão de interesse público ligado a condições especiais de uma pessoa, como por exemplo, um incapaz determinado, um acidentado do trabalho, uma pessoa portadora de deficiência etc. O MP pode, efetivamente, agir como representante ou substituto processual de pessoa determinada, mas é necessário, na hipótese, saber o porquê da representação ou da substituição, pois os pais representam o menor e só em casos específicos é que o MP age em favor deste, como bem exposto por HUGO NIGRO MAZZILLI: “A possibilidade de o Ministério Público agir como autor no processo civil supõe autorização taxativa na lei, salvo as hipóteses de legitimação genérica nas ações civis públicas em defesa de interesses transindividuais”. (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 16ª ed., pág. 90). Assim compreendendo a questão, nego provimento ao recurso especial. É o voto.” Outro dado curioso do acórdão é a doutrina em que se baseia a Ministra Relatora, já que, sabidamente, HUGO NIGRO MAZZILLI dedica a maior parte de sua produção científica ao estudo do Ministério Público e, como profundo conhecedor da matéria, não defenderia, ao arrepio da Constituição, uma atuação*

– o que talvez revele uma futura abertura jurisprudencial, embora tenha sido ignorado o artigo 462 do Código de Processo Civil – e que não se pode defender direito individual por meio de ação civil pública.

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

No que se refere aos direitos individuais indisponíveis de crianças e adolescentes, o Superior Tribunal de Justiça recentemente rejeitou a possibilidade de o Ministério Público atuar como substituto processual. Confira-se:

“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 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.

tão tímida da instituição. A citação que fundamenta o acórdão está fora de contexto, bastando a leitura das páginas seguintes à citada no voto para comprovar a inconsistência do raciocínio artificialmente construído.

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, LXXIV". Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente."⁽²³⁾

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.

Além de ação judicial para fornecimento de medicamentos⁽²⁴⁾, do tratamento adequado de saúde e da ação de alimentos, que examinaremos pormenorizadamente em item próprio, o Ministério Público é legitimado, exemplificativamente, para as seguintes ações individuais: registro tardio de nascimento – ação fundamental para o resgate da cidadania de idosos e da qual decorrem diversos direitos; interdição; revogação de instrumento de procuração; anulação de negócio jurídico; afastamento do lar de parentes que causem maus-tratos à criança, adolescente e idosos; ação de suspensão ou destituição do poder familiar; ação para garantir internação hospitalar para tratamento do idoso contra planos e seguros de saúde; *habeas corpus* para fazer cessar constrangimento decorrente de internação indevida em clínicas⁽²⁵⁾; ação visando a garantir o direito

⁽²³⁾ Superior Tribunal de Justiça – REsp 684594/RS – Rel. Min. Castro Meira, DJ 10.10.2005, p. 318.

⁽²⁴⁾ O art. 15, § 2º, do Estatuto do Idoso dispõe que "incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação".

⁽²⁵⁾ O cabimento de *habeas corpus* contra ato de particular é plenamente possível (STJ – HC 35301/RJ – DJ 13.09.2004, p. 231. Rel. Ministra Nancy Andrighi). Pode ser que na prática não haja necessidade de tal medida, já que, diante também da prática de crime, a prisão do responsável pelo

à educação; ajuizamento das medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso *etc.*

