

347.963(81)  
347.963:347.919.1(81)  
347.919.1:347.963(81)  
347.963:347.98(81)  
347.98:347.963(81)  
347.919.1(81)

## Ministério Público e jurisdição voluntária

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Procurador de Justiça — SP  
Professor de Direito Processual Civil  
FDUSP — UNITAU

SUMÁRIO: 1 — A jurisdição voluntária; 2 — O Ministério Público e o artigo 1.105, do CPC; 3 — O Ministério Público e os processos voluntários; Conclusão.

Muito se tem discutido a respeito da regra contida no artigo 1.105 do Código de Processo Civil, segundo a qual o Ministério Público deve ser citado (na verdade intimado) para intervir nos chamados procedimentos de jurisdição voluntária. Controvertem doutrina e jurisprudência sobre a efetiva necessidade de participação do órgão ministerial em todas as relações processuais voluntárias.

Sustentam alguns que a referida norma deve ser interpretada em conjunto com o artigo 82 do mesmo estatuto, resultando daí que a intervenção somente ocorrerá se verificada uma das hipóteses ali previstas.

Para outros, o legislador entendeu obrigatória a atuação do Ministério Público em todos os processos voluntários, independentemente da regra do artigo 82.

Dois eminentes membros do Ministério Público de São Paulo abordaram recentemente a questão, cada qual defendendo uma das posições acima referidas<sup>1</sup>.

Anteriormente, o problema já fora tratado, também por integrantes do *Parquet paulista*<sup>2</sup>.

Todos aqueles que discorreram sobre o tema o fizeram com insuperável brilhantismo. Pouco, ou quase nada, resta para ser debatido, visto que os argumentos

1. Pela primeira corrente manifestou-se HUGO NIGRO MAZZILLI, *O Ministério Público e a jurisdição voluntária*, "in" REPRO 48/217; NELSON NERY JR. sustenta a segunda (cfr. *A intervenção do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária*, "in" *Justitia* 135/39). A doutrina dominante, sem dúvida, adota a última posição, como bem observa NELSON NERY JR. (cfr. ob. cit., p.60, nota 34).
2. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, RT, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 320 e ss.; ÉDIS MILARÉ, *O Ministério Público e a jurisdição voluntária*, "in" *Justitia* vol. 124, pp. 125/144. Anote-se que Dinamarco, hoje Desembargador aposentado, integrou o Ministério Público de São Paulo. Tanto ele, quanto Milaré, apóiam a primeira tese.

foram apresentados de maneira clara e precisa. Basta examiná-los e optar por uma das conclusões.

Apesar disso, tentar-se-á trazer novos elementos, a fim de ampliar o âmbito da discussão. As idéias aqui expostas foram apresentadas pela primeira vez em 07.05.84, nos autos do processo n.º 1.174/80, da 7.ª Vara Cível da Capital.

## 1 — A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Sem a pretensão de esgotar o tema, far-se-á rápida abordagem a respeito da natureza jurídica da jurisdição voluntária.

Sustentam alguns tratar-se de atividade tipicamente jurisdicional, pois o magistrado tutela interesses privados insatisfeitos, atuando o direito objetivo ao caso concreto, de forma imparcial e sem fazer valer interesses próprios. Estariam presentes, assim, todos os elementos da jurisdição contenciosa<sup>3</sup>. Fala-se também que, tanto na voluntária, quanto na contenciosa, o juiz encontra-se na posição de indiferença quanto ao efeito produzido pelo provimento<sup>4</sup>. Afirma-se, ainda, que, em determinados casos, a eficácia de uma norma somente se torna possível quando presente o Estado, presença essa imediata, não mediata. Se o Estado aplica tais normas, existe coação e atividade processual, cuja finalidade é a prevenção da lide. Tais elementos são suficientes para considerar a jurisdição voluntária como atividade tipicamente jurisdicional<sup>5</sup>.

Há quem considere a jurisdição voluntária uma atividade substancialmente diversa da jurisdição e da administração, ou seja, uma categoria distinta que reúne determinadas características comuns aos atos estatais em geral<sup>6</sup>.

A corrente dominante, todavia, entende ser a jurisdição voluntária uma atividade substancialmente administrativa, exercida por órgãos jurisdicionais. O legisla-

