XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963
Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-351-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI foi realizado em Curitiba-Paraná, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, sob a temática CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 08 de dezembro de 2016, na sede do Centro Universitário Curitiba, e contou com a apresentação de vinte e um artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema processual civil brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, abarcando os seguintes grupos: 1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis; 2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III); 3 - Da Tutela Provisória (Livro V); 4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII); 5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III); 6 - Do Processo de Execução (Livro II); 7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III):

1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UTOPIA OU APLICAÇÃO REVERBERADA DA JUSTIÇA (Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita): Os autores abordam os critérios de Justiça e o resguardo do princípio da dignidade humana atinentes ao novo Código de Processo Civil, questionando se existe afronta a constituição; A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Raisa Duarte Da Silva Ribeiro e Juliane Dos Santos Ramos Souza): As autoras examinam o princípio da boa-fé processual, a partir de sua evolução e expansão do instituto pela leitura no direito privado e público; PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DE DIREITO: O ATIVISMO E A PROATIVIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (Janaína Rigo Santin e Gustavo Buzatto): Os autores examinam com olhar crítico o papel do Judiciário, diante do preceito da inafastabilidade da jurisdição pelas recorrentes omissões das demais funções do Estado (Legislativa e Executiva); MODELOS DE JUSTIÇA

ITINERANTE ESTADUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA (Luciana Rodrigues Passos Nascimento e Adriana Maria Andrade): As autoras abordam as inovações decorrentes da chamada Justiça Itinerante, os benefícios e malefícios por sua implantação, bem como os obstáculos enfrentados para sua efetivação;

2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III): A FIGURA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Pedro Augusto De Souza Brambilla e José Sebastião de Oliveira): Os autores examinam o instituto jurídico do amicus curiae, com o principal objetivo de desvendar os enigmas para sua implantação no sistema judicial brasileiro; DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES (Alexandre Bahry Pereira e Denise Hammerschmidt): Os autores abordam a função do Ministério Público, com foco na fiscalidade legal como uma de suas atribuições, com destaque aos casos envolvendo incapazes e o saneamento de eventuais nulidades;

3 - Da Tutela Provisória (Livro V): A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN (Renata Romani de Castro e Sofia Muniz Alves Gracioli): As autoras propõem-se ao estudo das tutelas provisórias, especificamente destacando as inovações legislativas trazidas pelo CPC/15 referentes as tutelas de evidência, com olhar sobre a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen;

4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII): NOVOS CONTORNOS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DO MUNDO VIRTUAL (Abeilar Dos Santos Soares Junior e Marina Pereira Manoel Gomes): Os autores fazem reflexão sobre os poderes instrutórios do magistrado, conciliando o princípio da verdade real com a livre investigação judicial, além da abordagem sobre os limites do acesso do julgador a informações não trazidas aos autos pelas partes; A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC/2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO (Juliano Colombo): O autor examina um dos principais institutos processuais, a prova, sua nova concepção na carga dinâmica do ônus probatório, e o postulado normativo da proporcionalidade; O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL (Juliana Sirotsky Soria): A autora aborda o chamado standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões; A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS

DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (Lorraine Rodrigues Campos Silva e Sérgio Henriques Zandona Freitas): Os autores examinam o instituto da prova comparativamente, abordando a questão de sua distribuição dinâmica no CPC/15 e a clássica inversão objeto de estudo no Direito do Consumidor;

5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III): A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE CORROBORADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Alexia Brotto Cessetti e Ana Maria Jara Botton Faria): As autoras abordam o movimento da desjudicialização de alguns procedimentos, apontando como exemplo a usucapião, com olhar sobre os princípios da celeridade e da economicidade, na busca da efetividade de resultados úteis para os afetados; O ABUSO DO PROCESSO DO TRABALHO (Vinícius José Rockenbach Portela): O autor examina os atos processuais ilícitos, sua consequente responsabilidade, com olhar no abuso do direito e as propostas de combate da referida prática, a partir do processo do trabalho;

6 - Do Processo de Execução (Livro II): A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (Rafael de Oliveira Lima): O autor aborda a atividade jurisdicional executiva e a sua necessária transformação para satisfação concreta dos direitos tutelados;

7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III): A JURISDIÇÃO ILUSÓRIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO (Ricardo Araujo Dib Taxi e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva): Os autores têm como parâmetro as ideias de Ovídio A. Baptista da Silva, abordando o descrédito da atividade jurisdicional de primeiro grau, e seus consequentes riscos, tornando a prestação jurisdicional morosa e carente de efetividade; A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A CIDADANIA (Indianara Pavesi Pini Sonni e Heloisa Aparecida Sobreiro Moreno): As autoras esmiúçam os avanços e retrocessos da tutela coletiva no CPC/15 e em leis esparsas (n.º 7.347/85 e 8.078/90), num microssistema processual pouco valorizado, como instrumento potencial de acesso à Justiça e Cidadania; A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS (Vinicius Silva Lemos): O autor pesquisa o art. 10 do CPC /15, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas em todas as fases procedimentais; OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça): Os autores desenvolvem a temática dos deveres dos tribunais com CPC/15, abordando a inércia

