

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Camillo Piana

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Passo Fundo
2011

Camillo Piana

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Monografia apresentada ao curso de direito da Faculdade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Esp. Cinara Liane Frosi Tedesco.

Passo Fundo
2011

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Valmor e Ilce, por todo amor que deles recebo, por terem abdicado de muitas coisas na vida pensando nos seus filhos e pelo apoio incondicional que sempre me deram.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua constante presença em minha vida e pela ajuda e força nos momentos de dificuldade

Ao meu pai, Valmor Piana, cuja coragem, determinação e dedicação construíram o exemplo que procuro seguir

A minha mãe, Ilce Maria Terribile Piana, a quem tudo devo, por sua renúncia, sacrifício e afeto, os quais jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade

A toda equipe do Juizado Federal Previdenciário da Subseção Judiciária de Passo Fundo, pela oportunidade de aprendizado e crescimento, a qual serei eternamente grato

A professora orientadora Esp. Cinara Liane Frosi Tedesco, pela disposição e apoio demonstrados na realização desta pesquisa

A todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização de mais essa etapa da minha vida

RESUMO

Este trabalho aborda a discussão em torno da legitimidade do Ministério Público para promoção de demandas coletivas que versem acerca de direitos individuais homogêneos, objetivando identificar em que circunstâncias e limites se legitima a atuação ministerial na defesa desses direitos. A pesquisa utiliza-se da abordagem dialética e hermenêutica, apresentando posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, adotando como marco teórico o perfil constitucional do Ministério Público brasileiro. De início, analisa os direitos transindividuais, as circunstâncias de seu surgimento, suas principais características, seus modos de configuração e a forma com que passaram a ser gradativamente tutelados pelo direito processual civil. Identifica as diversas espécies desses direitos, tendo em conta a classificação feita pelo Código de Defesa do Consumidor, aclarando alguns conceitos e estabelecendo distinções entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Apresenta então considerações sobre o papel desempenhado pelo Ministério Público brasileiro no ordenamento jurídico nacional, partindo do estudo das funções que lhe são confiadas pela Constituição Federal de 1988, e destacando sua proeminente atuação na defesa dos direitos transindividuais e nos domínios do processo civil coletivo. Estuda, já ao final, as peculiaridades da ação civil coletiva enquanto mecanismo processual específico para tutela dos direitos individuais homogêneos. Examina os diversos posicionamentos acerca da possibilidade de o Ministério Público propor ação coletiva na defesa de direitos individuais homogêneos: algumas, a refutando, incondicionalmente, outras, a admitindo, em variáveis graus, e por diferentes razões. Conclui, com base em interpretação calcada na Constituição Federal, que o Ministério Público não pode bater-se em defesa de quaisquer direitos ou interesses individuais, mesmo que homogêneos, sob pena de se extrapolar suas funções institucionais. Finaliza, afirmando que somente se legitima a atuação ministerial, face ao texto constitucional, quando a tutela jurisdicional coletiva dos direitos lesados coletivamente e a repressão do ato ilícito que lhe deu causa passam também a ser de interesse social.

Palavras-chave: Ação civil coletiva. Direitos individuais homogêneos. Direitos transindividuais. Legitimidade. Ministério Público. Tutela coletiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	10
1.1 As diferentes gerações dos direitos fundamentais	10
1.2 Direitos transindividuais: direitos de terceira geração e sua processualização	14
1.3 Tutela jurisdicional coletiva: principais antecedentes históricos	19
1.3.1 A experiência no direito estrangeiro.....	19
1.3.2 A evolução legislativa no ordenamento jurídico brasileiro	23
2 DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	31
2.1 Interesses ou direitos?.....	31
2.2 As definições do Código de Defesa do Consumidor.....	34
2.3 Interesses ou direitos difusos.....	39
2.4 Interesses ou direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	41
2.5 Interesses ou direitos individuais homogêneos	44
2.6 Situações jurídicas heterogêneas	47
3 DO MINISTÉRIO PÚBLICO	51
3.1 Origens históricas	51
3.2 Perfil constitucional, funções institucionais e organização	55
3.3 Atuação no processo civil.....	66
3.3.1 O Ministério Público enquanto parte.....	68
3.3.2 O Ministério Público enquanto fiscal da lei	72
3.4 A defesa dos direitos transindividuais	75
4 DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	81
4.1 As peculiaridades da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos: a ação civil coletiva	82
4.2 Os diversos posicionamentos acerca da possibilidade de o Ministério Público promover ação civil coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos	88
4.3 A relevância social da lesão ao direito como fator de legitimação	95
CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS	110

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP: Ação Civil Pública

AgRg: Agravo Regimental

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

CC: Código Civil

CDC: Código de Defesa do Consumidor

CF/88: Constituição Federal de 1988

CPC: Código de Processo Civil

EDcl: Embargos de Declaração

LACP: Lei da Ação Civil Pública

LC: Lei Complementar

LONMP: Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

Min.: Ministro

MP: Ministério Público

MPF: Ministério Público Federal

MPU: Ministério Público da União

Rel.: Relator

RE: Recurso Extraordinário

REsp: Recurso Especial

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STF: Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado por grandes transformações econômicas, políticas, culturais e sociais. A nova conjuntura da sociedade moderna, com o intenso desenvolvimento das relações sócio-econômicas, fez surgir novos tipos de conflitos, até então ignorados à tradicional concepção individualista que prevalecia nos domínios do processo civil.

Nesse contexto, com a superação da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado, amplia-se o rol dos direitos até então (re)conhecidos, uma vez que começam a despontar novos direitos, agora vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada.

Esses direitos emergentes são caracterizados pela nota da transindividualidade, pertencendo não mais apenas ao indivíduo considerado como tal, mas sim a grupos de menos determinados de pessoas.

O surgimento dessa nova categoria de direitos passa então a exigir uma adaptação do processo civil tradicional que fora concebido apenas para dirimir conflitos tipicamente individuais. Se a sociedade moderna é caracterizada por ser uma sociedade de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos dessa natureza e que os processualistas comecem, cada vez mais, a se preocuparem em criar mecanismos processuais eficazes na tutela dessas novas questões.

Ocorre assim uma profunda reformulação dos institutos e técnicas processuais até então conhecidos, de modo a adaptá-los às exigências dos novos tempos, sobretudo para conferir adequada proteção aos direitos transindividuais.

Todavia, a intensa utilização que se seguiu à criação desses novos mecanismos processuais nem sempre se deu de modo adequado, seja pela concepção individualista que ainda tende a prevalecer na mente dos juristas, seja pelas dificuldades práticas encontradas na aplicação desses novos modelos processuais, que tem se mostrada, de fato, bastante complexa.

Dentre as diversas discussões travadas no universo do processo civil coletivo, a questão da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos ocupa posição de destaque: alguns a refutam, incondicionalmente; outros a aceitam, em variáveis níveis e por diferentes argumentos.

Nesse sentido, propõe-se pelo presente estudo a se estabelecer, com assento na Constituição de 1988, os parâmetros e limites da atuação do Ministério Público brasileiro quando em defesa dos direitos individuais homogêneos.

A pesquisa tem caráter monográfico, não pretendendo, desse modo, esgotar o tema, tampouco abordá-lo em sua completude. O estudo, realizado a partir da dialética e da hermenêutica, está dividido em quatro capítulos.

No primeiro, de índole claramente preparatória, proceder-se à contextualização do surgimento dos direitos coletivos, à luz da evolução dos direitos fundamentais e suas gerações. Estuda-se também, através de um apanhado histórico, as principais mudanças legislativas ocorridas – com foco naquelas relacionadas ao processo civil - por conta do reconhecimento da existência desses novos direitos e da mudança da perspectiva individualista até então dominante.

No segundo capítulo, buscar-se distinguir as diversas espécies de direitos transindividuais, tendo como ponto de partida a classificação proposta pelo legislador brasileiro no Código de Defesa do Consumidor.