3. IBANÉZ FRONCHAM, MANUEL, *La jurisdicción*, Astrea, Buenos Aires, 1972, pp. 101/104.
4. MICHELLI, GIAN ANTONIO, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 81: Afirma ele que também na jurisdição voluntária o juiz é portador do interesse público consistente na observância do direito objetivo, "nella specie alla miglior tutela di quell'interesse sostanziale che il legislatore ha ritenuto dimiglio garantire affidando al giudice il compito di proteggerlo con il subordinare la possibilità di certi effetti giuridici alla pronuncia del giudice medesimo" (ob. e p. cit.). No mesmo sentido, Edson Prata, que compara as situações submetidas à jurisdição voluntária com as sentenças declaratórias, pois em ambos os casos não houve violação do direito e está presente o caráter substitutivo da jurisdição (Cfr. RBDP 27/59). Assim também LOPES DA COSTA, *A administração pública e a ordem jurídica privada (jurisdição voluntária)*, ed. Bernardo Álvares, Belo Horizonte, 1961, p. 62.
5. RONALDO CUNHA CAMPOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. I, tomo I, 1979, pp. 259/266. Sustenta que nesses processos existe lide, pois estão em conflito os interesses das partes e os do Estado. Antonio Cláudio Costa Machado propõe seja a jurisdição voluntária tratada como verdadeira jurisdição, pois a existência ou não de lide é insuficiente para caracterizar determinada atividade estatal como jurisdicional ou administrativa (cfr. *Jurisdição Voluntária, jurisdição e lide*, in REPRO 37/68).
6. Cfr. ELIO FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, Cedam, 1953, especialmente pp. 237/240. Semelhante é a posição de Mandrioli, que conclui ser a jurisdição voluntária atividade diversa da atividade jurisdicional e mais próxima da administrativa, porque "non tende ad attuare diritti, ma semplicemente ad integrare o realizzare la (o rimuovere un ostacolo alla) fattispecie costitutiva di un stato personale o familiare... o di un determinato potere... o della vicenda comitutiva, modificativa o estintiva di una persona giuridica... o di altre situazioni simili". Mas também não se confunde com a atividade administrativa, pois não tutela interesses imediatos do Estado, mas dos cidadãos. Embora semelhante à atividade jurisdicional constitutiva, pois ambas realizam modificações jurídicas, dela se distingue, visto que as modificações jurídicas são realizadas sem que se tenha declarado a existência do direito a tais modificações. Diferencia-se, ainda, pela ausência de coisa julgada. Assim, embora funcional e estruturalmente esteja mais ligada à administração, "in quanto è volta da organi giurisdizionali e partecipa di talune caratteristiche fondamentali proprie dell'attività di questi organi (imparzialità del giudice ed attribuzione di un ruolo attivo alle parti), può essere inclusa in un'ampia nozione della giurisdizione". (*Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, Giappichelli Ed., 2.ª ed., 1978, pp. 25/25 e 31).

dor entregou à proteção do Estado determinados interesses privados, que são relevantes também para ele, impondo-se a cooperação de um órgão público para controlá-los. O simples fato de tal atividade ser atribuída ao juiz não é suficiente para torná-la jurisdicional. Mais correta, portanto, é a definição de jurisdição voluntária como "administração pública de direito privado"<sup>7</sup>. Tende ela e constituir relações novas, enquanto a contenciosa realiza relações já existentes. Aqui, o Estado providencia para que a relação atinja sua finalidade prática; que seja atuada normalmente frente a outra pessoa; intervém o órgão estatal no meio de dois contendores. Na jurisdição voluntária, pressupõe-se uma relação jurídica que, por si só, com a simples declaração de vontade das partes, não poderia formar-se; para tanto, exige-se a intervenção de um elemento extrínseco — o Estado —, que analisa sua conveniência e legalidade, exercendo função análoga à do tabelião que intervém em determinados atos jurídicos. O Estado coopera para a formação de uma relação jurídica, agindo junto ao particular interessado. Na jurisdição contenciosa, o juiz age frente a duas partes, estranho aos interesses em conflito. Este pode existir na jurisdição voluntária e faltar na contenciosa. Mas, nesta o juiz, ao impor a norma, realiza o interesse da parte em lugar dela, visto que vedada a autodefesa; se existir conflito, prevalecerá aquele interesse que corresponder ao direito. Na voluntária, o juiz ajuda a parte a realizar seu interesse, eventualmente em contraste com outros, da melhor maneira possível<sup>8</sup>.

O que ocorre na jurisdição voluntária, em verdade, é a atribuição de determinada função a órgãos constituídos legalmente para exercer outra substancialmente diversa. Os atos de jurisdição voluntária são administrativos em razão da finalidade e dos efeitos. O campo de sua atuação é exatamente aquele onde o Estado, limitando a autonomia dos cidadãos, intervém para conceder ou não determinados efeitos à vontade daqueles. É a chamada "administração pública de interesses privados". O efeito desejado pela parte somente poderá ocorrer após a verificação, pelo Estado, de seus pressupostos e de sua conveniência. Essa administração pode ser efetuada por órgãos não jurisdicionais (intervenção do oficial do Registro Civil na constituição da relação matrimonial). Mas pode ser que, por conveniência prática ou tradição, tal função seja atribuída ao juiz. Nada mais é, portanto, que a administração pública de direito privado exercida por órgãos jurisdicionais<sup>9</sup>.

