

Do *jus postulandi* e da atuação do Ministério Público no processo civil

Adriano Perácio de Paula

Sumário

1. Introdução. 2. O Ministério Público no processo civil brasileiro. 3. O advogado no processo civil. 4. O *jus postulandi*, a Constituição Federal e o Estatuto da Advocacia. 5. Da legitimidade processual, da substituição processual e do *jus postulandi* do Ministério Público no processo civil. 6. Da necessidade de representação por advogado no processo civil. 7. Conclusões.

1. Introdução

A função do Ministério Público é de órgão promotor de Justiça, aquele que não apenas vela, mas assegura, além da atuação da lei, que a expressão da defesa dos direitos e interesses sociais seja uma exigência concreta. Não importa a sua vinculação institucional, a essencialidade de seu ofício está consagrada desde a Constituição de 1934 (art. 95 *usque* art. 98), passando pelas Constituições de 1946 e 1967. Nesse período, o Ministério Público se constituía numa extensão heterodoxa do Poder Executivo, para atuar preferencialmente junto à atividade jurisdicional, e em especial no processo-crime.

Buscar, após a Constituição Federal de 1988, a quem o Ministério Público está vinculado é tarefa doutrinariamente secundária e tecnicamente obsoleta. Tanto que, seja no Brasil como em outros países, onde a instituição busca suas origens e sua natureza, a discussão que está em permanente ordem do dia é despicienda de

Adriano Perácio de Paula é Advogado, Doutor em Direito pela UFMG, Professor de Processo Civil na PUC/MG e Conselheiro da OAB/MG.

sentido, realmente falaz, e privada de qualquer objetivo dogmático ou prático.

Em qualquer circunstância, o Ministério Público é órgão do Estado. A sua atual desvinculação do Poder Executivo, a busca de sua autonomia, e mesmo a permanência do presente liame de fundo constitucional, apenas ratifica e eleva essa atividade como uma função essencial, ainda que ligada com prevalência à administração da Justiça. Revela desse modo seu objetivo, qual seja o de buscar ser o que a sua designação aponta, a de um promotor de justiça.

Muito além de uma instituição que presta relevante serviço público, na verdade, o Ministério Público exercita na prática a efetiva defesa da ordem jurídica, dos direitos humanos em geral, do resguardo da justiça social. Em outras palavras, é um órgão vinculado estritamente ao interesse público, a fazer com que as leis e demais regras jurídicas se cumpram¹.

Assim que, antes da Constituição de 1988, o Ministério Público concentrava a base de sua atuação na atividade expressiva e indispensável de órgão de acusação no processo criminal. Tem-se atualmente um novo viés funcional da instituição, em que a permanente observância das regras de direito são a tônica, na qual se estabelece um estreito vínculo com realização de um Estado Democrático de Direito. Vale dizer que, desde a sua criação, mas com particular destaque para o momento presente, o Ministério Público realiza e cumpre um proeminente e histórico papel.

Mesmo que não detenha um mandato obtido pela via eleitoral, o Ministério Público exprime, perante o Poder Judiciário, a voz da sociedade, na defesa desta e no resguardo do Estado, assegurando a manifestação dos direitos individuais que lhe competir oficiar². Essa atuação torna-se superlativa, além dos limites do processo penal, a partir de uma configuração dos atributos e das prerrogativas que passou a deter o Ministério Público, após a Constituição Federal de 1988. Atuação que, como

deixamos afirmado, reflete-se na vida política, uma vez que os interesses protegidos também desbordam os contornos meramente individuais.

2. O Ministério Público no processo civil brasileiro

A teor daquilo que determina o Código de Processo Civil brasileiro, o caminho de atuação do Ministério Público se cumpre e se regula por meio de duas vertentes, isso quando intervém na jurisdição civil. A primeira, aquela mais conhecida e antiga, é a que concerne ao papel de *custos legis*, o de fiscal do cumprimento do ordenamento legal no processo por todos os sujeitos processuais, em especial quando o *interesse social* sobreleva ao interesse particular dos litigantes. A participação do Ministério Público nesses processos é indispensável, pena de nulidade de todo o processado³.

No exercício dessa função, o Ministério Público age de forma imparcial, intervindo para declarar como entende a vontade da lei, em face dos interesses em litígio. Não defende a posição de nenhuma das partes, mas o interesse público na exata aplicação da norma legal, não importa a quem venha a favorecer⁴. Nessa condição, pode o Ministério Público participar de todos os atos do processo, e até mesmo interpor recurso (§ 2º do art. 499 do Código de Processo Civil), ocasião em que atua, não como sujeito do processo, mas como *sujeito da lide*⁵.

