

A legitimidade do Ministério Público para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz (*)

SÉRGIO BUMASCHNY^(**)

1. Considerações introdutórias acerca da atribuição ministerial prevista no artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil.
2. Aspectos gerais da antecipação dos efeitos da tutela de mérito.
3. Posição do assunto na doutrina e jurisprudência.
4. Fundamentos da legitimidade ministerial.
5. Desdobramentos práticos da legitimação ministerial.
6. Conclusão .
7. Bibliografia.

1. Considerações introdutórias acerca da atribuição ministerial prevista no artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil

A promulgação da Constituição Federal em 1988, que veio a lume na esteira de todo o processo de redemocratização da sociedade brasileira encetado em finais da década de setenta, alterou substancialmente o cenário político-jurídico nacional, diante da instituição de uma série de direitos e garantias individuais e coletivas, encartados principalmente no rol de seu artigo 5º.

Aliás, tamanha foi a preocupação do legislador constituinte em tornar efetivos tais direitos e garantias que os erigiu em cláusula pétrea, situando-os, de tal sorte, no núcleo insuscetível de qualquer alteração posterior, pelo Poder Constituinte derivado (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF).

Mas, a par da previsão desses cânones fundamentais, alguns dos quais, conforme se abordará oportunamente, assumem especial relevo no tema objeto do presente ensaio - tais como os relativos à inafastabilidade da jurisdição e ao contraditório e ampla defesa -, teve a Constituição Federal de 1988 o relevante papel de sacramentar a nova roupagem institucional do Ministério Público, o qual já se desenhava nos anos anteriores, através da edição de legislações ordinárias esparsas, como, *v.g.*, a própria Lei nº 7.347/85, conhecida como a Lei

(*) O presente trabalho obteve o 3º lugar no "Prêmio de Estudos Jurídicos Luiz Carlos Cáfaro", promovido pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ) e pelo Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), com apoio do Centro dos Procuradores de Justiça (CEPROJUS).

da Ação Civil Pública. Assim, sem prejuízo das atribuições concernentes à persecução penal, aí se incluindo o salutar controle externo da atividade policial, deu-se a própria constitucionalização da legitimidade ministerial para a tutela dos interesses chamados indisponíveis, destacando-se, nesse contexto, a previsão para a promoção do inquérito civil e da ação civil pública.

Pode-se concluir, à luz de todas as atribuições consagradas nos artigos 127 e 129 da Carta Magna, que o novo perfil constitucionalmente assegurado ao *Parquet* lhe rendeu, sem qualquer exagero, o papel de verdadeiro defensor da ordem jurídica e de todo o grupo social, por meio de múltiplos mecanismos judiciais e extrajudiciais que se lhe puseram à disposição.

Dá se deflui que a exata compreensão da atuação do Ministério Público no âmbito do processo civil, ainda que não o tenha deflagrado na condição de autor da ação, não pode prescindir da aplicação dos princípios e regras constitucionais que, especificamente, se lhe aplicam - a começar pelo próprio rol de atribuições elencadas nos supramencionados artigos da Carta da República -, e bem assim dos próprios dogmas concernentes à função jurisdicional (art. 5º, incisos XXXV e LV).

Na esteira, portanto, de toda a evolução legislativa relativa ao papel do Ministério Público na sociedade brasileira, uma idéia assente na análise de sua atividade no processo civil, conforme se depreende das lições dos estudiosos que se ocuparam do tema, descansa no fundamento da indisponibilidade dos interesses em disputa, quer tenham estes cunho social, quer se revistam de índole puramente individual. Nesse sentido, aliás, é o abalizado entendimento do ilustre autor HUGO NIGRO MAZZILLI, para quem todo o interesse indisponível deve ser fiscalizado pelo Ministério Público, residindo nessa indisponibilidade, pois, a nota marcante de sua intervenção no feito cível, embora não exclusiva¹.

No que concerne, em especial, ao interesse indisponível de cunho individual, como se dá em relação ao incapaz - objeto específico do presente trabalho -, sustenta ainda o ilustre mestre paulista que, não obstante a recusa de alguns doutrinadores em entrever maior abrangência social em tal atribuição, não se pode negar a conveniência que representa para toda a coletividade a preservação de seus direitos e interesses (ostentem, ou não, cunho patrimonial). Com efeito, não há negar que o incapaz, diante das maiores limitações fáticas e jurídicas a que se sujeita, está a merecer do ordenamento jurídico todo um mecanismo especial de tutela.

Tendo em mira essa premissa fundamental, a saber, a indisponibilidade do direito ou interesse em litígio, mercê da condição individual de seu titular, e sobre a qual não grassam maiores controvérsias, no que diz com a consequente

¹ Segundo o autor, há ainda casos em que, embora não se vislumbre a indisponibilidade do interesse discutido no processo, o mesmo é dotado de "suficiente abrangência" ou "larga expressão social", a legitimar, de igual sorte, a intervenção do Ministério Público. HUGO NIGRO MAZZILLI, *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 210.

necessidade de intervenção do Ministério Público no processo civil correspondente, nos termos do que dispõe o artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil, cabe proceder ao exame, ainda que não muito aprofundado, da própria natureza jurídica dessa mesma intervenção. Vale dizer, cumpre analisar a que título o *Parquet* atua no processo quando um dos litigantes ou interessados for incapaz ².

É certo que não há entendimento absolutamente pacificado sobre a questão, bastando mencionar, a título de exemplo, que o ilustre processualista de São Paulo, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, entrevê na atuação ministerial em razão da presença de incapaz no processo a natureza jurídica de legitimação interventiva assistencial, ou seja, "legitimidade para coadjuvar o incapaz, suprindo eventuais falhas no exercício do direito de demanda ou de defesa" ³. Esse conceito, como se verá, repercutirá no entendimento do referido autor acerca do tema específico objeto deste trabalho.

Todavia, perfilha-se aqui a idéia de que, mesmo em razão da presença de interesses de incapaz na relação processual, a intervenção ministerial se dá a título de *custos legis*.

Mas o dissenso mais significativo acerca do tema, em sede doutrinária, refere-se aos próprios limites das prerrogativas e faculdades processuais cabentes ao Ministério Público, quando atua em razão da presença de incapaz no processo. Assim, parte da doutrina sustenta que, nessa hipótese, pode o Ministério Público, a par de pronunciar-se livremente quanto ao *meritum causae*, interpor recursos mesmo para fins de impugnação de decisões favoráveis ao incapaz, cuja presença na lide, precisamente, rende ensejo à sua intervenção no feito. Essa é a posição defendida por JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, para quem é sempre o interesse público que informa a condição de *custos legis* do *Parquet* ⁴.

Entretanto, outra respeitável corrente, embora ressalve que, nessa qualidade de *custos legis*, pode o Ministério Público pronunciar-se livremente quanto ao mérito da causa - inclusive para opinar no sentido da rejeição do pedido formulado pelo incapaz, ou do acolhimento do pedido formulado contra este - e bem assim opinar no sentido do desprovimento de seu recurso, ou do provimento do recurso interposto pela parte contrária, restringe-lhe algumas faculdades processuais, mormente para fins recursais. Tal orientação estriba-se no argumento de que, conquanto atue na condição de fiscal da lei nos processos

² Tenha-se em mira que a intervenção ministerial no processo civil pelo fundamento do art. 82, I, do CPC, justifica-se tanto na hipótese de um dos litigantes ser incapaz como também se houver um interessado que ostente tal condição, sem que necessariamente seja parte na relação processual. É o exemplo do espólio, em se tratando de sucessão em que haja herdeiros menores. Estes não são, em rigor, parte, condição restrita ao espólio, mas ao menos interessados, o que rende ensejo, do mesmo modo, à intervenção do Ministério Público no processo.

³ ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 223, e *Tutela Antecipada*, p. 513.

⁴ JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, *O Ministério Público e o processo civil*, pp. 48/49.

em que haja incapaz, não poderia o *Parquet* postular a reforma de uma decisão, que a despeito de lhe parecer injusta, se mostra favorável àquele, sob pena de acabar exercendo atos de impulso processual em prol de parte maior e capaz, em relação à qual inexistente respaldo jurídico-institucional para atuar.

Esse é o entendimento sustentado por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO. Aliás, preciso parece ser o seu magistério, ao ressaltar que, abstraída qualquer adjetivação da atuação do Ministério Público como fiscal da lei, por impertinente – fiscal imparcial ou fiscal assistente⁵ –, pode o respectivo órgão interpor recurso sempre que se tratar de decisão nula, ou seja, maculada por *error in procedendo* (na medida em que, em última análise, lhe incumbe, sempre, velar pela correta aplicação da lei, inclusive a processual) ou, já no âmbito do direito material, em face de decisão injusta que contrariar os interesses do incapaz cuja presença determinara a sua intervenção.

À luz dessas considerações preliminares, algumas observações já se podem extrair e doravante serão invocadas como fundamentos das idéias sustentadas no presente ensaio.

Diante da presença de interesses de incapaz no processo, é obrigatória a intervenção do Ministério Público no feito civil, em que velará pela validade da relação jurídico-processual e pela própria garantia do equilíbrio das forças dos litigantes, antes comprometido pelas naturais limitações impostas pela condição da parte incapaz, de molde a assegurar a plena observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Tudo isso sem se olvidar que lhe cabe, também, buscar a verdade real e a conseqüente realização da plena justiça. É-lhe possível, de tal sorte, participar ativamente da instrução probatória, podendo requerer a mais ampla produção de provas, a par de suprir lacunas e deficiências vislumbráveis na defesa técnica do incapaz, de que são exemplos, aliás nada infreqüentes nas causas cíveis, o não arrolamento de testemunhas e o não oferecimento de quesitos, nas hipóteses de petições iniciais omissas quanto a tais pontos, em ações de rito sumário.

Dita intervenção encontra previsão não apenas na norma contida no artigo 82, I, do CPC, como também, e principalmente, nas normas constitucionais aplicáveis ao Ministério Público e à própria jurisdição, assumindo relevo, nesse aspecto, o fundamento da indisponibilidade dos interesses do incapaz (art. 127 da CF). No relevante desempenho desse seu mister, o *Parquet*, sem jamais se despir da condição de *custos legis*, como já assentado, pode opinar livremente quanto ao mérito da causa, mesmo contra os interesses do incapaz, estando apenas mais limitado quanto ao exercício de sua faculdade recursal, sendo-lhe interdito, à minguada de interesse, impugnar a decisão que, no plano do direito material, se afigure favorável ao incapaz.

⁵ Vislumbra-se aqui uma divergência de entendimento entre o referido autor e HUGO NIGRO MAZZILLI, sustentando este que a natureza jurídica da intervenção ministerial em feitos em que haja interesses de incapazes é de assistência, o que é refutado por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, para quem tal intervenção não perde a qualidade de *custos legis*. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, p. 12.

2. Aspectos gerais da antecipação dos efeitos da tutela de mérito

Um dos institutos mais relevantes criados pela primeira grande reforma por que passou o Código de Processo Civil, nos anos de 1994 e 1995, num processo capitaneado, especialmente, pelo eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, e pelo não menos ilustre Athos Gusmão Carneiro - àquela época também membro daquela Colenda Corte Superior -, foi a chamada antecipação dos efeitos da tutela de mérito, ou simplesmente tutela antecipada ⁶, disciplinada no novo artigo 273 do estatuto processual.