O escopo de atuação dos órgãos jurisdicionais, em casos de jurisdição voluntária, não é aquele de garantir a observância do direito, mas o de proporcionar, da

7. ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1973, p. 25; FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, Saraiva, 1961, pp. 75/76; JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, tomo I, Inst. Est. Pol., Madrid, 1968, p. 106; ENRICO ALLORIO, *Problemas de Derecho procesal*, tomo II, EJE, Buenos Aires, 1963, p. 30; ARRUDA ALVIM, *Cód. Proc. Civ. comentado*, RT, 1975, vol. I, pp. 40/41; CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, RT, 1987, pp. 105/108.
8. MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Direito processuale civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 47/48. Sustenta o autor existir profunda semelhança entre determinadas espécies de jurisdição contenciosa (processos necessários) e jurisdição voluntária.
9. FREDERICO MARQUES pondera que o juiz, quando exerce as funções de jurisdição voluntária, não atua com o intuito de fazer observar a ordem jurídica, mas para possibilitar que uma relação jurídica possa constituir-se ou modificar-se: "O órgão judiciário presta sua assistência, integrando um negócio jurídico, e isto porque o Estado, apesar de tratar-se de relações de interesse individual, entende dever tutelá-las a fim de garantir melhor os preceitos legais que regem essas relações da vida". (ob. cit., p. 76)

melhor forma possível e nos limites do direito, a satisfação dos interesses existentes na relação jurídica<sup>10</sup>.

Embora em alguns casos seja fácil a distinção entre os atos de jurisdição voluntária e aqueles tipicamente jurisdicionais, há hipóteses que se situam naquela situação intermediária, limítrofe entre uma atividade e outra, tornando-se difícil a identificação. Imagine-se qualquer um daqueles casos em que a atividade jurisdicional é necessária, mesmo que as partes estejam dispostas a, espontaneamente, atuar a vontade concreta da lei: anulação de casamento, por exemplo. As partes poderiam, sem a participação do juiz, extinguir a relação jurídica, visto que há concordância entre elas. Ou a lei poderia atribuir a função de verificar o pressuposto da dissolução a outros órgãos, não pertencentes ao Judiciário. A situação assemelha-se àquelas de jurisdição voluntária; onde a colaboração do Estado ocorre para que seja possível a constituição de efeitos jurídicos desejados pelas partes<sup>11</sup>.

Conclui-se, assim, que a diferença entre a jurisdição voluntária e os chamados processos constitutivos necessários encontra-se na natureza da função exercida pelo juiz. Na jurisdição voluntária ele reconhece ou não um acordo de vontades como apto a produzir efeitos jurídicos. Na sentença constitutiva há o reconhecimento de que determinado dispositivo legal deve ser aplicado. Eventual acordo entre as partes é irrelevante aqui. Prevalece a verdadeira finalidade da jurisdição, que é garantir a observância do ordenamento jurídico. Na jurisdição voluntária, o objetivo do magistrado não está voltado para a garantia do direito objetivo, mas sim para a satisfação dos interesses privados, nos limites do direito. A jurisdição voluntária pertence à atividade social do Estado, não à jurídica: o direito não constitui escopo seu, mas meio para atingir outros fins.

Pode-se dizer que o mesmo raciocínio a ser utilizado na distinção entre a atividade jurisdicional necessária e a atividade administrativa do Estado é válido para o caso em análise. Quando o oficial do Registro Civil intervém na constituição do casamento, limita-se a verificar se o acordo de vontades está apto a produzir os efeitos dele decorrentes. Na atividade jurisdicional necessária há o reconhecimento de que determinado dispositivo legal deve ser aplicado, independentemente da existência de acordo entre as partes. Vislumbra-se, aqui, o escopo da atividade jurisdicional, qual seja, a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com o que se alcança a paz social. Para tanto, o juiz substitui as partes na atuação da vontade concreta da lei.

Na jurisdição voluntária, o juiz reconhece aptidão a um acordo de vontades para produzir efeitos jurídicos. A sentença constitutiva implica a aplicação de um dispositivo legal pelo juiz, em substituição à atividade primária das partes, sendo absolutamente irrelevante que estas estejam ou não de acordo com a incidência.

10. "La giurisdizione volontaria rientra quindi nell'attività sociale non nell'attività giuridica dello Stato: anche per essa, come per l'attività amministrativa, il diritto non è scopo, ma mezzo che serve al soddisfacimento di altri scopi, cioè alla costituzione di nuovi rapporti corrispondenti a interesse sociali degni di speciali assistenza." (CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, in *Opere Giuridiche*, vol. IV, Napoli, Morano Editore, 1970, p. 85). A doutrina tem entendido, pois, que a jurisdição voluntária encontra-se, na verdade, no âmbito da administração (cfr. ANGELO JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè, 1968, pp. 12/13; FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, pp. 75/76).