A intervenção como *custos legis* se dá, obrigatoriamente, em todos os processos nos quais o interesse em litígio se apresente relevante, não somente para as partes diretamente envolvidas, mas que, se afigure como matéria de repercussão pública, ou que trate de direitos de menores e incapazes. No processo civil, essa é a atribuição mais antiga, mas que, mesmo com a evolução dos tempos, apresenta alterações significativas, e se fez como alavanca e premissa para que novas

prerrogativas e atribuições fossem cometidas ao Ministério Público.

Seguramente pode-se afirmar, com especial tônica, que, desde a Constituição da República de 1988, a tarefa no processo civil, que cabe ao Ministério Público, possui uma identidade toda particular, isso no que tange à análise assentada no cotejo com o direito comparado. A autonomia funcional e financeira da qual passou a ser dotado o órgão, a sua desvinculação definitiva do Poder Executivo, sua independência também em relação à magistratura emprestam novos ares também na relação que exercita no processo civil.

Daí que a atividade que sobressai ao Ministério Público, a partir daquela ordem constitucional, faz emergir um novo quadro de atuação no processo civil. E é seguro afirmar que mesmo antes, e até fora desse contexto, essa situação já se anunciava, pois a possibilidade de instauração de inquérito civil, de adoção de termo de ajustamento de conduta e da representação nos processos que resguardam os interesses difusos e os direitos coletivos na jurisdição civil refazem a hermenêutica, a aplicação e a efetividade do art. 81 do Código de Processo Civil, posto que realmente passa a deter condições para, efetivamente, exercer os mesmos poderes que as partes já possuem.

A convicta e correta sustentação para que se procedesse à aplicação dessas prerrogativas, se num primeiro momento foi rechaçada com julgamentos que não reconheciam a sua legitimidade *ad causam*, já não mais permitem uma exegese restritiva dos poderes e atribuições que se hipotecam ao Ministério Público. Isso porque tais prerrogativas guardam estofos de norma constitucional e possuem um escopo social que marca o caráter público de suas atividades.

Não se trata de uma voz alternativa em nome e para o cidadão, mas da ampliação sobranceira de uma função que tem contribuído de forma eficaz para o exercício

da justiça distributiva, muito além do âmbito estreito do processo. Orientar a política, conduzir a prática das prescrições legais, extremar a sua atuação como parte ativa e interessada implica assumir a tarefa de reconstruir a jurisprudência, disseminar a concreção da norma na sua aplicação e tornar efetivas as garantias constitucionais e, entre elas, aquelas do processo civil.

De modo que, ainda no regime constitucional revogado, conferiram-se ao Ministério Público atribuições de parte ativa legítima para atuar no processo civil, a exemplo da ação civil pública introduzida pela Lei nº 7.347/85, assim como nas hipóteses de propor ações cautelares para preservação dos direitos decorrentes de crimes (arts. 127 e 142 do Código de Processo Penal), da ação de alimentos (art. 394 do Código Civil c/c art. 27, III; art. 201, III, da Lei nº 8.069/90), da ação rescisória (art. 487, III, do Código de Processo Civil) e da ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, II, do Código Civil), entre outras. No âmbito do Direito Comercial, da ação de ressarcimento de prejuízo por conta de administradores de instituições financeiras em liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024/74), da ação de extinção de fundações (art. 30 do Código Civil c/c parágrafo único do art. 1.204 do Código de Processo Civil), da ação de falência como representante de reclamante trabalhista (arts. 1º e 11 da Lei de Falências c/c art. 17 da Lei nº 5.584/70)⁶.

Descabe analisar neste estudo se essa atuação deriva de legitimação ordinária ou extraordinária (substituição processual). Não nos importa indagar se a *res litigiosa* e os efeitos da decisão emanada daquele procedimento repercutem diretamente em outro sujeito⁷, além do Ministério Público. O que se deve destacar é a possibilidade de atuação no processo civil, desde a fase inaugural, e na qualidade de legitimado *ad causam* em diversas situações, e sem prejuízo das atribuições tradicionais de *custos legis*. E em qualquer dessas hipóteses,

a atuação do Ministério Público está prevista em lei, tal como exposto nos exemplos arrolados acima.

Impõe ainda deixar registrado que, agindo na qualidade de parte, o Ministério Público, ao contrário de qualquer outro legitimado em processo civil, poderia ficar obrigado a agir enquanto litigante ativo. Tratar-se-ia de uma obrigação de agir, tal como se dá no processo penal. E sem prejuízo dos ônus que se lhe acometem como parte, após o cumprimento dessa obrigação primária⁸, qual seja de propor a ação civil.