O terceiro capítulo visa a definir o papel do Ministério Público na atual Carta Constitucional, priorizando a análise de suas funções e finalidades institucionais. Em prosseguimento, estudam-se as diferentes formas atuação do *parquet* no processo civil, culminando com o exame da importante função desempenhada pelo mesmo na tutela dos direitos transindividuais.

No quarto e último capítulo, primeiramente são traçadas distinções entre as formas de tutela de direitos transindividuais e as formas de tutela, de forma coletiva, de direitos individuais. Quanto a essas últimas, faz-se um estudo da ação civil coletiva e suas peculiaridades, demonstrando-se as técnicas e instrumentos próprios para tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Feitos esses necessários esclarecimentos e distinções, em prosseguimento, verificam-se os diversos posicionamentos acerca da possibilidade de se atribuir legitimidade ao Ministério Público para que promova ação civil coletiva em defesa dos interesses individuais homogêneos, examinando-os sem descuidar das funções que são confiadas ao *parquet* pelo texto constitucional.

Questiona-se, dessa forma, (a) se o Ministério Público estaria incondicionalmente legitimado a promover demanda coletiva em defesa de direitos individuais, ou (b) se em

nenhuma hipótese poderia o *parquet* bater-se em defesa desses direitos, ou, ainda, (c) em que circunstâncias e limites seria possível atribuir-se legitimidade ativa para que o Ministério Público tutele em juízo direitos dessa natureza.

1 DA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A complexidade da sociedade moderna veio a ocasionar uma substancial alteração no perfil dos direitos desde sempre conhecidos.

Diante desse novo contexto social, supera-se a noção meramente individualista do fenômeno jurídico, na medida em se passa a reconhecer a existência de novos direitos que, transcendendo a figura do indivíduo considerado como tal, passam a se vincular a grupos menos determinados de pessoas.

Nesse sentido, o presente capítulo tem como objetivo analisar os direitos transindividuais, enquanto direitos fundamentais de terceira geração, e a partir da perspectiva histórica do seu gradativo reconhecimento pela ciência processual com vistas a conferir-lhes adequada tutela e proteção.

1.1 As diferentes gerações dos direitos fundamentais

Primeiramente, cabe destacar que neste tópico inicial do trabalho não se tem a audácia de esgotar o tema referente aos direitos fundamentais. Pretende-se apenas, com as breves considerações que serão feitas a seguir, situar o leitor acerca de aspectos relevantes para uma melhor compreensão do objeto do estudo.

Isso porque o reconhecimento dos direitos transindividuais confunde-se, ao menos em parte, com própria evolução e desenvolvimento dos direitos fundamentais ao longo tempo¹. Nessa linha, segundo ensinamento de Norberto Bobbio (1992, p. 5), é possível afirmar que os direitos do homem são fruto de gradativa evolução histórica².

Nesse sentido, utilizando-se dos dizeres de Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 28), cabe destacar a existência de “uma tradicional classificação doutrinária que identifica,

¹ Segundo dispõem Didier e Zaneti (2009, p. 23) “as ações coletivas são uma constante na história jurídica da humanidade, muito embora, assim como os demais ramos do direito, somente no último século tenham adquirido a configuração de direitos fundamentais que têm hoje”.

² Vale transcrever a seguinte afirmação do autor italiano “Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (1992, p. 5).

com base em momentos sucessivos da história, três categorias distintas de direitos fundamentais, a saber: os direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração³”.

Os primeiros direitos a serem reconhecidos nas Declarações de Direitos e, posteriormente, na quase totalidade das Constituições do mundo ocidental foram, justamente, os direitos civis e políticos, ou, como preferem alguns, as denominadas "liberdades públicas". O reconhecimento desses direitos, fortemente inspirados nos ideais jusnaturalistas e iluministas dos séculos XVII e XVIII, surge como decorrência da imperiosa necessidade de se limitar a autoridade que detinha o monarca, ou seja, de se restringir o âmbito de interferência do Estado absolutista na esfera privada dos indivíduos. Por tal razão, são comumente classificados em doutrina como “direitos de cunho negativo” (SARLET, 2009, p. 47).

Bonavides assim os define

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (2006, p. 563-564).

Uma vez limitado o poder estatal e garantida, ainda que precariamente no plano teórico, a liberdade dos indivíduos, surgiu outra necessidade: a de garantir, na prática, a efetiva igualdade entre os homens. Para que o Estado respeitasse os direitos fundamentais, precisaria, além de manter sua inação (observando os direitos de primeira geração), garantir, agora por meio de ação, condições materiais mínimas para que os seres humanos se desenvolvessem e pudessem, com isso, ter chances iguais dentro do mesmo grupo social (SARLET, 2009, p. 47).

Os estudiosos perceberam que o igualitarismo meramente formal e que o caráter muitas vezes platônico de certos direitos, quando não acompanhados de condições materiais necessárias à sua plena efetivação, continuaram tornando os seres humanos, apesar das declarações formais, ainda mais desiguais (BASTOS, 1997, p. 170-171).

³ Sarlet (2009, p. 45), ao abordar o tema, prefere o uso do termo “dimensões”, na medida em que menciona que a expressão “gerações” conduziria ao equivocado entendimento de que os direitos fundamentais se substituíram gradativamente de uma geração para outra, quando em verdade estão em constante processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Todavia, o próprio autor reconhece não existir consenso doutrinário quanto à terminologia a ser utilizada.

Surge assim a segunda geração de direitos, amplamente proclamados nas Constituições marxistas e no constitucionalismo da social-democracia que dominou o segundo pós-guerra (BONAVIDADES, 2006, p. 564).

A seguinte definição dos direitos de segunda geração é proposta por Sarlet

Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por meio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa (2009, p. 47).

Contudo, a evolução dos direitos não parou na segunda geração, conquanto o reconhecimento destes não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais, na medida em que a consciência de novos desafios, especialmente relacionados à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as nações, redundou no surgimento de uma terceira geração de direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 1995, p. 57).

Esses direitos dizem respeito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. São direitos atribuídos a grupos menos determinados de pessoas, vez que transcendem a esfera do homem considerado apenas em sua individualidade (MORAES, 2007, p. 26-27).

Nas palavras de Paulo Bonavides

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (2006, p. 569).

O surgimento dessa geração de direitos é fruto da complexidade experimentada pela sociedade moderna globalizada, que passa a ser caracterizada como uma “sociedade de massa”. Nesse sentido, dispõem Arenhart e Marinoni

A sociedade moderna caracterizou-se pela profunda alteração no quadro de direitos reconhecidos e em sua forma de atuação. De um lado, viu-se a alteração substancial no perfil dos direitos desde sempre conhecidos – como se observa no reconhecimento da função social do direito de propriedade, da publicização do direito privado e na privatização do direito público – assumem contornos completamente novos, e de outro, a ampliação do rol dos direitos reconhecidos, reconhecendo-se direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada. Costuma-se tratar como direitos de terceira geração a estes direitos, ditos de solidariedade, caracterizados por sua “transindividualidade”, pertencendo não mais apenas ao indivíduo considerado como tal, ou como cidadão, mas sim a toda uma coletividade (p. ex., direito ao meio ambiente hígido e os direitos dos consumidores). (2001, p. 680).

Observa-se, dessa forma, que os direitos de terceira geração são compreendidos em uma perspectiva totalmente diversa daquela verificada nas gerações anteriores, principalmente no que diz respeito à primeira geração, na qual os direitos têm por destinatário apenas o indivíduo isoladamente considerado.

Conforme sintetiza Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MELLO apud MORAES, 2007, p. 26).

Com os direitos de terceira geração completa-se, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 57), o lema da Revolução Francesa: liberdade (relacionada aos direitos civis e políticos da primeira geração), igualdade (buscada com a consagração dos direitos da segunda geração) e fraternidade (direitos de terceira geração marcados pelo intenso grau de humanismo e universalidade).