(11) Segundo Calamandrei a única diferença entre os atos jurisdicionais constitutivos e aqueles de jurisdição voluntária é que os efeitos constitutivos do ato jurisdicional são consequência de um "prévio accertamento", com o qual o juiz reconheceu a ausência das circunstâncias de fato necessárias a que permaneça em vigor determinada norma primária. Na anulação de casamento, p. ex., aquela norma que estabelece quais os requisitos para a validade do patrimônio. Assim, está no efeito constitutivo do ato jurisdicional, presente também na jurisdição necessária, a diferença entre esta e a voluntária (Cfr. *ob. cit.*, p. 86).

Prevalece aqui o escopo da jurisdição, que é a garantia do ordenamento jurídico. Ao atuar na jurisdição voluntária, o juiz não tem por objetivo imediato a observância da lei. Sua finalidade é analisar a vontade dos requerentes e verificar se estes observaram a lei. Este é apenas um meio para se atingir um objetivo: o efeito desejado pelas partes. Na jurisdição típica, este é irrelevante, pois prevalece o escopo dessa atividade estatal: a atuação da lei e manutenção do ordenamento jurídico<sup>12</sup>. Tanto que, se ao analisar uma petição de separação amigável (jurisdição voluntária), o juiz concluir que o acordo contraria determinada norma cogente, não o homologará. Tivesse ele no exercício de sua função típica, aplicaria a norma coercitivamente. Isso ocorre porque, na jurisdição voluntária, ao contrário da contenciosa, não atua ele substitutivamente.

## 2 — O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ARTIGO 1.105 DO CPC

Cumpra, desde logo, afastar a afirmação de que o artigo 1.105 é suficientemente claro, dispensando interpretação (*in claris cessat interpretatio*). Prefere-se o ensinamento de Ulpiano: embora claríssimo o édito do pretor, não se deve descurar da interpretação respectiva (*quamvis sit manifestissimum edictum attamen non est negligenda interpretatio ejus*)<sup>13</sup>.

Em que pese o disposto no artigo 1.105 do Código de Processo Civil<sup>14</sup>, o Ministério Público não deve intervir em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, vejamos o por que:

### 2.1 — O processo e o interesse público

A participação do Curador nas relações processuais civis ocorre toda vez que o interesse público o exigir. As hipóteses em que o legislador entende presente tal interesse estão previstas no artigo 82, I e II, do Código de Processo Civil. No inciso

12. A diferença entre jurisdição contenciosa e voluntária é minimizada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em razão da postura metodológica por ele proposta, deixando em segundo plano a visão interna do sistema processual, para considerá-lo "a partir de um ângulo externo, no contexto da ordem jurídica e política da nação e a partir da clara definição de seus objetivos. Assim é que, convergindo as atividades processuais do juiz, como atos de posituação do poder em casos concretos (*cases and controversies*), a certos objetivos localizados no plano social e político, ao observador distante delas se situam num compartimento só e têm um só significado social e político". (*Instrumentalidade do processo*, RT, 1987, p. 176).

13. No dizer de CARLOS MAXIMILIANO, a afirmativa contrária não tem nenhum valor científico, ante às idéias triunfantes na atualidade. O brocardo, que visava a evitar exageros cometidos pela escolástica, acabou redundando em excesso no sentido oposto. Hoje não mais se admite sua aplicação: "Os domínios da Hermenêutica se nas estendem só aos textos defeituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões de Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação." (*Hermenêutica e aplicação do direito*, Forense, 9.ª ed., pp. 33/39. Cfr. tb. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito, introdução e teoria-geral*, Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1977, pp. 345/346; CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil* vol. I, 1978, p. 177). O eminente Desembargador Cezar Peluso, em preciosíssima abordagem dessa questão, conclui "não basta, no compromisso judicial com a idéia do Direito, atualizável na enunciação de cada norma concreta, a intuição imediata ou a descoberta pronta do sentido emergente à literalidade do texto-significante. Seu conteúdo-significado deve ser obra final, elaborada a partir do confronto das possíveis alternativas semânticas com a adequação dos valores normativos à particular situação fática decidente. A interpretação jurídica não é operação lógica *more geometrico*" (declaração de voto nos autos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apel. Cív. n. 86.308-1, SP, j. 04.12.87). Segundo CALMON DE PASSOS, a "norma jurídica, por mais precisa e clara que seja, por força de sua generalidade, ao ser aplicada ao caso concreto, pede interpretação". (*Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data — Constituição e processo*, Forense, 1989, p. 1).

14. A regra foi reiterada no artigo 41, VI, da Lei-complementar estadual n. 304/82. Como ao legislador estadual não é permitido legislar sobre processo, a questão deve ser analisada apenas à luz da lei federal.

III desse dispositivo, encontra-se norma de encerramento, cujo objetivo é abranger determinados casos não especificados em lei.

Desde logo pode-se afirmar que existe algo em comum nas previsões legais. Em todas elas verifica-se a existência de um interesse maior, que extravasa a esfera particular. É exatamente esse interesse que justifica a intervenção do Ministério Público no processo civil.

