

PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Nelson Nery Júnior

Professor de Direito Processual Civil da PUC-SP
Membro do Ministério Público de São Paulo

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Há, no MP de São Paulo, uma tendência de não se admitir a intervenção do *parquet* nos procedimentos de jurisdição voluntária, conforme determina a regra geral do art. 1.105 do CPC, manifestada pela influência de corrente de pensamento liderada pelo eminente Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Desde os tempos em que foi curador de ausentes e incapazes, o Prof. Dinamarco fez uma grande escola no MP, dada a sua competência profissional, sua acuidade jurídica e sua sensibilidade para a solução das questões intrincadas que surgiam cada vez mais numerosas. Suas lições são, ainda hoje, muito acatadas na Instituição, com muita justeza, a despeito de ele ter deixado o MP, guindado que foi à magistratura, pelo quinto constitucional.

Alcançando, em 1986, a cátedra de Direito Processual Civil na tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, teve assim coroada a sua brilhante carreira de processualista, um dos melhores do Brasil sem dúvida, ao lado dos eminentes professores José Carlos Barbosa Moreira, Arruda Alvim, Egas Moniz de Aragão e Galeno Lacerda, entre outros.

Por todas estas razões, torna-se difícil para mim, neste ensaio, a missão de tentar defender uma tese jurídica divergindo do mestre. A responsabilidade é enorme e aceitei a empreitada salientando ser a divergência unicamente jurídica, já que aqui manifesto o meu profundo respeito e grande admiração pelo Professor Dinamarco.

Feitas estas necessárias observações, passo a expor o problema para o qual procurarei indicar uma solução.

O art. 1.105 do CPC, que se encontra nas disposições gerais sobre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, determina a participação do MP em todos aqueles procedimentos sob pena de nulidade.

A pretexto de que há casos de jurisdição voluntária onde não se justificaria a presença do MP, esse posicionamento doutrinário se dirige à dispensabilidade da intervenção do órgão ministerial naqueles casos. A obrigatoriedade existiria, isto sim, se verificada uma das hipóteses prevista no art. 82 do CPC.

Sinto-me inteiramente à vontade para examinar esta questão, menos porque se consubstancia em tímida tentativa de parcela da doutrina em contrariar a corrente francamente dominante, mas sim porque me é dada oportunidade de, acrescentando novos argumentos em colaboração àqueles da doutrina majoritária, demonstrar o verdadeiro sentido da intervenção do MP no processo civil, ainda que o faça nomeada e restritamente aos procedimentos de jurisdição voluntária.

A minha colaboração se envereda para o campo eminentemente institucional do MP, que não se compadece de posições tendentes a colocar em xeque o prestígio da Instituição. O MP deve exercer o seu mister, sem subterfúgios, atuando sempre na defesa dos interesses indisponíveis da sociedade e recusando atividades que não lhe são típicas.

2. A CORRENTE 'RESTRITIVA'

a) O primeiro argumento desta corrente, que chamarei de 'restritiva', é baseado na necessidade de fazer-se interpretação sistemática do art. 1.105, entendendo-o não isoladamente, mas em conjunto e em consonância com o art. 82, que traça os contornos gerais da intervenção do MP no processo civil.

Assim, o art. 1.105 'deve ser lido com a expressão final *se for o caso* implícita como demonstra a sua interpretação sistemática' (1).

Como o art. 82 estabelece as hipóteses em que é obrigatória a intervenção do MP no processo civil, este artigo tem inteira aplicação à parte especial do Código, incidindo, portanto, no tratamento que se deve dispensar aos procedimentos especiais, quer sejam eles de jurisdição contenciosa, quer de jurisdição voluntária. Somente se se verificar um dos casos de incidência do art. 82, é que se tornará necessária a participação ministerial na jurisdição voluntária.

b) O segundo argumento de que se valem os seguidores da corrente restritiva é atinente à existência do interesse público na jurisdição voluntária e a sua tutela pelo Juiz, já que o magistrado, aqui, exerce funções tipicamente de fiscal, pois não está investido da jurisdição no sentido estrito do termo, como atividade de poder estatal substitutiva da vontade das partes.

Neste sentido, bastaria a figura do Juiz para que se observasse a finalidade da lei, agindo como fiscal do interesse público, vale dizer, *custos legis*. O MP, se admitido a intervir indiscriminadamente em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, seria uma espécie de 'fiscal do fiscal', o que não se afiguraria razoável (2).

(1) - 2º TACivSP, Apelação n. 36.339, 5ª Câmara, Rel. Kazuo Watanabe, v. u., julgada em 26.8.76. Em igual sentido, RJTIRGS, 91/226, 90/406.

(2) - Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, 'Fundamentos do Processo Civil Moderno', São Paulo, 1986, n. 176 e segs., p. 320 e segs. Ver, especialmente, o n. 169, p. 316. No mesmo sentido, sem outro novo fundamento, ÉDIS MILARÉ, 'O Ministério Público e a Jurisdição Voluntária', in 'Justitia', 124/125-144, São Paulo, 1984.