No dizer de Carlos Henrique Bezerra Leite

A concepção contemporânea dos direitos fundamentais da pessoa humana imbrica, portanto, a liberdade (direitos civis e políticos), a igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e a fraternidade ou solidariedade (direitos ou interesses metaindividuais) como valores indissociáveis, o que implica, por consequência, as características da universalidade, indivisibilidade, interdependência e complementariedade, que esses direitos assumem no âmbito do nosso ordenamento jurídico e do direito internacional (2001, p. 31).

Atualmente, há ainda quem sustente a existência de uma quarta geração de direitos⁴, decorrente da necessária globalização política que se impõe ao mundo moderno. São direitos que tornariam legítimo e possível tal fenômeno. Assim, essa geração corresponderia ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDADES, 2006, p. 571-572).

Contudo, há autores que designam os direitos de quarta geração como aqueles correspondentes ao bio-direito e à manipulação genética, ou seja, direitos relacionados com a biotecnologia e com a bioengenharia. Poder-se-ia também falar em uma quinta geração de direitos, ligada ao direito virtual (OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 99-100).

Tendo em vista o objeto do presente estudo, no próximo item estudar-se-á, com maior atenção, os direitos fundamentais de terceira geração, justamente por serem aqueles nos quais despontam os direitos transindividuais, que são objeto de análise do presente capítulo.

1.2 Direitos transindividuais: direitos de terceira geração e sua processualização

Os direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que se encontram em constantes transformações, a depender não apenas do estágio de desenvolvimento sócio-econômico, mas também do ordenamento jurídico dos Estados. Por isso, o rol desses direitos modificou-se no curso da história, e também continuará a se alterar em função dos interesses e das necessidades emergentes do homem, das transformações tecnológicas, dos meios disponíveis para realização daqueles interesses, dentre outros fatores (LEITE, 2001, p. 40).

⁴ Norberto Bobbio já trazia em sua clássica obra o ideal do surgimento dessa nova geração. Daí, aduzia o autor que os direitos de quarta geração decorreriam dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana através da manipulação do patrimônio genético (1992, p. 6).

Dessa forma, adotando-se a tradicional classificação doutrinária exposta no item anterior, têm-se aqueles direitos denominados de terceira geração, que começam a surgir ao final do século XX, enquanto direitos que não mais se restringem à figura do indivíduo considerado como tal.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2007, p. 27), valendo-se do magistério de Celso Lafer, assevera que “os direitos de terceira e quarta geração transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e grandes formações sociais”.

Distinguem-se das demais gerações, conforme explica Sarlet (2009, p. 48) pelo “fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”.

Bobbio (1992, p. 6) aduz que “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos, o direito a viver em meio ambiente não poluído”.

Porém, cabe observar que tais direitos não ficam restritos apenas à questão ambiental, vez que ainda é possível citar como exemplos de direitos de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito de comunicação, entre outros aos quais se possa atribuir titularidade difusa (BONAVIDES, 2006, p. 569).

Observa-se também que o rol é meramente exemplificativo, pois, conforme ensinamento de Paulo Bonavides (2006, p. 569), ainda “é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alarga-se à medida que o processo universalista for se desenvolvendo”.

No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1998 consagra diversos desses direitos transindividuais de terceira geração, como o direito ao meio ambiente sadio - art. 225, à manutenção do patrimônio cultural - art. 216, à preservação da probidade administrativa - art. 37, §4º - e à proteção do consumidor - art. 5º, XXXII (ZAVASCKI, 2009, p. 30-31).

Enquanto direitos fundamentais que são, é possível afirmar que os direitos transindividuais assumem ora *status* negativo ora *status* positivo. Negativo, pois constituem também emanações dos direitos de liberdade, possibilitando aos cidadãos instrumentos jurídicos contra as ações que lhes sejam prejudiciais. Positivo, uma vez que necessitam de

intervenções de caráter prático por parte do Estado, tanto no plano material quanto no plano processual (LEITE, 2001, p. 41).

Sendo assim, os direitos transindividuais, encarados sob esse viés (direitos fundamentais), passam a exigir do Estado efetiva proteção. Isso porque, no dizer de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 200) “o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, e isso pode ser feito, conforme o caso, mediante normas de direitos, através de prestações de proteção fática e mediante a proteção (ou a tutela) jurisdicional⁵”.

Ainda nas palavras de Marinoni

Isso significa que o Estado, além de ter de editar normas proibindo condutas contrárias aos direitos fundamentais, não pode se eximir da obrigação de instituir regras procedimentais instituintes de técnicas capazes de permitir a atuação efetiva e tempestiva do desejo de tais normas. Nesse sentido se pode falar em normas de proteção de direito material e em normas de proteção de direito processual, ou, mais precisamente, em normas processuais destinadas a dar atuação ao desejo de proteção das normas de direito material. Enfim, importa ser clara para a circunstância de que o Estado tem o dever de editar normas materiais e procedimentais para a proteção dos direitos fundamentais (2008, p. 202).

É possível também afirmar que o surgimento dessa nova concepção de direitos que não mais se restringem à esfera individual faz despontar a teoria dos interesses metaindividuais. Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 41), essa teoria, propondo-se a superar tradicional doutrina individualista “propiciou uma nova categorização de direitos e interesses, bem como a justiciabilidade, antes inimaginável”.

Nos dizeres de Leite

A teoria dos interesses metaindividuais surge, assim, em decorrência da preocupação da sociedade com a chamada “questão social”, fruto da “sociedade de massa”, na qual se verifica coexistirem inúmeras relações sociais, econômicas e políticas marcadas pelo desaparecimento da individualidade do ser humano, diante da padronização dos comportamentos e das regras correspondentes. Aliás, essas relações não mais se estabelecem entre indivíduos, mas entre grupos mais ou menos imprecisos de pessoas, cujos integrantes encontram-se em situações de fato e juridicamente idênticas (2009, p. 41).

⁵ Nesse sentido exemplifica o autor: “Há prestação de proteção normativa quando o Estado edita normas penais ou normas civis de proteção de direitos fundamentais; há prestação de proteção fática quando um guarda florestal zela por uma floresta; e há prestação de proteção jurisdicional quando o juiz atua uma norma de proteção ou com base em um direito fundamental, supre a omissão de proteção devida pelo legislador ou pelo administrador” (2008, p. 201-202)

É diante dessa nova conjuntura social, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 42) que “se abrem espaços para promoção da efetiva e adequada tutela jurisdicional desses novos direitos”.

Nessa perspectiva, com o reconhecimento da existência desses direitos transindividuais na sociedade moderna, o ordenamento jurídico, a fim de dar efetividade aos mesmos, necessitou criar regras para conferir-lhes adequada tutela, tanto no aspecto material quanto no aspecto processual, de forma também a concretizar o dever de proteção a que faz menção Marinoni.

Isso porque a complexidade experimentada pela sociedade moderna globalizada fez surgir novos tipos de conflitos, os quais podem trazer prejuízos a grupos maiores de pessoas, que muitas das vezes sequer podem ser individualmente identificadas. Segundo ensinam Aranhert e Marinoni

Se a sociedade atual é caracterizada por ser uma sociedade de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado processo de massa para tutelar os conflitos emergentes (2000, p. 680).

Diante desse novo contexto, fez-se necessária uma profunda reformulação dos mecanismos processuais até então existentes⁶, de forma a possibilitar uma efetiva tutela jurisdicional aos conflitos coletivos que antes eram ignorados pelas demandas individuais⁷. Nessa linha, aduzem Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier que

Novas necessidades sociais passaram a exigir que além do processo civil tradicional houvesse meios mais eficientes de resolver conflitos. A principal causa desta necessidade foi a industrialização e o consumo, enfim, fenômenos que passam a atingir de forma idêntica grupos significativos de pessoas e às vezes toda a sociedade (2010, p. 11).

⁶ Conforme Cappelletti e Garth até então “o processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares” (CAPPELLETTI e GARTH apud ZAVASCKI, 2009, p. 28).