Sem nenhuma dúvida, o instituto em questão é um daqueles que mais encarnam o espírito e a finalidade que nortearam a reforma do estatuto processual, em que se buscou alcançar a verdadeira efetividade do processo, enquanto instrumento de realização da justiça e de tutela dos direitos materiais, cumprindo-se, assim, a própria garantia constitucional (e não uma mera promessa, ou um conselho político) do acesso à jurisdição. Com efeito, a reforma operada tinha por escopo eliminar os pontos ainda existentes de obstaculização do processo, que sempre importaram na morosidade da entrega da prestação jurisdicional, tudo em evidente prejuízo à proteção dos direitos subjetivos e, em última análise, ao próprio prestígio do Poder Judiciário.

Assim, a fim de evitar, principalmente, a incidência dos efeitos negativos provocados pelo considerável lapso temporal decorrido entre a propositura da ação e a prolação da sentença de mérito, era necessária a criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas que, contrapondo-se aos procedimentos tradicionais, consistiriam na reunião de procedimentos estruturados a partir de peculiaridades ditadas pelas próprias situações substanciais. Vale dizer, a tutela jurisdicional diferenciada - de que é exemplo marcante a tutela antecipada, assim como a própria ação monitória, também instituída pela primeira reforma do Código -, consiste numa técnica legislativa engendrada para se adaptar a qualquer situação de direito material discutida no processo, por mais peculiar que esta seja, devendo a referida tutela guardar plena correspondência com cada direito violado, ao escopo de protegê-lo de maneira efetiva.

Muito embora não seja o objetivo do presente ensaio a análise aprofundada do instituto da tutela antecipada de mérito, aliás também regulada no artigo 461, § 3º, do CPC, no que diz com as chamadas obrigações de fazer e de não fazer, cumpre tecer ligeiras considerações acerca do tema, à luz dos dispositivos que a disciplinam, como etapa imprescindível às conclusões que se procurarão sustentar, mais adiante.

Desse modo, vige um certo consenso entre os renomados processualistas que se ocuparam do tema, no sentido de que a tutela antecipada consiste num

⁶ No que concerne à questão da nomenclatura, por ora o texto empregará as expressões indistintamente, até o ponto do trabalho em que seja imprescindível precisar-lhes as diferenças essenciais.

provimento jurisdicional, fundado em cognição sumária, através da qual se permite ao demandante o imediato desfrute do direito material alegado, antes mesmo da prolação do provimento definitivo, este decorrente de uma cognição exauriente, que expressamente o declare. Reveste-se a tutela antecipada, portanto, de inegável cunho satisfativo, na medida em que, ao contrário da tutela cautelar, que visa fundamentalmente a preservar a eficácia de outro processo – de conhecimento ou de execução, ditos principais –, viabiliza o imediato exercício do direito material cuja tutela o demandante postula ⁷.

No que concerne aos requisitos da medida, também não mais parecem persistir maiores controvérsias em âmbitos doutrinário e jurisprudencial, exigindo-se, para o seu deferimento, a probabilidade de existência do direito material, consubstanciada na expressão legal “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” (art. 273, *caput*, CPC).

É certo que ainda se observa alguma divergência em relação à terminologia a ser atribuída a esse requisito, entendendo alguns processualistas, como ALEXANDRE FREITAS CÂMARA ⁸ e ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO ⁹, tratar-se do próprio *fumus boni iuris*, enquanto outros, como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ¹⁰, negam tal nomenclatura. Todavia, o aspecto que realmente sobreleva é que, quanto ao próprio conteúdo do requisito, em si mesmo, a doutrina é pacífica ao exigir a probabilidade (quase certeza) do direito alegado, e não a sua mera aparência.

Sem prejuízo desse pressuposto, reclama a lei processual, alternativamente, o fundado receio de que esse direito, de existência quase certa, sofra lesão grave de difícil ou impossível reparação – o que nada menos representa do que o *periculum in mora* (art. 273, I, do CPC) – ou, então, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, nos termos do artigo 273, inciso II, do mesmo diploma, hipótese em que assume especial relevo o caráter sancionatório da medida em comento.

A tais pressupostos alia-se, também, um de natureza negativa, consistente na inexistência de perigo de irreversibilidade da medida antecipada, requisito esse que, acertadamente, vem sendo interpretado *cum grano salis* pela doutrina e jurisprudência, no sentido de permitir o deferimento da tutela antecipatória ainda que isso importe num efeito irreversível, desde que o seu não deferimento conduza a uma situação igualmente irreversível, porém mais grave e preju-

⁷ Na esteira da previsão genérica do instituto da antecipação de tutela, a doutrina processualista também concluiu, de modo uniforme, que cessaram as próprias razões que antes justificavam a hipertrofia do processo cautelar, diante da então costumeira invocação das “cautelares satisfativas”, verdadeira contradição em termos, já que, ou bem se cuida de uma tutela cautelar, destinada a preservar a eficácia e utilidade de outro processo, no qual, afim, se tutelará o direito material invocado pela parte, ou bem se trata de tutela satisfativa, como o é a regulada no artigo 273 do CPC, eis que provê diretamente tal direito material, viabilizando o seu imediato exercício.

⁸ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lineamentos do Novo Processo Civil*, p. 68.

⁹ *Op. cit.*, pp. 384/385.

¹⁰ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 143.

dicial. Trata-se de invocar, nesse particular, o próprio princípio da proporcionalidade, segundo o qual se deve prestigiar, entre dois interesses em conflito, aquele que se afigura mais relevante e, portanto, mais digno de tutela pelo direito ¹¹.

Já abordados, assim, os aspectos gerais pertinentes ao instituto da tutela antecipada de mérito, cabe, no tópico que segue, analisar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema objeto do presente ensaio.

3. Posição do assunto na doutrina e jurisprudência

Não havendo motivos para qualquer controvérsia acerca da viabilidade jurídica de o Ministério Público postular a antecipação de tutela quando ajuíza, ele mesmo, a ação civil, seja como legitimado ordinário, seja como legitimado extraordinário – hipótese em que, como cediço, em nome próprio pleiteia a tutela de interesse alheio –, toda a dificuldade reside, ao menos aparentemente, caso atue como *custos legis* e, em especial, nas demandas em que se tenham configurado interesses de incapaz.

Incipiente ainda é o material doutrinário a respeito do tema em análise, havendo poucos processualistas que, em suas respectivas obras, a ele tenham se referido, ainda que não expressamente. Entre aqueles que o fizeram, vislumbra-se uma predominância do entendimento que nega a legitimidade ministerial.

Assim, o primeiro argumento invocado é o de que, atuando como fiscal da lei, seria o Ministério Público “sujeito imparcial do processo”. Nesse sentido é o entendimento já sustentado por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA ¹².

Mas, o fundamento mais largamente difundido para chegar-se à mesma conclusão, e que, em rigor, tem vinculação com o primeiro, reside na consideração de que, à luz do próprio texto legal que disciplina o instituto em apreço, o seu requerimento é restrito à parte que deduz uma pretensão no processo. Nesse ponto, vários são os doutrinadores que, sem adentrar diretamente na análise da legitimidade ministerial para requerer a antecipação da tutela em favor do incapaz, deixam entrever, de qualquer sorte, essa impossibilidade, por restringi-la ao demandante a quem a medida aproveita. Mencionem-se, nesse grupo, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS ¹³, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ¹⁴, JOSÉ FREDERICO MAR-

¹¹ Mencione-se o já clássico exemplo da necessidade de transfusão de sangue em criança cujos pais, por motivos de convicção religiosa, vinham se negando a submetê-la ao procedimento. O deferimento da medida antecipada implica numa situação de efeitos irreversíveis, como irreversíveis – e infinitamente mais graves e nocivos – também o são os efeitos de sua não concessão.

¹² ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lineamentos do Novo Processo Civil*, p. 64, e *Lições de Direito Processual Civil*, p. 387.

¹³ ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 313.

¹⁴ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, p. 87.

QUES¹⁵, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁶, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA¹⁷, VICENTE GRECO FILHO¹⁸ e PAULO AFONSO BRUM VAZ¹⁹, o qual sintetiza o pensamento geral ao ressaltar que só pode pleitear a tutela antecipada a parte que assume a posição ativa no processo, o que abrange não só o autor, como também o litisdenunciante, o oponente e o próprio réu (este quando reconvinde ou, ainda que não ostente tal condição, se se tratar de uma ação dúplice).

Merece especial destaque a posição sustentada por ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, que conclui de maneira enfática pela falta de legitimação do *Parquet* para postular a medida antecipatória, pois que “não exerce direito de demanda, mas apenas assistência parecida com a litisconsorcial”, assim podendo, quando muito, sugerir-la ao incapaz²⁰. Aliás, ainda que se tratasse da condição de fiscal da lei - negada pelo referido autor na hipótese prevista no artigo 82, I, do CPC -, sustenta ele falecer, de qualquer sorte, legitimação ao *Parquet* para postular a medida, pela mesma razão, qual seja, a de não exercer ação, sob pena de “desvio flagrante de sua missão institucional”²¹.

Em suma, a posição majoritária da doutrina inclina-se no sentido de negar legitimação ao Ministério Público para requerer a antecipação da tutela em prol do incapaz, por restringir tal faculdade à figura do titular da posição ativa do processo. De resto, essa orientação pareceria, à referida corrente, mais consentânea com os próprios princípios dispositivo e da inércia da jurisdição, consagrados nos artigos 2º e 262, ambos do Código de Processo Civil.

Reconhecendo, todavia, a legitimação ministerial, podem-se mencionar ATHOS GUSMÃO CARNEIRO²², SERGIO BERMUDES²³, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA, EDUARDO TALAMINI²⁴ e NELSON NERY JÚNIOR, esclarecendo este último que, nessa hipótese, o Ministério Público não estará “fazendo pedido em sentido estrito, mas apenas pleiteando seja concedida a antecipação dos efeitos da sentença: o pedido já foi deduzido pela parte (assistido e aquele por quem intervém o MP)”²⁵.

Não obstante a inegável procedência do argumento, o qual merecerá mais acurada análise oportunamente, a observação que desde logo se impõe é a de que, mesmo entre os doutrinadores que, como os acima elencados, reconhecem

¹⁵ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, atualizada por Vilson Rodrigues Alves, p. 22.

¹⁶ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 369.

¹⁷ OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 111.

¹⁸ VICENTE GRECO FILHO, *Direito Processual Civil brasileiro*, vol. II, p. 75.

¹⁹ PAULO AFONSO BRUM VAZ, *Manual da Tutela Antecipada*, p. 97.

²⁰ *Op. cit.*, p. 514.

²¹ *Op. cit.*, p. 516.

²² ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da Antecipação de Tutela*, p. 57.

²³ SERGIO BERMUDES, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 29.

²⁴ LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. I, p. 351.