3. O INTERESSE PÚBLICO COMO LEGITIMADOR DA INTERVENÇÃO DO MP NOS PROCEDIMENTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

O móvel autorizador da intervenção do MP no processo civil é o interesse público (3), ainda que, aparentemente, o interesse debatido em juízo seja de índole eminentemente privada (4). E isto não deixa de repetir-se quanto aos procedimentos de jurisdição voluntária.

Sem discutir a natureza jurídica da denominada jurisdição voluntária, tem-se entendido, conforme a doutrina dominante, ser ela atividade judiciária de administração pública de interesses privados.

Há, portanto, interesses privados que, em virtude de opção legislativa, comportam fiscalização pelo Poder Público, tendo em vista a relevância que representam para a sociedade. Por intermédio da jurisdição voluntária, o Estado protege uma série de direitos e relações jurídicas, de modo que possam alcançar o estado de publicidade e autoridade geral de que necessitam, na lição de KISCH (5): 'So sorgt der Staat fuer die allgemeine Kundbarmachung zahlreicher Rechte und Rechtsverhaeltnisse, indem er manche oeffentliche Buecher fuerth: . . .

E isto, naturalmente, nada mais é do que a atuação do Poder Judiciário na fiscalização de determinados interesses privados, que, dada a sua relevância, são reputados *de jure conditio* como sendo casos de interesse público.

Na doutrina fala-se, inclusive, em 'intensidade do interesse público', para justificar a abertura de um procedimento de jurisdição voluntária *ex officio* ou a requerimento do interessado (6).

Poder-se-ia objetar o que aqui se está demonstrando, dizendo que não há o interesse público na jurisdição voluntária, pois, se fosse assim considerado, o MP deveria intervir em todos os processos, porque os de jurisdição contenciosa têm razão muito maior para serem compreendidos na categoria do interesse público (7).

O argumento não convence. As razões que presidem uma e outra forma de intervenção judiciária estão em pólos diametralmente opostos.

Pela jurisdição contenciosa opera-se o monopólio estatal, vedada a justiça privada, devendo a lide ser resolvida pela atividade jurisdicional, esta substitutiva da vontade das partes, tudo em conformidade com os princípios da demanda (*ne*

(3) - ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA, 'Direito Processual Civil', II/84, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1959, n. 104.

(4) - PIERO CALAMANDREI, 'Istituzioni di Diritto Processuale Civile Secondo il Nuovo Codice', in 'Opere Giuridiche', IV/524, Nápoles, 1970, § 125.

(5) - WILHELM KISCH, 'Deutsches Zivilprozessrecht', I/34, 4ª ed., Berlin-Leipzig, 1929, § 79.

(6) - Ver WALTHER J. HABSCHEID, 'Freiwillige Gerichtsbarkeit', 7ª ed., Munique, 1983, § 69, n. II, p. 34.

(7) - RJJRGS, 100/418.

procedat iudex ex officio) e dispositivo. Isto é exercício de soberania, de atividade jurisdicional típica como um dos Poderes do Estado.

Como o Estado-Juiz é órgão imparcial, devendo aplicar o direito ao caso concreto que lhe foi trazido pelo jurisdicionado, não lhe compete aconselhar as partes ou responder a consultas, sendo que esta última atividade é exercida amiúde no âmbito do Estado-Administração.

Ao revés, na jurisdição voluntária o Estado chama para si a responsabilidade de administrar alguns interesses privados que, dada a sua relevância social, merecem a fiscalização estatal, de sorte que somente se constituirão ou terão eficácia após o crivo do Estado. Assim, não há lugar nem para a aplicação ampla do princípio da demanda, nem para o princípio dispositivo, podendo ser iniciado o procedimento a requerimento da parte, do MP ou mesmo de ofício, ainda que não haja essa previsão em sentido expresso no art. 1.103 do CPC (8).

4. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Na jurisdição contenciosa, incidem o princípio da demanda (*ne procedat iudex ex officio*) (art. 2º do CPC), o princípio dispositivo (9), apenas para referir os

(8) - Cf. FRITZ BAUR-MANFRED WOLF, 'Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit', 2ª ed., Stuttgart-Berlin-Colônia-Mainz, 1980, p. 16. Ainda que haja alguns casos em nosso CPC que permitam ao Juiz iniciar, de ofício, um procedimento de jurisdição voluntária, na verdade o estado atual de nosso direito positivo, no particular, é criticado pela doutrina alienígena, que faz referência ao Brasil como sendo o único país em que o início do procedimento de jurisdição voluntária é semelhante ao dos processos contenciosos, isto é, pela iniciativa dos interessados (ver, por exemplo, ZHIVKO STALEV, 'Non-Contentious Proceedings and their Development', in WALTHER J. HABSCHIED (organizador), 'Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmaessige Ordnung (Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongress fuer Prozessrecht)', Bielefeld, 1983, n. VIII, 4, p. 277.