No Estado do Rio de Janeiro ocorreu uma situação curiosa, que foi parcialmente corrigida pelo Tribunal de Justiça local. A hipótese foi a seguinte: o Ministério Público, após realizar vistorias em dois hospitais psiquiátricos, ajuizou noventa e seis ações visando à interdição e o registro tardio de nascimento dos pacientes, a grande maioria idosos, que se encontravam sem qualquer amparo, em situação de evidente risco. A juíza de primeiro grau reuniu todas as ações alegando haver conexão e as extinguiu sem julgamento do mérito, sob o argumento de ausência de interesse processual e ilegitimidade ativa, não sem antes asseverar que havia “noventa e seis pessoas internadas em dois hospitais psiquiátricos, abandonadas por parentes e familiares, todas com laudos fornecidos pelos médicos daqueles nosocômios indicando que padecem de doenças irreversíveis que as tornam incapazes para os atos da vida civil”. Ou seja: mesmo reconhecendo que havia diversas pessoas em situação de completo abandono, negou-se legitimidade e interesse ao Ministério Público para o ajuizamento de uma ação que visava a tutelar seus direitos, em total incompreensão de todos os dispositivos vigentes no ordenamento, iniciando pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso à tutela jurisdicional, passando pelo perfil do Ministério Público na Constituição, até chegar a diversas normas infraconstitucionais, como o Código Civil, as leis que tutelam as pessoas portadoras de deficiência, o Código de Processo Civil e, por fim, o Estatuto do Idoso. Dando seqüência à cadeia de erros, a sentença ainda determinou que os registros tardios se realizassem por meio de portaria do juízo, que, pelo visto, foi considerado por si próprio o único substituto processual adequado, subvertendo todos os princípios que regem a espécie. O Tribunal de Justiça, por maioria, reformou parcialmente a sentença para reconhecer a legitimidade e o interesse do Ministério Público para o ajuizamento da ação de interdição, mas entendeu estar prejudicado o registro tardio de nascimento em razão da portaria do juízo.⁽²⁶⁾

Esse inusitado julgamento demonstra que, mesmo diante da expressa autorização normativa para que o Ministério Público tutele direitos dos idosos, ainda há séria resistência ao reconhecimento da legitimidade institucional para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, de modo que é necessário persistir no trabalho de convencimento dos julgadores, seja por meio de trabalhos acadêmicos e doutrinários, seja pelo ajuizamento das ações pertinentes, cujas hipóteses foram enunciadas exemplificativamente em linhas anteriores.

Remarque-se que a legitimidade outorgada ao Ministério Público para a defesa de interesses sociais e direitos individuais indisponíveis, na medida em que

estabelecimento é cabível e a libertação do idoso é consequência, mas entendemos ser interessante lembrar essa hipótese em razão de sua excepcionalidade. Sobre o tema, com conclusão contrária ao cabimento do *habeas corpus* contra ato de particular, confira-se: HAMILTON, Sergio Demoro. “O *habeas corpus* contra ato de particular.” *Revista da EMERJ*, n° 32, pp. 99/109, 2005.

⁽²⁶⁾ Apelação Cível n° 2004.001.27178 – Rel. para acórdão, Des. Marco Antonio Ibrahim – D.O. 14/02/05, pp. 38/41.

amplia o acesso à justiça e possibilita maior êxito na tutela de direitos, é inequivocamente um meio de tornar o *processo socialmente efetivo*, que, segundo BARBOSA MOREIRA, é o “*processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial*” ⁽²⁷⁾.

5.1. A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação de alimentos

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.” ⁽²⁸⁾

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça é lamentável e igualmente decorre de uma interpretação equivocada do Estatuto da Criança e do Adolescente, 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.

⁽²⁷⁾ “Por um processo socialmente efetivo.” *Revista de Processo*. nº 105. São Paulo: RT, janeiro/março de 2002, pp. 181/182.

⁽²⁸⁾ 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 questão constitucional.” *Revista de Direito de Família*, nº 08. Síntese/IBDFAM, janeiro/março de 2001.

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/PR ⁽²⁹⁾, 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 em favor de menor, estendendo a legitimidade à fase

⁽²⁹⁾ DJ 01/03/1999, p. 321 - Relator p/ Acórdão Min. Barros Monteiro.

executiva ⁽³⁰⁾, sem, contudo, mencionar a questão do poder familiar, que obviamente se faz presente, demonstrando uma incongruência jurisprudencial.

Entendemos, portanto, ser compatível com a Constituição a legitimidade conferida ao Ministério Público para o ajuizamento de ação de alimentos em favor de idosos em situação de risco e de incapazes, tendo em vista que, em última análise, estará sendo tutelado o direito à vida, por meio de uma ação judicial que visa a garantir o mínimo existencial necessário para o substituído, estando presente, assim, a nota da indisponibilidade do direito.