Não se pode negar que em todo processo existe interesse público, na medida em que a atividade jurisdicional do Estado tem por objetivo a correta aplicação do direito ao caso concreto. Essa concepção da função jurisdicional é, sem dúvida, a que melhor atende à orientação publicista do direito processual moderno. Por isso tem recebido o apoio de prestigiosa corrente doutrinária<sup>15</sup>.

Nos países onde prevalece o sistema da legalidade, o legislador formula regras gerais e abstratas, que devem ser observadas por todos. Pode ocorrer, porém, que as pessoas, ao se encontrarem numa situação prevista abstratamente pela lei, não obedecem ao comando, isto é, não procedam como determinado pela regra geral: os destinatários da norma não têm a conduta que aquela lhes impõe.

As normas jurídicas, todavia, são dotadas de coerção, isto é, são não só obrigatórias, mas providas de meios para se impor. O direito deve prevalecer a qualquer custo, mesmo contra a vontade do obrigado.

Assim, para aqueles que não estão dispostos a respeitar as regras gerais e abstratas, formuladas pelos órgãos de uma das atividades do Estado (legislativa), necessário se faz uma outra atividade estatal, que se apresenta como complemento da atividade legislativa. Com esta função, o Estado garante a coercitividade da norma, impondo sua observância: trata-se da atividade jurisdicional.

A legislação e a jurisdição constituem, portanto, o que Calamandrei denominou de atividades jurídica do Estado: a primeira destinada a criar o direito; a segunda, a torná-lo efetivo ("prima la posizione e poi l'attuazione del diritto")<sup>16</sup>.

Contra a inobservância do direito objetivo, pois, reage o Estado, constituindo o que se pode chamar de garantia jurisdicional das normas jurídicas. Esta entra em ação somente quando a lei não for cumprida voluntariamente (exceto nos casos de jurisdição necessária). A jurisdição aparece num segundo momento ou seja, na falta de um evento com o qual se contava num primeiro momento.

A coercibilidade do direito se funda, assim, em sua garantia jurisdicional, que pode torná-lo efetivo obrigatoriamente, assegurando, mediante a força, sua observância prática. Pode-se dizer mesmo que a norma jurídica se divide em duas normas complementares: uma, primária, dirigida aos cidadãos; outra, sancionatória, dirigida aos órgãos jurisdicionais. Inobservada a norma primária, para torná-la efetiva entra em ação a norma sancionatória ou secundária<sup>17</sup>.

Conclui-se, dessa forma, que a finalidade da atividade jurisdicional é a manutenção do ordenamento jurídico. Existe, então, em todo processo, um interesse público em jogo, qual seja, o interesse na exata aplicação do direito ao caso

15. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, trad. bras., Saraiva, 1965, vol. I, p. 3; LIEBMAN, ob. cit., p. 4; MICHELI, ob. cit., p. 4; HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, Saraiva, 1977, vol. I, p. 228. Para DINAMARCO, este é um dos escopos da jurisdição — o jurídico. A ele se acrescentam o social e o político (cfr. *Instrumentalidade do processo*, RT, 1987, pp. 207 e seg.).

16. CALAMANDREI, ob. cit., p. 43.

17. CALAMANDREI, ob. cit., pp. 47/50.

concreto. Somente assim a jurisdição atingirá seu objetivo, que é a atuação da lei e, conseqüentemente, a paz social.

Melhor explicando. O Estado estabelece normas gerais e abstratas, acompanhadas de sanção, visando a regular atribuição e gozo dos bens. Mas a eficácia dessas normas deve ser garantida pelo próprio Estado. Surge, assim, a jurisdição, cuja finalidade é assegurar a observância do ordenamento jurídico. A jurisdição foi criada pelo Estado, portanto, para atender ao interesse público da realização do direito<sup>18</sup>.

Se o processo é o instrumento de atuação da atividade jurisdicional, pode se afirmar que existe interesse público em todas as relações processuais.

Ora, se em todos os processos está presente o interesse público da atuação do direito, a participação do Ministério Público seria sempre necessária?

Embora exista quem, *de lege ferenda*, sustente tal ponto de vista<sup>19</sup>, não é esse o sistema vigente, pois a lei brasileira especificou os casos de intervenção.

Assim, mesmo havendo interesse público em todo processo, a intervenção do Curador ocorre somente em alguns casos. Nestes existe, portanto, um interesse público diverso que, ao ver do legislador, faz por merecer uma tutela estatal mais cuidadosa. Tais casos estão previstos no artigo 82 do estatuto processual<sup>20</sup>.

### 3 — O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS PROCESSOS VOLUNTÁRIOS

O cerne da questão está em saber se as razões que o legislador levou em consideração, para determinar a intervenção do Estado nas relações privadas, restringindo a autonomia de vontade das partes, são as mesmas que determinam a participação do Ministério Público nos processos civis. Isto é, a administração pública de interesses privados exercida pelo poder judiciário (jurisdição voluntária)<sup>21</sup> ocorre pelo mesmo motivo que levou o artigo 82 do Código de Processo Civil a determinar a intervenção do Ministério Público nas relações processuais?