Essa situação se adequaria à função institucional do Ministério Público, seja como parte, ou enquanto *custos legis* no processo civil. Aquilo que para um particular constituir-se-ia numa faculdade, podendo ou não atuar em juízo, tal como qualquer particular, já no tocante aos atos do Ministério Público vincular-se-ia à natureza de suas atividades. Não se permitiria essa discricionariedade, a não ser de forma motivada como no processo-crime (art. 28 do Código de Processo Penal), em que o pedido de arquivamento em promover a *res in judicium deducta* pode ser revisto.

De qualquer modo, o direito de agir, também nessa situação, apresentar-se-ia como norma cogente, sobretudo quando se trata de interesses difusos ou de direitos de toda uma coletividade. Porém, esse não é ainda o cerne de nossas preocupações neste breve estudo.

Atende-se com a presença do Ministério Público, figurando como parte legítima a atuar no processo civil, como forma de apresentar uma resposta de participação do Estado na decisão jurisdicional. Por via dessa participação, abriga um número maior de interessados ali representados, se não restaurando, ao menos amenizando o desequilíbrio dos litigantes e as intempéries do acesso à Justiça. Com isso, busca-se reduzir a esfera de disponibilidade dos direitos subjetivos, no sentido de que, com a intervenção do Ministério Público, diante da massificação das relações jurídicas, seus titulares se vejam privados de seus direitos

de ordem material e de suas prerrogativas de cunho processual⁹.

3. O advogado no processo civil

A atividade do profissional da advocacia ganhou novos e supremos ares com a inscrição, pela primeira vez nas quadras da Constituição da República, daquela previsão que estabelece como função essencial da Justiça a presença do advogado na administração, assegurando como garantia dessa indispensabilidade ser ele inviolável por seus atos e manifestações no exercício de sua profissão e nos limites a serem fixados por lei (art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil).

Em mais uma oportunidade, e diante do referido comando constitucional, voltou à baila a questão do direito de postular em face dos arts. 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dispensavam a presença do advogado nas lides daquela jurisdição. O entendimento dos tribunais ainda permanecia em dúvida, sobretudo após virem reforçados pela disposição do art. 9º da Lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais, em que mantém como facultativa a presença e o acompanhamento por advogado, nas causas cujo valor econômico em questão não ultrapasse o limite de até 20 salários mínimos.

Foi como derivativo dessa linha de conduta que o Supremo Tribunal Federal acolheu medida liminar que suspendeu a vigência do inciso I do art. 1º do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), em uma das várias ações diretas de inconstitucionalidade que foram ajuizadas com o objetivo de suscitar a validade de diversos dispositivos dessa mencionada legislação.

Nem mesmo diante de tantas intempéries, mas sobretudo em face do advento do novo Estatuto da Advocacia, deixou-se de irresignar perante questionamentos que, especialmente na Justiça do Trabalho, viam – e ainda vêm – a presença do advogado como fator de um falacioso comprometimento da celeridade e da simplificação da

prestação jurisdicional. Até porque é de se ter sempre em conta que somente por meio de uma defesa técnica produzida por um advogado é que se terá a segurança de virem a ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa¹⁰.

Deve-se ter em conta que a indispensabilidade da presença do advogado, em qualquer situação, no processo civil, assim como as novas prerrogativas conferidas ao Ministério Público, bem como a definição do papel de imparcialidade do juiz, antes que distanciamento, são contornos que objetivam emprestar aos agentes da relação processual os verdadeiros e reais papéis que devem protagonizar.

É a observância estrita e rigorosa desses princípios que zela e empreende que se concretize o devido processo legal, fazendo necessária a participação do advogado. Ele é quem permite com que, além de *ser o processo legal*, e justamente em razão disso, *seja devido e acolhido este mesmo processo*.

Qualquer trajetória que se desvie desse itinerário implicará nulidade do procedimento por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válidos, como também o afastamento do processo civil daquele soberano predicado de democracia, que preside o Direito como um todo e do qual ele não se pode afastar. Até porque determinar a presença do advogado como agente que detém privativamente o direito de postular em juízo não é norma destituída de conteúdo finalístico. Nela há um valor que se agrega a um outro objetivo, a fim de resguardarem certos direitos e assegurarem outras tantas prerrogativas. É como o alpinista que escalasse uma montanha destituído de seus equipamentos de segurança, talvez sequer passasse do sopé da cordilheira.