Realmente, como bem observa SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, “é fácil avaliar a importância da matéria alimentar, respeitante aos mais fundamentais dos direitos humanos: o de viver e de viver com dignidade. Este enfoque é indispensável a uma abordagem correta do assunto, a uma elaboração melhor do instituto, a uma análise justa dos dispositivos pertinentes. Não se está diante de interesses meramente patrimoniais, de conveniências econômico-financeiras plenamente disponíveis, regidas pelo direito das obrigações. [...] Os alimentos possibilitam a vida e a vida em condições de dignidade” ⁽³¹⁾.

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 mínimo ⁽³²⁾ 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.

Negar legitimidade ao Ministério Público em hipóteses desse jaez é ignorar a Constituição e significa fechar os olhos para a realidade do país, valendo lembrar que “o direito à tutela jurisdicional efetiva requer que os olhos sejam postos não apenas no direito material, mas também na realidade social” ⁽³³⁾.

6. Substituição processual e eficácia subjetiva da coisa julgada

Embora a eficácia da coisa julgada oriunda de processo em que tenha havido substituição processual tenha dado margem “às mais diversas e contraditórias construções doutrinárias” ⁽³⁴⁾, é corrente na doutrina que, do ponto de vista processual, “a consequência mais importante da substituição processual consiste precisamente em que a sentença proferida, no processo, produz efeitos, revestidos da

⁽³⁰⁾ “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).

⁽³¹⁾ “A transmissão da obrigação alimentar”. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 143.

⁽³²⁾ Sobre o tema: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*.

⁽³³⁾ MARINONI. *Técnica...* cit., p. 190.

⁽³⁴⁾ CINTRA. *Estudo...* cit., p. 753.

autoridade da coisa julgada, para quem não foi parte processual, pois atinge alguém que ficou estranho ao processo”⁽³⁵⁾, alargando-se os limites subjetivos da coisa julgada e especificando⁽³⁶⁾ o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil.

Essa afirmação pode ser considerada tranqüila quando se tem em vista as raríssimas hipóteses de substituição processual exclusiva, mas se torna altamente controvertida diante de casos de legitimação concorrente, que é a mais comum forma dos casos de substituição processual.⁽³⁷⁾ A maioria da doutrina⁽³⁸⁾ entende que, em qualquer hipótese de substituição processual, há extensão subjetiva da coisa julgada material e assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao menos em uma ocasião⁽³⁹⁾.

Em sentido contrário, ou seja, de que não haveria extensão da coisa julgada aos demais legitimados, temos a conhecida teoria de Liebman acerca da coisa julgada em casos de litisconsórcio facultativo unitário, em que defende a idéia de que a sentença somente atingirá a todos os legitimados se for para beneficiá-los⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁵⁾ CAMPOS JR. Ob. cit., pp. 78/79, com outras citações bibliográficas.

⁽³⁶⁾ Termo utilizado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem não se trata de exceção ao disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, mas de especificação (*Instituições de Direito Processual Civil vol. III. 4ª ed.*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 321).

⁽³⁷⁾ A polêmica também existe em casos de litisconsórcio unitário (cf., por todos, BARBOSA MOREIRA. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, pp. 138/149). Aliás, BARBOSA MOREIRA enuncia a seguinte regra: “*tudo litisconsórcio entre co-legitimados extraordinários é unitário*” (*idem*, p. 150).

⁽³⁸⁾ Além dos autores mencionados por EPHRAIM CAMPOS JR., podemos citar, sem a menor pretensão de sermos exaustivos, os seguintes: DINAMARCO (*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 321/323); SCARPINELLA BUENO (*Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 51/54); ARAKEN DE ASSIS (*Substituição processual*, cit., pp. 22/23); THEREZA ALVIM (ob. cit., pp. 103/111); SEVERO NETO (*Substituição Processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pp. 189/208); AGUIAR MOURA (*Digesto de Processo*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 264/265); BARBOSA MOREIRA (*Litisconsórcio... cit.*, pp. 149/150); TESHEINER (*Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, pp. 82/83); ARAÚJO CINTRA (*Estudo...cit.*, pp. 753/755, e *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 318/319); NERY JUNIOR e NERY (*Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 402).