(9) - Existe sensível diferença entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo, confundidos pela doutrina como sendo entidades idênticas. No direito alemão observa-se a precisa colocação de uma e outra realidades, separando-se o princípio da demanda ('Verhandlungsgrundsatz'), que é o poder de se iniciar um processo, do princípio dispositivo ('Dispositionsgrundsatz'), que é a faculdade de praticar-se no processo atos de disposição de direito, como por exemplo a produção ou não de provas, reconhecimento jurídico do pedido, confissão, etc., ou mesmo deixar de exercer um direito disponível, renunciando-se à prescrição ou não fazendo determinado pedido. Sobre o tema consultar FALK BOMSDORF, 'Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit', Berlin, 1971, p. 175 e segs.; TITO CARNACINI, 'Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo', in 'Studi in Onore do Enrico Redenti', II/716 e segs., Milão, 1951, n. 5, que expõe amplamente a origem alemã da distinção e a evolução do estudo das duas figuras na literatura tedesca; ENRICO TULLIO LIEBMAN, 'Fondamento del Principio Dispositivo', in 'Rivista di Diritto Processuale', XV/551 e segs., Pádua, 1960. No direito brasileiro, perceberam a diferença PONTES DE MIRANDA, 'Coments. ao CPC' (de 1973), II/526; 2ª ed., Rio de Janeiro, 1979; CELSO AGRÍCOLA BARBI, 'Coments. ao CPC', 121-22, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1986, n. 11; ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA-ADA PELLEGRINI GRINOVER-CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, 'Teoria Geral do Processo', 4ª ed., São Paulo, 1984, n. 15, p. 26 e segs.; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, 'O Problema da Divisão de Trabalho entre o Juiz e as Partes: Aspectos Terminológicos', in 'Revista de Processo', n. 41, São Paulo, 1986, p. 7 e segs.

que têm influência direta na análise da questão abordada neste ensaio. A relação jurídica processual é *bilateral*, isto é, o pedido é deduzido contra o Estado em face de um adversário. Sem a citação, portanto, não existe o processo, já que ela se erige à categoria de pressuposto de existência da relação jurídico-processual. Não confundir com a citação válida, esta sim pressuposto de validade da mesma relação.

Pressupõe, ainda, a existência de *lide*, isto é, do *objeto litigioso* dos alemães ("Streitgegenstand"), confundido muitas vezes no Brasil com o *objeto do processo* ("Prozessgegenstand"), coisa completamente diversa (10).

Os princípios fundamentais da jurisdição voluntária são outros, tendo em vista a própria natureza peculiar da administração pública de interesses privados.

A relação jurídica que se forma entre os interessados é *unilateral*, pois aqui não se trata de decidir litígio, mas sim de dar-lhes *assistência protetiva* ("Rechtsfuersorge") (11). Os interessados vêm a juízo para obter a proteção do Judiciário relativamente aos seus interesses privados.

(10) – O que os alemães entendem por 'Streitgegenstand' corresponde ao nosso conceito de *mérito*, de *lide*. O *objeto do processo* para os alemães são as questões litigiosas ou pontos controvertidos ('Streitpunkten') submetidos ao conhecimento e decisão do Juiz no processo, incluído o objeto litigioso. Assim, por exemplo, as exceções processuais, a necessidade ou não de produzir-se determinada prova, a nomeação de curador especial, e o próprio mérito da causa compõem o 'objeto do processo'. Este seria o continente e o 'objeto litigioso' uma parte do conteúdo. Conferir em KARL HEINZ SCHWAB, 'Der Streitgegenstand im Zivilprozess', Munique, 1954, § 1º, n. II, p. 3; LEO ROSENBERG-KARL HEINZ SCHWAB, 'Zivilprozessrecht', 13ª ed., Munique, 1981, §§ 58, n. III, p. 315, e 96, n. IV, p. 544; WOLFGANG GRUNSKY, in STEIN-JONAS-GRUNSKY, 'Kommentar zur Zivilprozessordnung', III/152 e segs., 20ª ed., Tübingen, 1977, Comentário ao § 537, n. I; EKKEHARD SCHUMANN, in STEIN-JONAS-SCHUMANN, 'Kommentar zur Zivilprozessordnung', I/151 e segs., 20ª ed., Tübingen, 1984, Introdução, n. 263 e segs. A bibliografia é muito grande e se tornaria fastidioso enumerá-la aqui. Notícias, apenas para uma visão mais aprofundada do tema, que as divergências existentes na doutrina alemã sobre o 'Streitgegenstand' respeitam mais à separação que fazem entre a *pretensão de direito material* ('Anspruch') e a *pretensão de direito processual* ('Streitgegenstand' ou 'prozessualer Anspruch'). A diferença não passou despercebida na doutrina brasileira, conforme demonstrado pela aguda e certa observação de ARRUDA ALVIM, 'Código de Processo Civil Comentado', I/387-388, São Paulo, 1975, e 'Manual de Direito Processual Civil', I/207, 2ª ed., 1986, n. 111. Em sentido contrário, entendendo que o 'Streitgegenstand' é o *objeto do processo*, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, nota n. 6, à tradução brasileira que fez da 4ª ed., do 'Manual' de Liebman (ENRICO TULLIO LIEBMAN, 'Manual de Direito Processual Civil', I/12, Rio de Janeiro, 1984), repetindo a idéia no trabalho 'O Conceito de Mérito em Processo Civil', in 'Revista de Processo', n. 34, São Paulo, 1984, p. 42 e 44. O dissenso entre a conceituação do 'Streitgegenstand' ('lide, objeto litigioso') pelos alemães, e a significação do mesmo vocábulo traduzido por DINAMARCO como sendo 'objeto do processo' ('Prozessgegenstand', 'Streitpunkten' para os alemães), situa-se no campo meramente terminológico, pois, pelo conteúdo do conceito dado ao 'objeto do processo' pelo eminente professor brasileiro, verifica-se que corresponde ao de 'lide' (obs. e locs. cit.).