4. *O jus postulandi, a Constituição Federal e o Estatuto da Advocacia*

Assim que, pela primeira vez na história brasileira, a Constituição consagrou dispo-

sições expressas para tratar da atividade da advocacia e da defensoria pública, dispondo, especialmente quanto ao advogado, ser o mesmo indispensável à administração da justiça. E que, em razão de seus atos e manifestações, desde que no exercício desse seu mister, e naturalmente nos estritos limites que a lei lhe faculta, é ele inviolável enquanto desenvolver essa atividade.

Como não poderia deixar de ser, e sem qualquer ressaibo de corporativismo ou reserva de mercado, o que realmente estabeleceu a Lei Maior foi que, em que pese exercer atividade privada, o advogado cumpre *múnus* de caráter público.

E diante da sua indispensabilidade, há que, somente com a sua particular intervenção, a prática dos atos jurisdicionais recebem foros de validade. E validade essa com duplo atributo: *validade intrínseca*, atinente às partes diretamente envolvidas, e *validade a ser considerada de maneira extrínseca*, posta perante toda a sociedade na qual está inserida a atividade forense ou a advocacia *lato sensu*, como uma função necessária.

Não se admite a crítica desinformada e ideológica de que tal preceito estaria a gerar em favor do advogado uma reserva de mercado que nenhuma outra profissão possui ou exige. E ainda mais, importaria em retrocesso, pois a já citada Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – uma legislação mais que cinqüentenária – já permitia que a postulação perante a jurisdição especializada trabalhista se fizesse sem a presença do advogado (arts. 798 e 839 da CLT).

Esse opúsculo não tem a pretensão – como já salientado – de discutir a matéria sob a ótica da participação do advogado no processo trabalhista, até porque as opiniões mais ponderadas e judiciosas somente apontam na direção da indispensabilidade do causídico. Presença da qual não se prescinde, quando nada, por uma questão de isonomia de tratamento entre as partes litigantes.

A par disso, tanto não se afigura como reserva de mercado a disposição do art. 133 da Constituição Federal que jamais alguém levantou a menor censura que seja às regras dos arts. 283 e 284 do Código Penal, que tratam das práticas do charlatanismo e do curandeirismo, preceitos esses que, indiretamente, são normas que se destinam a proteger os profissionais da Medicina. O que vale dizer, seja com relação ao advogado na atividade de administração da justiça, ou mesmo quanto ao médico no que toca ao ofício da terapêutica, há que o destinatário direto e imediato da presença de cada profissional nesses ofícios não é o próprio profissional ou seus pares, mas o cidadão que pretende ver atendido interesses, tal como no exemplo, no resguardo a seu direito e a sua saúde.

Daí por que, na atividade de administração da justiça, torna-se imprescindível a presença do advogado em todas as etapas de qualquer procedimento judicial, assim como, e na mesma linha de critério valorativo, não se dispensa a atuação do representante do Ministério Público como fiscal da lei, e ainda menos não se renuncia que a atividade judicial se manifeste por meio da figura da pessoa de um juiz.

Em suma: não há um porquê razoável para se cogitar de processo judicial válido sem o comparecimento de um advogado, assim como sem a presença do Ministério Público ou do juiz¹¹. O dado teleológico desse princípio da indispensabilidade é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como um instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É essa garantia atribuído *da parte* que demanda em juízo, não do profissional que a representa¹².

Com efeito, além de assegurar com a sua presença o tratamento que melhor se amolda à sua atenção profissional, o advogado vela pelo bem maior da pessoa: a *liberdade*. Pois que, zelando pela intangibilidade desse direito maior, enfrenta por si, mas em favor do cidadão, todos os riscos e perigos em prol da defesa desse seu

direito¹³. E por mais tênue que se apresente esse direito, pelo menos a defesa lhe será consagrada, pois a favor do direito de defesa desse cidadão e de qualquer outro, o advogado a esse reclamo não pode desatender.

O advogado é a voz da parte, sem o sentimento da parte; é o interesse da parte, mas com a postura e o ânimo que defende aquele interesse como o dado do conhecimento técnico aplicado à questão de fato, e sem o envolvimento emocional da parte. Ainda que defenda o autor do mais pusilânime crime, com este não se confunde, pois a razão da advocacia é a defesa da pessoa humana, não de seus atos.

E o exercício cativo do direito de postular (*jus postulandi*) quem detém é o advogado, e de maneira exclusiva. E esse é um conceito distinto do direito de petição, acessível e franqueado a qualquer pessoa, até mesmo aos incapazes, desde que assistidos ou representados. *Postular é ato privativo do advogado*, pedir ou exigir a prestação jurisdicional do Estado em nome de seu cliente, em favor de qualquer cidadão.