argumentativa na revogação dos precedentes, instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico nacional; A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA (Lívia Pitelli Zamarian): A autora inova no estudo da função da reclamação constitucional, com olhar sobre a segurança jurídica democrática, apesar de ser correntemente delegado ao segundo plano. A temática desenvolve-se pelo sistema de precedentes à brasileira; A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS "PRECEDENTS" DO "COMMON LAW" (Paulo Henrique Martins e Dirceu Pereira Siqueira): Os autores examinam a incorporação dos precedentes no Brasil, com juízo crítico para a efetivação de direitos, eis que apontam o estabelecimento de um rol de "jurisprudências defensivas" nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à própria efetividade dos direitos; A LÓGICA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA ÀS DEMANDAS REPETITIVAS: DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA À TUTELA COLETIVA DE DIREITOS (Semírames De Cássia Lopes Leão e Gisele Santos Fernandes Góes): As autoras esmiúçam a lógica dos precedentes judiciais como alternativa às demandas repetitivas, com olhar sobre os novos institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, em especial, o primeiro e sua força vinculante na tutela coletiva dos direitos, na litigiosidade massificada, sob as exigências da razoável duração do processo, isonomia das partes e segurança jurídica.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação Stricto Sensu, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de temas e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual Civil brasileiro, com juízo crítico sobre o Devido Processo Constitucional Democrático.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas (dentre elas, a Universidade FUMEC; Universidade de Passo Fundo; Instituto Mineiro de Direito Processual; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Estadual de Maringá; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Universidade Federal Fluminense; Universidade Federal do Paraná; Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Universidade Tiradentes; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Centro Universitário de Maringá; Universidade Estadual de Londrina; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Instituto Catuaí de Ensino Superior; Universidade de

Barcelona; Universidade de Salamanca; Universidade de Ribeirão Preto; Centro Universitário de Franca; Universidade Católica do Salvador; Universidade Federal da Bahia; Universidade Estadual do Norte do Paraná; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Universitá Degli Studi di Parma; Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Federal do Pará; University of London; Universidade de São Paulo; e, a Universidade da Amazônia), bem como as fontes de fomento a pesquisa (FAPEMIG, CNPq, FUNADESP, CAPES, dentre outras), pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento constitucionalizado do Direito Processual Civil democrático brasileiro.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - UPF

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC e FCH

DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES

INTERVENTION OF THE PUBLIC PROSECUTOR OFFICE IN JUDICIAL ACTS INVOLVING INCAPABLES

Alexandre Bahry Pereira [1]
Denise Hammerschmidt [2]

Resumo

Trata-se de artigo científico abordando a função do Ministério Público como fiscal da Lei, em especial nos casos envolvendo incapazes. Examina-se a possibilidade de saneamento de eventual nulidade (artigo 84 do CPC de 1973 e artigo 279 do CPC de 2015) gerada pela ausência da intervenção ministerial, com posterior ingerência deste em grau superior. Propõe-se sumária ponderação entre referida nulidade, e o brocado jurídico ne pas de nulitte sans grief (não há nulidade sem prejuízo). Realizou-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, oportunizando uma análise atualizada acerca do tema proposto, levando em consideração, inclusive, os novos termos do CPC de 2015.

Palavras-chave: Incapaz, Ministério público, Intervenção, Nulidade, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

This study addresses the role of the Public Prosecutor office as guardian of the law, in cases involving incapables. Examines the possibility of remediation of the nullity (article 84, from the CPC/1973, and article 279, of the CPC/2015) caused by the absence of the intervention of the office, with its appearance at a higher degree. It aims to propose a summary balance between the exposed nullity and the legal directive ne pas de nulitte sans grief (no nullity without damage). It was conducted a bibliographical and jurisprudential research, taking into account the new terms of the CPC/2015.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Incapable, Public prosecutor office, Intervention, Nullity, New civil procedure code

[1] Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Graduado em Direito na Universidade Federal do Paraná –UFPR, Pós-Graduado em Direito Processual Civil.

[2] Magistrada no TJPR. Doutora em Direito Penal pela Universidade de Barcelona. Mestra em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professora de Processo Penal - EMAP/PR.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A valorização/preservação das diferenças e a função social do Direito muito tem em comum com a determinação constitucional de manutenção dos direitos daqueles que não estiverem em igualdade perante a maioria.

Muito se dissemina acerca do tratamento proporcional que a Justiça Social deve proporcionar ao prejudicado, emanando correntes teóricas no caderno processual brasileiro.

O Direito Processual Penal tem grande valor na preservação do indivíduo e de suas garantias, vislumbrando a efetiva prestação judicial ao cidadão e a manutenção de suas garantias fundamentais. Por sua vez, o Direito Processual Civil, apresentando condições formais e assecuratórias para o devido andar processual, possuía indicativos mais arcaicos acerca da tutela dos incapazes e a necessidade de preservar eventuais benefícios concedidos a estes.

Este trabalho possui o objetivo de analisar, sucintamente, a questão relativa a função do Ministério Público, a necessidade de sua intervenção em determinados casos e se há nulidade quando o interesse tutelado é de incapaz.

Questiona-se se a ausência de tal intervenção implica na nulidade processual, mesmo nos casos em que o absolutamente incapaz tenha tido sucesso em sua demanda. Assim, a problemática abordada envolve uma certa ponderação de valores entre a preservação da segurança jurídica do interessado (o absolutamente incapaz) em relação ao eventual prejuízo que a ausência de intervenção ministerial poderia gerar.

Será abordado, também, as implicações advindas com o Novo Código de Processo Civil de 2015 e uma breve análise comparativa em relação ao Código de Processo Civil de 1973, logicamente, no que diz respeito problemática envolvida.