(11) – Cf. STALEV, ob. cit., n. V, 1 e VIII, 4, p. 269 e 277. Aliás, observa-se também na doutrina italiana a mesma tendência, no sentido de definir a atividade do Juiz na jurisdição voluntária como sendo de *colaborar* com os interessados na formação da relação ou negócio

Para atribuir-se o alcance dos princípios aqui referidos, é interessante observar que a doutrina caminha paralelamente à natureza jurídica de jurisdição voluntária. Sendo esta, no entendimento dominante, administração pública de interesses privados, justifica-se uma tratativa de quase-discricionariedade nos atos do Juiz.

Por isso é que na jurisdição voluntária não existem prazos peremptórios nem revelia (12), devendo o Juiz proceder à instrução probatória de ofício, mesmo contra a vontade dos interessados, já que incide em plenitude o princípio da investigação de ofício ('Untersuchungsgrundsatz' dos alemães), em contraposição ao princípio dispositivo ('Verhandlungsgrundsatz'). Neste sentido, a posição de autorizada doutrina (13).

Sobre revelia na jurisdição voluntária, um parêntese. Existe norma administrativa interna do MP, consubstanciada no art. 134 do 'Manual de atuação funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo' (Ato n. 1/84, PGJ-CSMP-CGMP, de 21.12.84), *verbis*: 'Ao oficial como Promotor de Justiça Curador de Ausentes e Incapazes, recomenda-se: Art. 134 – Nos procedimentos de jurisdição voluntária, oficial como *curador de ausentes se houver citação ficta ou réu preso*, ou como curador de incapazes, se houver interesse destes últimos'.

Considerando que nos procedimentos de jurisdição voluntária não há lide, mas simples controvérsia, não há partes, mas interessados, não há sucumbência, entre outras circunstâncias, não há falar-se em revelia, tampouco em 'contestação', já que inexistente lide.

Assim, incorreta a recomendação administrativa do MP, que se choca com a lei processual (art. 1.105 do CPC) e com a Lei Orgânica Estadual do MP (Lei Complementar n. 304, de 28.12.82, art. 41, n. VI), não havendo motivo para intervir o Curador de Ausentes.

Mesmo assim, há quem diga que o art. 9º do CPC não é privativo do processo contencioso, sendo aplicável, também, ao processo (*sic*) voluntário (*rectius*: procedimento voluntário), reclamando a intervenção do Curador Especial de Ausentes (14).

Qual seria, então, a razão de o Curador Especial do ausente (revel, citado fictamente, no conceito da lei – art. 9º do CPC) intervir no procedimento de jurisdição voluntária? Para garantir a 'defesa' do 'réu', que aqui não existe?

jurídico, falando, inclusive, no caráter *unilateral* que têm referidos procedimentos não contenciosos (cf. GIOVANNI SANTARCANGELO, 'La Volontaria Giurisdizione Nell'Attività Negoziale', 1/12 e 16, Milão, 1985).

(12) – Cf. KISCH, ob. e vol. cit., p. 37. No mesmo sentido, quanto à inexistência de revelia e de seus efeitos, ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, 'Dos Processos Especiais (A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada)', São Paulo, s/d, n. 61, p. 99.

(13) – BAUER-WOLF, ob. e loc. cit.; KISCH, ob. e loc. ult. cit.; HABSCHEID, ob. cit., § 19, I, p. 128 e segs. Entre nós, LOPES DA COSTA, ob. ult. cit., n. 60, p. 99, referindo-se à predominância, na jurisdição voluntária, do 'princípio oficial'.

(14) – DINAMARCO, 'Fundamentos', cit., n. 185, p. 325.

Evidentemente, percebe-se a necessidade de alguém estar ali presente, para fiscalizar a verdadeira observância de todos os interesses particulares colocados sob a administração do Poder Judiciário, em atendimento a um interesse maior, que é o interesse público. Mas o caminho não é a efetividade do contraditório pelo Curador de Ausentes, ferindo frontalmente os mais comezinhos princípios informativos da jurisdição voluntária.

Este é mais um argumento em abono da tese dominante, de que é necessária a presença do MP em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, na defesa do interesse público, do qual é ele, no Brasil, o tutor natural.

Fechado o parêntese acerca da inexistência de revelia na jurisdição voluntária, retomo a linha do raciocínio que vinha expendendo.

No nosso direito positivo há uma tímida investida relativamente aos princípios norteadores da jurisdição voluntária, indicando, porém, que o legislador está atento às modernas diretrizes desse tipo de procedimento, vigentes nos ordenamentos mais adiantados. A tendência natural do direito positivo, portanto, é caminhar para o entendimento do que, realmente, seja a jurisdição voluntária.