²⁵ NELSON NERY JÚNIOR, *Atualidades sobre o Processo Civil*, p. 55.

a legitimação ministerial, não houve, com todas as vênias, uma maior preocupação em deter-se com profundidade sobre o instigante tema, sistematizando todos os fundamentos que a justificam, mormente à luz de uma aplicação conjugada dos dispositivos que disciplinam o instituto da tutela antecipada com outros da legislação ordinária e, evidentemente, com os da própria Constituição da República.

Mas, se no âmbito doutrinário já não se vislumbra uma maior consistência dos argumentos, seja num, seja noutra sentido, mais evidente ainda é a escassez de decisões judiciais sobre o tema em apreço, fato confirmado pelas consultas realizadas não apenas junto ao Tribunal de Justiça fluminense e às Cortes Superiores, como também aos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Goiás, Distrito Federal, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Das referidas consultas que se fizeram aos arquivos de todas essas Cortes, pertinentes à matéria, encontrou-se um acórdão proferido pelo Tribunal gaúcho, que, perfilhando precisamente as lições dos supramencionados processualistas LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA, EDUARDO TALAMINI²⁶ e NELSON NERY JÚNIOR²⁷, concluiu caber ao Ministério Público, no exercício de seu mister de fiscal da lei em razão da qualidade de incapaz da parte, desempenhar-se com proficiência, aí se incluindo as postulações em favor desta, tal como a tutela antecipada. Confira-se a ementa do julgado em questão:

“ Ação de Responsabilidade Civil. Acidente de Trânsito. Tutela Antecipada. Pedido Formulado pelo Ministério Público como Fiscal da Lei. Cabimento.

1. O Ministério Público, quando intervém no processo como fiscal da lei em razão da qualidade da parte, que é menor, possui legitimidade para requerer tutela antecipada em seu favor, pois nessa condição incumbe-lhe zelar não somente pela regularidade procedimental, mas igualmente pela preservação dos interesses do incapaz, podendo assim postular todas as medidas necessárias ao pleno exercício dessa função (inteligência dos arts. 82, I, e 83, II, do CPC).

2. Havendo prova inequívoca da verossimilhança da alegação do direito afirmado em juízo, e presente o fundado receio de que se não concedida a tutela antecipada a recuperação da saúde da vítima pode-

²⁶ *Op. cit.*, p. 351.

²⁷ NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 731.

rá vir a ser comprometida, impõe-se o deferimento da tutela antecipada pleiteada, mas não na extensão pretendida, considerando existir a possibilidade de reconhecimento de culpa concorrente, pois tese defendida pelos réus (inteligência do art. 273, caput, 273, I e 273, § 2º, do CPC).

Agravo de Instrumento parcialmente provido.” (Agravo de Instrumento nº 70. 001. 545. 383, 11ª Câmara Cível, Comarca de Bagé, Relator Desembargador Voltaire de Lima Moraes, julgado em 01/11/2000)

Em sentido contrário, entretanto, há que mencionar uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo – trazida à colação pelo eminente ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, em abono de sua tese –, cuja 1ª Câmara de Direito Privado negou provimento a recurso de agravo interposto contra decisão de saneamento que omitira decisão sobre requerimento de antecipação formulado pelo Ministério Público, nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Veja-se, por oportuno, o trecho do voto do Relator, transcrito na obra *Tutela Antecipada*, do referido autor ²⁸:

“De se dispor antes de mais nada ser no mínimo discutível a legitimidade do Ministério Público no que diz respeito à primeira das proposições” (alusão ao pedido de fixação antecipada de alimentos provisionais), “para a qual haveriam os interessados que ser representados por Advogado”. E mais à frente: “Ao contrário do que entendeu a ilustrada Procuradoria de Justiça, esse propósito não se tratou de simples reprodução, pelo Ministério Público, de postulação já formulada pelos interessados, que na peça inaugural foram suficientemente claros ao dizer que esperavam a fixação dos alimentos ‘... concomitantemente com a declaração da filiação’, em termos, portanto, que não se compatibilizam com a ação coadjuvante do Ministério Público para aquela finalidade” (acórdão publicado no *JTJ- LEX*, 179/173-176).” (Agravo de Instrumento nº 5.231-4, julgado em 02/04/96, por votação unânime).

²⁸ *Op. cit.*, p. 517.

De qualquer sorte, vale ponderar que, ainda que a solução adotada pelo Tribunal paulista tenha sido no sentido de negar a legitimação ministerial, o trecho da fundamentação do voto, acima transcrito, não é tão veemente quanto o magistério de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, segundo se depreende da alusão a ser “no mínimo discutível” a faculdade do *Parquet* para pleitear a antecipação da tutela. Não fosse isso bastante, é bem de ver, ainda, que o acórdão em análise parece ter valorizado sobretudo a circunstância de o próprio demandante incapaz haver declarado um possível desinteresse no deferimento da medida.

Revelada, assim, a pouca atenção que o tema em debate mereceu da doutrina e jurisprudência, inversamente proporcional, aliás, ao seu verdadeiro alcance social, eis que se cuida, em última análise, de faceta de um instituto que tão bem reflete a própria aspiração do legislador e dos operadores do direito ao ideal magno da efetividade do processo, cumpre esmiuçar, doravante, todos os argumentos conducentes à convicção acerca da legitimação ministerial para requerer a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz.

4. Fundamentos da legitimação ministerial

Pondo-se de lado, por ora, a controvérsia estabelecida entre as correntes mencionadas no tópico anterior, a qual, insista-se, não se fundou em argumentos profundos ou sistematizados, força é reconhecer que a adequada conclusão sobre o tema proposto pressupõe a aplicação de todos os princípios e regras que informam a atuação ministerial no processo civil, assim como aqueles que informam a própria jurisdição – devidamente analisados na parte introdutória deste ensaio –, sem se olvidar, ainda, os demais dispositivos contidos na legislação processual.

Ao se proceder, com efeito, à indispensável conjugação das normas insculpidas na lei ordinária, que regulam não apenas a antecipação da tutela como também outros institutos do processo civil brasileiro, com os mencionados princípios constitucionais, a conclusão que se impõe é no sentido de que o Ministério Público ostenta inegável legitimação para requerer tal medida, em favor do incapaz, caso, evidentemente, se dê por convencido da configuração dos respectivos pressupostos legais, já objeto de consideração anterior.

Assim é que, de logo, cumpre esmiuçar a própria idéia sustentada pelo ilustre processualista NELSON NERY JÚNIOR, acima já transcrita, segundo a qual o Ministério Público, ao requerer a tutela antecipatória de mérito em favor do incapaz, não está, em rigor, deduzindo uma pretensão em juízo.

Não se desconhece, por oportuno, que a legitimação extraordinária, ou substituição processual, depende de autorização legal nesse sentido, conforme se depreende do artigo 6º, segunda parte, do Código de Processo Civil. Tampouco se pretende negar que vigora no ordenamento pátrio o princípio *ne procedat iudex ex officio*.

Todavia, o ponto que parece ser o nodal para o correto deslinde da controvérsia que gira em torno do tema consiste na observação de que o Ministério Público, em rigor técnico, não pleiteia a antecipação da tutela, ou a antecipação do provimento jurisdicional definitivo. Diversamente, o que faz o *Parquet* é postular a antecipação dos efeitos práticos, no mundo dos fatos, da tutela jurisdicional já pleiteada pelo incapaz, em sua inicial.

Não se trata, como poderiam sustentar os partidários da corrente que nega a legitimidade ministerial, de um mero sofisma ou de jogo de palavras, empregados para se contornar os aparentes óbices da inércia da jurisdição ou da consagração de uma legitimação extraordinária sem previsão legal.

Realmente, do entendimento sustentado por diversos processualistas que se ocuparam do tema afeto à natureza do instituto, constata-se uma certa prevalência da idéia, bem resumida na lição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE²⁹, de que o seu requerimento não se refere à própria tutela jurisdicional pleiteada pelo interessado, mas sim aos efeitos práticos que dela possam decorrer no plano do direito material. Aliás, nesse mesmo sentido é a lição do notável processualista fluminense JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁰, segundo a qual, a requerimento do autor, pode o juiz “antecipar, total ou parcialmente, os efeitos dessa tutela”. E, seguindo a mesma pegada, mencionem-se, além do já referido NELSON NERY JUNIOR³¹, os não menos festejados autores ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS³², JOSÉ FREDERICO MARQUES³³ e OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA³⁴, todos a enfatizar que não é o provimento judicial definitivo que se adianta, senão os efeitos práticos dele advindos.

A distinção, diversamente do que se poderia entender, não é meramente terminológica ou acadêmica, na medida em que é nela que reside a própria possibilidade de se requerer a tutela antecipada (*reclusus*: a antecipação dos efeitos da tutela) em demandas de natureza declaratória e constitutiva, e não apenas nas de cunho condenatório. Mencione-se, como importante exemplo de ação declaratória, aquela em que se persegue o reconhecimento judicial de inexistência de uma obrigação, em que, sem que seja possível o adiantamento do próprio provimento que ateste, desde logo, a inexistência da relação jurídico-obrigacional – o que, à evidência, pressupõe toda uma cognição exauriente – se torna possível, ao menos, a antecipação de um ou alguns efeitos práticos que decorreriam do provimento definitivo, como, *v.g.*, a sustação de um protesto. Ou então, já tendo em mira uma ação de natureza constitutiva, figure-se a hipótese de pedido de anulação de um negócio jurídico sob a alegação de configura-

²⁹ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, p. 356.

³⁰ *Op. cit.*, p. 101.

³¹ NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 730.

³² *Op. cit.*, p. 313.

³³ *Op. cit.*, p. 22.

³⁴ *Op. cit.*, p. 111.

ção de um vício de consentimento, com o pedido de tutela antecipada para o fim de que imediatamente se sustentem os efeitos do ato impugnado.

Nesses exemplos, assim como em tantos outros que também poderiam ser trazidos à colação, fica evidente que são os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, no mundo fenomênico - e não esta, propriamente -, que se antecipam, fator que, como visto, confere respaldo à incidência do instituto em estudo também nos âmbitos das demandas declaratórias e constitutivas, em que a declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica, nas primeiras, e a modificação (e bem assim a criação e a extinção) de uma relação jurídica, nas segundas, pressupõem necessariamente o desenvolvimento de toda uma cognição exauriente.

Desse modo, não há negar a substancial diferença que existe entre a antecipação da própria tutela jurisdicional objeto da pretensão deduzida em juízo, de um lado, e a antecipação dos efeitos dessa mesma tutela, de outro. Em se tratando desta última, entendimento que, como visto, parece ser o correto e conta com o apoio da melhor doutrina³⁵, não se vislumbra nenhuma violação aos princípios e regras do sistema na circunstância de o Ministério Público formular tal pedido em prol do incapaz. Restam incólumes, vale dizer, as regras da legitimidade *ad causam* extraordinária e da inércia da jurisdição.

Impende considerar, outrossim, que, mesmo à luz de uma interpretação puramente literal do artigo 273, *caput*, do CPC, depreende-se que o legislador cometeu a legitimidade para pleitear a medida em comento à "parte", e não ao "autor", como poderia fazer, se assim desejasse (mencione-se, à guisa de exemplo, o artigo 269, I, do Código, de cujo teor resulta evidente que a pretensão deduzida o é pelo titular da posição ativa da relação processual). Não se olvide ainda, por fundamental, que o Ministério Público, conquanto não seja parte da demanda, é parte do processo, assim desfrutando de um complexo de direitos, faculdades e ônus inerentes à relação processual, os quais influenciarão na futura entrega da prestação jurisdicional.