Para isso foi utilizada metodologia qualitativa, fundamentada em pesquisa jurisprudencial e doutrinária, levando em consideração a mais nova atualização do Código Processual Civil e, ainda mais recentemente, mera abordagem acerca da reforma parcial dos artigos do Código Civil no que concerne aos absolutamente incapazes quando da instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2 CONCEITOS RELEVANTES ACERCA DA CAPACIDADE DE ESTAR EM JUÍZO

Diversos mecanismos são criados e regulamentados com o intuito de fornecer condições favoráveis às pessoas debilitadas ao ver jurídico - tanto socialmente quanto mentalmente - garantindo o poder de exercício e o correto usufruto de seus direitos e deveres (SANTOS, 2009. p. 226).

Tal fraqueza mencionada está relacionada à idade, ao estado intelectual, à inexperiência, à pobreza e à impossibilidade de agir ou compreender.

Assim dispõem Ada Pelegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco:

> É que o Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias como idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 226-227).

Vislumbra-se, em razão do exposto, os conceitos de capacidade de ser parte e *capacidade de estar em juízo*[1] (DINIZ, 2000, p. 486). Estes funcionam de maneira semelhante aos tipos de capacidade construídos pelo Código Civil, uma vez que todos os cidadãos detêm a capacidade de direitos, porém nem todos portam a capacidade de fato. Nelson Nery Jr. (2010, p. 200) aponta que "a capacidade processual não se confunde com a capacidade postulatória, que é a aptidão que se tem para procurar em juízo".

Saliente-se, neste momento que a capacidade de estar em juízo não deve ser confundida com a legitimação para a causa, também denominada legitimação material ou *legitimatio ad causam*.

A *legitimatio ad causam* é definida de acordo com a relação jurídica de direito material, isto é, estará ligada à existência do direito material alegado em juízo. Portanto, terá legitimação para a causa aquele que, em uma relação de direito material, possuir direito material ativo em face do sujeito passivo (que, na relação processual, seria o réu)[2]. Por outro

[1] Maria Helena Diniz elucida ao afirmar que a capacidade postulatória "*é capacidade de exercer atividade processual através de pessoa legalmente habilitada a procurar em juízo*".

[2] Liebman define a legitimidade ad causam como a "pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente á lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento da tutela jurisdicional pedido com referência áquele que foi chamado em juízo". *(*LIEBMAN, 1984. p. 159).

lado, se a pessoa possui plena capacidade de gozo e exercício de direitos, terá capacidade de estar em juízo.

Veja que o pressuposto processual aqui é a capacidade processual. A *legitimatio ad causam* ativa é uma condição de ação e a capacidade postulatória é um pressuposto de existência da relação processual.

Neste caso, à vista do antigo art. 7º do Código de Processo Civil de 1973, assim como do artigo 70 do Código de Processo Civil de 2015, o direito de ser parte é disseminado para todos os cidadãos, posto estes, sem qualquer tipo de discriminação ou impedimento, possuírem direitos e deveres a serem cumpridos. Já a capacidade de estar em juízo corresponde à capacidade de fato, sendo necessário ao sujeito, concomitantemente, possuir a capacidade processual – *legitimatio ad processum* – para que possa atuar livremente

Assim distingue Oliveira:

> Por capacidade processual entende-se a capacidade de exercício do direito de invocar o Judiciário para a resolução da lide. É também conhecida como capacidade de fato, capacidade de exercício, ou *legitimatio ad processum.* Como pressuposto da capacidade de exercício, temos a capacidade de direito, também conhecida como capacidade de aquisição, capacidade de vir a juízo, ou *legitimatio ad causam*, deferida a todos aqueles que possuem personalidade civil, ao menos via de regra. (OLIVEIRA, 200X).

Desta maneira, são destituídos da capacidade de estar em juízo os menores de 16 anos, os detentores de enfermidades graves e doenças mentais que interfiram no discernimento pessoal, e aqueles que mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade.

Antes de prosseguir a análise da matéria, um breve adendo há de ser realizado.

Recentemente foi publicada a Lei nº 13.146, de 06 de Julho de 2015, a qual instituiu a Lei de Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e revogou parcialmente alguns artigos do Código Civil Brasileiro, dentre eles o 3º e o 4º.

Assim, a partir da data da vigência da referida Lei (180 – cento e oitenta dias após a publicação), passar-se-á a considerar absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos, não se encaixando os demais nesta categoria.

À título de curiosidade, observe-se quadro comparativo:

	Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002)	Redação atualizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015)
Artigo 3º	Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.	Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. I – (revogado); II – (revogado); III – (revogado).
Artigo 4º	Art. 4o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.	Art. 4 São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: ..... II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; ..... Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

Verifica-se que houve avanço na defesa do interesse das pessoas com deficiência, ampliando os direitos e deveres aplicáveis a tais indivíduos e, como restou demonstrado, restringindo o rol de absolutamente incapazes perante a sociedade brasileira.

Pois bem, apesar destes indivíduos estarem restritos do comparecimento em juízo, o Estado assegura uma forma de realização dos compromissos civis, garantindo o poder de serem partes processuais. Como afirma o artigo 71 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”. E, quando o absolutamente incapaz não possuir representante legal, ou quando os interesses deste conflitarem com os do interessado, há a obrigatória nomeação de um curador especial, conforme explicitam os artigos 9° do Código de Processo Civil de 1973 e o artigo 74, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

A função do curador à lide compete a um representante judicial de incapazes ou de ausentes, se existente na comarca em questão. Caso a presença do mesmo não seja constatada, o juiz nomeará pessoa idônea, advogado, para que exerça tais funções. E, em demais casos, faz-se esta função como obrigatória ao Ministério Público.