Estes princípios estão colocados de forma precisa no direito alemão, como aqui se procura demonstrar. A pálide investida do legislador brasileiro, à qual me referi acima, consiste no texto do art. 1.109 do CPC, do qual se pode extrair nitidamente a admissão, ainda que parcial e de modo não peremptório, de que nesses procedimentos há forte dose de inquisitorialidade em atendimento ao interesse público que informa as hipóteses de jurisdição voluntária. Com efeito, a lei processual concede ao Juiz a oportunidade de aplicação de princípios de equidade, ao arpejo da *legalidade estrita*, podendo decidir escorado na conveniência e oportunidade, critérios próprios do poder discricionário, portanto inquisitorial, confirmando aquilo que até aqui venho dizendo relativamente aos procedimentos de jurisdição voluntária.

Em algumas hipóteses, o CPC permite ao Juiz, de ofício, iniciar procedimento de jurisdição voluntária, afastando de vez o princípio da demanda (*ne procedat iudex ex officio*), como, por exemplo, nos casos dos arts. 1.113, 1.129, 1.142, 1.160, 1.171 e 1.190, como lembram dois ilustres doutrinadores (15).

Como, então, negar a necessidade imperiosa da intervenção do MP em todos os procedimentos de jurisdição voluntária?

A doutrina dominante está sedimentada no sentido da intervenção do MP, como fiscal da lei, em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, valendo salientar o magistério de BUZAID (16), COUTURE (17) e CARNELUTTI (18).

(15) -- ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, 'Coments. ao CPC', XII/35, São Paulo, 1982; PONTES DE MIRANDA, 'Coments. ao CPC', Tomo XVI, Rio de Janeiro, 1977, p. 18.

(16) -- ALFREDO BUZAID, 'Non-Contentious Proceedings and their Development', p. 9, referido em STALEV, ob. cit., n. VII, 3 e VIII, 4, p. 275 e 277.

(17) -- EDUARDO J. COUTURE, 'Proyecto de Código de Procedimiento Civil', Buenos Aires, 1945, art. 304, n. 3, p. 232.

(18) -- FRANCESCO CARNELUTTI, 'Diritto e Processo', Nápoles, 1958, n. 272, p. 398.

O primeiro argumento utilizado pela corrente aqui combatida, seguido no entendimento da egrégia Procuradoria-Geral de Justiça (Parecer no Processo n. 3.466/74, da 2ª Vara Cível da capital, em 31.10.77), ratificado por DINAMARCO e MILARÉ, de que o art. 1.105 deve ser interpretado em conjunto com o art. 82, ambos do CPC, *maxima venia concessa*, não se compatibiliza nem com o sistema do Código, nem com os princípios fundamentais da jurisdição voluntária.

Esta corrente diz que o legislador, quando quis a intervenção ministerial na jurisdição voluntária, explicitou essa exigência na própria disciplina da medida concreta. Como a lei não contém palavras inúteis, não deveria intervir o MP quando não seja caso de aplicação dos incs. I e II do art. 82 do CPC.

A rigor, como nos procedimentos de jurisdição voluntária há patenteado o interesse público evidenciado pela 'natureza da lide', para usar o termo legal, seria supérfluo o art. 1.105, bem como todós aqueles que determinam a intervenção do *parquet* nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária: bastaria imprimir-se cumprimento ao art. 82, III, do CPC, regra geral, na qual se enquadram todos os casos possíveis de intervenção do MP, inclusive os estatuídos nos incs. I e II do mesmo art. 82, que nada mais são do que hipóteses especiais de interesse público, assim como o são, também, os procedimentos de jurisdição voluntária.

Não contivesse a lei palavras inúteis, como pretendem os sectários da corrente restritiva, haveria somente a necessidade de *dois* artigos no CPC regulando a participação do MP no processo civil: o art. 81, atribuindo-lhe o direito de ação, e um outro, que poderia ser o 82, *caput*, sem incisos, determinando sua intervenção como *custos legis*, em razão do interesse público. De notar-se, portanto, serem absolutamente *supérfluos* os n. I e II, dos arts. 82, 1.105, 1.122, § 1º, 1.126, 1.131, n. III, 1.141, 1.144, 1.145, § 2º, 1.151, 1.163, § 2º, 1.169, 1.172, etc., pois em todos estes casos já existiria a previsão genérica da intervenção (art. 82 do CPC). Logo, a fundamentação de que a lei não contém palavras desnecessárias não serve para o caso ora analisado.

A propalada interpretação sistemática, que naturalmente sempre deve nor-tear o destinatário dessa mesma interpretação, não se presta a resolver o problema aqui colocado, da forma como pretendem os que defendem o ponto de vista contrário ao aqui exposto.

A incoerência do argumento combatido é, ainda, manifesta, pois há casos de jurisdição voluntária em que a lei, manifesta e expressamente, determina a intervenção ministerial, hipóteses que nada têm a ver com os incs. I e II do art. 82 do CPC, como, por exemplo, as de herança jacente, coisas vagas, bens dotais, etc. A ser coerente o argumento da corrente de pensamento contrário ao meu, não deveria o MP intervir nestes casos, a despeito da determinação expressa dos arts. 1.144, n. I; 1.145, § 1º; 1.151; 1.172, pois não há menção no art. 82, n. I e II, de herança jacente, bens dotais, coisas vagas, especialização de hipoteca legal (arts. 827, n. II, e 842, n. II, ambos do CC) como causas autorizadoras da participação do MP no processo civil.