⁽³⁹⁾ “*Processo civil. Ação proposta por netos visando ao reconhecimento da invalidade de venda realizada pelo avô (falecido) a tio, por meio de interposta pessoa. Improcedência. Trânsito em julgado. Novas ações promovidas por outros descendentes do autor da herança buscando, da mesma forma e com base em idêntica “causa petendi”, o retorno do bem ao acervo hereditário, extensão subjetiva da “res iudicata” estabelecida na primitiva causa. Substituição processual. Legitimação concorrente. Arts. 6º, e 472, CPC, e 1.132 e 1.580, parágrafo único, CC. Recurso desacolhido. I – Os descendentes co-herdeiros que, com base no disposto no parágrafo único do art. 1.580, CC, demandam em prol da herança, como na ação em que postulam o reconhecimento da invalidade de venda realizada pelo seu autor com afronta ao art. 1.132, CC, agem como mandatários tácitos dos demais co-herdeiros aos quais aproveita o eventual reingresso do bem na “universitas rerum”, em defesa também dos direitos destes. II – Atuam, destarte, na qualidade de substitutos processuais dos co-herdeiros prejudicados que, embora legitimados, não integrem a relação processual como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais, impondo-se a estes, substituídos, sujeição a “*autoritas rei iudicatae*”.* (REsp 44925 / GO – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJ 15.08.1994, p. 20339).

⁽⁴⁰⁾ Cf. CAMPOS JR. Ob. cit., pp. 79/80. Os textos de LIEBMAN sobre o tema estão publicados em seu *Eficácia e Autoridade da Sentença – e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*. ALFREDO BUZAIID e BENVINDO AIRES (trad.). ADA PELLEGRINI GRINOVER (trad. e notas). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Em outro ensaio – que é exatamente o mencionado por EPHRAIM

MONIZ DE ARAGÃO, a seu turno, examina expressamente a hipótese de substituição processual e conclui que “ou é assegurada a participação no processo, mediante convocação oportuna de todos os que devem ficar futuramente sujeitos à autoridade da coisa julgada que dela emanará, ou esta não os vinculará”⁽⁴¹⁾.

Mais recentemente, EDUARDO TALAMINI defende a idéia de que o substituído seria atingido pela coisa julgada em três situações: a) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez; b) se o sujeito tinha (ou deveria ter) ciência do processo em que ocorria a substituição; c) se houver a possibilidade de o substituído participar, caso queira, do processo⁽⁴²⁾.

CAMPOS JR. -, LIEBMAN, na verdade, trata do já mencionado problema da coisa julgada em casos de litisconsórcio facultativo unitário e expressamente exclui se tratar de substituição processual (ob. cit., pp. 229/237 e notas de ADA GRINOVER nas páginas 238/243, situando bem a questão no direito brasileiro). A teoria de LIEBMAN foi criticada com maestria por BARBOSA MOREIRA em parecer publicado em seu *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres* (“Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente”). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 273/294, especialmente pp. 281/286. Em recente trabalho, ADA PELLEGRINI GRINOVER revê seu posicionamento anterior e expressamente adere ao pensamento de BARBOSA MOREIRA (“Coisa julgada *erga omnes*, *secundum eventum litis* e *secundum probationem*.” *Revista de Processo* n° 126. São Paulo: RT, agosto de 2005, p. 13). JOSÉ ALBERTO DOS REIS informa que essa concepção de que a coisa julgada só vincularia o “terceiro” para beneficiá-lo foi inspirada em solução dada no direito justianeu para os casos de servidão que interessava a vários proprietários e, após afirmar, referindo-se à sua época, que não há “jurista de alta categoria” que aceite essa solução, conclui que “ou há ou não há fundamento para, em determinadas situações jurídicas, estender o caso julgado a terceiros; se há, o caso julgado vincula-os, quer lhes seja favorável, quer lhes seja prejudicial, porque a razão do vínculo não pode estar na circunstância acidental e extrínseca de a sentença ter decidido em certo sentido; só pode estar numa causa mais íntima e profunda: a conexão ou dependência em que a relação jurídica em que o terceiro é interessado se encontra para com a relação jurídica apreciada e definida pela sentença” (“Eficácia do caso julgado em relação a terceiros.” *Coleção AJURIS/19*. Porto Alegre: 1985, pp. 89 e 91).