Neste sentido, Cintra, Dinamarco e Grinover elucidam:

> O Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna – e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2006, p. 226-227).

Da leitura do excerto transcrito, depreende-se que é imprescindível a atuação do *parquet* para a efetivação dos direitos fundamentais do homem, compondo, inclusive, critério processual de importante análise para a tutela de bens daqueles que necessitam atenção especial pelo Estado.

Fredie Didier Jr. e Robson Godinho aclaram ao afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente eleva o Ministério Público a um patamar de extrema relevância na tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes, relatando, inclusive a possibilidade da intervenção do parquet na seara administrativa quando atua como substituto processual. Ressaltam os autores, todavia, que não há de se diminuir a presença relevante da Defensoria Pública, especialmente nos momentos em que sua atuação for indispensável, exemplificando nos casos "envolvendo a prática de atos infracionais por adolescentes, ou nos casos em que o incapaz estiver em juízo sem representante ou em conflito com ele (art. 9.º, I, do CPC de 1973[3])". (DIDIER JR., GODINHO, 2014)

Ainda, completam os autores que:

> O exercício digno e eficaz da assistência judiciária das crianças e adolescentes é dever da Defensoria Pública, mas sequer é seu monopólio (art. 141, § 1.º, do ECA), já que se trata de obrigação estatal que não pode, por sua insuficiência, impedir a defesa dos necessitados. Em suma, a Defensoria Pública corporifica o advogado que o Estado deve oferecer quando necessário (art. 206 do ECA), não havendo espaço para a criação de figuras extravagantes que não estão previstas no sistema jurídico. Acrescente-se, ainda, que a defesa dos direitos das crianças e adolescentes pelo Ministério Público é plena, não havendo que se falar em desequilíbrio do contraditório ou do devido processo legal em relação aos substituídos. (DIDIER JR, GODINHO, 2014)

Assim sendo, nota-se que evidente é a relevância da Defensoria Pública na proteção dos direitos dos necessitados, aqui incluídos os absolutamente incapazes, salientando, inclusive a plena possibilidade a e inexistência de monopólio sobre a tutela dos direitos de tais indivíduos. Desta forma, cabe também ao Ministério Público, em sua plena função de defensor dos direitos das crianças e dos adolescentes atuar para que a efetiva proteção das garantias dos tutelados seja observada.

[3]Na nova dicção do Código de Processo Civil de 2015, o artigo 9°, inciso I, encontra-se no artigo 72, inciso I, da recente Lei:
Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:
I – incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

Levando em consideração o supraexposto, passa-se a análise de alguma das funções do *parquet*, em especial aquela referente a de substituto processual.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA FUNÇÃO DE SUBSTITUTO PROCESSUAL

Independente da necessidade do curador especial ser um componente do Ministério Público, é necessário que este órgão se faça sempre presente quando houver qualquer litígio envolvendo indivíduos absolutamente incapazes, visto tal entidade funcionar como fiscal da lei, "suprindo omissões do representante ou assistente, fazendo respeitar a lei" (SANTOS, 2009, p. 368).

Moacyr Amaral Santos (2009, p. 368) afirma que "o Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade".

O âmbito de atuação do *parquet* é previsto na Constituição Federal:

> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 1988).

O Conselho Nacional do Ministério Público assim define as suas funções e diretrizes de atividade:

> Considerado o fiscal das leis, o órgão atua como defensor do povo. É papel do MP defender o patrimônio nacional, o patrimônio público e social. O que inclui o patrimônio cultural, o meio ambiente, os direitos e interesses da coletividade, especialmente das comunidades indígenas, a família, a criança, o adolescente e o idoso. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 200X)

Por sua vez, a Lei Orgânica do Ministério Público, Lei nº 8625 de 1993, dispõe acerca do tema:

> Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
> VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção. (BRASIL. 1993)

Pois bem, de acordo com o artigo 84[4] do CPC de 1973, "quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo", assim como, em consonância com o artigo 246[5] do Código de Processo Civil de 1973, também seriam nulos os processos referentes à absolutamente incapazes quando o Ministério Público não fosse devidamente intimado. Cabe apontar aqui que o artigo 279 do Código de Processo Civil de 2015, o qual será abordado posteriormente, em interpretação extensiva, deve ser adotado em função idêntica, mantendo o entendimento ora postulado com o Código ora superado.

Neste diapasão elucidam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

> Conforme previsão legal (art. 82, I a III), o Ministério Público está autorizado a atuar no processo civil na tarefa de fiscalizar o correto cumprimento da lei. Sua atuação se dá como interveniente (custos legis), obrigatoriamente, quando a ação versar sobre interesses de incapazes ou quando for relativa ao estado das pessoas (inciso II, do art. 82: "nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder (que o Código Civil chama de 'poder familiar'), tutela. Curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade)". (WAMBIER, TALAMINI, 2011, p. 290).