Outro aspecto que assume especial relevo para a correta compreensão do tema objeto deste ensaio diz com as próprias atribuições inerentes ao Ministério Público no processo civil, na condição de fiscal da lei. Segundo dispõe o artigo 83, inciso II, do CPC, é facultado ao *Parquet* requerer a mais ampla produção de provas, visando à apuração da verdade real.

Assim, suponha-se que, no exercício desse mister, promova o Ministério Público a juntada de um importante documento ou, então, requeira a oitiva de uma testemunha não arrolada pelas partes, revelando-se, afinal, extremamente relevante o poder de convicção desse novo elemento de prova, o qual, por si só, tenha o condão de levar à probabilidade da existência do direito afirmado pela parte incapaz, até então não vislumbrada. Ora, pareceria extremamente incon-

³⁵ Essa também é a posição sustentada por ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 493/494.

gruente que, a despeito dessa ampla faculdade de que dispõe o Ministério Público, relacionada à produção da prova, não pudesse ele pleitear os efeitos jurídico-processuais que dela decorreriam, como se a atividade probatória fosse um fim em si mesmo e não um mero instrumento para o reconhecimento e realização do direito afirmado pela parte.

Ainda nessa linha, e sempre tendo em mira, por ora, a análise dos próprios dispositivos do estatuto processual, há que mencionar, também, a regra contida no parágrafo 2º de seu artigo 499, a cometer ao Ministério Público a legitimidade recursal tanto nos feitos em que atua como parte como também naqueles em que intervém como fiscal da lei ³⁶.

Como já se teve oportunidade de registrar, afigura-se preciso o entendimento, sustentado por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, de que, justificando-se a intervenção ministerial pela presença de interesses de incapaz no feito, pode o *Parquet*, sem jamais se despir de sua condição de *custos legis*, interpor recurso para impugnar decisões nulas ou injustas, desde que, quanto a estas últimas, não tenham contrariado os interesses do incapaz cuja presença dera ensejo à sua intervenção. O fundamento dessa restrição é de simples compreensão: a interposição de um recurso não deixa de representar uma manifestação da própria promoção da ação, ato que, como cediço, não se exaure com o seu mero ajuizamento. Fácil é concluir, de tal sorte, que, para fins de obtenção da reforma da decisão, permite-se ao Ministério Público lançar mão da faculdade recursal apenas para almejar um provimento do órgão *ad quem* que seja favorável à parte ou interessado incapaz, sem o que, no caso da inércia deste, dar-se-ia o trânsito em julgado da sentença contrária a seus interesses.

Por oportuno, pense-se na corriqueira hipótese do incapaz que ajuíza determinada demanda, vindo a sua pretensão a ser rejeitada na sentença. Não se discute que, nesse caso, além do próprio autor, o Ministério Público também pode interpor o competente recurso de apelação, porquanto se cogita de pretensão recursal veiculada em favor do interesse daquele.

Portanto, se assim se dá na disciplina da sistemática recursal, e extremamente freqüentes têm sido os recursos ministeriais interpostos em prol do incapaz, sem qualquer questionamento acerca de sua admissibilidade, é de indagar se haveria alguma diferença ontológica entre essa faculdade amplamente reconhecida ao Ministério Público e a de requerer a antecipação dos efeitos da tutela, em favor desse mesmo incapaz.

A resposta só pode ser no sentido negativo, eis que, tanto numa como noutra situação, está o *Parquet* a velar pela própria indisponibilidade do interesse

³⁶ A despeito do dissídio sobre se, na condição de *custos legis*, o Ministério Público também desfrutaria do benefício do prazo em dobro a que alude o artigo 188 do CPC, a melhor posição é no sentido afirmativo, seja em razão do entendimento, já referido no texto, de que o *Parquet* sempre é parte do processo, conceito mais largo do que o de parte da demanda, seja, ainda, por força do argumento, sustentado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, de que o Ministério Público, ao interpor recurso, sempre será parte, ao menos no procedimento recursal.

em questão, evitando que o direito material do incapaz, uma vez configurado, pereça, à míngua da oportuna e eficaz defesa, sobretudo por razões ditas pelas suas limitações naturais. Ademais, para aqueles que ainda entrevêm no requerimento da medida regulada no artigo 273 do CPC uma manifestação do exercício do direito subjetivo de ação – posição rejeitada neste trabalho, mas que ora se admite apenas para efeitos de argumentação –, como lhes seria possível superar a incongruência de admitir a interposição do recurso ministerial em favor do incapaz, se tal faculdade, como visto, também se traduziria num ato processual de promoção da ação, na medida em que viria a prorrogar o trânsito em julgado da decisão impugnada? A ausência de uma resposta convincente só corrobora a inconsistência da posição contrária à legitimação ministerial, que só se explica pela falta de uma adequada conjugação de todos os dispositivos processuais pertinentes à matéria.

Nessa mesma ordem de idéias, cabe figurar outro exemplo, aliás um desdobramento do anterior. Suponha-se que o incapaz, a par de formular o seu pedido, requeira, ainda em sua peça exordial, a antecipação dos efeitos da tutela, a qual, todavia, vem a ser indeferida pelo juiz.

Os mesmíssimos fundamentos que conduzem à conclusão acerca da legitimidade ministerial para interpor a apelação em face da sentença que rejeitara o próprio pedido formulado pela parte se fazem presentes, até com maior razão, no que concerne à legitimação do Ministério Público para interpor o recurso de agravo tendo por alvo a interlocutória indeferitória do adiantamento dos efeitos da tutela. Se, com efeito, pode o mais, eis que a interposição do apelo é verdadeira manifestação da promoção da ação, evitando a formação da própria coisa julgada material em desfavor do incapaz, certamente pode menos. Aliás, não se olvide que, ao interpor o recurso de agravo de instrumento, pode e deve o *Parquet* requerer expressamente a antecipação dos efeitos da tutela ao seu Relator, diante da consagração legislativa do chamado efeito ativo, na forma do artigo 527, III, segunda parte, do estatuto processual ³⁷.

Ora, se assim é, não há como deixar de se reconhecer a insuperável incoerência do raciocínio, com a devida vênia dos que sustentam o contrário, de que o Ministério Público ostenta legitimidade e interesse recursais em face da sentença que rejeita a própria pretensão deduzida em juízo pelo incapaz – e bem assim, como corolário, da própria decisão interlocutória que indefere a antecipação dos efeitos da tutela definitiva – e, nada obstante, não possa, ele próprio, requerer esta medida ao juiz de primeiro grau. Insista-se, pois: poderia o mais, embora indiretamente – por via recursal –, mas não poderia o menos, apenas porque requerido por via direta.

³⁷ Trata-se de mais uma salutar inovação da última reforma do CPC, que implicou na incorporação ao direito positivo uma praxe já agasalhada pelos tribunais, e que não deixa de representar mais um avanço na luta pela efetividade do processo, sobre a qual se discorrerá oportunamente.

Outra questão que esse mesmo enfoque do tema suscita refere-se à própria faculdade cometida ao Ministério Público de se opor a uma transação lesiva aos interesses do incapaz – aí se incluindo a própria possibilidade de recorrer de eventual sentença homologatória –, pois que, muitas vezes premido pela própria necessidade e, ainda, mal assistido pela respectiva defesa, inclina-se aquele no sentido de aceitar os seus termos, optando por uma solução mais célere, embora a mesma não lhe seja benéfica. Vislumbra-se aqui, mais uma vez, a relevante atuação do *Parquet*, na busca da adequada e justa solução do litígio.

Todas essas considerações remetem ao próprio ponto nuclear que, em última análise, justifica a intervenção ministerial nos feitos cíveis em que haja interesses de incapaz. Aliada à própria indisponibilidade do direito deste, dada a sua peculiar condição individual, incumbe ao Ministério Público, no seu relevante papel de *custos legis*, velar pela manutenção do pleno equilíbrio de forças das partes litigantes, impedindo que as limitações do incapaz, de natureza fática e jurídica, releguem-no a uma condição inferior à de seu adversário, em evidente prejuízo para a tutela de seu eventual direito.

É precisamente esse pressuposto fundamental que informa toda a atuação ministerial, quer mediante o requerimento da produção de toda a sorte de meios probatórios que se mostrarem adequados ao deslinde da controvérsia posta no processo – muitas vezes suprindo, como já visto, as próprias deficiências técnicas da defesa do incapaz –, quer recorrendo para obter um provimento jurisdicional mais justo, mercê da interposição do recurso cabível, quer se opondo aos termos de uma transação nociva, quer, por fim, requerendo a própria antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional a que o incapaz faça jus, em constatando a presença dos respectivos pressupostos.

Nada disso representa uma indevida assunção do pólo ativo da relação processual pelo Ministério Público (por ausente a autorização para tanto), tampouco lhe importando uma condição de mero assistente à defesa da parte incapaz. Nas quatro situações acima figuradas, em relação às quais, como já por demais ressaltado, não se vislumbra nenhuma distinção substancial, o *Parquet*, embora podendo eventualmente suprir as próprias deficiências técnicas da defesa do incapaz, jamais perde a sua condição de fiscal da lei, no sentido mais amplo que a expressão pode sugerir, a saber, o relativo à preservação do devido processo legal, com a plena observância do contraditório e da ampla defesa.

Mas outros fatores, igualmente consistentes, estão a apontar no sentido da legitimação ministerial para o requerimento da antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz. Atente-se, a partir de agora, a um outro pressuposto alternativo exigido pela lei para a sua concessão, a saber, o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II, CPC).

Embora não seja o propósito deste trabalho aprofundar-se sobre todas as questões suscitadas pelo instituto da antecipação dos efeitos da tutela, senão naquilo que se mostrar estreitamente vinculado ao tema específico versado,

vale ressaltar que a doutrina não parece discrepar quanto à exata compreensão desse requisito específico. Assim é que, a despeito de dispensar o próprio estado de periclitacão do direito autoral, aludido no inciso I do artigo 273, o legislador, a par de exigir a prova conducente à convicção acerca da probabilidade de sua existência (art. 273, *caput*), reclama ainda o cometimento de uma conduta processual ilícita por parte do demandado, no sentido de obstaculizar ou retardar a efetiva entrega da prestação jurisdicional, que certamente se daria em seu desfavor. Precisamente em razão da natureza sancionatória de tal pressuposto é que o deferimento do adiantamento dos efeitos da tutela, com base no mesmo, não pode prescindir da prévia integração do réu na relação processual, diversamente do que se dá em relação ao pressuposto do *periculum in mora*, que autoriza - muitas vezes sob pena de se esvaziar o próprio instituto - a sua concessão *inaudita altera parte*.