Exige-se, em razão disso, que para a prática e o exercício do *jus postulandi* esteja o profissional sustentado numa qualificação técnico-profissional, daí decorrendo ser esse direito de postular uma função tradicional, historicamente cometida à advocacia¹⁴. Ou seja, quando se falar em postulação, estar-se-á a tratar do direito de requerer ao Poder Judiciário uma decisão judicial, relativa a um litígio entre partes privadas ou públicas¹⁵, de modo a obter resposta para um conflito de interesses que está pendente de solução. E se perante a advocacia se apresentar a defesa de interesses públicos, deve esse advogado pautar sua conduta processual pelo primado do interesse público, e atento igualmente ao fato de que nem sempre esses valores relevantes se apresentam soando em uníssono com o interesse da Administração¹⁶.

5. Da legitimidade processual, da substituição processual e do jus postulandi do Ministério Público no processo civil

Um tema que tem sido debatido, particularmente desde a promulgação da Constituição de 1988, é aquele relativo à atuação do Ministério Público nos procedimentos da jurisdição civil. Houve uma notável expansão de atribuições e competência, em comparação àquilo que se permitia no regime constitucional revogado. Na esfera da imputação das prerrogativas da ação penal, restou mantido o permissivo disposto no art. 129, I, em que se dispõe que a iniciativa da ação penal pública é *privativa* do Ministério Público.

O adjetivo que diferencia essa atribuição – privativamente – é o fator determinante e diferencial, uma vez que, seja na ação penal pública incondicionada, seja na ação penal condicionada à representação ou à requisição, somente podem ser promovidas por denúncia do Ministério Público. Nesses casos, o Ministério Público, órgão responsável pela *persecutio in iudicium* por meio da ação penal, não só promove a instauração da instância com a apresentação da denúncia, mas também acompanha o feito até final sentença.

Requer produção de provas, diligências e tudo quanto interesse à atuação da lei penal e ao esclarecimento da causa, acompanhando os atos processuais que se realizam em todas as fases do processo¹⁷. Nas demais hipóteses descritas e franqueadas pela Constituição, no mesmo art. 129, tais como a de promover ação civil pública (inciso III) ou ação direta de inconstitucionalidade (inciso IV), entre outras previsões assentadas na mesma Carta ou na legislação ordinária, há que o adjetivo de *Privatividade* não se encontra expressamente inscrito.

É de se ver que o § 1º do mesmo dispositivo constitucional estabelece que a legitimação conferida ao Ministério Público para as ações civis não impede aquela outra

que toca aos diretamente interessados, e também legitimados para defesa ao mesmo propósito de ordem processual. Até porque, nessas situações, o Ministério Público age como parte na propositura da ação, sendo que o conceito de parte não tem relação alguma com o problema da legitimação para agir¹⁸.

Essa situação processual de parte se vincula à pertinência subjetiva do direito de ação¹⁹, que pode ser exercida para a defesa de direito próprio – o que é a regra – ou para a defesa de interesses de terceiros, desde que permitido por lei, e a teor do que dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil (CPC).

A não ser quando atua em nome dos interesses e direitos da própria instituição, no mais das vezes, há que no processo civil o Ministério Público age como substituto processual, que é aquela situação em que, em nome próprio, um direito de ação é exercido para sustentar a posição jurídica de outrem. Essa figura da substituição processual, que na verdade é uma legitimação extraordinária, pode ser levada adiante em concomitância à defesa de um interesse legítimo próprio²⁰.

Em qualquer dessas situações, seja na hipótese de se deduzir pretensão em nome pessoal para proteger direito próprio ou na possibilidade da substituição processual facultada pela lei, a atuação no processo civil sempre se fará por postulação de um advogado, tal como determina de forma premissória o art. 36 do CPC.

Ali se estabelece que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado, sendo lícito à parte, no entanto, postular em causa própria, desde que possua habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar, ou recusa, ou impedimento daqueles todos que houver na comarca.

Assim deve ser entendido e aplicado o disposto no art. 81 do CPC, ao prescrever que o Ministério Público exercitará o direito de ação, cabendo-lhe, no processo civil, os

mesmos poderes e ônus atinentes a qualquer das partes²¹. De modo que, seja na condição de autor em nome próprio ou por legitimação extraordinária, ou mesmo na posição de réu, a exemplo das hipóteses de curador à lide para o caso de litigante revel citado por edital, ou por hora certa, haverá de observar os direitos e encargos atribuídos às partes.