⁷ Sendo o processo, conforme de Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 46), “do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material”, nada mais natural que o mesmo viesse a se adaptar no intuito de também tutelar os interesses coletivos que passaram, gradualmente, a ser materialmente reconhecidos.

Essa mudança, segundo Zavascki, decorre da constatação, a que se chegou àquela época

[...] da quase absoluta inaptidão dos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velhos conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interesses atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade (2009, p. 28).

Nos países da *civil law*, essa mudança se fez notar, de modo mais acentuado, principalmente a partir dos anos 70 do século XX. Pode-se destacar duas importantes causas que contribuíram para isso: a imprescindível necessidade de se preservar o meio ambiente cada vez mais agredido pela crescente poluição, e a necessidade de se proteger os indivíduos na condição de consumidores, os quais cada vez mais eram prejudicados pelas práticas adotadas na economia de mercado globalizada (ZAVASCKI, 2009, p. 27).

Nas palavras de Teori Albino Zavascki

Preservação do meio ambiente e defesa do consumidor constituíram, portanto, embora não exclusivamente, o ponto de partida para o movimento reformador, verificado em vários sistemas jurídicos, que acabou gerando o aparecimento, por um lado, de regras de direito material (civil e penal) destinadas a dar consistência normativa às medidas de tutela daqueles bens jurídicos ameaçados e, por outro, de correspondentes mecanismos de natureza processual para operacionalizar sua defesa em juízo (2009, pag. 28).

Conseqüentemente, reconhecidos materialmente os direitos coletivos, passam os ordenamentos jurídicos, com o decorrer do tempo, a instituir, gradativamente, mecanismos processuais para sua adequada proteção, conforme se irá estudar no tópico seguinte.

1.3 Tutela jurisdicional coletiva: principais antecedentes históricos

1.3.1 A experiência no direito estrangeiro

A ação popular em defesa da *rei publiciae* existente na Roma antiga pode ser apontada como a mais remota fonte de surgimento das ações coletivas. Em decorrência da profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano, sendo seu dever defendê-la, atribuía-se a esse cidadão o poder de agir provocando o Estado na defesa da coisa pública e dos bens públicos (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 23-24).

Tratava-se, portanto, de hipótese na qual se possibilitava que uma única pessoa defendesse direito que pertencia à toda coletividade⁸.

Outro antecedente originário dos instrumentos do processo coletivo e da tutela coletiva de direitos remonta à experiência ocorrida nas cortes inglesas durante o século XVIII. Nesse período, os tribunais de equidade lá existentes (*Courts of Chancery*), passaram a admitir o *bill of peace*, que consistia em um modelo de demanda que permitia que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando ou sendo demandados por interesses dos respectivos representados. Com isso, rompia-se a tradicional regra que exigia que todos os sujeitos interessados no processo deveriam dele obrigatoriamente participar (ZAVASCKI, 2009, p. 23).

Araújo Filho (2000, p. 18) menciona que o *bill of peace* inglês objetivava “obter o amparo da equidade contra a necessidade de suportar numerosas ações no *common law*”.

Embora se registrem na jurisprudência da época casos ilustrativos de sua utilização, o procedimento do *bill of peace* foi pouco utilizado pelos tribunais ingleses, principalmente por conta da ausência da exata definição de seus contornos. Somente em 1873, com o advento do *Court of Judicature Act*⁹, que o instituto passou a possuir definições mais claras e precisas, não obstante sua utilização ainda tenha continuado muito tímida, sobretudo em virtude das

⁸ Esse instituto romano pode ser visto como verdadeira ação popular, assemelhando-se em muito à atual ação popular prevista no art. 5º, LXIII da CF, e regulamentada em nível infraconstitucional pela Lei n. 4.717/65. Nesse sentido aduz Zavascki que “o que caracteriza a ação popular, desde as suas mais remotas origens romanas ‘é o exercício da ação por qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, para defesa de interesses coletivos’” (2009, p. 77).

⁹ Assim previa a *Rule 10* desse ato: “Havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma controvérsia, uma ou mais das partes podem acionar ou serem acionadas ou serem autorizadas pela Corte para litigar em benefício de todas as demais” (ZAVASCKI, 2009, pag. 24).

interpretações restritivas que lhe eram impostas pela jurisprudência (ZAVASCKI, 2009, p. 24).

Posteriormente, a experiência inglesa com o *bill of peace* é aperfeiçoada e difundida pelo sistema jurídico norte-americano, fazendo surgir a ação de classe, também denominada *class action*. Esse modelo americano, especialmente a partir de partir de 1938, com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, e da sua reforma, em 1966, transforma-se em um importante método de tutela coletiva, absolutamente inovador em relação ao seu antecedente inglês (ZAVASCKI, 2009. p. 23-24).

Segundo Marcelo Abelha (2004, p. 22) “a *class action* foi inspirada no *Bill of Peace* (século XVII) do direito inglês e servia para as hipóteses de elevado número de pessoas que, possuindo questões comuns, eram representadas por partes selecionadas para fazê-lo em juízo”.

No dizer de Ada Pellegrini Grinover

O instituto da *class action* do sistema norte-americano, baseado na *equity* e com antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII, foi sendo ampliado de modo a adquirir aos poucos papel central no ordenamento. As *Federal Rules of Civil Procedure* de 1983 fixaram, no art. 23, as seguintes regras fundamentais: a) a *class action* seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da *class*; b) caberia ao juiz o controle sobre a *representatividade adequada*; c) ao juiz também competiria a aferição da existência da comunhão de interesses entre os membros da *class* (2001, p. 21).

Dessa forma, nas palavras de Teori Albino Zavascki, a *class action* americana passa a admitir

[...] que um ou mais membros de uma classe promova ação e defesa dos interesses de todos os seus membros, desde que (a) seja inviável, na prática, o litisconsórcio ativo dos interessados, (b) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns a toda classe, (c) as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe e (d) os demandantes estejam em condições de defender eficazmente os interesses comuns (2009, p. 25-26).

A aceitação da *class action* pelo órgão jurisdicional passa sempre por um criterioso juízo preliminar quanto à sua admissibilidade. Nesse sentido, realiza-se um estudo prévio da

questão deduzida na ação, de forma a possibilitar a verificação do preenchimento das condições enumeradas e exigidas pela lei, buscando analisar se de fato a propositura daquela demanda se apresenta como solução mais adequada para a defesa dos interesses de número expressivo de indivíduos (SCARTEZZINI, 2003, p. 10).

Esses mencionados requisitos constituem verdadeiros pressupostos para existência da ação, conforme dispõe a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*. Atendidos tais requisitos, passa-se ao exame das condições específicas, também previstas na mencionada norma, e que vão determinar o correto enquadramento da hipótese em algum dos tipos de ações de classe previstos, possibilitando-se, assim, a delimitação das regras e procedimentos a serem adotados naquele caso específico (ABELHA, 2004, p. 24).

Dessa forma, conforme Marcelo Abelha (2004, p. 24-25), o legislador americano prevê, segundo a *Rule 23*, três diferentes modalidades de *class action*. A ação de classe, segundo o disposto na alínea “B” da mencionada regra, pode ser enquadrada, conforme suas especificidades, nas seguintes hipóteses: B1) *class action* resultante de um litisconsórcio indispensável¹⁰; B2) *class action* em razão do provimento não indenizatório¹¹; B3) *class action for damages*¹².

Teori Zavascki (2009, p. 26), por seu turno, anota que mediante a *class action* possibilita-se a promoção de pretensões de natureza declaratória, relacionadas com direitos cuja tutela se efetive mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer (*injunctive class actions*), ou pretensões de natureza indenizatória por danos materiais individualmente sofridos (*class actions for damages*).