Curiosamente, uma observação meramente aleatória dos processos que tramitam no tribunal fluminense demonstra que é significativamente maior o número de medidas antecipatórias dos efeitos da tutela requeridas e deferidas sob o fundamento do risco de dano irreparável ou de difícil reparação do que sob o fundamento do exercício abusivo do direito de defesa, como se tal prática não consistisse num lamentável hábito dos advogados que militam nos foros. Talvez se possa arriscar que a adoção de expedientes protelatórios dos réus seja uma prática tão difundida na cultura nacional que os operadores do direito, aí se incluindo os advogados dos litigantes prejudicados, hajam perdido a sensibilidade para percebê-la e, pior, ainda não se tenham dado conta dos eficazes mecanismos previstos na lei processual para coibi-la.

Pois bem. É nesse exato contexto que assume transcendental importância o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, já então como poderoso instrumento destinado a combater as condutas que tipifiquem a litigância de má-fé, arroladas no artigo 17 do CPC (em especial, para o tema em apreço, em seus incisos I, II, IV, VI e VII). Plenamente invocável, nesse passo, uma interpretação sistemática dos dispositivos da lei processual, que inevitavelmente conduz à possibilidade de o Ministério Público requerer a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz, já então como prejudicado, primeiro pela conduta processualmente desleal de seu adversário e, depois, pela inércia de seu próprio patrono, ao não requerer a medida.

Assim é que, se a litigância de má-fé rende ensejo, na forma do disposto no artigo 18 do CPC, a que o juiz aplique multa e determine que a parte responsável indenize a outra, até de ofício - e, *a fortiori*, a requerimento do Ministério Público -, não se compreende como não seria possível ao *Parquet*, no seu relevante mister de velar pela correta aplicação da lei (inclusive, insista-se, a processual), ao vislumbrar a configuração do requisito a que alude o inciso II do artigo 273 do mesmo diploma, requerer a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz prejudicado.

Representaria, de tal sorte, outra grave incongruência, tão invencível quanto as demais, acima noticiadas, concluir-se que o Ministério Público, embora

podendo, independentemente de requerimento específico do incapaz prejudicado pela litigância de má-fé, requerer ao juiz a aplicação das sanções processuais daí decorrentes contra a parte responsável, já não possa, por outro lado, pleitear a concessão da medida que, diretamente, conjure os efeitos nocivos do comportamento irregular detectado, de molde a se evitar o perecimento do direito material digno de tutela, e em favor do qual nem sempre aquelas medidas puramente sancionatórias do artigo 18 poderão se mostrar suficientes. Daí por que soa intuitiva, também por esse aspecto, a legitimidade do *Parquet* para postular a antecipação dos efeitos da tutela, já compreendida esta sob um enfoque mais amplo, ditado pela necessidade de se resguardar a plena observância da lei processual e o próprio prestígio do processo e do Poder Judiciário.

Por oportuno, há que tecer, ainda, outras considerações, necessariamente advindas de um panorama mais amplo e realista que só uma interpretação lógico-sistemática de uma norma jurídica pode oferecer. Cuida-se de se analisar a legitimidade ministerial sustentada neste ensaio à luz do próprio conjunto de reformas por que recentemente passou o Código de Processo Civil.

Como sustentado pelos grandes processualistas que dela já se ocuparam, merecendo inicial destaque o eminente CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o espírito que norteou a elaboração desse grupo de leis reformadoras do estatuto processual civil (especialmente as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002), assim como o que já inspirara a edição dos diplomas que compunham o grupo da primeira reforma, nos anos de 1994 e 1995, descansa primordialmente na idéia de se remover, em caráter definitivo, os óbices ainda existentes à efetividade do processo judicial, privilegiando os litigantes ao lhes assegurar a tutela jurisdicional a que, à luz do direito material, façam jus, de forma mais completa e célere. Nesse passo, a bandeira reformadora, ainda segundo o notável processualista de São Paulo, teve por escopo fundamental a realização prática da própria garantia, posta pelo constituinte, do acesso à jurisdição, dogma que restaria seriamente comprometido caso ainda persistissem no sistema processual pontos de obstaculização que as reformas operadas procuraram afastar ³⁸.

Nesse diapasão, outra relevante conclusão que se extrai de todo o contexto da reforma diz com a sensível tendência do legislador processual no sentido de romper, cada vez mais, com tecnicismos e "conceitualismos acadêmicos" – na expressão de DINAMARCO ³⁹ –, para tomar uma posição definitiva em prol da efetividade do processo, sem que, à evidência, com isso se incorra em qualquer espécie de inconstitucionalidade. De resto, essa é a posição que verdadeiramente se mostra consentânea com a idéia, algumas vezes olvidada na praxe forense, de que o processo não é um fim em si mesmo, mas, ao revés, um mero instrumento para a realização do direito material.

³⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Reforma da Reforma*.

³⁹ *Op. cit.*, p. 36.

Essa tendência se evidencia facilmente em uma série de exemplos que, aleatoriamente, se podem extrair das recentes leis reformadoras. Mencione-se, por ora, a regra insculpida no novo parágrafo 7º do artigo 273, do CPC, a consagrar uma verdadeira – e benfazeja – fungibilidade entre as medidas antecipatória e cautelar, tema que voltará a ser objeto de consideração, mais adiante. Muito embora já se possa concluir que ambas nada mais são do que espécies do gênero tutela jurisdicional de urgência, e que reclamam, freqüentemente, requisitos semelhantes, ostentam elas, como já se teve oportunidade de ressaltar, natureza jurídica diversa, residindo tal traço distintivo, fundamentalmente, na índole satisfativa das primeiras, inexistentes nas últimas.

Assim é que, ao estatuir, em boa hora, a regra da fungibilidade, evitou o legislador da reforma qualquer risco de reconhecimento do vício da carência acionária - diante da falta de interesse de agir por inadequação do provimento jurisdicional solicitado -, em razão do eventual equívoco do demandante na eleição de uma via processual, em vez da outra, que seria a realmente cabível. Como se vê, restou flexibilizado o rigor muitas vezes imposto pela teoria das condições da ação, em prol de um valor infinitamente mais relevante, como o é a efetividade do processo, a assegurar a tutela do direito material.

Mas, é no âmbito da tutela jurisdicional relativa às obrigações de fazer e de não fazer - campo fértil, aliás, para a aplicação do instituto da antecipação dos efeitos da tutela (art. 461, § 3º, do CPC) - que mais nitidamente se observa, de um lado, o obstinado propósito do legislador processual de garantir a efetividade das decisões judiciais, e de outro, o rompimento de dogmas antes tidos como absolutos, na busca de um mecanismo eficaz para que se tutelem os direitos subjetivos violados.

Trata-se das chamadas “transgressões legítimas”, consagradas no artigo 461 e seus parágrafos, do estatuto processual, brilhantemente esmiuçadas por CANDIDO DINAMARCO em sua obra sobre a mais recente reforma ⁴⁰. Versa a primeira delas a possibilidade de, na hipótese de perdurar o inadimplemento do réu depois de proferida uma sentença já eficaz (mercê de seu trânsito em julgado ou de interposição de recurso desprovido de efeito suspensivo), o juiz inovar no processo, no sentido de determinar a adoção de providências diversas da contida no *decisum*, a fim de assegurar o cumprimento da obrigação ainda inadimplida. Desse modo, não mais se revestiria de caráter absoluto a regra do exaurimento da atividade jurisdicional após a publicação da sentença de mérito, a que alude o artigo 463 do CPC, parcialmente revogado, nesse aspecto específico, pelo novo artigo 461 do mesmo diploma.

A segunda “transgressão legítima” tem por objeto, precisamente, o conceito tradicional da correlação entre a sentença e o pedido, e pode ser retratada no mesmo exemplo. Com efeito, podendo o juiz, sempre com o fim de superar os óbices criados pelo inadimplemento da parte demandada, determinar a adoção

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 226/228.

de providências distintas da que havia deferido na sentença, e em relação às quais não havia pedido específico do demandante na inicial, acabou-se por romper aquele princípio, antes absoluto. De se ressaltar, por oportuno, que tais “transgressões”, por isso que são legítimas, nada têm de inconstitucionais, por suposta violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, na medida em que estariam assegurando ao demandante o mesmo resultado prático objeto de sua pretensão inicialmente deduzida, e da qual o réu se defendera.

Aliás, a conclusão que emerge da análise dessas novas normas é no sentido diametralmente oposto, pois que a sua *ratio essendi*, cabe insistir, reside na plena realização do princípio constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) e, por que não, do próprio dogma do devido processo legal, que não passaria de pura letra-morta na hipótese de postergação da satisfação do direito material de seu titular.

Portanto, é absolutamente imprescindível, para a compreensão do tema versado neste ensaio, que se abandone uma deficiente interpretação insulada das normas que disciplinam o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, para situá-las no contexto maior de todo o processo de reforma do Código de Processo Civil, cuja finalidade não foi outra senão a de assegurar a efetividade do processo como instrumento para a proteção adequada e célere dos direitos materiais.

Assim, por força desses necessários métodos hermenêuticos – lógico-sistemático e teleológico –, a conclusão que se impõe é no sentido de que, se o novo sistema processual chega a permitir a própria inovação, pelo juiz, do conteúdo da sentença de mérito, a par da outorga de providências não expressamente pedidas na petição inicial, segue-se que a legitimidade ministerial para requerer a antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz com muito mais razão se justifica, eis que não deixa de ser um corolário natural da busca da efetividade do processo e do cumprimento dos mencionados princípios constitucionais, mesmos ideais que legitimam aquelas “transgressões”.

Nesse passo, tem-se que a legitimação cometida ao *Parquet* para requerer a medida regulada no artigo 273 do CPC também deve partir da premissa da própria ampliação de suas atribuições como *custos legis*, nos dias atuais. Não mais se trata, apenas, de velar pela correta aplicação da lei ou mesmo pela realização da justiça, como tradicionalmente já se definiu. Incumbe-lhe, no contexto mais amplo da reforma do estatuto processual e da observância aos próprios fundamentos constitucionais que lhe conferiram validade – as garantias do acesso à jurisdição e do devido processo legal –, velar pelo próprio princípio da efetividade do processo.

Tal é a verdadeira condição que o Ministério Público deve ostentar no processo civil, considerando o estágio atual de sua evolução, legitimando-o, também por esse aspecto, a pleitear a antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz, já não fossem bastantes todos os demais fundamentos, acima já esmiuçados, que apontam para o mesmo sentido.

Nada disso importa, é bem de ver, em quebra da imparcialidade do Ministério Público, como, com a devida vênia, equivocadamente sustentou o processualista ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. A uma, porque não se mostra técnica e tampouco compatível com os princípios da Instituição e do próprio direito processual a dicotomia entre parte e fiscal da lei, já que, como visto, mesmo quando não propõe a ação, o *Parquet* é considerado parte do processo (embora não da demanda). Por outro lado, ainda que quando ajuíze a ação, penal ou civil, o Ministério Público sempre será fiscal da lei, podendo ao final, como cedo, requerer a improcedência da pretensão que inicialmente deduzira, se as provas coligidas assim aconselharem.