⁽⁴¹⁾ *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, pp. 301/302. Em trabalho ainda inédito, GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA entende que somente será constitucional estender os efeitos da coisa julgada ao substituído se for para lhe beneficiar: “Outra consequência que se extrai da leitura constitucional do processo civil à luz da garantia constitucional do contraditório é a revisitação dos institutos da substituição processual e da coisa julgada, de sorte a fixar o critério *secundum eventum litis* para a coisa julgada em relação ao titular do direito que foi substituído no processo. Ninguém, por imposição constitucional, poderá ser prejudicado por uma decisão sem ter tido qualquer oportunidade de ser ouvido. Nesses casos, somente deverá ocorrer coisa julgada para o titular do direito que não tenha participado do contraditório se a decisão lhe for favorável. É essa a orientação já prevista no art. 103 do CDC, em sede de coisa julgada coletiva” (“Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório”. Trabalho ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor). Discordamos dessa posição pelas razões que declinamos no corpo de nosso trabalho, podendo ainda ser acrescido o fato de que será difícil saber com exatidão o que efetivamente é favorável ao substituído, já que a procedência do pedido formulado pelo substituído não significa necessariamente a satisfação do substituído. Em outra perspectiva, mas em termos bastante semelhantes, vale conferir a argumentação de BARBOSA MOREIRA no parecer citado na nota anterior (*Coisa julgada...* cit., especialmente páginas 282 e 283).

⁽⁴²⁾ “Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada).” *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, pp. 223/224. Suas idéias também estão em sua densa tese de doutoramento: *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, especialmente nas páginas 96/122, sendo que o trecho citado se encontra na página 115.

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 ⁽⁴³⁾.

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 ⁽⁴⁴⁾.

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 ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ *Partes... cit.*, p. 225. *Coisa... cit.*, p. 115.

⁽⁴⁴⁾ No que se refere às ações de paternidade, ainda merece ser mencionada a recente discussão acerca do que vem se denominando de *relativização da coisa julgada material*, cuja abordagem crítica, no entanto, não encontra espaço neste trabalho (confira-se a discussão sobre o tema, inclusive com outras indicações bibliográficas, em duas obras coletivas: NASCIMENTO, Carlos Válder (coord.) *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. DIDIER JR., Fredie (org.) *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Salvador: Edições JUSPodivm, 2004).

⁽⁴⁵⁾ Sobre o ingresso do substituído na fase recursal, confira-se, por todos, DIDIER JR.: *Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 122.

Um exemplo para ilustrar a hipótese ⁽⁴⁶⁾, uma criança recebe a notícia de que terá sua matrícula escolar cancelada em razão de necessitar de cuidados especiais que não podem ser prestados pelo estabelecimento de ensino. Diante desses fatos, aciona-se o Ministério Público, cujo presentante ajuíza uma ação com que se pretende obrigar a escola a manter a matrícula, a fim de preservar o direito à educação do menor. Na sentença, o juiz determina apenas que a escola mantenha a criança matriculada até o final do ano letivo, a fim de não prejudicar a evolução de seus estudos, mas entende que não pode obrigar a continuação indefinida da relação contratual, especialmente porque o menor efetivamente necessitava de um estabelecimento de ensino mais adequado para suas condições psicológicas. Pode ocorrer que haja um desencontro volitivo entre o substituto e o substituído, querendo este último recorrer da sentença, enquanto aquele concorda com seu conteúdo. Em situações desse jaez, é fundamental que o Ministério Público informe o teor da decisão e esclareça sua concordância com o decidido e as implicações daí decorrentes, a fim de que o titular do direito material possa evitar a formação de uma coisa julgada que não atende a seus interesses. Considerando-se que invariavelmente o Ministério Público atua em favor de pessoas em situação de risco, que nem sempre possuem condições satisfatórias para a compreensão dos efeitos de uma decisão judicial e de sua irreversibilidade, parece-nos que apenas a ciência formal do ajuizamento da ação é insuficiente para se garantir a adequada informação das conseqüências potencialmente decorrentes do processo, de modo que, no atendimento da parte ou até em audiência, devam ser prestadas as informações necessárias para o esclarecimento do titular do direito material. Trata-se mais de um comportamento ético do que técnico, cuja inobservância não possui o condão de evitar a formação de coisa julgada oponível ao substituído.