¹⁰ Segundo Marcelo Abelha (Ibidem, p. 25) “a regra adotada pelo legislador para a primeira modalidade de *class action* encerra uma descrição normativa muitíssimo semelhante à Regra 19 das *Federal Rules*, que cuidam do litisconsórcio necessário, que inclusive pode ser exigido pelo magistrado, ainda que não tenha sido apontado pela parte. Na verdade, percorrendo a hipótese B1 e o texto do art. 19 é de se notar que a imposição do litisconsórcio nesse caso parece se dar em razão da indivisibilidade do bem discutido em juízo, de forma que qualquer decisão envolvendo esse bem indivisível acabaria por acarretar, em razão dos limites objetivos do julgado, o atingimento da esfera jurídica de pessoas que poderiam nem estar litigando, ou, então, criar um comportamento dúbio ou múltiplo, como diz o art. 19, à parte contrária, dependendo da decisão que lhe fosse dada”.

¹¹ “Com relação à hipótese B2, independentemente da natureza divisível ou indivisível do objeto tutelado, verifica-se que o legislador a reservou às hipóteses em que a *class action* é destinada à imposição de um provimento de índole declaratória ou injuncional (mandamental) de fazer e não fazer. Frequentemente utilizada para proteger as liberdades públicas, esta modalidade de *class action* deve ser utilizada sempre que o ‘litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros da classe’” (Ibidem, p. 25).

¹² “A terceira modalidade de *class action*, prevista no item B3, deve ser utilizada sempre que ‘o tribunal entender que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe superem as questões de caráter estritamente individual, e, diante disso, que a *class action* seja o instrumento que, naquele caso concreto, apresenta-se como o mais adequado para a justa e eficaz solução da lide. Na análise de todos esses aspectos, o tribunal deverá levar em consideração: (I) o interesse individual dos membros do grupo, seja na propositura da demanda ou na sua defesa separadamente; (II) a extensão e o conteúdo das demandas por um ou em face dos membros do grupo; (III) a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal; (IV) as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de *class action*’” (Ibidem, p. 26).

Diante da casuística própria da ação de classe, e da necessidade da adequada verificação de seus pressupostos, Marcelo Abelha (2004, p. 25) assevera que “a participação do juiz no enquadramento da *class action* é extremamente relevante”. No mesmo sentido dispõe Zavascki

Destaca-se, na ação de classe, o importante papel desempenhado pelo juiz, a quem é atribuída uma gama significativa de poderes, seja para o exame das condições de admissibilidade da demanda e da adequada representação ostentada pelos demandantes, seja para o controle dos pressupostos para seu desenvolvimento e sua instrução (2009, p. 26).

A sentença a ser proferida nessa ação, desde que atendidos os pressupostos para desenvolvimento e instrução da demanda, principalmente a adequada representação dos membros da classe, vinculará a todos esses, inclusive os que não foram inicialmente identificados¹³ (ZAVASCKI, 2009, p. 26-27).

A despeito do sucesso da utilização da *class action* no sistema jurídico norte-americano (que, diga-se de passagem, é o modelo utilizado até os dias atuais), as legislações surgidas nos países da Europa Continental, de tradição jurídica romano-germânica, não obtiveram a mesma dimensão e profundidade da experiência americana relativamente à tutela dos direitos transindividuais (ZAVASCKI, 2009, p. 28).

A interpretação dada ao tema pelos países da *civil law* foi mais restritiva, uma vez que a tutela coletivizada de direitos foi tratada como medida excepcional (ARAÚJO FILHO, 2000, p. 38).

Nesses países o processo de aperfeiçoamento dos instrumentos processuais com vistas à tutela dos direitos transindividuais somente começa a ocorrer de modo mais acentuado a partir dos anos 70 do século XX, principalmente por conta da preocupação em efetivar

¹³ Conforme observa Marcelo Abelha (2004, p. 30) não existem maiores problemas para a execução dos julgados quando se está diante de *injunctive class actions* - decisões mandamentais que se efetivam mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer. As maiores dificuldades são encontradas na execução das sentenças condenatórias de danos causados. O autor anota que “nesses casos, há que se verificar a existência de três etapas, que podem ser assim separadas: a) apuração da responsabilidade do réu em relação ao dever descumprido; b) apuração do *quantum* devido; c) justa distribuição desse montante aos membros da classe. Todo esse itinerário poderá ser percorrido com um único julgamento, especialmente quando se tratar de direitos materialmente difusos, ou então com a fixação da responsabilidade (condenação genérica) seguida de pequenos julgamentos das ‘lides individuais’ relativamente ao prejuízo específico de cada pessoa.. Nesse último caso, há que se verificar se os custos do processo foram maiores que os valores recebidos individualmente, caso em que deverá ser feita a *fluid recovery*, que também incidirá na hipótese de o pagamento individual não esgotar toda a responsabilidade do devedor”

medidas destinadas a preservar o meio ambiente e a proteger os indivíduos na condição de consumidores (ZAVASCKI, 2009, p. 27).

Dentro desse contexto, em muito se destacou a posição do Brasil em relação ao tema. Conforme enfatiza Zavascki (2009, pag. 30) “foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos países da *civil law*, a ‘revolução’ mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva”.

Sendo assim, passa-se a seguir a estudar alguns pontos da evolução histórica verificada no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito às ações coletivas.

1.3.2 A evolução legislativa no ordenamento jurídico brasileiro

O direito processual, como hoje é conhecido, foi profundamente influenciado pelos ideais liberais iluministas. Conforme explicam Didier e Zaneti

A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano e da lógica ramista na Europa continental, foi cristalizada a idéia da propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, único soberano sobre o próprio destino do direito subjetivo individual (base de todo o sistema). Só ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda (2009, p. 24).

Inspirado nessa orientação que fomentou a “Era dos Códigos”, o legislador brasileiro promulga o Código Civil de 1916, também conhecido como Código Civil de Beviláqua. Esse diploma legal era marcadamente individualista, centrado na propriedade e na autonomia de vontade, fortemente comprometido com a completude e com a exclusividade, não admitindo que nenhuma outra norma interferisse nas relações jurídicas por ele reguladas (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 25).

O art. 76¹⁴ do Código de 1916 revelava claramente a opção do legislador da época, qual seja, a de afastar qualquer possibilidade de abertura para as tutelas coletivas, extinguindo do sistema as ações populares que remanesciam em nosso ordenamento jurídico. Com isso, foram suprimidos quaisquer tipos de tutelas cíveis de interesses não-individuais, ou seja, todas aquelas em que o titular do direito material não fosse um indivíduo concretamente identificado (Ibidem, p. 24-25).

Conforme destacam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (Ibidem, p. 25) “o objetivo do legislador era purificar o sistema¹⁵”, isso porque o Código Beviláqua já fora estruturalmente projetado para eliminar do direito civil, e conseqüentemente do respectivo processo, as tutelas coletivas.

Somente mais tarde, em 1934, tem-se a primeira manifestação legislativa com vistas à tutela dos direitos transindividuais. Nesse ano, a ação popular aparece em nosso sistema jurídico com a promulgação da Carta Política 1934. A ação popular constitucional, posteriormente regulamentada pela Lei n. 4.717/65, passa a legimar qualquer cidadão a pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público¹⁶ (ZAVASCKI, 2009, p. 76-77).

Nessa linha dispõe Marcelo Abelha

Pode-se dizer que a ação popular foi o instrumento pioneiro na defesa dos interesses metaindividuais no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a ação popular padecia de problemas que pareciam ser insuperáveis à maioria da doutrina, não obstante a revolução que representou para o sistema como um todo (2004, p. 13).

¹⁴ Art. 76 do Código Civil de 1916: Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único: O interesse moral só autoriza a ação quando toque ao autor, ou à sua família.