E a duas, porque, na esteira do mesmo raciocínio, também carece de respaldo técnico a adjetivação de “parcial” ou “imparcial”, atribuída à condição do Ministério Público no processo civil, segundo existam, ou não, interesses de incapaz, respectivamente. De acordo com o seu moderno perfil institucional, acima analisado, cumpre-lhe velar, sempre, pela aplicação da lei – aí se incluindo a própria Lei Maior –, pela realização da justiça e pela efetividade do processo, o que em nada é infirmado pela indisponibilidade que marca o interesse de incapaz. Nessa perspectiva, se alguma “parcialidade” há, justifica-se ela no exato limite em que seja apenas suficiente para garantir o pleno equilíbrio das forças processuais, de molde a se preservar os princípios do contraditório e do acesso à justiça.

Poderia o juiz contornar a dificuldade – apenas aparente – de apreciar a questão da legitimidade do órgão do Ministério Público que lhe haja requerido o adiantamento dos efeitos da tutela em favor do interessado incapaz, usando da fórmula de imediatamente mandar intimar a sua defesa, na crença de que, diante do prévio requerimento ministerial, esta também o formulará, viabilizando-se, de tal sorte, o seu deferimento.

Tal expediente, a par de consagrar um indevido artificialismo, muitas vezes não se mostra sequer eficaz, eis que, como já se teve oportunidade de acompanhar em um determinado processo, nem mesmo diante dos sólidos argumentos que o órgão ministerial então esposara para demonstrar a presença dos requisitos legais para a concessão da antecipação da tutela em prol do incapaz, o patrono deste atentou-se para a conveniência e mesmo para a necessidade da medida. Ora, são exatamente essas as hipóteses (que nada têm de acadêmicas), em que fica definitivamente descortinada a fragilidade da defesa do incapaz – cuja natural debilidade, se já o impedira de eleger o advogado, do mesmo modo não lhe permite vislumbrar e muito menos evitar as nefastas conseqüências de suas deficiências técnicas –, evidenciando-se também, por conseguinte, a própria desigualdade de forças entre os litigantes, tudo a justificar, mais do que em qualquer outra circunstância, a relevante atuação do Ministério Público, no sentido de velar pela restauração do equilíbrio da relação processual e, em última análise, pela efetiva observância dos princípios do contraditório e do acesso à jurisdição.

A mesma reflexão se aplica na hipótese de o juiz, pretendendo não enfrentar, como lhe competiria, o tema da legitimação ministerial, determinar a abertura de vista à Curadoria Especial, cujas atribuições, no Estado do Rio de Janeiro, são desempenhadas pelo órgão da Defensoria Pública.

Mais uma vez, está-se diante de uma fórmula atécnica e, de igual modo, não necessariamente eficaz. Segundo se infere do disposto no artigo 9º, inciso I, do Código de Processo Civil, nomeia-se Curador Especial ao incapaz que não tenha representante legal ou, tendo-o, na hipótese de se configurar a colidência de interesses entre um e outro. Ora, não se vislumbra, aqui, nenhuma colidência de interesses entre o incapaz e o respectivo representante legal, senão uma fragilidade de seu representante judicial e, por conseguinte, um profundo desequilíbrio das forças dialéticas do processo. Incabível, desse modo, a abertura de vista ao Curador Especial que, precisamente por tal razão, pode perfeitamente - e acertadamente -, caso intimado, demitir-se de sua atribuição, por inocorrente o respectivo pressuposto legal.

Assim, deve o órgão do Ministério Público, sem prejuízo de formular o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz sempre que constatar a presença dos respectivos pressupostos, interpor o competente recurso de agravo de instrumento em face da decisão que expressamente o indefira e, ainda, daquela que, embora não o apreciando, determine a intimação da parte beneficiária da medida pleiteada para se manifestar. Mesmo tal provimento, é bem de ver, reveste-se de inegável carga decisória impugnável, na medida em que denuncia o inequívoco posicionamento do juiz acerca da falta de legitimidade ministerial para postular a medida.

5. Desdobramentos práticos da legitimação ministerial

Conforme já se repisou, a legitimação que o sistema normativo comete ao Ministério Público para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, em favor da parte ou do interessado incapaz, não desnatura, antes se compatibiliza com a sua função de *custos legis*.

Assim, é precisamente essa condição de fiscal da lei que permite que o *Parquet*, conquanto tenha requerido a antecipação dos efeitos da tutela, por dividir os seus pressupostos legais, possa, ao depois, quando do lançamento de sua promoção meritória, opinar contrariamente à pretensão deduzida pelo incapaz, por reputá-la improcedente (à luz das regras do direito material ou mesmo do conjunto probatório que já terá se formado nos autos). Nessa hipótese, por uma questão elementar de lógica jurídica, deverá o órgão ministerial opinar, também, pela revogação da antecipação deferida a seu requerimento.

Tal situação não deve suscitar perplexidade, na medida em que guarda absoluta similitude com outra que se verifica, comumente, em sede processual penal, em que o Ministério Público, na condição de legitimado ordinário para propor a ação, fá-lo ao vislumbrar a presença do indispensável suporte

probatório mínimo para tanto - equiparável, sem qualquer ginástica de raciocínio, ao próprio *fumus boni iuris* -, podendo, nada obstante, vir a requerer a posterior absolvição do acusado, depois de encerrada a instrução criminal.

Tanto uma como outra hipótese encontram explicação em pelo menos um fundamento comum. A análise dos pressupostos da antecipação dos efeitos da tutela, assim como a do suporte probatório mínimo que autoriza o ajuizamento da ação penal, realizam-se com base numa cognição meramente sumária (quando não sumaríssima, ao menos em relação ao oferecimento da denúncia), ao passo que a prolação da sentença definitiva já pressupõe todo o desenvolvimento de uma cognição exauriente.

É exatamente essa distinção que dá ensejo a que, no limiar de uma ação civil, um juiz possa conceder uma liminar, seja a título de medida cautelar, seja a título de antecipação dos efeitos da tutela e, posteriormente, sentencie em sentido contrário ao seu primeiro provimento, revogando-o. Nesse aspecto, observa-se um total paralelismo entre a atividade jurisdicional e a do Ministério Público, inserta no contexto maior de sua função de *custos legis*.

No que concerne à oportunidade para o *Parquet* pleitear o adiantamento dos efeitos da tutela, inexistem peculiaridades profundas que afastem a incidência do regime comum, tal como se fosse o próprio titular do alegado direito material o autor do requerimento. Em rigor, a única distinção marcante reside na circunstância de que, em sendo o Ministério Público o autor do requerimento, este evidentemente não terá sido veiculado no bojo de uma petição inicial, antes já ofertada pela parte demandante. É possível, todavia, que, na primeira ocasião em que tenha ciência do conteúdo da peça exordial e dos documentos que a instruíram, o órgão ministerial já se dê por convencido da presença dos pressupostos da medida, vindo então a requerê-la.

Mas, pode se dar de os requisitos legais da antecipação só se fazerem presentes após a produção de uma prova pericial, ou mesmo depois da colheita da prova testemunhal, em audiência de instrução e julgamento ⁴¹, razão por que deve o órgão ministerial, uma vez que lhes constate a existência, formular o requerimento pertinente em um tópico de sua promoção meritória, a qual, nessa hipótese, necessariamente será no sentido da procedência do pedido, dada a coincidência temporal de ambas as manifestações, a relativa ao requerimento de antecipação e a referente à própria opinativa sobre o mérito.

Não se pode olvidar, a propósito, que uma das inúmeras inovações salutares incorporadas pela reforma ao Código de Processo Civil consiste, exatamente, na inexistência de efeito suspensivo da apelação interposta contra a sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela, de molde a se permitir o imediato exercício do direito reconhecido, por seu titular (art. 520, inciso VII).

⁴¹ No sentido de que é processualmente cabível a concessão da medida mesmo depois de encerrada a fase da instrução probatória: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *op. cit.*, p. 82.

Outro exemplo: figure-se um processo cuja questão controvertida seja unicamente de direito, autorizando, assim, o julgamento antecipado da lide, favorável à pretensão deduzida pelo incapaz. Nada obstante, os réus, cientes de que o direito não os favorece, lançam mão de toda a sorte de expedientes procrastinatórios, tais como constituir, deliberadamente, advogados distintos, embora pertencentes a um mesmo escritório, tão-somente para obter o benefício do prazo em dobro, a que alude o artigo 191 do CPC, além de requerer uma série de diligências e provas impertinentes, visando a retardar ao máximo a entrega da prestação jurisdicional. Parece não haver dúvidas de que Ministério Público, diante de todo esse panorama, deva lançar a sua promoção de mérito, nela formulando, também, o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, com a especial menção ao pressuposto referido no inciso II do artigo 273, conjugadamente aplicado com os artigos 17 e 18, todos do CPC.

Ainda sobre o tema da oportunidade para o requerimento da medida em estudo, impende considerar que, em rigor, o órgão do *Parquet* pode formulá-lo tão logo vislumbre a presença dos respectivos pressupostos, não estando, em absoluto, a sua legitimação condicionada a uma demonstração inequívoca da omissão da parte autora, nesse sentido. Aliás, força é reconhecer que, diante de todos os sólidos fundamentos que justificam a legitimidade ministerial em comento, a mesma pode ser validamente desempenhada ainda na hipótese - remota, é verdade - de o incapaz, por meio do respectivo patrono, expressamente declarar que aguardará a prolação da sentença de mérito, para ver tutelado o seu direito ⁴². Ora, se tal ocorrer, restará nitidamente configurado um nefasto desequilíbrio das forças dialéticas do processo, em desfavor do titular do interesse indisponível, a render ensejo à iniciativa ministerial de postular a antecipação dos efeitos da tutela.

Como já por demais enfatizado, a legitimação ministerial para o requerimento em questão tem por escopo, em última análise, assegurar a plena observância das garantias do acesso à jurisdição e do devido processo legal, que restariam seriamente comprometidas sem a efetiva tutela ao interesse do incapaz, cujas naturais limitações a justificam e legitimam.

Desse modo, a faculdade do Ministério Público tem um amplo espectro de incidência, podendo-se mencionar, como hipóteses em que freqüentemente a medida pode se tornar necessária, ações de indenização por ato ilícito, em que estão presentes os pressupostos que, ao menos, ensejam a antecipação dos efeitos relativos a um pensionamento, ou a um tratamento médico, de um autor menor, vitimado por acidente ⁴³. Avulta, aqui, a importância de uma adequada intervenção ministerial, que, em vez de cancelar um eventual acordo muitas

⁴² Como já ressaltado no texto, esse fundamento, mais do que qualquer outro, parece ter impressionado a Corte paulista no julgamento em que concluiu pela ausência de legitimação ministerial para requerer a medida.

⁴³ É curioso notar que o requisito da verossimilhança da alegação do autor há de assumir um especial relevo, na esteira da própria evolução do direito brasileiro acerca da consagração da responsabilidade civil objetiva do ofensor, tanto em nível constitucional (art. 37, § 6º, da CF), como

vezes lesivo ao incapaz, pode e deve opinar no sentido de sua não homologação, ao mesmo tempo em que já formula, em seu benefício, o requerimento do adiantamento dos efeitos da tutela, pleiteando o pensionamento e/ou o tratamento que já se mostram de rigor.