Parece que não.

Veja-se, por exemplo, que o representante ministerial participa de todos os processos em que há incapazes (artigo 82, I). Nem todos os negócios realizados por incapazes caracterizam jurisdição voluntária. Da mesma forma, o Ministério Público atua em todos os efeitos concernentes ao estado da pessoa e ao casamento

18. Como bem observa LIEBMAN, "a jurisdição tornou-se uma função pública que o Estado exerce não mais simplesmente para proteger os direitos individuais, mas para satisfazer um interesse público" (Execução e ação executiva, "in" *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, José Bushatsky, 1976 p. 34).

19. Cfr. AFRÂNIO SILVA JARDIM, *Da publicização do processo civil*, Liber Juris, 1982, p. 121 e ss.

20. Corretamente, conclui DINAMARCO: "A rigor, em todo processo há um interesse público, que é o interesse público ao correto exercício da jurisdição, a qual é uma função do Estado. Mas o interesse público que legitima o Ministério Público é outro e diz respeito às partes, ao próprio litígio ou peculiaridades do processo". (*Instrumentalidade*, p. 415, nota 24). Sobre a necessidade de distinguir o interesse público existente em todo processo, daquele ensejador da atuação ministerial, cfr., MAZZILLI, ob. cit., pp. 219/223; MILARÉ, ob. cit., pp. 136/138.

21. Ao contrário de Lopes da Costa, adota-se o termo "jurisdição voluntária" apenas para as hipóteses em que a administração pública de interesses privados é exercida pelo juiz. Assim, também, Frederico Marques. Prefere a corrente ampliada de Hugo Mazzilli (cfr. LOPES DA COSTA, *Manual elementar de direito processual civil*, 3.ª ed., Forense, pp. 451 e ss.; FREDERICO MARQUES, ob. cit., pp. 105/106; MAZZILLI, ob. cit. p. 218). CALAMANDREI também considera a jurisdição voluntária como espécie de administração pública de interesses privados, isto é, aquela exercida por órgãos jurisdicionais (cfr. ob. cit., p. 84; no mesmo sentido, MILARÉ, ob. cit., p. 131).

(artigo 82, II). Muitas dessas relações são constituídas ou modificadas pelas partes sem intervenção do juiz (emancipação pelo pai, celebração do casamento).

Verifica-se, assim, que razões de ordem pública determinam a limitação da autonomia da vontade das pessoas, acarretando a intervenção de um órgão estatal para analisar a legalidade do ato e a convivência dos efeitos desejados. Esse órgão pode ser o oficial do registro civil (celebração do casamento), o oficial do registro imobiliário (transferência de bens imóveis) ou outros extrajudiciais. Mas tal função pode, também, ser cometida ao juiz (jurisdição voluntária). Algumas vezes o próprio Ministério Público exerce essa atividade (Lei n. 6.015/73, artigo 67, §§ 1.º e 2.º). Todos estão no exercício da "administração pública de interesses privados".

Outros são os motivos, também de ordem pública, que levaram o legislador a tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público em determinados processos (Cód. Proc. Civ., artigo 82). Nada impede que o interesse público derive de razões diversas e implique em conseqüências diferentes.

Pode, evidentemente, haver coincidência entre tais motivos. Isto é, em algumas hipóteses, tanto a restrição à autonomia de vontade das partes como a necessidade de intervenção do Ministério Público nos processos, decorrem das mesmas razões de ordem pública. Por isso, o legislador quis deixar claro que, em ocorrendo tal situação deve o Curador intervir no processo de jurisdição voluntária (artigo 1.105).

Essa coincidência verifica-se, aliás, na maior parte das hipóteses submetidas à jurisdição voluntária pelo legislador pátrio.

A título de exemplo, examinemos alguns casos de jurisdição voluntária, procurando identificar os motivos pelos quais a lei limitou a autonomia de vontade dos participantes da relação jurídica. Na separação judicial consensual, tal ocorre por se entender que a dissolução da relação conjugal interessa a toda sociedade, e não apenas aos cônjuges. Por isso, quis o legislador que a legalidade dessa dissolução fosse analisada por um magistrado. **Pela mesma razão**, determinou a intervenção do Ministério Público nos processos contenciosos da separação judicial (artigo 82, II). Tratando-se, então, da separação judicial, os valores que determinam a publicização do interesse são os mesmos. Deve o órgão ministerial intervir, pois, nos processos voluntários de separação judicial para, juntamente com o magistrado, fiscalizar se a dissolução dessa relação jurídica está sendo feita em conformidade com a lei. Ambos estão tutelando o mesmo interesse público. Talvez fosse desnecessária a participação de um deles, mas o legislador entendeu diferentemente. No artigo 1.105, sua intenção foi deixar expresso tal entendimento.