A interpretação e aplicação desse dispositivo somente se torna relativa nos casos prescritos pelo mesmo CPC, em que se estabelece que o Ministério Público não está sujeito ao adiantamento de custas (art. 27) e goza do benefício do prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188).

E na qualidade de parte, no processo civil, em qualquer das situações em que funcionar o Ministério Público, particularmente em atenção à previsão do sobredito art. 36 do CPC, deve o representante do *Parquet* estar representado por advogado legalmente habilitado. Até porque a Constituição Federal, em seu art. 128, II, determina como uma das vedações expressamente impostas ao Ministério Público aquela que abrange o exercício da advocacia. E postular no processo civil é prerrogativa exclusiva e inalienável da pessoa habilitada a advogar, e para a qual está impedido qualquer representante do Ministério Público²².

6. Da necessidade de representação por advogado no processo civil

Impõe-se, a esta altura da exposição, o estabelecimento de algumas premissas, a fim de se delinear as conclusões dela decorrentes, e igualmente necessárias. Pois neste plano de idéias, tal como já vem proposto, temos definidas as marcantes distinções entre a legitimidade *ad causam*, a substituição extraordinária – que deflui da possibilidade legal da legitimação extraordinária – e, finalmente, da capacidade postulatória.

Registramos, de igual modo, que o *jus postulandi* somente pode ser cometido, no processo civil, a advogado legalmente habilitado para o exercício dessa profissão.

E como só possui a capacidade postulacional o advogado, seja representando a parte legítima, ordinária ou extraordinariamente²³, tem-se que o ato processual exercido por quem esteja na situação de incompatibilidade para a prática da advocacia é ato nulo. A declaração de nulidade de um determinado ato pode-se refletir sobre os demais atos que lhe seguem, se tinham naquele primeiro uma condição prévia de regularidade dos demais²⁴.

Isso porque trata-se de uma vedação de caráter absoluto, segundo os termos do art. 27 do Estatuto da Advocacia, que reproduz as exatas expressões firmadas pela Constituição Federal, além da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 38, § 1º, II).

Em outros termos, a capacidade de postular em juízo, particularmente no processo civil, é regulamentada pelas regras atinentes à OAB, pois exclusivamente aos profissionais ali inscritos é que é conferida a tarefa de exercer o *jus postulandi*.

Implica afirmar que, a par das condições da ação, deve o juiz cuidar para que a representação nos procedimentos cíveis se faça em atenção ao disposto no art. 36 do CPC, independente de questionamentos outros que possam ser dirigidos à capacidade processual e legitimidade do Ministério Público²⁵ nas ações que atue como parte ou substituta. Vem de asseverar que, dada a vedação de fundo constitucional que proíbe a advocacia aos representantes do Ministério Público, à exceção prevista expressamente da ação penal pública, haverá, nos demais casos em que se apresentar em juízo o Ministério Público, que venha ele representado por advogado, desde que essa intervenção se faça enquanto parte, e não como *custos legis*.

Não se colhe o argumento de que, em verificada essa hipótese, o Ministério

Público teria amesquinhada a sua posição, reduzida a um mero órgão administrativo do Estado²⁶, o que contrariaria o intuito da Constituição Federal de 1988 em relação ao *Parquet*. Ou aquilo não menos equivocado, que seria tentar com isso reduzir o Ministério Público a mero espectador da cena processual²⁷.

Ora, não é porque a Fazenda Pública se faz representar pelos advogados que compõem a sua procuradoria que ela se torna menor em relação à parte *ex adversa*; ou pelo fato de o cônjuge necessitar de vir representado por advogado para pleitear a ação de divórcio que se está a restringir a sua pretensão, ou mesmo as suas possibilidades no sucesso do resultado da demanda; ou ainda que limita a legitimação para agir em juízo.

O fato de o Ministério Público se fazer representar por advogado no processo civil, e nas demais ações judiciais – inclusive a relativa à indenização decorrente de ato ilícito do art. 68 do Código de Processo Penal –, em qualquer foro ou grau de jurisdição, não altera a questão da legitimação ordinária ou extraordinária do Ministério Público.

A vedação que ao Ministério Público se impõe abrange as questões envolvendo demandas em causa própria – e nesse conceito se enquadrariam também aquelas relativas à substituição processual –, e isso, repita-se, sem adentrar ou afetar o debate sobre a sua legitimidade de agir. Exceto nas *ações penais públicas*, condicionadas ou incondicionadas, nas demais intervenções que o Ministério Público promova nas ações judiciais, *enquanto parte*, a sua representação sempre se deve fazer por meio de advogado. E assim em qualquer jurisdição, seja a comum de âmbito estadual, ou mesmo a jurisdição especializada da Justiça do Trabalho, ou a comum de âmbito federal.