Tudo isto serve para demonstrar a fragilidade dos argumentos da interpretação restritiva do art. 1.105 do CPC, aliada à incoerência desses mesmos argumentos,

no sentido de reconhecerem a presença do interesse público na jurisdição voluntária, como o fazem expressamente DINAMARCO e MILARÉ, mas, ao mesmo tempo, negarem a intervenção do MP, condicionando-a ao comparecimento dos requisitos do art. 82, n. I e II, do CPC.

Obra humana que é, o nosso CPC, embora determine nas disposições gerais atinentes à jurisdição voluntária a obrigatória intervenção ministerial (art. 1.105), deixou de fazê-lo nomeadamente em *somente dois* procedimentos específicos: alienação judicial (arts. 1.113 e segs.) e especialização da hipoteca legal (arts. 1.205 e segs.). Em termos práticos, portanto, a polémica interna que se formou no MP sobre a obrigatoriedade ou não da intervenção resume-se na análise destes dois procedimentos especiais acima referidos. Fossem esses dois casos extirpados do capítulo da jurisdição voluntária e a questão não se colocaria. Mas, ainda assim, reputo conveniente discutir a tese, pois não se pode deixar sem resposta críticas e colocações que a meu juízo, *data venia*, são improcedentes. Não é porque há somente dois casos, cuja natureza de jurisdição voluntária a corrente contrária colocou em dúvida, que se pode deixar de discutir as teses que se formaram em torno da intervenção do MP na jurisdição voluntária.

A especialização da hipoteca legal não contém, na disciplina do CPC, menção expressa sobre a participação do MP no capítulo destinado à regulamentação deste procedimento especial (arts. 1.205 e segs.), muito embora se mencione um único exemplo da legitimação ativa do MP para tal desiderato, no art. 1.188, parágrafo único. No art. 82, n. I e II, há absoluto silêncio quanto à intervenção do MP no caso de especialização da hipoteca legal. Seria de se perguntar: não intervém o *parquet* nestes casos por impossível a combinação dos arts. 82 e 1.105 do CPC? Ou, ao contrário, é legítima sua participação, abstraindo-se do disposto nos arts. 1.105 e 82, n. III, do CPC, por força da incidência do art. 827, n. VII, c/c. os arts. 842, II, e 843, todos do CC, mais o art. 1.188, parágrafo único, do CPC?

Muito embora o art. 82 regule somente os casos de intervenção, e sendo a especialização um requerimento de providência jurisdicional, regulado pelo art. 81 do CPC, na verdade é indiscutível a necessidade da participação do MP no procedimento de especialização da hipoteca legal, pelas razões que tenho, até aqui, defendido: o interesse público como *ratio essendi* de o Estado chamar para si a responsabilidade de fiscalizar e administrar interesses privados que considera de alta relevância.

Ademais, à pergunta 'qual o interesse público que existe quando pessoas maiores, capazes, pretendem alienar, em juízo, um bem imóvel indivisível de sua propriedade?', responde-se com a opção de política legislativa, pois somente ao direito positivo é dado o poder de decidir acerca da conveniência de classificar os procedimentos como sendo de jurisdição voluntária, conforme o magistério de autorizado processualista (19). E esta classificação pode ter sua gênese, não somente

(19) — KISCH, ob. e vol. cit., p. 36: *Veber die Abgrenzung entscheidet also lediglich das jeweils geltende positive Recht*, ou, no vernáculo, 'Sobre os limites, portanto, decide exclusivamente o direito positivo vigente no momento'.

na indisponibilidade do direito em jogo, mas, também, na função pública de *mediador* de interesses entre particulares que o Estado, por razões de conveniência e oportunidade, entendeu necessária realizar. Ainda que se ache criticável, do ponto de vista de política legislativa, a colocação da alienação judicial entre capazes dentre os procedimentos de jurisdição voluntária, o fato é que foi uma opção do legislador que deve ser cumprida com todas as suas conseqüências jurídicas.

Talvez seja mesmo criticável essa atitude do legislador. Seria melhor houvesse ele disposto que assim se procedesse, quando um dos condôminos fosse incapaz. A gênese de toda a polêmica, portanto, reside na hipótese de alienação judicial entre maiores e capazes.

Aliás, ao expor o meu pensamento ao ilustre colega de curadoria de ausentes e incapazes, Dr. Hugo Nigro Mazzilli, este fez a seguinte indagação: qual a providência a ser tomada pelo MP e pelo Juiz, quando, após a avaliação do bem e discordância do *parquet* quanto a esta, os interessados decidirem, à revelia do juízo, vender o bem por valor bem inferior ao da avaliação judicial, trazendo aos autos a escritura de compra e venda perfeita e acabada?

As pessoas maiores podem dispor livremente de seus bens, não havendo motivo para a intervenção estatal na autonomia privada, como regra geral. No entanto, verifica-se cada vez mais o aumento do campo de abrangência do denominado dirigismo contratual em determinados negócios jurídicos de direito privado, que o legislador entendeu devam ser regulados por normas de ordem pública. É o que se dá, por exemplo, com as relações empregatícias, contrato de compromisso de compra e venda de imóveis loteados, relações de locação, entre outras hipóteses.