Mas, a par dos processos que tramitam perante os juízos cíveis, a legitimação ministerial também pode ser eficazmente desempenhada em outras searas, como a dos processos das varas de família, bastando invocar o exemplo, hoje já extremamente freqüente, das ações de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, ajuizadas pelo próprio menor ⁴⁴. A despeito da impossibilidade do manejo da própria ação de alimentos regulada pela Lei 5.478/68 – que, aliás, na disposição atinente aos alimentos provisórios, já prevê uma hipótese específica de antecipação dos efeitos da tutela definitiva (art. 4º) –, à minguada da indispensável prova pré-constituída, parece lógico concluir, diante de todos os fundamentos acima esposados, que, vindo aos autos o laudo pericial comprobatório do vínculo de filiação até então meramente alegado, pode o órgão ministerial requerer a medida antecipatória, relativamente à prestação alimentícia, em favor do autor menor.

Da mesma forma, nas demandas aforadas perante juízos fazendários pôde o Ministério Público requerer a antecipação dos efeitos da tutela, desde que em favor de incapaz que seja parte ou interessado no feito. Invocável, aqui, o mesmo exemplo da antecipação dos efeitos práticos do provimento que condena o réu à assunção do tratamento médico-hospitalar de um autor menor, por força da responsabilidade civil imputada a algum ente público ⁴⁵. Entretanto, caso a intervenção do *Parquet*, em feitos fazendários, seja ditada tão-somente pela presença do interesse público, nos termos do artigo 82, inciso III, do CPC, não mais se configura essa legitimação ministerial, precisamente por inexistir, então, o fundamento maior que a justifica, relacionado à necessidade de se assegurar o reequilíbrio das forças antagônicas da relação processual e o próprio cumprimento dos cânones constitucionais supramencionados.

Dessas considerações pode-se extrair uma segura conclusão. Sem prejuízo da incidência de uma outra causa legal que renda ensejo à intervenção do Ministério Público no processo (seja o interesse público, o estado de pessoa *etc.*), em se configurando, também, a presença de interesse de incapaz, pode o órgão de execução com atribuição, caso, evidentemente, vislumbre a presença dos

infraconstitucional (v.g. art. 14 da Lei 8.078/90). Assim, diante da própria inversão do ônus da prova acerca de alguns (não de todos) fatos constitutivos do direito indenizatório autoral, mais fácil poderá se configurar o requisito previsto no artigo 273, *caput*, do CPC.

⁴⁴ Não por coincidência, esse é precisamente o tema versado no já referido acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁴⁵ A doutrina e a jurisprudência, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, já se pacificaram acerca do cabimento da concessão da medida contra a Fazenda Pública, mormente para fins de se tutelar direitos essenciais da pessoa, como a vida, a saúde *etc.* Nesse sentido: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *op. cit.*, p. 90, e REsp. nº 409.172, ac. de 04.04.2002, *in* Inf. STJ, nº 128 - março-abril 2002.

pressupostos legais, requerer a antecipação dos efeitos da tutela, em favor daquele. Diversamente, na hipótese de se caracterizar apenas uma causa legal de intervenção, que não a relativa ao interesse do incapaz, incoerrem os fundamentos jurídicos para a legitimação ministerial em estudo.

Interessante desdobramento que essas questões suscitam concerne a uma possibilidade que, se não é muito freqüente, também não é desprezível, relativa à existência de interesses de incapazes em pólos distintos da relação processual. Tome-se, assim, o exemplo: determinado imóvel, objeto de inventário aberto em razão da morte de seu proprietário, foi dado em locação, estando o locatário - interdito - inadimplente em relação a diversos débitos decorrentes da avença. Proposta pelo espólio a competente ação de despejo, constata-se a existência de herdeiros incapazes.

Supondo-se, então, que se façam presentes os pressupostos legais, cumpre perquirir a possibilidade de o *Parquet* formular o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, em favor dos interessados incapazes ⁴⁶.

Uma primeira solução para o impasse partiria da idéia de que, nessa hipótese, o Ministério Público, ainda que reputasse presentes os seus pressupostos, jamais poderia requerer a medida, porquanto tal manifestação representaria uma indevida tomada de posição em detrimento de um incapaz, no caso aquele situado no pólo passivo da demanda. Demais disso, havendo incapazes em pólos antagônicos da relação processual, não mais subsistiria a premissa do desequilíbrio da mesma, a justificar o requerimento ministerial.

Todavia, tal orientação, embora fundada em argumento respeitável, não resiste a uma análise mais profunda de todos os fundamentos conducentes à legitimação ministerial para o requerimento da antecipação dos efeitos da tutela, acima analisados. Com efeito, não parece logicamente sustentável que, ainda que esteja convencido da presença dos pressupostos legais da medida, não requerida pela deficiente defesa do autor ou interessado incapaz, o órgão do *Parquet* deva se impor uma angustiante posição de inércia, não formulando o competente requerimento, apenas porque o mesmo repercutirá negativamente na esfera jurídica do réu incapaz. Em rigor, a inércia do Ministério Público, nesse particular, implicaria na negação de todos os poderes e faculdades que a legislação lhe confere, a fim de velar pela indisponibilidade do interesse merecedor de proteção especial.

Mas, superado esse primeiro impasse, com a franca admissibilidade da legitimidade ministerial, surge um outro como desdobramento, também a exigir adequada solução. Ainda nesse exemplo, deveria atuar no processo apenas um

⁴⁶ Embora se trate de tema controvertido, parece mais correto o entendimento no sentido de ser cabível a invocação do instituto da tutela antecipada mesmo fora das hipóteses expressamente previstas na Lei do Inquilinato, com base na disciplina genérica do Código de Processo Civil. Nesse sentido: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *op. cit.*, p. 100, e LUIZ FUX, em palestra proferida em dezembro de 1998, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

órgão do Ministério Público ou, diversamente, dois órgãos, cada qual voltando a respectiva atuação ao zelo do interesse de um litigante incapaz? Quanto ao ponto, vale conferir a abalizada lição do ilustre HUGO NIGRO MAZZILLI ⁴⁷:

“Não se pode falar seja indivisível a função de promover a ação penal pública e ação civil pública *ex delicto*, nem entre a função de efetivamente suplementar as deficiências na defesa de um incapaz, situado num dos pólos da relação processual, e a de fazer outro tanto com a defesa inconciliável de outro incapaz, denunciado à lide pelo primeiro. Neste último caso, exige-se mais de um membro do Ministério Público a atuar no feito, sob pena de criar-se situação teratológica de ‘obrigar-se, por exemplo, o curador de um incapaz, cujos interesses são conflitantes com outro incapaz eventualmente existente na demanda, a ser curador também deste’ - como observou com razão o Ministro Carlos Velloso.”

E prossegue o festejado autor:

“Tomemos outro exemplo. Imaginemos agora uma ação em que haja incapazes nos dois pólos da relação processual. Suplementando a deficiente produção probatória do menor autor, o promotor de justiça estará beneficiando, sim, a este, mas certamente causará prejuízo de fato ao réu, também incapaz, a quem não interessa tal suplementação. Ora, tanto um como outro dos menores têm interesses colidentes e podem ambos estar insatisfatoriamente defendidos por seus representantes legais: cada qual deles tem direito a ver zelados seus interesses em separado, porque colidentes. Haveria um comprometimento, pelo menos psicológico, do único membro do Ministério Público que oficiasse no feito, comprometimento que certamente acabaria por favorecer uma das partes incapazes que conflitam na demanda.”

Assim, se, ao sentir do mestre paulista, a mera presença de dois incapazes em pólos diversos da demanda já é hábil, por si só, a justificar a atuação de dois

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 327/328.

órgãos ministeriais, não se pode deixar de concluir que, com muito mais razão, essa solução se mostra de bom alvitre caso haja requerimento ministerial tendo por objeto a medida regulada no artigo 273 do CPC. De resto, não se poderia entender essa providência como uma superfetação, na medida em que, embora o órgão ministerial que requer a antecipação dos efeitos da tutela não esteja, como já visto, deduzindo uma pretensão - o que seria restrito ao autor -, estaria, ao menos, praticando atos processuais contrários aos interesses de um incapaz, no caso, o demandado.

De todo recomendável, de tal sorte, a intimação de dois órgãos do Ministério Público para intervir no feito na hipótese em que um deles haja formulado requerimento de adiantamento dos efeitos da tutela. Demais disso, essa solução também se imporia, como se extrai do brilhante magistério de HUGO NIGRO MAZZILLI, diante da mera presença de interesses de incapazes em pólos antagônicos da relação processual, bastando atentar para a circunstância de que, caso funcionasse um único órgão ministerial, este, ao apelar de uma sentença, necessariamente praticaria ato de impulso processual contrário a um incapaz.

Uma interessante conseqüência pode advir caso se tenha por admissível, ao menos *ad cautelam*, a intervenção de dois órgãos ministeriais no processo, em exemplos como o acima figurado. Considerando que ambos jamais perdem a sua condição de *custos legis*, pode se dar de, ainda que um deles haja requerido a antecipação dos efeitos da tutela em favor de um incapaz, os dois órgãos, ao lançar as respectivas promoções meritórias, com base em toda a cognição exauriente, opinem em um mesmo sentido, seja no da procedência, seja no da improcedência do pedido formulado na petição inicial.

Pelas mesmas razões, força é reconhecer que o próprio segundo órgão de execução do Ministério Público, já então intervindo em razão do específico requerimento de antecipação formulado pelo primeiro, poderá até se manifestar no sentido do cabimento da medida. Tal posição não deve despertar qualquer estranheza, porquanto a mera intervenção do segundo órgão ministerial, também agindo como *custos legis*, já é suficiente, por si só, a garantir a manutenção do equilíbrio da relação processual, resultado que não seria alcançável caso oficiasse apenas um único órgão, o autor do requerimento da medida.

Ainda no campo da análise dos aspectos práticos que a legitimação ministerial suscita, cumpre também observar que a lei processual, sempre interpretada, como não poderia deixar de ser, à luz de um método lógico-sistemático, acaba por cometer ao *Parquet* uma legitimidade para ajuizar demanda cautelar incidental em favor do incapaz.

Explique-se. Como já mencionado no tópico anterior, uma das gratas inovações trazidas ao Código de Processo Civil, pela mais recente reforma, consagra a regra da fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, no sentido de que, caso o autor requeira, a título de antecipação, uma providência jurisdicional essencialmente cautelar, pode o juiz deferi-la, em caráter incidental

ao processo cognitivo (art. 273, § 7º). Suponha-se, assim, que o Ministério Público, ao constatar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, formule o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz. Todavia, o juiz, embora reconhecendo a legitimação ministerial para tanto, diverge tão-somente na consideração de que, ao seu ver, a natureza do provimento requerido pelo *Parquet* não ostenta a natureza jurídica de tutela antecipatória, mas sim cautelar. Como deveria proceder o magistrado?

Parece intuitivo que, nesse caso, deva ser aplicada a referida regra da fungibilidade entre ambas as tutelas jurisdicionais de urgência, tal como se fosse o próprio beneficiário da medida o autor do requerimento, devendo o juiz, portanto, receber a promoção ministerial como requerimento de medida cautelar incidental.

Trata-se, como se vê, de uma hipótese excepcional em que se consagra uma curiosa legitimação *ad causam* do Ministério Público, eventual e extraordinária.