Como confirmação jurisprudencial da doutrina referida pode-se notar:

> "Exsurgindo evidente o interesse público na solução da demanda, necessária é a intervenção do MP, em todas as fases da demanda, sob pena de nulidade do processo, não suprindo a manifestação subseqüente do Procurador-Geral, já o feito em julgamento no segundo grau de jurisdição" (STJ-1ª turma, REsp 12.240-0-SP-EDcl, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 05.10.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU. 16.11.92, p. 21.091). No mesmo sentido: STF-2ª turma, RE 76.868-8-MG, rel. Min. Aldir Passarinho, j.23.8.83, deram provimento, v.u., DJU 27.10.83, p. 16.697; RT 492/92, 762/292, JTA 40/102.
>
> "Nulo é o julgamento de apelação quando há fundada suspeita de incapacidade da parte no curso do processo, e não foi observado o disposto no art. 218, nem interveio MP." (STF-RTJ 88/285 e RT 521/281).

Segundo a Revista do Superior Tribunal de Justiça, permanece nulo o processo sem interferência do Ministério Público independente do incapaz ser autor ou réu. E, ainda, visualiza-se posicionamento interessante acerca do posicionamento do p*arquet* nas questões envolvendo incapazes:

---

[4] Sem correspondência direta no Novo Código de Processo Civil.

[5] Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.
Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado. (BRASIL. 1973).

> "A intervenção do MP não se subordina aos interesses do incapaz; se estiver convencido de que este não tem direito, deve deduzir seu parecer de acordo com a lei, e não com o interesse do incapaz." (RT 705/108, 748/229, JTJ 196/115). (NEGRÃO, GOUVÊA, BONDIOLI, DA FONSECA, 2012, p. 210).

Desta forma, constata-se a importância da presença do Ministério Público no julgamento da lide, uma vez que atuará como "fiscal" da lei e salvaguardará os interesses do incapaz - a menos que este não mereça legalmente aquilo que pleiteia - sanando qualquer obscuridade, omissão ou negligência de qualquer uma das partes.

Em razão disto, dar-se-ia como nulo o processo em que sua participação/intervenção, não se faz presente, fundamentando-se nos preceitos expostos nos artigos 82, 84 e 246 do Código de Processo Civil de 1973 e, em relação ao Código Vigente de 2015, com fulcro nos artigos 178, inciso II, e 279.

4 O BROCADO JURÍDICO NE PAS DE NULITTE SANS GRIEF

É evidente a importância do Ministério Público nos casos relacionados ao Artigo 82 do Código de Processo Civil de 1973 e nos casos relacionados ao artigo 178, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015. A sua intervenção decorre, neste caso, em causa de interesse de incapaz, possibilitando a nulidade do feito em caso de não ocorrência de tal participação. Porém, há de se visualizar que existe um princípio que vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores em casos semelhantes, qual seja o princípio do "*ne pas de nulitte sans grief*" ou melhor "não há nulidade sem prejuízo", o qual é de extrema importância nas situações de assistência aos incapazes.

O princípio do não prejuízo versa sobre um procedimento processual que, apesar da necessidade de ocorrência de um fator determinante (como no caso proposto é a atuação do Ministério Público em casos envolvendo interesses de incapazes), não obstou nenhuma das partes de atuar e, consequentemente, não causou prejuízo ao protegido pelo *parquet*, não caracterizando uma nulidade processual.

Há de se salientar que o referido princípio advém do Código de Processo Penal, em seu artigo 563:

> Art. 563 - Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. (BRASIL, 1941).

Desta forma, nota-se uma adaptação na jurisprudência civilista ao utilizar o princípio, uma vez que, em tese, inexiste previsão formal.

É nessa situação que se encontra uma exceção ao Artigo 82, Inciso I, e ao Artigo 84 ambos do CPC de 1973 e ao artigo 279 do Código de Processo Civil de 2015, determinando que caso o objetivo do autor, menor, tenha sido alcançado, não se deve nulificar o ato.

Segundo José Roberto Dos Santos Bedaque:

> Verifica-se, pois, que as conseqüências da não intervenção do Ministério Público no processo civil, quando obrigatória, dependem basicamente da natureza de sua atuação.
> Se ele está no feito para tutelar o direito objetivo, a nulidade absoluta é insanável pela aplicação de qualquer princípio. Se se trata de intervenção vinculada à defesa de uma das partes da relação processual, possível a incidência do princípio da instrumentalidade.
> Não obstante a opinião de considerável parcela da doutrina, que relaciona a nulidade absoluta com a impossibilidade de aproveitamento do ato viciado, a regra do art. 249 e §§ do CPC aplica-se perfeitamente aos casos de intervenção vinculada do Ministério Público. Se a intenção do legislador é conferir maior proteção àquela parte presumidamente mais fraca, não se justifica decretar a nulidade do processo quando os interesses desta não sofreram qualquer prejuízo." (BEDAQUE, 1990, p.36).

Para melhor compreensão da matéria, há de se abordar o posicionamento predominante no Superior Tribunal de Justiça:

> MEDIDA CAUTELAR. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA. FALTA DE INTIMAÇÃO DO MP. INTERESSE DE MENOR. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DA AÇÃO NÃO EVIDENCIADOS. PROCESSO EXTINTO.
> 1. A não intimação do Ministério Público, por si só, não dá ensejo à decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para a parte.
> 2. Não configurada a presença simultânea dos pressupostos do fumus boni iuris e do periculum in mora, a ação cautelar é extinta por carecer o autor de interesse processual.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no RCD na MC 21.285/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 17/02/2014)

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. PARTE INCAPAZ. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PREJUÍZO. OCORRÊNCIA.
> 1. Ainda que a intervenção do Ministério Público seja obrigatória em face de interesse de menor, é necessária a demonstração de prejuízo a este para que se reconheça a referida nulidade (AgRg no AREsp n. 138.551/SP, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 23/10/2012).