Basta vir à lide o Ministério Público, à margem da condição de *custos legis*, para que a presença do advogado passe a ser

indispensável, pena de nulidade dos atos praticados por pessoa que não possa praticar atos postulatórios.

O fato de o Ministério Público ser o legitimado para promover, por exemplo, ações diretas de inconstitucionalidade, ações civis públicas, mandados de segurança na defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes define apenas a questão da legitimidade para agir. Questionáveis ou não tais outorgas de legitimidade, há que essas discussões não cabem no espaço deste estudo, devendo apenas ser considerado que, dada a legitimidade além dos limites da ação penal pública, posto que esta é privativa do Ministério Público, no mais a representação haverá de ser efetivada mediante a presença de advogado.

Sem razão a doutrina que defende o fato de que ao se conferir a legitimidade, *in re ipsa*, já se estaria concedendo a capacidade postulatória²⁸ ao Ministério Público. Trata-se de *contradictio in terminis*, pois, como reconhece essa mesma doutrina, se não se pode estar inscrito sem impedimentos na OAB, por completa incompatibilidade constitucional, como então haverá de advogar?

Pelo que soa igualmente ininteligível e sem qualquer justificativa a defesa que se faz ao argumento de que seria esse um posicionamento que, interpretando a norma legal e constitucional, visaria restringir aquela atuação do Ministério Público. E, assim, estariam afetados diretamente os interesses da sociedade, pois lhe estaria sendo negado o acesso à Justiça e obstada a própria prestação jurisdicional²⁹.

Argumentos *ad terrorem* à parte, a atuação do Ministério Público sempre foi feita, e se fará, nos estritos limites de sua legitimidade para agir em juízo. E, da mesma forma que não se restringe a legitimidade do credor para exigir em juízo o implemento da obrigação que lhe é devida, vez que por meio de advogado que em seu nome postula, refoge por completo à técnica processual tomar a capacidade

de agir como se fosse capacidade postulatória, ou que esta estivesse contida naquela.

São três planos distintos para os quais há que se considerar as respectivas distinções: o plano da titularidade de interesses, a legitimação para fazê-los valer em juízo e a capacidade técnico-processual de postular a defesa desses interesses³⁰. E é preciso se ter em conta que, necessariamente, esses planos não são convergentes.

A advocacia, ao contrário da atuação do Ministério Público, cuja finalidade é a de promover a justiça – daí a designação de promotor de justiça –, é uma atividade vicária³¹, assim compreendida aquela em que, segundo as regras de etimologia, uma pessoa faz as vezes de outra, que exerce atribuição ou poder por delegação ou mandato. Essa é uma forma de legitimação do procedimento³², pois, ao contrário da parte – e aqui se inclui o Ministério Público –, o dado da impessoalidade fica resguardado por meio da atuação do advogado, ou seja, esse profissional não será afetado diretamente pela decisão, seja essa afetação no âmbito externo da materialidade da decisão, ou sequer no aspecto psicológico.

O advogado possui a técnica da contenda, mas não é o contendor, daí a sua visão distanciada e profissional do litígio em procedimento.

Além dessa impessoalidade e independência técnica, o advogado haverá sempre de preservar a sua independência política e de consciência, jamais permitindo que os interesses daquele que representa se confundam com os seus. O advogado não é, e nunca pode ser, o substituto da parte; ele é o seu patrono. Em vista disso, em momento algum convém que o advogado se deixe levar pelas emoções, sentimentos ou impulsos daquele que delega para que fale e aja em seu nome.

Essas reações, impróprias ao advogado, mas compreensíveis para a parte interessada, haverão de ser retidas à porta de seu escritório³³, aspecto que reforça a tese ora defendida, em que, para qualquer parte, a

representação por advogado é indispensável, não apenas pelas questões de ordem técnica, mas também, e sobretudo, pelas razões antes declinadas e de cunho interior, que afetam qualquer parte interessada, funda e pessoalmente. Até porque a mesma formação jurídica básica que possui o membro do Ministério Público de igual modo a detém o advogado: ambos são bacharéis em Direito.