Da mesma forma como não se nega a legitimidade da interferência estatal nessas relações jurídicas de direito eminentemente privado, pode-se transportar o mesmo raciocínio para o campo da jurisdição voluntária.

A diferença entre a doutrina do dirigismo contratual e a jurisdição voluntária reside em que nesta há participação efetiva do órgão judiciário na realização do negócio jurídico, ao passo que relativamente ao dirigismo apenas estabelecem-se regras de ordem pública que, limitando a autonomia privada, devem ser respeitadas pelos contratantes. Não há, aqui, a participação efetiva de órgão estatal.

A despeito disso, razões de conveniência do legislador, aliadas ainda à oportunidade, formando, por assim dizer, o que chamaria de discricionariedade judicial, determinaram que a alienação de bem comum entre maiores e capazes fosse feita, *quando houvesse dissenso*, por procedimento especial de jurisdição voluntária.

O interesse público está consubstanciado na existência da divergência quanto à extinção da relação condominial. Não havendo divergência, o problema não se coloca.

Entendeu o legislador ser de interesse público a administração extraordinária do condomínio, para efeitos de alienação, quando os condôminos não estiverem de acordo quanto à venda do bem comum. A atividade do Judiciário seria, como já se disse acima, de *assistência protetiva* (*Rechtsfuersorge*) em nome do interesse público.

À indagação de meu nobre colega e amigo, Dr. Hugo Nigro Mazzilli, respondo com absoluta tranqüilidade no sentido de que, cessada a divergência, não há mais razão para prosseguir-se no procedimento de jurisdição voluntária de alienação de bem comum. O raciocínio não é, obviamente, válido, para outros procedimentos onde o interesse não seja privado, como, por exemplo, o caso de interdição. Aqui, ainda que o interditando não estabeleça dissenso ao requerimento de interdição feito por outrem ou pelo MP, o procedimento continua com investigação de ofício, pois trata-se de estado da pessoa, matéria de direito indisponível.

Isto não afronta o direito, porque, como se sabe, existe grande diversidade de critérios para estabelecerem-se os casos que devam submeter-se aos procedimentos de jurisdição voluntária. A indisponibilidade do direito é apenas um deles.

Há, no Estado de São Paulo, texto de lei expresso determinando a intervenção do Curador Judicial de Ausentes e Incapazes em *todos* os procedimentos de jurisdição voluntária que tramitem perante as Varas nas quais oficie (art. 41, n. VI, da Lei Complementar n. 304, de 28.12.82 — Lei Orgânica do Ministério Público). Este dispositivo tem sido duramente criticado no seio da Instituição, apontado como inconstitucional, pois estaria disciplinando matéria de Direito Processual, cuja competência legislativa exclusiva é da União (art. 8º, n. XVII, *b*, da CF) (20). Ainda desta feita, o ataque é descabido, pois o que a lei estadual fez foi, única e exclusivamente, dar operatividade ao art. 1.105 do CPC, que contém o mandamento expresso de que a intervenção do MP é obrigatória em todos os procedimentos de jurisdição voluntária.

Não fosse assim, que órgão do MP interviria, na 16ª Vara Cível, por exemplo, em procedimento de alienação judicial de bem imóvel indivisível? A norma estadual, portanto, distribui tarefas entre os órgãos do MP, com função nitidamente administrativa. Deixou claro, é verdade, que a interpretação do art. 1.105 do CPC tem caráter genérico e não restritivo, como pretende a corrente contrária. Esta é a verdadeira razão do insurgimento e não a indigitada inconstitucionalidade.

Quanto ao argumento utilizado por DINAMARCO (21), de que, na jurisprudência voluntária, por não haver atividade substitutiva da vontade das partes, como de ordinário ocorre na jurisdição contenciosa, o Juiz exerce a função de fiscal da lei, sendo dispensável a participação de outro órgão do Estado para ser 'fiscal do fiscal', não vemos motivo para estupefação.

A resposta dada por JOSÉ FREDERICO MARQUES está em conformidade com o nosso sistema processual, rebatendo com vantagem o argumento de DINAMARCO (22): 'Na jurisdição voluntária, ele (fala do MP) e o Juiz exercem tutela administrativa sobre interesses privados. Todavia, enquanto o Juiz se mantém em

(20) — Cf. MILARÉ, *ob. cit.*, p. 142.

(21) — DINAMARCO, 'Fundamentos', *cit.*, n. 169 e 183, p. 316 e 324.

(22) — JOSÉ FREDERICO MARQUES, 'Manual de Direito Processual Civil', 1/315, 11ª ed., São Paulo, 1986, n. 250.

posição análoga à que tem na jurisdição contenciosa, o MP atua com dinamismo, para obter, fora do procedimento ou neste, elementos que permitam uma adequada proteção ao direito subjetivo submetido à administração judiciária'.

Seria razoável o entendimento de DINAMARCO, se, no processo civil brasileiro, a defesa do interesse público não estivesse conferida ao MP. É o que ocorre, por exemplo, no processo civil alemão, onde ao Juiz é dada a proteção do interesse público, dispensando-se a intervenção do *parquet* naquelas hipóteses (23). Mas, como no direito brasileiro, a defesa do interesse público sempre foi, e é, conferida ao MP, não há como negar, *de lege lata* (art. 82, n. III, do CPC), que esta função *deve* por ele ser exercida no processo civil, independentemente da qualificação da atividade do Juiz, isto é, quer nos processos contenciosos, quer nos procedimentos de jurisdição voluntária.