> 2. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 74.186/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 22/02/2013)

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. PARTE INCAPAZ. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PREJUÍZO. OCORRÊNCIA.
> 1. Ainda que a intervenção do Ministério Público seja obrigatória em face de interesse de menor, é necessária a demonstração de prejuízo a este para que se reconheça a referida nulidade (AgRg no AREsp n.
> 138.551/SP, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 23/10/2012).
> 2. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 74.186/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 22/02/2013)

A mera leitura dos excertos colacionados indica a direção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido da adoção do referido brocado jurídico. No primeiro caso nota-se que não restou demonstrado o prejuízo para o menor tutelado, mantido o provimento mesmo sem a intervenção ministerial. Por sua vez, no segundo caso houve prejuízo ao menor (apesar da manutenção do benefício pleiteado, a multa foi decotada), assim como na terceira situação, culminando na necessidade de intimação do Ministério Público para assegurar a preservação do direito do absolutamente incapaz.

Havendo algum representante legal para o menor e a sentença lhe sendo favorável, não há o porquê de recomeçar o processo desde o momento em que o Ministério Público deveria ter sido intimado, nos termos da jurisprudência supra mencionada. Denota-se, portanto, que a intervenção do *parquet*, se não identificado o prejuízo efetivo ao interessado, torna-se ao Tribunal Superior prescindível.

Vislumbra-se, portanto, uma abordagem ponderada do dispositivo processual pelo Superior Tribunal de Justiça, levando em apreço a situação fático-processual do incapaz e a efetiva ocorrência do prejuízo para aí então considerar eventual declaração de nulidade dos atos processuais pela ausência de intervenção do Ministério Público.

Caso o ato jurídico verse sobre menor em função de trabalho pode-se perceber que a lei trabalhista não é omissa em relação à essas situações, defendendo a não essencialidade de intervenção do Ministério Público, apesar de sua característica ser de caráter público.

> À luz do art. 793 da CLT, que rege a matéria em sede trabalhista, encontrando-se o menor representado ou assistido por seu pai, a intervenção do Ministério Público do Trabalho no primeiro grau de jurisdição, apesar de relevante, não constitui requisito para a essência do ato. Argüição de nulidade do processado, por ausência de notificação do **Parquet** para acompanhar o feito desde a sua instauração, que se rejeita, máxime quando, encaminhado o processo para sua manifestação na fase de recurso pelo Regional, não aponta qualquer nulidade no desenvolvimento da

> instrução e propugna pela confirmação do julgado, que deu pela improcedência da ação. (TRT-RS-RO 96.002552-9 - Ac. 5ª T. - Rel.: Juiz ANDRÉ AVELINO RIBEIRO NETO).

Isso ocorre devido ao grau de jurisdição em que se encontra o caso. Se o processo estiver em primeiro grau de julgamento e o Ministério Público não for intimado, pode a causa ser considerada nula, pois ainda não houve um julgamento de mérito. Porém caso a sentença já tenha sido proferida e o caso tramite para o segundo grau, o prejuízo do menor deve ser evitado.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Campbell Marques, no julgamento do Recurso Especial nº 1.481.667/RS assim sumarizou:

> É sabido que o processo civil envolve sempre interesse público em razão da prestação de tutela jurisdicional. José Roberto dos Santos Bedaque assinala que o Ministério Público na defesa de interesse de incapaz tem o dever de possibilitar que os fatos alegados pelo incapaz fiquem provados no processo e deve também procurar sempre a interpretação da norma que favoreça o incapaz.
> Depreende-se da jurisprudência do STJ que ordenamento processual civil é misto, porque busca o equilíbrio entre a liberdade e a legalidade das formas. Dessa forma, a nulidade do processo ocorre quando há um descompasso entre a realidade do ato processual com o previsto no modelo legal. Assim, haverá nulidade dos atos do processo se houver prejuízo para a parte.
> (REsp 1481667/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 30/03/2015)

Acerca de eventual saneamento por intervenção em segundo grau, decorrente da nulidade pela ausência de intervenção do Ministério Público, o Ministro Athos Gusmão Carneiro dispôs no Recurso Especial nº 2903/MA:

> (...) A NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PODE SER SUPRIDA PELA INTERVENÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PERANTE O COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU, EM PARECER CUIDANDO DO MERITO DA CAUSA SEM ARGUIR PREJUIZO NEM ALEGAR NULIDADE. DE OUTRA PARTE (...).
> Entendo que a manifestação do "parquet" em sede da apelação, através de parecer com longo exame da causa e do mérito, terá eficazmente suprido qualquer defeito consequente à ausência do órgão no julgamento monocrático, inclusive pela cisrcunstância relevante de que a Procuradoria-Geral da Justiça não arguiu prejuízo algum pela não intervenção anterior do Ministério Público.
> (REsp 2.903/MA, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/1991, DJ 10/06/1991, p. 7852)

Sobre a falta de intervenção do Ministério Público Vicente Greco Filho em primeiro grau, porém suprida em segundo, afirma o autor que:

> Trata-se de nulidade absoluta, porque a intervenção do Ministério Público se dá sempre em virtude do interesse público. A jurisprudência tem admitido, contudo, a conservação de atos se o órgão do Ministério Público, intervindo tardiamente, afirmar, com base nos elementos dos autos, que o interesse público foi preservado e que a repetição, esta sim, poderia ser prejudicial ao interesse especialmente protegido. É o que acontece, por exemplo, se um menor, autor, ganhou a demanda e somente em segundo grau de jurisdição do Tribunal determina a intimação do órgão do Ministério Público. Dependendo das circunstâncias, o órgão do Ministério Público no segundo grau pode entender que o interesse do menor foi preservado, considerando prejudicial a anulação, mantendo-se os atos já praticados. (GRECO FILHO, 1997, p. 46).