¹⁵ Comentado o supracitado art. 76 do CC/16 o próprio Clóvis Beviláqua faz a seguinte anotação: “Outra controvérsia, a que pôs termo, foi a referente à persistência das ações populares, que, no direito romano tinham por objeto a defesa dos bens públicos. Na organização judiciária moderna, os atos que davam causa às ações populares, passaram a constituir crimes reprimidos pelo Código Penal, sendo a matéria, ora de leis de polícia, ora de posturas municipais, e algumas vezes ofensas a direitos individuais” (BEVILÁQUA apud DIDIER e ZANETI, 2009, p. 25-26)

¹⁶ No dizer de Teori Zavascki “A transindividualidade dos interesses tutelados por ação popular fica evidenciada não apenas quando seu objeto é a proteção do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural (direitos tipicamente difusos, sem titular determinado), mas também quando busca anular atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou de entidades de que o Estado tenha participação. Nesse caso, embora o patrimônio tutelado esteja sob o domínio jurídico-formal (= sob a propriedade) de uma pessoa jurídica identificada, ele, real e substancialmente pertence à coletividade como um todo. Afinal de contas, as referidas entidades – que constituem, *latíssimo sensu*, a administração pública – existem para atender, direta ou indiretamente, aos interesses da sociedade, e os bens que compõem seu patrimônio estão ali afetados para servir à mesma finalidade” (2009, p. 79).

Um dos principais problemas que inviabilizam a efetiva tutela processual pela ação popular diz respeito à parte a quem se atribui legitimidade ativa: o cidadão, geralmente hipossuficiente (técnica e economicamente) em relação à parte contrária. Entre outros entraves encontrados na mencionada lei pode-se citar a restrição de seu objeto (somente os bens públicos arrolados em seu art. 1º, §1º) e a limitação quanto a quem a mesma pode ser dirigida (apenas cabível para pleitear anulação de atos lesivos praticados pelo Poder Público¹⁷). (ABELHA, 2004, p. 13-14).

Apenas mais tarde, por volta da década de setenta, é que as ações coletivas (re) surgem no ordenamento jurídico brasileiro, quando então importantes doutrinadores nacionais¹⁸ começam a se dedicar ao estudo aprofundado da tutela jurisdicional coletiva. Nesse contexto, o papel da doutrina mostrou-se fundamental no fornecimento de elementos teóricos para a criação legislativa das ações coletivas brasileiras (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 28).

Lançando-se ao estudo dos instrumentos processuais para a defesa dos interesses difusos, e buscando melhorar algumas insuficiências da Lei da Ação Popular, os professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior elaboraram o primeiro anteprojeto de lei relativo à proteção dos interesses difusos. Essa proposta legislativa foi apresentada no I Congresso Nacional de Direito Processual (Porto Alegre, julho de 1983), onde foi aprimorada, sendo posteriormente, por iniciativa do Deputado Flávio Bierrenbach, transformado no Projeto de Lei n. 3.034/84 (ARAÚJO FILHO, 2000, p. 53).

No que diz respeito ao conteúdo do anteprojeto, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho aduz que o mesmo

¹⁷ Dessa forma, conforme anota Marcelo Abella (2004, p.14) “bens e direitos de uso comum do povo que fossem violados por ato de particular ou de quem quer que fosse, que ensejassem ação condenatória de ressarcimento ou de prevenção de dano, não poderiam ser tutelados pelo cidadão e por ninguém, tendo em vista a regra imperativa de que a legitimidade extraordinária só poderia existir se fosse autorizada por lei (art. 6º do CPC)”.

¹⁸ Conforme anotam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 28) “sem o ativismo de gigantes do direito processual brasileiro como Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Junior o desenvolvimento dos processos coletivos no Brasil teria o mesmo resultado que as tentativas européias, um sonoro desinteresse do legislador”.

[...] reproduzia dispositivos da Lei da Ação Popular, em especial o referente à extensão da autoridade da coisa julgada (art. 10), e previa, além da condenação em dinheiro a condenação em cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º), bem como autorizava a cominação de multa diária, independentemente de requerimento do autor (art. 6º), como meio de coerção, avançou ao conferir às associações que, a critério do juiz, demonstrassem “representatividade adequada”, legitimidade ativa *ad causam* tanto para ação civil quanto para intentar ação penal privada subsidiária da pública, se esta não fosse proposta pelo Ministério Público, e ao permitir, ainda no processo penal, a intervenção dessas associações como assistentes de acusação (arts. 2º e 4º). (2000, p. 53).

Um pouco após, em dezembro de 1983, foi apresentado no XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo do Ministério Público, por Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, outro anteprojeto de lei muito semelhante àquele de Porto Alegre¹⁹. Esse novo projeto acrescentava ao seu predecessor regras relativas à competência para processar e julgar a ação civil pública, prevendo também a possibilidade de ser ajuizada ação cautelar (ARAÚJO FILHO, 2000, p. 54).

Esse último, após aprovado pela Câmara e pelo Senado, acabou sancionado pelo Presidente da República. Assim, foi promulgada a Lei n. 7.347, de 24 de Julho de 1985, que, sem prejuízo da ação popular, passou a disciplinar a ação civil pública²⁰ de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Ibidem, p. 54)

A importância da promulgação da Lei da Ação Civil Pública foi tamanha, uma vez que com ela se abriram novos horizontes para a tutela dos interesses transindividuais²¹. Como bem destaca Vigliar (2001, p. 85) “esse diploma legal constituiu o marco para grandes avanços que se sucederam e para um efetivo acesso à justiça, proporcionando agora a possibilidade de se postular em juízo a tutela dos interesses transindividuais²²”.

¹⁹ Apesar da semelhança, cabe destacar, conforme feito na própria justificação deste último projeto, que o mesmo procurava ser “mais amplo e mais abrangente” que o anterior (ARAÚJO FILHO, 2000, p. 53-54).

²⁰ Conforme Teori Zavascki (2009, p. 53) “Ação civil pública é a denominação atribuída pela Lei 7.347, de 1985, ao procedimento especial, por ela instituído, destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais. Compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatorias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente ‘as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais’ causados ao meio-ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular (art. 1º)”.

²¹ Um dos integrantes do anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública, Édis Milaré, explica que “até a edição da Lei n. 7.347, de 24 de Julho de 1985, a tarefa da ordem jurídica estava voltada a harmonizar, basicamente, os conflitos interindividuais, ou entre grupos bem delimitados e restritos de pessoas, próprios de uma sociedade predominantemente agrária e artesanal, e, portanto, muito diversa da nossa” (MILARÉ apud ALMEIDA, 2003, p. 267).

²² No mesmo sentido anota Teori Zavascki (2009, p. 30) ao escrever que “foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos. Essa Lei, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, veio a preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio a inaugurar

Na mesma linha aduz Gregório Assagra de Almeida

A partir da entrada em vigor da Lei n. 7.347, de 24 de Julho de 1985, que verdadeiramente instituiu a ação civil pública no Brasil, operacionalizou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma revolução, transformando-se de ordenamento jurídico de tutela jurisdicional de direito individual, para ordenamento jurídico de tutela jurisdicional também de direitos e interesses massificados (2003, p. 265).

Com o posterior advento da Constituição de 1988, consagra-se definitivamente a tutela material de diversos direitos de natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à manutenção do patrimônio cultural, à proteção da probidade administrativa (art. 37, §4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). (ZAVASCKI, 2009, p. 30-31).

A carta constitucional, em especial atenção à tutela jurisdicional coletiva, também ampliou o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), conferiu legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III), atribuiu legitimidade às entidades associativas para representarem seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5º, XXI) e previu a figura do mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX). (Ibidem, p. 31).

Com isso, a Constituição de 1988, conforme ensina de Vigliar (2001, p. 86), “inaugurava uma nova ordem jurídica, com modificações dignas de menção, todas elas demonstrando a evolução do pensamento nacional, para se proporcionar um mais efetivo acesso à justiça”. Nesse sentido, também dispõe Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

A Carta de 1988, como se sabe, dedicou grande atenção aos temas de direito processual, ampliando sensivelmente os princípios expressamente consagrados e reservando um surpreendente espaço para as ações coletivas, sem paralelo em Direito Constitucional comparado (2000, p. 65).