Outra incoerência colabora, ainda mais, para demonstrar a falta de base da corrente restritiva. Se o Juiz, nos procedimentos de jurisdição voluntária, é fiscal da correta aplicação da lei, não seria supérflua a interveniência do MP em *qualquer hipótese* erigida pela lei à categoria da jurisdição voluntária?

A resposta, se a corrente restritiva fosse coerente com os seus fundamentos, deveria ser dada em sentido afirmativo: O MP não teria intervenção em *nenhum* procedimento de jurisdição voluntária, porque aqui o Juiz não seria mais aquela figura imparcial, equidistante dos interessados, devendo pôr cobro à lide, substituindo a vontade das partes, mas sim um fiscal da lei, bastando a sua presença para que se atingisse a finalidade legal, no que concerne aos procedimentos de jurisdição voluntária: a satisfação dos interesses não litigiosos dos particulares, inexistentes as circunstâncias que justificariam a interveniência do MP.

Não é o que ocorre, entretanto. Defendem os sectários do posicionamento minoritário a participação do MP em alguns procedimentos especiais de jurisdição voluntária, como já referido.

Por todo o exposto, verifica-se que a doutrina dominante (24), seguida, obviamente, por mim, entende que, tendo em vista o interesse público que informa os procedimentos de jurisdição voluntária, deles deverá participar, sempre, o MP, *ex vi* do art. 82, n. III, c/c. o art. 1.105 do CPC, defensor natural dos interesses indisponíveis da sociedade.

(23) – Conferir, por exemplo, em DIETER LEIPOLD, *in* STEIN-JONAS-LEIPOLD, 'Kommentar zur Zivilprozessordnung', 1/90, 20ª ed., Tübingen, 1984, Comentário n. 266 preliminar ao § 128 F; KARL THIÉRE, 'Die Wahrung ueberindividueller Interessen im Zivilprozess', Bielefeld, 1980, p. 125; ROSENBERG-SCHWAB, 'Zivilprozessrecht', cit., § 78, V, p. 442/443; HARALD KOCH, 'Prozessuehrung im oeffentlichen Interesse', Frankfurt, 1983, p. 3 e segs.

(24) – JACY DE ASSIS, 'O Ministério Público no Processo Civil, *in* 'Revista Brasileira de Direito Processual', III/100, Uberaba, 1975; MARCOS AFONSO BORGES, 'Jurisdição Voluntária', *in* 'Revista de Processo', n. 11/12, São Paulo, 1978, p. 216; *idem*, 'Coments. ao CPC', IV/278, São Paulo, 1977; HENRIQUE FONSECA DE ARAÚJO, 'O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil', *in* 'Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil', São

À evidência, acredito estar demonstrado o porquê da obrigatoriedade da intervenção do órgão do *parquet*, salientando não aceitar a denominação pejorativa de 'interpretação declarativa' do art. 1.105, como pretendido pelos defensores da tese minoritária (25). A tese dominante, sim, baseia-se em interpretação verdadeiramente sistemática.

Paulo, 1974, p. 109; EDSON PRATA, 'A Jurisdição Voluntária no Código de Processo Civil de 1973', in 'Revista Brasileira de Direito Processual', III/67, Uberaba, 1975; *idem*, 'Jurisdição Voluntária', São Paulo, 1979, p. 157 e segs.; JOSÉ FREDERICO MARQUES, 'Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária', 2ª ed., São Paulo, 1959, p. 112 e 115; *idem*, 'Manual', vol. cit., n. 250, p. 315; JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, 'Coments. ao CPC', X/19 e segs., 3ª ed., Rio de Janeiro, 1983, n. 9; SÉRGIO SAHIONE FADEL, 'Código de Processo Civil Comentado', III/306 e segs., 4ª ed., Rio de Janeiro, 1983; PONTES DE MIRANDA, 'Comentários', cit., p. 19; ENRIQUE VESCOVI, 'Tareas del Ministério Público', in 'Revista de Processo', n. 10, São Paulo, 1978, n. 13, p. 169; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, 'Atividade do Ministério Público no Processo Civil', in 'Revista de Processo', n. 10, São Paulo, 1978, n. 31, p. 73; *idem*, 'Comentários', cit., p. 37 e segs.; LUIZ C. M. NACONECY, 'A Trilogia Estrutural: Jurisdição, Ação e Processo', in 'Justitia', 107/55, São Paulo, 1979; WILSON GOMES DE MENEZES, 'Da Jurisdição Voluntária', in 'Rev. For.', 252/117; 'Revista de Processo', 26/275 (com declaração de voto vencedor do Des. ARRUDA ALVIM), 9/361; RT, 586/64, 507/130, 492/155; JTACivSP, 49/149, 44/198; RJTJSP, 94/210, 93/179; 2ª TACivSP, Apelação n. 41.501, 1ª Câmara, Rel. NÓBREGA DE SALLES, v. u., julgada em 5.4.76.

(25) - DINAMARCO, 'Fundamentos', cit., n. 178, p. 321.