7. Conclusões

Uma vez que a Constituição Federal determina que, entre as vedações impostas aos representantes do Ministério Público, encontra-se aquela relativa ao exercício da advocacia, o que resta confirmado pela Lei Orgânica do Ministério Público e pelo Estatuto da Advocacia e da OAB;

E tal como estabelece a mesma Constituição de 1988, que a prerrogativa *privativa* que se oferece ao Ministério Público na esfera processual é exclusivamente aquela de promover a ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada;

Considerando que, ainda que conferindo legitimidade ao Ministério Público a atuar como parte, não se tem como concluir que esteja compreendida a capacidade postulatória, há que, a exemplo de qualquer pessoa que queira atuar em juízo, deve igualmente o Ministério Público se fazer representar por advogado quando atuar como *parte*, reservando-se à tarefa de participar *diretamente* na lide quando então funcionar como fiscal da lei.

Assim é que, sob pena de nulidade da atuação feita sem representação, também o Ministério Público haverá de atuar em juízo por advogado, a não ser em caso da ação penal pública; e, atuando como parte, deve haver condenação em sucumbência em qualquer pólo que se inscreva o Ministério Público, ganhando ou perdendo a demanda. A sucumbência é fato decorrente da atuação litigiosa em juízo, e nenhuma restrição pode ser imposta – a não ser *de lege lata* – para a sua aplicação, mesmo em

casos de mandado de segurança, não obstante posturas e súmulas dos tribunais superiores em outro sentido.

Pois que, do contrário, seria permitir ao Ministério Público o exercício de uma atividade que lhe é constitucionalmente vedada, ainda que interpretada essa atuação como advocacia em causa própria. Mesmo assim persistiria incompatível essa atividade com a função do *Parquet*, a teor do *caput* do art. 28 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Ademais, mesmo em sua própria defesa, e de modo a evitar aquelas interferências de ordem emocional e subjetiva, recomenda-se, e até em alguns casos como o de arbitramento e da cobrança de honorários, em que se impõe expressamente, que deva o advogado renunciar ao patrocínio da causa própria, fazendo-se representar por um colega (art. 43 do Código de Ética e Disciplina da OAB).

Tanto que seria de se recomendar que associações presididas por advogados, e até mesmo a OAB em atuações judiciais que a envolvam, também devessem ser representadas por qualquer outro advogado senão aquele que responde por ela, ainda que detenha capacidade postulatória. Tudo em prol da alegada impessoalidade, distanciamento e decorrente legitimação da questão debatida em juízo.

Notas

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Atualização Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro : Forense, tomo 2, 1995. p. 175.

² AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1958. p. 118.

³ Art. 81 do Código de Processo Civil - *O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em Lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes*.

⁴ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 1, 1941. p. 185.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova : Cedam, v. 2, 1986. p. 250.

⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1998. p. 47 e ss.

⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova : Cedam, 1989. p. 317.

⁸ Sobre a distinção entre ônus e obrigação em processo, consultar: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1. ed. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas : Bookseller, v. 1, 1997. p. 196.

⁹ SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 1, 1998. p. 310.

¹⁰ ATHENIENSE, Aristóteles. 'Jus postulandi' e advocacia. *Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. [S.l. : s.n.], 1996. p. 751.

¹¹ CORRÊA, Orlando de Assis (org.). *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*. Rio de Janeiro : Aide, 1997. p. 30.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1996. p. 30.

¹³ SOBRAL PINTO, Heráclito Fontoura. *Lições de liberdade*. Belo Horizonte : UCMG/Comunicação, 1977. p. 210.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵ CORRÊA, Orlando de Assis (org.). *Op. cit.*, p. 25.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Titularidade do Direito, legitimação para agir e representação processual*. *Revista dos Tribunais*. 771/102.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, v. 1, p. 60. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *A ação penal no direito italiano e no direito brasileiro*. *Revista Forense*. 328/321.

¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 90.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 159.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 160.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1993. p. 164.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 172.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, tomo 1. 1979. p. 578. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, 1991. p. 140.

²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro : Aide, 1993. p. 40.

²⁵ A propósito, consultar MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *O exercício do 'ius postulandi' pelo advogado e pelo Ministério Público no processo civil*. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. [S.l. : s.n.], n. 64, jan./jun. 1997.

²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Propositura pelo Ministério Público de ações para a*

tutela de interesses particulares e ações civis públicas. *Revista de Processo*. 80/174. CORRÊA, Orlando de Assis (org.). *Op. cit.*, p. 26.

²⁷ SANSEVERINO, Milton. A iniciativa resursal do Ministério Público nas ações acidentárias. *Revista de Processo*. 93/79.

²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 366.

²⁹ SILVA, Cláudio Barros. Os efeitos da sucumbência ao Ministério Público na ação civil pública.

Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. 19/ 43.

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 96.

³¹ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *A crise da advocacia no Brasil*. São Paulo : Alfa-Omega, 1991. p. 23.

³² LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução por Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Universidade de Brasília, 1980. p. 83.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p.138.