Assim ocorre em quase todos os casos de jurisdição voluntária, ou seja, o interesse público que determina a intervenção do Estado-Juiz nas relações privadas é o mesmo que justifica a atuação do Ministério Público no processo civil contencioso.

Em algumas hipóteses, porém, tal não se dá. Analisando o capítulo da jurisdição voluntária no Código de Processo Civil, verifica-se que inexistem qualquer razão de ordem pública, qualquer interesse indisponível da sociedade, que justifique a participação do Ministério Público nos procedimentos de alienação de coisa comum, administração ou locação de coisa comum, alienação de quinhão em coisa comum e especialização de hipoteca legal<sup>22</sup>.

22. Cfr. artigos 1.112, IV e V, 1.113 e ss.; 1.205 e ss. Na especialização da hipoteca, excetua-se a hipótese do artigo 827, VII, c.c. o artigo 842, II, ambos do Código Civil.

Qual seria, então, o motivo de a alienação de coisa comum ou a especialização de hipoteca legal, serem submetidas à fiscalização do juiz? Por que o Estado-jurisdição intervém nessas relações privadas?

Apenas e tão-somente porque as partes não chegaram a um acordo quanto à atuação espontânea do direito objetivo material no caso concreto<sup>23</sup>.

**Substituindo** essa atividade primária, que as partes poderiam ter tido e não tiveram, o juiz vem aplicar a regra legal cabível.

**Nessas hipóteses o juiz exerce, portanto, função tipicamente jurisdicional.** Não está ele fiscalizando interesses privados com conotação pública. Sua atuação está voltada para a atuação do direito e a pacificação social, agindo substitutivamente, visto que as partes não atuaram voluntariamente a norma aplicável à espécie.

Não existe, aqui, pois, aquele interesse público subjacente a justificar a intervenção do Ministério Público. E não existe porque, na verdade, tais hipóteses são de jurisdição contenciosa, não voluntária<sup>24</sup>. Se houve equívoco do legislador quanto à colocação topográfica de tais procedimentos, não vamos avalizá-lo com uma interpretação que acaba desvirtuando a verdadeira finalidade do Ministério Público, que é a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade.

Em que pese a classificação feita pelo legislador, não tem ela o condão de alterar a natureza das coisas. Os institutos processuais devem ser analisados segundo a sua verdadeira essência. O que prevalece é a correta natureza da atividade jurisdicional, não o esquema utilizado pelo legislador para classificá-la. Onde se encontram as normas que regulamentam esses procedimentos é absolutamente irrelevante. Sua natureza e qualificação jurídica são fornecidas por seu próprio conteúdo<sup>25</sup>.

Assim, nas hipóteses elencadas como exceções, poderiam as partes, espontaneamente, aplicar as normas legais regulamentadoras das situações concretas, sem necessidade da intervenção do órgão jurisdicional. Os condôminos de um imóvel poderiam extinguir o condomínio, nos termos do artigo 632 do Código Civil, sem qualquer participação da atividade jurisdicional do Estado. Esta só intervém quando as partes da relação jurídica material não chegaram a um acordo quanto à aplicação voluntária da norma. O juiz, substituindo a atividade primária dos integrantes da relação, atua a lei no caso concreto.

Trata-se de típica atividade jurisdicional, pois o magistrado age substitutivamente, com o escopo de atuar determinada norma legal porque as partes não o fizeram de maneira espontânea<sup>26</sup>. O mesmo ocorre nos outros casos enumerados, sendo que

23. Os artigos 632 do Código Civil e 1.210 do Código de Processo Civil são expressos quanto a possibilidade de atuação espontânea das normas, em havendo acordo entre os interessados.

24. Nesse sentido, MAZZILLI, ob. cit., p. 225.

25. Cfr. FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, Forense, 4.ª ed. vol. III, p. 283. Conforme já se disse: "Esse erro de técnica, infelizmente muito comum, de nenhum modo descaracteriza a natureza de cada norma". (HERMENEGILDO DE SOUZA REGO, *Natureza das normas sobre provas*, RT, 1985, pp. 2/3. Outro exemplo evidente de equívoco cometido pelo legislador é o da assistência. Embora caso típico de intervenção de terceiros, encontra-se fora do capítulo próprio, integrando o do litisconsórcio. Nem por isso a doutrina deixa de tratá-lo como hipótese de intervenção de terceiro (cfr. UBIRATAN C. MAURÍCIO, *Assistência Simples no Direito Processual Civil*, RT, 1983, pp. 33/34. Aceitada, pois, a observação de MAZZILLI, ob. cit., pp. 220 e 227. Parece oportuno observar que, ao afirmar "che il vero campo dell'azione de pubblico ministero è il processo volontario", CARNELUTTI dá como exemplos hipóteses que, na sua maioria, configuram jurisdição contenciosa (cfr. *Diritto e processo*, Morano Editore, Napoli, 1958, p. 398).