Entendemos que negar que a coisa julgada material atinja o substituído que não tenha integrado o processo é negar a natureza do próprio instituto da substituição processual. Se aquele que foi substituído e se manteve fora do processo ficar imune ao resultado desse mesmo processo, não estaremos diante de substituição processual, mas, sim, de legitimação ordinária, já que o substituto na realidade não estará regulando situação alheia. O fundamento e a importância prática da substituição processual consistem exatamente na disciplina processual de direito alheio. Negando esse efeito, mutila-se o instituto, tornando-o imprestável para sua finalidade principal ⁽⁴⁷⁾.

Acrescente-se que, como bem observado por FREDIE DIDIER JR., a extensão subjetiva da coisa julgada é imposição do princípio da igualdade, já que, "se

⁽⁴⁶⁾ O exemplo ora formulado decorre de um caso concreto que nos foi relatado pela diligente Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Agnes Mussliner, que, corretamente, adotou todas as providências para que o menor recorresse da sentença, embora com ela concordasse o Ministério Público, prestando todos os esclarecimentos e contribuindo efetivamente para o integral acesso à justiça.

⁽⁴⁷⁾ Evidentemente, o próprio sistema que autorizou a legitimidade extraordinária pode restringir os limites subjetivos da coisa julgada, mas, exatamente em razão da natureza e da função da substituição processual, tal fato é excepcional e deve ser expresso (p. ex: arts. 274 e 1647, II, do Código Civil e arts. 10 e 952 do Código de Processo Civil).

assim não fosse, o réu da demanda proposta pelo substituto processual litigaria em processo que jamais poderia vencer, pois, mesmo se derrotasse o substituto, a decisão não seria oponente ao substituído, que poderia propor novamente a mesma demanda. Seria processo em que apenas uma das partes poderia ganhar. A atribuição da legitimação extraordinária implica o reconhecimento de que um determinado sujeito pode defender, de maneira eficaz, os interesses de outrem. Assim, a extensão da coisa julgada ao substituído é disso consequência inexorável.”⁽⁴⁸⁾

7. Observações finais

Negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela dos direitos individuais indisponíveis pode significar um evidente amesquinamento ou uma mutilação da garantia constitucional do acesso à justiça. Se é verdade que *“a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais”*⁽⁴⁹⁾, a correta percepção da legitimação constitucional do Ministério Público serve exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos.

Espera-se que doutrina e jurisprudência evoluam para uma interpretação constitucionalmente adequada da legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos indisponíveis e que futuramente as decisões restritivas sejam lembradas apenas como um equívoco definitivamente sepultado.

A propósito, vale transcrever trechos de uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que nos aponta um tempo mais alvissareiro para a realização de direitos:

“Constitucional. Saúde. Ministério Público: legitimidade. Tratamento médico. I. – O direito à saúde, consequência do direito à vida, constitui direito fundamental, direito individual indisponível (C.F., art. 196). Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação em defesa desse direito (C.F., art. 127). II. – RE conhecido e provido. Assim equacionou a controvérsia o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto: “(...) o Ministério Público teve suas atribuições ampliadas pela Constituição Federal de 1988, alçando-se à categoria de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis,

⁽⁴⁸⁾ *Pressupostos... cit.*, p. 256.