Apesar de inexistir previsão legislativa neste sentido, nota-se que o continuamento do processo em prol do autor e de outros princípios processuais, como a economia processual e a celeridade do processo, fomenta a utilização do princípio do não prejuízo nos moldes supraexpostos.

Fredie Didier Jr. analisou sucintamente e efetivamente o assunto. Para o autor (2015, p. 404), "a invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo". A partir dessa disposição, estaria imposta a nulidade absoluta, em caso de existência de prejuízo ao interessado, quando não intimado o Ministério Público a intervir.

5 BREVE ANÁLISE DOS ARTIGOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES EM RELAÇÃO A MATÉRIA ABORDADA

Analisando o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015 em relação ao Código de Processo Civil de 1973, verifica-se que o artigo 82, inciso I, foi "transformado" no artigo 178, inciso II da versão atual.

Assim dispõe o novo artigo:

> Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:
>
> I - interesse público ou social;
>
> II - interesse de incapaz;
>
> III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.
>
> Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público. (BRASIL, 2015).

Por sua vez, verifica-se que o artigo 84, do Código de Processo Civil de 1973, não possui correspondência imediata com qualquer artigo do Novo Código de Processo Civil, devendo a análise pautar-se pela previsão do artigo 279[6] deste novo caderno processual.

E essa adaptação denota uma evolução legislativa pela adaptação a jurisprudência plenamente abordada, tendo em vista que instituiu a ausência de nulidade quando não houver prejuízo ao assistido.

Para Guilherme Rizzo Amaral, a alteração do Código de Processo Civil versa sobre a titularidade da realização da intimação do Ministério Público:

> O art. 84 do CPC revogado previa ser encargo da parte a intimação do Ministério Público. Sabe-se, contudo, que a intimação somente poderia ser realizada pelo serviço judiciário, cabendo à parte, isto sim, o requerimento para a intimação do Parquet. (BAPTISTA DA SILVA apud AMARAL, 2015, p. 274). O 178 faz referência à necessidade de intimação do Ministério Público sem, contudo, referir-se ao responsável pelo encargo. Caberá, assim, ao magistrado, de oficio ou a requerimento de qualquer das partes, determinar a intimação do órgão ministerial. A ausência de intimação, regulada no art. 279, resultara em nulidade do processo à partir do momento em que a intimação deveria ter ocorrido, salvo se o juiz entender que não houve prejuízo, valendo-se ou não do entendimento manifestado pelo Ministério Público.(AMARAL, 2015, p. 274)

Ainda, nota-se que o artigo 279, do NCPC, desvincula do Magistrado o posicionamento, quando da análise da existência de prejuízo, em relação a manifestação do Ministério Público. Ou seja, a opinião ministerial pode nortear o entendimento do Magistrado, mas a averiguação final da ocorrência (ou não) do prejuízo cabe somente ao Juiz.

Neste sentido é o entendimento de Amaral:

> O legislador acolheu a sugestão de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero e alterou a regra originariamente disposta no anteprojeto do CPC, que previa a impossibilidade de se decretar a nulidade do processo caso o Ministério Público se manifestasse pela ausência de prejuízo pela não ocorrência de sua intimação. Para os referidos autores, "Obviamente, não cabe ao Ministério Público decidir se a sua ausência no feito acarretou ou não prejuízo para os fins de justiça do processo. Deve o Ministério Público opinar a respeito, assim como cumpre às partes manifestarem-se igualmente sobre o assunto. Mas quem decide é o Juiz. (MARINONI, MITIDIERO, apud AMARAL, 2015, p. 377)

[6] Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.
§ 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.
§ 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo. (BRASIL, 2015).

Amaral sumariza a matéria ao ressaltar que o artigo 279, em seu parágrafo 2º, implica que a nulidade processual, derivada da ausência de intimação do Ministério Público, será decidida, sem qualquer vinculação em relação ao parecer do parquet pelo julgador, após manifestação daquele, cabendo ao Magistrado ponderar a ocorrência palpável e visível do prejuízo o qual ensejaria a declaração da nulidade processual (AMARAL, 2015, p. 377).

Ressalta-se que a nulidade aqui abordada relaciona-se a ausência de intimação do Ministério Público. A eventual ocorrência da intimação e a não intervenção ministerial são questões que devem ser tratadas nas esferas disciplinar e administrativa (DIDIER JR, 2015, p. 405).