Além disso, cabe enfatizar que outras leis infraconstitucionais, com apoio na nova Constituição, acompanharam essa evolução na tutela dos interesses transindividuais, prevendo ainda outras variantes da ação civil pública originariamente disciplinada pela Lei n. 7.347/85.

um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade”.

Como exemplos, podem ser citadas: a Lei n. 7.853/89 (proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadores de deficiência); a Lei n. 7.913/89 (dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários); a Lei n. 8.069/90 (proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos às crianças e aos adolescentes); a Lei n. 8.429/92 (sanciona atos de improbidade administrativa); a Lei n. 8.884/94 (dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica) e a Lei n. 10.257/2001 (estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências)²³. (ALMEIDA, 2003, p. 268).

Logo após da Constituição de 1988, veio a lume o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Esse diploma legislativo, dentre outras novidades, criou, no âmbito das relações de consumo, um procedimento destinado a tutelar, de forma coletiva, direitos individuais homogêneos decorrentes de origem comum. Esse modelo procedimental foi denominado de “ação civil coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos” (ZAVASCKI, 2009, p. 31).

Vigliar, referindo-se às novidades trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, assevera que o mesmo também

[...] ampliou sobremaneira as modalidades de interesses transindividuais passíveis de ser tutelados em juízo, aprimorou a questão que envolvia representatividade adequada, veiculou vocabulário jurídico mais preciso, para indiciar os vários institutos jurídicos que integram o seu conjunto de disciplinas, disciplinou com mais rigor os limites subjetivos da coisa julgada em matéria de interesses transindividuais e, de forma expressa, fez a integração com o diploma anterior, sem contar a previsão que fez de um procedimento especial para a tutela jurisdicional coletiva de um interesse que é especial: o individual homogêneo, após discipliná-lo expressamente pela primeira vez (2001, p. 117).

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública tornam-se diplomas recíprocos e complementares, formando um subsistema próprio e específico para tutela dos direitos transindividuais (VIGLIAR, 2001, p. 116-117).

Diante de todo esse complexo normativo criado pelo legislador brasileiro, nos dizeres de Teori Zavascki (2009, p. 31), “não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema

²³ Conforme observa Teori Zavascki (2009, p.53-54) “Apesar da variedade, essas ‘ações’ mantiveram, na essência, a linha procedimental adotada originalmente na Lei 7.347, de 1985, que tem aplicação subsidiária para todas as demais, sendo apropriado, por isso mesmo, conferir-lhes denominação comum de ação civil pública”.

processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna”.

Essa transformação não fica apenas restrita ao plano legislativo, uma vez que hoje a sociedade brasileira começa cada vez mais a se conscientizar acerca desses novos direitos e interesses massificados, e dos instrumentos previstos na legislação para sua respectiva proteção. Em nível doutrinário, o tema também vem sendo objeto de constante estudo, sem falar no engajamento do judiciário em torno do direito processual coletivo (ALMEIDA, 2003, p. 268).

A despeito de toda essa inovação e mudança de consciência, cabe destacar o ensinamento de Gregório Assagra Almeida

Apesar de tudo isso, ainda muito resta a ser feito. É necessário decifrar o direito processual coletivo comum, seus principais institutos e a sua verdadeira essência. Mas, para isso, é imprescindível o seu estudo sob o prisma constitucional, como instrumento de transformação positiva da realidade social e de implantação do Estado Democrático de Direito, que, como os direitos fundamentais, só existe formalmente como garantia constitucional (art. 1º da CF). (2003, p. 268-269).

Na mesma linha, também dispõe Barbosa Moreira

O Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais [...] não é a carência de meios processuais que responde pela subsistência, entre nós, de uma situação ainda largamente insatisfatória no que diz respeito à tutela daqueles interesses (2001, pag. 304).

Dessa forma, certo é que todo esse complexo jurídico estabelecido pelo legislador brasileiro acabou por criar um amplo e complexo sistema para se tutelar aqueles direitos transindividuais que acabaram surgindo, sobretudo, por conta da nova configuração assumida pela sociedade moderna.

No entanto, não há como negar que o tema, inclusive pela sua abrangência, muitas vezes é alvo de distorções doutrinárias e jurisprudenciais das mais variadas ordens, principalmente por conta da tradicional orientação individualista que ainda tende a prevalecer na mente de alguns juristas.

Nesse sentido, algumas distinções são necessárias para que se adentre no tema-centro deste estudo. Sendo assim, no próximo capítulo, buscar-se-á definir alguns conceitos, distinguindo-se as diversas espécies de direitos transindividuais.

2 DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Propõe-se, neste capítulo, a se estabelecer conceitos e distinções acerca dos direitos transindividuais, sobretudo por conta do problema terminológico ocasionado pela diversidade de vocábulos empregados, muitas vezes de forma equivocada, pela doutrina e jurisprudência.

Para esse estudo, tomar-se-á como ponto de partida a classificação proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, não se descuidando, todavia, da ressalva, conforme assinala Vigliar (2002, p. 79), de que “a doutrina e jurisprudência ainda não chegaram a um denominador comum quanto a esses conceitos”.

Buscar-se-á, dessa forma, identificar alguns dos traços característicos das diversas categorias dos direitos transindividuais, objetivando-se, assim, aclarar tais conceitos.

2.1 Interesses ou direitos?

Primeiramente, cabe observar que o CDC, quando distingue os direitos transindividuais (art. 81, parágrafo único), utiliza-se das expressões “interesses ou direitos” ao se referir às três categorias da classificação que por ele é feita.

Conforme ressaltam Didier e Zaneti (2009, p. 86) “na legislação brasileira revela-se comum a denominação conjunta ‘direitos e interesses’ referindo-se a direitos difusos, direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 129, inc. II da CF/88, CDC, LACP etc.)”.

Face à dupla terminologia empregada no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo pela legislação consumerista, cumpre tecer alguns esclarecimentos acerca desses conceitos, no intuito de se evitar qualquer compreensão equivocada quanto à classificação que no decorrer deste capítulo passa a se expor.

A seguinte distinção entre os termos “direitos” e “interesses” é apresentada por Carlos Henrique Bezerra Leite

É quase sintomático que a palavra direito suscita em nossa mente a idéia dos direitos subjetivos, historicamente utilizados para designar os interesses juridicamente protegidos, cuja titularidade era atribuída apenas ao indivíduo. Daí a expressão direito individual, vinculada ao liberalismo [...]

Já a palavra interesse, seguindo a trilha da doutrina nacional, representa algo que interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. A nota comum é sempre uma situação de vantagem, que faz exsurgir um interesse na posse ou fruição daquela situação (2001, p. 43-44).

Nesse sentido, Didier e Zaneti (2009, p. 87-88) afirmam, valendo-se das lições de Celso Neves, a clássica noção de direito subjetivo “como poder de vontade vinculado a um interesse pessoal ou individual ao qual o Estado, mediante o ordenamento jurídico, confere coercibilidade como forma de atuação”. Em contrapartida, os interesses, categoria não tutelada pela direito, são desprovidos de coercibilidade, uma vez que seus titulares não detêm o poder de vontade para a prevalência de seu interesse a configurar direito subjetivo.

Dessa forma, historicamente sempre se afirmou que o direito assumiu uma posição de supremacia sobre o interesse, na medida em que aquele interesse que não é qualificado como direito subjetivo, sequer possuiria alguma relevância jurídica (LEITE, 2001, p. 44).

A dupla nomenclatura empregada pelo CDC para fazer referência aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, recebe críticas por parte da doutrina jurídica, vez que alguns preferem a utilização de um dos termos em detrimento do outro. Nesse sentido, Antônio Gidi (1995, p. 17) anota que “o Código do Consumidor foi menos técnico que cauteloso” ao empregar ambas as expressões.