26. Para os que consideram a lide como elemento essencial à caracterização da atividade jurisdicional (MILARÉ, ob. cit., p. 134; MAZZILLI, ob. cit., p. 215; NELSON NERY JR., ob. cit., p. 46) a conclusão não se altera. Existe a situação litigiosa, na medida em que uma das partes resiste à pretensão da outra, quanto à alienação, administração, locação da coisa comum, ou especialização da hipoteca.

na especialização de hipoteca o próprio legislador processual deixou expressa a solução (artigo 1.210).

Também equivocou-se o legislador no tocante à classificação do processo de interdição. Trata-se de jurisdição contenciosa<sup>27</sup>. Aqui, o juiz aplica a norma jurídica pertinente independentemente da vontade do requerente ou do interditando. O escopo de atuação da vontade concreta da lei e a substitutividade estão presentes ainda que o interditando não se oponha à interdição: esta não ocorrerá se se concluir pela inexistência de incapacidade. É um exemplo de processo necessário de jurisdição contenciosa. O Ministério Público intervém na relação processual em razão da natureza da causa (estado da pessoa).

Verifica-se, pois, que o critério utilizado pelo legislador, para classificar os procedimentos de jurisdição voluntária, deve ser visto com reservas, já que enganos foram cometidos.

Em síntese: o legislador, equivocadamente, relacionou entre os processos de jurisdição voluntária algumas hipóteses inerentes à jurisdição contenciosa, sem que exista qualquer razão de interesse público que justifique a intervenção do órgão ministerial<sup>28</sup>. No caso específico da interdição, o Curador intervém porque o processo versa questão de estado, ou seja, é um processo de jurisdição contenciosa em que está presente o interesse público.

## CONCLUSÃO

Por isso, opta-se pela corrente restritiva. Não se pode aceitar uma interpretação que leve o Ministério Público a exercer as funções não condizentes com sua verdadeira finalidade<sup>29</sup>. Em verdade, o legislador disse mais do que pretendeu exprimir (*potius dixit quam voluit*)<sup>30</sup>. Sua intenção não corresponde à *mens legis*<sup>31</sup>.

Com essa interpretação pretende-se apenas adequar a lei aos escopos da Instituição. Se não há interesse indisponível da sociedade a ser defendido, não há por que intervir o curador no processo. Entre o equívoco do legislador e aquilo que se pretende seja Ministério Público, sem dúvida, prefere-se a segunda opção<sup>32</sup>. Hoje, aliás, existe vedação constitucional ao exercício de funções incompatíveis com sua finalidade art. 129.

Essa conclusão tem implicações na atuação do Ministério Público, como curador especial, nos processos de jurisdição voluntária.

27. FREDERICO MARQUES concorda com a natureza contenciosa do processo de interdição (cf. ob. cit., p. 289). No mesmo sentido, cf. CALAMANDREI, ob. cit. p. 86. Todavia, há controvérsia a respeito (cf. ANGELO JANNUZZI, *Manuale della giurisdizione volontaria*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 728/730).

28. VICENTE GRECO FILHO conclui que, em havendo discordância inicial, o processo é de jurisdição contenciosa, visando compelir o condômino recalcitrante a vender o bem, dar-lhe administrador ou locá-lo. (cf. *Direito processual civil brasileiro*, Saraiva, 1985, III vol., p. 268). Tanto não existe interesse público a ser tutelado que, se as partes resolverem fazer acordo no curso do processo por mais absurdos que sejam os seus termos, nada poderá fazer o Curador. Trata-se de interesse disponível.

29. É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade" (MAXIMILIANO, ob. cit., p. 165).

30. Deve-se utilizar da exegese estrita quando um princípio, se aplicado na íntegra, for além do escopo evidente para o qual foi feito o dispositivo (cf. MAXIMILIANO, ob. cit., p. 205).

31. Acertada, mais uma vez a observação de MAZZILLI, ob. cit., pp. 220 e 227.

32. Convém atentar, aliás, para a correta ponderação de HUGO MAZZILLI, sobre o absurdo de se entender que o Ministério Público também possa ter iniciativa em todo processo de jurisdição voluntária, como parece fazer crer o artigo 1.107 (cf. ob. cit., p. 227).

Sustenta-se a desnecessidade de nomeação de curador especial para o citado por edital ou com hora certa, tendo em vista as características da jurisdição voluntária<sup>33</sup>.

Ocorre que, à vista da legislação pátria, será imprescindível a sua participação em algumas hipóteses elencadas como de jurisdição voluntária, quais sejam, aquelas que, na verdade, configuram jurisdição contenciosa.

Por esse motivo, os que postulam pela necessidade dessa nomeação<sup>34</sup>, perceberam a realidade brasileira, em que o legislador classificou determinados procedimentos contenciosos entre os de jurisdição voluntária. Nestes, evidentemente, deve ser nomeado curador especial aos citados por edital ou com hora certa.

33. NELSON NERY, ob. cit., pp. 48 e ss.

34. DINAMARCO, ob. cit., p. 325.