Eventual porque ela se configura se juiz e promotor apenas divergirem sobre a natureza do provimento por este requerido, a despeito do consenso de ambos acerca da legitimidade ministerial, para tanto. E extraordinária porque, em última análise, estará o Ministério Público, em hipóteses que tais, assestando uma pretensão cautelar, em nome próprio, para fins de tutela de interesse alheio.

Quanto à necessária autorização legal, a que alude a segunda parte do artigo 6º do CPC, é bem de ver que a mesma emerge da própria conjugação dos dispositivos acima esmiuçados - que, como exposto, conferem plena legitimação ao *Parquet* para postular a antecipação dos efeitos da tutela -, com aqueloutro, relativo à própria fungibilidade entre esta medida e a de cunho cautelar.

Entendimento contrário, no sentido de considerar inadmissível a fungibilidade da medida apenas porque postulada pelo Ministério Público, não se compadeceria com a própria *ratio essendi* dos diplomas reformadores do Código de Processo Civil. Assim, se, na esteira desse amplo processo de reforma, chegou-se ao ponto de relativizar a própria importância da inadequação da via processual eleita (*v.g.* propositura de ação de conhecimento, com pedido de tutela antecipada, em vez do ajuizamento de ação cautelar), assim se flexibilizando os rigores decorrentes do reconhecimento de uma carência acionária, não se vislumbra argumento jurídico consistente que afaste essa mesma regra da fungibilidade apenas porque a medida tem assento na legitimação ministerial. Não se perca de vista, a propósito, que tanto o interesse de agir (abrangente da adequação da via processual eleita) como a *legitimatío ad causam* situam-se na mesma categoria lógico-jurídica, a das condições para o regular exercício do direito de ação.

Finalizando esse ponto, impõe-se ressaltar que a legitimidade extraordinária do Ministério Público para deduzir pretensão de natureza cautelar é mesmo eventual (para não dizer "acidental"), no sentido de que só se justifica na hipótese de o juiz entender que a providência então requerida não se reveste de

índole satisfativa, mas sim cautelar, a render ensejo, portanto, à sua convolação, com base na supramencionada regra da fungibilidade.

Outro desdobramento que cabe considerar, em razão da legitimação ministerial sustentada neste trabalho, refere-se à execução (*rectius*: efetivação, na esteira da modificação redacional operada no art. 273, § 3º) do provimento concessivo da antecipação dos efeitos da tutela. A conclusão lógica que se impõe é a de que, se o Ministério Público é legitimado para pleitear a medida, também o é para promover os seus atos de efetivação, caso a parte beneficiária não o faça. E nem poderia ser diferente, sob pena de se reduzir a legitimação ministerial a uma nonada.

Há que enfatizar, ainda, um derradeiro aspecto prático que o tema enseja. Trata-se da responsabilidade civil do Ministério Público, na hipótese de haver o respectivo órgão de execução requerido a medida regulada no artigo 273 do CPC, que, posteriormente reputada incabível - diante da própria improcedência da pretensão deduzida -, tenha imposto danos injustos ao demandado.

Os autores ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO ⁴⁸, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ⁴⁹ e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO ⁵⁰, enfrentando a questão, em termos genéricos, sustentam que, em tal hipótese, aplica-se analogicamente a regra contida no artigo 811 do CPC - situado no livro do processo cautelar -, de sorte que se configura a responsabilidade objetiva do demandante que tenha postulado o adiantamento dos efeitos da tutela, indevidamente deferido.

A crítica que se poderia fazer a esse entendimento, com a devida vênia aos festejados processualistas, se prende à consideração de que, segundo um princípio geral de hermenêutica, normas sancionatórias, como o é, efetivamente, aquela insculpida no artigo 811, inadmitiriam interpretação analógica ou extensiva.

Como quer que seja, a questão parece ser mais acadêmica, na medida em que, ainda que se lhe aplique a própria disciplina do instituto da tutela antecipada (artigo 273, § 3º, combinado com o artigo 588, inciso I, ambos do CPC), a conclusão que se impõe é a de que, de qualquer sorte, responde objetivamente o demandante beneficiário da antecipação, caso a mesma provoque danos ao seu adversário, em se constatando, posteriormente, que aquele não tinha razão ⁵¹.

Posto isto, o ponto nodal suscitado pela questão está em se perquirir se, uma vez assentada, mercê de todos os fundamentos acima já esposados, a legitimidade cometida ao Ministério Público para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela, aplica-se-lhe, também, como corolário, o instituto da responsabi-

⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 622/623.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 105.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 69.

⁵¹ Ressalve-se a opinião diversa, que não se adota neste trabalho, de Ovídio Araújo Baptista da Silva, que, no artigo denominado 'Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva', concluiu pela não configuração da responsabilidade objetiva em hipóteses que tais, sob o argumento de que ninguém pode ser responsabilizado por ter se valido de uma faculdade legítima.

lidade objetiva, tenha esta fundamento legal na norma do artigo 811, tenha, diversamente, arrimo na norma do artigo 273, § 3º, combinado com o artigo 588, inciso I, do estatuto processual.

Parece evidente que, em sendo o *Parquet* o autor do requerimento da antecipação dos efeitos da tutela, excepciona-se a regra da responsabilidade objetiva, diante da incidência de uma norma específica, a saber, a contida no artigo 85 do diploma processual, segundo a qual só se caracteriza a responsabilidade civil do órgão do Ministério Público na hipótese de ter ele procedido com dolo ou fraude.

De resto, a solução alvitrada é a mesma que seria aplicável a qualquer outro caso em que o *Parquet* requeresse providências restritivas de direito que se inserem no seu variado rol de atribuições, como, *v.g.*, ajuizar ação penal, requerer a decretação de prisões cautelares *etc.*

6- Conclusão

Ao longo de toda a exposição, procurou-se sustentar a inconsistência e superficialidade dos argumentos invocados pela corrente que nega a legitimidade do Ministério Público para requerer a antecipação dos efeitos da tutela em prol do incapaz, os quais não se compadecem com a própria marcha evolutiva por que passou o direito processual pátrio, marcada pela incessante busca da tutela efetiva dos direitos subjetivos, de molde a torná-la acessível à generalidade dos jurisdicionados, independentemente de sua condição individual.

Assim, a legitimação ministerial em estudo, sob o prisma constitucional, tem respaldo nas garantias da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, de um lado, e na própria missão institucional conferida ao *Parquet*, no sentido de velar pelo interesse indisponível em disputa no processo.

Noutro plano, a legitimidade do Ministério Público também encontra sólido arrimo à luz de uma interpretação lógico-sistemática dos dispositivos insertos na legislação processual ordinária, em que, de igual modo, se lhe cometeram diversos poderes e faculdades que, ontologicamente, em nada diferem do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela.

Nessa mesma ordem de idéias, a mais recente reforma do Código de Processo Civil, operada com o indisfarçável propósito de se cumprir verdadeiramente aquele dogma constitucional do acesso à jurisdição, trouxe novos fundamentos que legitimam a faculdade ministerial aqui sustentada. No afã de se atingir o ideal magno de efetividade do processo, desdobramento lógico da referida garantia fundamental, verifica-se que esquemas tradicionais foram rompidos, como o da correlação entre a sentença e a demanda e o do exaurimento da função jurisdicional, após a prolação da sentença de mérito.

Aliás, nessa mesma toada, parte da doutrina processualista vem adotando concepções cada vez mais avançadas, que se afinem com aquelas finalidades supremas, bastando mencionar, a título de exemplo, a posição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE⁵², para quem a antecipação dos efeitos da tutela, excepcionalmente, pode até ser deferida *ex officio* pelo juiz, por força de um necessário paralelismo com o poder geral de cautela, regulado no artigo 797 do Código de Processo Civil.

Embora tal posição ainda seja absolutamente isolada e não conte com a adesão deste ensaio, não se pode deixar de reconhecer nela o mérito de engendrar mais um interessante mecanismo tendente a assegurar a efetividade do processo, a par de fornecer mais um adinículo à posição aqui sustentada, na medida em que, se o juiz poderia deferir até de ofício a medida em questão, inexistiria qualquer empecilho ao reconhecimento da legitimação ministerial, para tanto.

Como quer que seja, procurou-se ressaltar que a legitimidade do *Parquet* para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela em favor do incapaz, sem chegar a implicar em qualquer transgressão a esquemas tradicionais – ainda que legítima –, deve ser compreendida nesse novo e amplo contexto, em que fica cada vez mais evidente o caráter meramente instrumental que assume o processo, como meio para a tutela dos direitos materiais. Não deixa de representar a legitimação ministerial, portanto, mais um poderoso mecanismo de realização prática dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório e ampla defesa.

Impõe-se reconhecer, de tal sorte, que restaram ampliadas as próprias atribuições inerentes à condição de *custos legis* que o Ministério Público ostenta no processo civil, em especial por força da presença de interesses de incapaz. A mera participação na relação processual, a fim de velar pela sua regularidade formal e pela aplicação correta da lei, não mais se mostra suficiente no atual cenário brasileiro, marcado por uma maior conscientização dos jurisdicionados acerca de seus próprios direitos, a despeito da subsistência de inúmeros óbices à sua real tutela, entre os quais se destaca a morosidade da entrega definitiva da prestação jurisdicional, aliada à própria discrepância das forças antagônicas do processo, ditada, especialmente, por enormes contrastes econômicos, sociais, culturais *etc.*

Não há mais espaço, portanto, para a manutenção de um esquema tradicional, em que o Ministério Público se reserva uma postura tímida e discreta de espectador das provas e de órgão consultivo do juiz. Ao revés, deve o órgão ministerial que desempenha a função de *custos legis* assumir posição de destaque na relação processual, em consonância, aliás, com o interesse indisponível que lhe cabe tutelar e, de resto, com as próprias normas ordinárias que já lhe conferem amplas faculdades.

⁵² *Op. cit.*, p. 362

É somente o pleno exercício de tais faculdades, aí se incluindo o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, em favor do incapaz, que pode garantir o desempenho adequado das atribuições do Ministério Público, sobretudo a de fazer cumprir o mandamento constitucional da efetividade do processo, sem o que o mesmo não atinge o seu objetivo de pacificação social.

7. Bibliografia

- 1) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- 2) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.
- 3) BERMUDEZ, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996.
- 4) BRUM VAZ, Paulo Afonso. *Manual da Tutela Antecipada*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- 5) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- 6) COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- 7) _____. *Tutela Antecipada*, 3ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- 8) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995.
- 9) _____. *A Reforma da Reforma*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.
- 10) FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996.
- 11) FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lineamentos do Novo Processo Civil*, 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- 12) _____. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- 13) GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*, vol. II, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997.
- 14) GUSMÃO CARNEIRO, Athos. *Da Antecipação de Tutela*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- 15) MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996.

- 16) MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, 1ª edição, atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997.
- 17) NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 18) _____ e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 19) SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. I, 3ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- 20) _____. "Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva". In *Revista AJURIS*, vol. 72/58.
- 21) SILVA LOPES, José Fernando da. *O Ministério Público e o processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1976.
- 22) THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 23) WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alii*. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. I, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

(*) SÉRGIO BUMASCHNY é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