⁽⁴⁹⁾ SOUSA SANTOS, Boaventura de. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas – o caso português*. 2ª ed., Porto: Centro de Estudos Judiciários/Afrontamento, 1996, p. 690.

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

ofensivo ao dispositivo constitucional invocado, C.F., art. 127. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento”⁽⁵⁰⁾.

Por fim, para demonstrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões foram criticadas em diversas passagens desse trabalho, dá claros sinais evolutivos na matéria, terminamos nosso estudo com a transcrição de uma ementa que corrobora nossa tese:

“Processual civil. Direito à saúde. Menor pobre. Obrigação do Estado. Ministério Público. Legitimidade. 1. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de menor pobre, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. 2. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de menor pobre. Precedentes: REsp 296905/PB e REsp 442693/RS. 3. O Estado, ao se negar a proteger o menor pobre nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível. 4. Embargos de declaração conhecidos e providos para afastar a omissão e complementar, com maior precisão, a fundamentação que determinou o provimento do recurso para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado”⁽⁵¹⁾.

O Ministério Público possui na figura da substituição processual um relevante instrumento para incrementar sua vocação constitucional de órgão facilitador do acesso a uma adequada tutela de direitos e a resistência a essa sua atividade significa, além de uma postura inconstitucional, um descompasso com a realidade social e uma falta de compromisso com o acesso à justiça.

⁽⁵⁰⁾ RE 394820/SP – Rel. Min. – Carlos Velloso – DJ 27/05/2005, p. 76 (destacamos).

⁽⁵¹⁾ EDcl no REsp 662033/RS – Rel. Min. José Delgado – DJ 13.06.2005, p. 183 (destacamos).

8. Referências Bibliográficas ^(**)

- ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996.
- ARAGÃO, Egas D. Moniz de. "HOBBS, MONTESQUIEU e a teoria da ação". *Revista de Processo*, nº 108. São Paulo: RT, outubro/dezembro de 2002.
- ARRUDA ALVIM. "Notas atuais sobre a figura da substituição processual." *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 106, abril/junho de 2002.
- _____. *Tratado de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: RT, 1990.
- ARMELIN, Donald. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1979.
- _____. "Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política." *Processo Civil e Interesse Público – O Processo como Instrumento de Defesa Social*. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003.
- ASSIS, Araken de. "Substituição Processual." *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 9, dezembro de 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária." *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente." *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. Legitimidade processual e legitimidade política. *Processo Civil e Interesse Público – O Processo como Instrumento de Defesa Social*. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. *El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación. La Legitimación – homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

^(**) Nesse item não será arrolada toda a bibliografia citada no decorrer do trabalho, mas apenas alguns estudos que nos parecem mais importantes para servir como referência acerca do objeto central de nossa tese.

- CAMPOS JR. Ephraim. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1985.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro." *Revista dos Tribunais*, nº 809. São Paulo: RT, março de 2003, p. 743 (trabalho publicado originalmente na *Revista dos Tribunais* nº 438, abril de 1972).
- DIDIER JR., Fredie. "Um réquiem às condições da ação – estudo analítico sobre a existência do instituto." Disponível em www.juspodivm.com.br/novo/.
- _____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o jtzuo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. (*Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- FABRÍCIO, Adroaldo. "Extinção do processo" e mérito da causa. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Jtzuo*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2004.
- OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1971.
- PÉREZ, Jesús González. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3ª ed., Madri: Civitas, 2001.
- REIS, José Alberto dos. "Eficácia do caso julgado em relação a terceiros." *Coleção AJURIS/19*. Porto Alegre: 1985.
- SALLES, Carlos Alberto de. *A Legitimação do Ministério Público para Defesa de Direitos e Garantias Constitucionais*. Dissertação de mestrado apresentada à USP, 1992.
- _____. "Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público." *Ministério Público – instituição e processo*. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord.). São Paulo: IEDC/Atlas, 1997.
- SEVERO NETO, Manoel. *Substituição Processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)." *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I, São Paulo: RT, 1974.