Colaciona-se, ainda, a jurisprudência apresentada pelo autor supramencionado, ao exemplificar a situação processual abordada:

> PROCESSUAL CIVIL. SEGURO DE VIDA. INDENIZAÇÃO. INTERESSE DE MENOR. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM 1ª INSTÂNCIA. MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA ARGUINDO A NULIDADE DO PROCESSO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SUPRIMENTO, ADEMAIS, PELA ATUAÇÃO DO ÓRGÃO EM SEGUNDO GRAU.
> I - A alegação de nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância, quando há manifestação da Procuradoria de Justiça em segundo grau de jurisdição, sem demonstração da nulidade efetiva, não pode, no caso, ser acolhida, ante a inexistência de efetivo prejuízo às partes ou ao andamento do processo, sob pena de se desprestigiar os princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas.
> II - Segundo precedentes desta Corte, até mesmo nas causas em que a intervenção do Parquet é obrigatória em face a interesse de menor, é necessária a demonstração de prejuízo deste para que se reconheça a referida nulidade.
> Recurso Especial improvido.
> (REsp 1010521/PE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 09/11/2010) (AMARAL, 2015, p. 377).

No tocante ao Novo Código de Processo Civil, o entendimento de Didier Jr é o de que se faz necessária a interpretação conjugada do sistema processual, culminando no entendimento que "há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade" (DIDIER JR, 2015, p. 404). E continua, ao propor que "não basta afirmar a violação a uma norma constitucional para que o prejuízo se resuma. O prejuízo, decorrente do desrespeito a uma norma, deverá ser demonstrado caso a caso" (DIDIER JR, 2015, p. 404).

Por fim, a análise de Didier Jr. é consoante ao entendimento aqui apresentado, merecendo menção expressa:

> A decretação de nulidade pela falta de intervenção ministerial deve ser apreciada em consonância com as diversas outras regras que norteiam o sistema de nulidade do

> processo civil brasileiro. Daí porque ainda hoje se mostra correta a conclusão 42 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada (ENTA): "A intervenção da Procuradoria de Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo do interesse tutelado".
> Da mesma forma, não se invalida o procedimento pela falta de intervenção do Ministério Público, se a decisão for favorável ao incapaz, cuja presença em juízo é a causa da intervenção ministerial (art. 178, II, CPC). (DIDIER JR., 2015, p. 404).

Assim sendo, tem-se que o princípio de que não há nulidade sem prejuízo foi inserido no Novo Código de Processo Civil de forma sutil, ampliando a margem do julgador quando analisar o caso concreto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária apontam para o mesmo norte: o prejuízo do incapaz deve ser límpido para que a nulidade processual seja declarada.

Verifica-se também a mera função opinativa do Ministério Público nos casos abordados, sendo que inexiste posição vinculativa deste ao julgador, cabendo ao último a verificação do efetivo prejuízo e da plausibilidade da decretação da nulidade dos atos processuais praticados.

Depreende-se que houve ampla evolução na legislação pátria com a vinda do Novo Código de Processo Civil, eis que sedimentou em seus dispositivos o brocado jurídico "*ne pas de nulitte sans grief",* visando preservar ato jurídico perfectibilizado e favorável ao indivíduo tutelado.

Percebe-se que a exegese do artigo 279, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, nada mais fez que assentar o entendimento jurisprudencial e doutrinário já estabelecido no sistema jurídico atual, sendo evolução acertada do legislador ao incluir explicitamente tal situação no cadeerno processual mais atualizado.

Assim sendo, o sistema processual, no auge de sua maleabilidade, inseriu conceitos e adotou o posicionamento já apontado pela jurisprudência e pela doutrina, sendo relevante tal abordagem para entender o ambiente judicial em que o cidadão se encontra nos tempos atuais.

Mais especificamente, no que concerne aos casos concretos, evidente é o entendimento prevalecente que, se inexistir prejuízo para a parte – aqui os incapazes –, inexistiria nulidade. E isso se daria, primordialmente, para preservar direitos de extrema

relevância do assistido e, consequentemente, acabaria evitando maiores devaneios processuais.

Evidente, portanto, se deflagrou a abordagem realizada, eis que os direitos dos incapazes devem ser preservados e tutelados de forma eficaz e explícita pelo legislador, o qual notadamente chancelou a admissão da reanálise dos processos quando efetivamente houver o prejuízo ao incapaz (logicamente desde o momento em que ocorrer a nulidade), ressaltando a necessidade de manifestação pelo Ministério Público, ora esquecido, o qual teria o dever de salientar se houve qualquer ato capaz de prejudicar o incapaz.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. Revista dos Tribunais, 1ª edição, São Paulo: 2015,

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: **Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo**: Revista de Processo nº 60, ou/dez, Ed. Revista dos Tribunais,1 São Paulo: 1990.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 22ª edição: Malheiros, São Paulo: 2006.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Funções do Ministério Público.** Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=130&Itemid=31> Acesso em 20 de Julho de 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Editora JusPodivm, 17ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: 2015.
DIDIER JR., Fredie; GODINHO, Robson. **Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil.** Revista de Processo, RTonline, 2014. Acesso em 05/03/2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, Ed. Saraiva, 12ª edição, São Paulo: 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. vol. I. Forense, Rio de Janeiro, 1984.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; DA FONSECA, João Francisco N.; **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 44. ed. atual. e reform. Editora Saraiva: São Paulo. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, João Ricardo Alves de. **Pressupostos Processuais**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1243.pdf> Acesso em 20 de Julho de 2015.

SANTOS, MOACYR AMARAL. **Primeiras Linhas do Direito Processual Civil**. 3. ed., Saraiva, 2009. Manual de Direito Processual Civil.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil,** vol I: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**.** 12 ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011. P. 290.