Aqueles que defendem a utilização da expressão “interesse” o fazem justificando que os interesses transindividuais, pela indivisibilidade de seu objeto e imprecisa determinação de seus titulares, não se enquadrariam na rígida delimitação conceitual do direito subjetivo como fenômeno de subjetivação do direito objetivo. Logo, para os adeptos dessa corrente, não haveria como se designar esses interesses, mesmo que juridicamente protegidos, como sendo “direitos”²⁴ (GIDI, 1995, p. 17-18).

Em contrário, há quem entenda ser inadequado não se designar esses interesses (que, inclusive, são juridicamente protegidos) também como direitos subjetivos em sentido amplo.

²⁴ Nessa linha, conforme dispõem Didier e Zaneti (2009, p. 87), utilizando-se dos ensinamentos de Ricardo de Barros Manoel e de José Marcelo Menezes Vigliar, “a grande maioria dos juristas nacionais tem preferido manter a expressão ‘interesses’, porque: a) ‘a expressão direitos traz uma grande carga de individualismo, fruto mesmo de nossa formação acadêmica’; b) há ‘evidente ampliação das categorias jurídicas tuteláveis para obtenção da maior efetividade do processo’”.

Nesse sentido, propõe-se um alargamento do conceito tradicional do direito subjetivo enquanto aquele pertencente a um titular determinado, inserindo-o numa perspectiva contemporânea, admitindo-se que também a coletividade indeterminada de indivíduos possa vir a ser sujeito de direitos (Ibidem, pag. 17-18).

Didier e Zaneti (2009, p. 92) sustentam a prevalência da utilização do termo “direito”, principalmente por ser aquela mais consentânea com o texto constitucional, que em seu art. 5º, XXXV dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A despeito dessa divergência, Kazuo Watanabe, um dos autores do anteprojeto do CDC, aduz, afastando qualquer discussão quanto à terminologia a ser adotada, que os termos “direitos” e “interesses” foram utilizados como sinônimos “desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”²⁵ (WATANABE apud LEITE, 2001, p. 45).

Dessa forma, não haveria motivos para se sustentar a tradicional posição que defende a preponderância do “direito” sobre o “interesse”. Isso porque, devido ao reconhecimento dos chamados interesses de massa (metaindividuais), conforme aduz Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 45) “a clássica distinção entre direitos e interesses, pelo menos no tocante aos ‘novos direitos’, deixa de ter relevância para a dogmática jurídica”.

Segundo ensinamento de Barbosa Moreira

Desde que se esteja persuadido [...] da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber a que título se lhes há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica subjetiva que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os direitos, no sentido rigoroso da palavra (MOREIRA apud GIDI, 1995, p. 17).

Vale também observar que a própria Constituição de 1988 ora utiliza a expressão “interesses”, ora utiliza a expressão “direitos”, sem, contudo, apresentar qualquer distinção de

²⁵ Watanabe ainda assevera que “Com o tempo, a distinção doutrinária entre ‘interesses simples’ e ‘interesses legítimos’ permitiu um pequeno avanço, com a outorga da tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga de direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero ‘interesse’ na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional. Agora, é a própria Constituição Federal que, seguindo a evolução a doutrina e da jurisprudência, usa dos termos ‘interesses’ (art. 5º, LXX, *b*). ‘direitos e interesses coletivos’ (art. 129, n. III), como categorias amparadas pelo Direito. Essa evolução é reforçada, no plano doutrinário, pela tendência hoje bastante acentuada de se interpretar as disposições constitucionais, na medida do possível, como atributivas de direitos, e não como meras metas programáticas ou enunciações de princípios” (WATANABE apud ALMEIDA, 2003, p. 486-487).

significação entre as mesmas (ex.: art. 5º, LXX, b, art. 129, III). Daí, conclui Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 486) que o legislador infraconstitucional, quando utiliza indistintamente ambos os termos, o faz “para evitar maiores polêmicas interpretativas, as quais poderiam surgir em total prejuízo a essas categorias tão relevantes de direitos sociais”.

Dessa forma, neste trabalho, para efeito de tutela jurisdicional coletiva, não se distinguirá um termo do outro, empregando-os, pelas razões aludidas, como expressões sinônimas.

2.2 As definições do Código de Defesa do Consumidor

Quando os doutrinadores passaram a estudar as ações coletivas, sérias dificuldades foram constatadas para se definir e conceituar os novos direitos que essas ações buscavam tutelar. Isso porque as relações jurídicas que agora se vislumbravam fugiam da tradicional fórmula individual credor/devedor. Dentro desse contexto, alguns juristas chegaram a afirmar que esses direitos emergentes eram “personagens misteriosos” (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 73).

Na ciência jurídica, tradicionalmente fez-se distinção entre interesse público²⁶ e interesse privado. O primeiro, de que é titular o Estado, contrapõe-se ao segundo, de que é titular o indivíduo. Contudo, essa dicotomia passou a sofrer críticas, sobretudo nas últimas três décadas do século XX²⁷ (MAZZILLI, 2002, p. 41).

Isso porque se passou a reconhecer a existência de uma categoria intermediária de interesses que, não sendo propriamente estatais, são mais que meramente individuais. Trata-se, pois, de categoria que se situa no campo dos interesses que pertencem a todos, ou a grupos

²⁶ É possível ainda dividir-se o interesse público em primário e secundário. O interesse público primário é o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo, podendo, em alguns casos, coincidir com certos interesses difusos (ex.: a preservação do meio-ambiente em geral). O interesse público secundário é o interesse imediato do Estado na qualidade de pessoa jurídica, o modo como os órgãos da administração vêem o interesse público. Nesse sentido, nem sempre coincidem ambos os interesses, pois pode ocorrer que determinadas decisões do governante não atendam ao real interesse da coletividade (MAZZILLI, 2002, p. 42-43). Nessa linha também aduz Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 483): “pode acontecer que a conduta do administrador por um lado até esteja de acordo com o interesse público, no caso secundário (modo pelo qual o administrador concebe o interesse público), mas por outro lado contrarie o interesse público primário (interesse social ou geral)”.

²⁷ Em virtude das grandes transformações experimentadas nesse período (final do século XX), não se fez mais possível solucionar-se os novos litígios de massa com base na concepção de que os bens jurídicos só poderiam pertencer ao direito público ou ao direito privado (LEITE, 2001, p. 46).

de pessoas, mas que não são públicos no sentido tradicional do termo²⁸. A esses interesses situados no plano intermediário daqueles públicos e privados deu-se a denominação de transindividuais/metaindividuais ou, ainda, interesses coletivos *lato sensu* (WAMBIER e WAMBIER, p. 12). Nesse sentido, no dizer de Antônio Herman V. Benjamin “não se trata simplesmente de dar ‘roupagem’ supraindividual a bens jurídicos clássicos. Em verdade, são bens outros que, apesar de confluentes àqueles, assumem uma realidade própria” (BENJAMIN apud GIDI, 1995, p. 26).

Hugo Nigro Mazzilli assim os define

Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público (2002, p. 43).

Na definição de Péricles Prade esses direitos ou interesse transindividuais são aqueles “titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade” (PRADE apud ZAVASCKI, 2009, p. 34).

São direitos que não se confundem com a mera soma dos direitos individuais, uma vez que constituem, conforme ensina Antonio Gidi (1995, p. 26), “uma categoria autônoma de direito subjetivo, cujos titulares são uma comunidade ou coletividade”.

O legislador do Código de Defesa do Consumidor, preocupado com a defesa dessa nova categoria de interesses, entendeu por bem defini-los, fazendo-o no parágrafo único do seu art. 81. Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida aduz

²⁸ Segundo anotam Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier (2010, p. 12) “Deve-se a Mauro Cappelletti a crítica à dicotomia entre os direitos privados e públicos, demonstrando efetivamente que há uma categoria intermediária, na qual se poderiam incluir justamente os direitos coletivos, isto é, direitos de grupos, vinculados a categorias de pessoas, unidas por interesses comuns, que transcendem à própria individualidade de cada membro do grupo. Esse autor italiano certamente influenciou muitos dos estudos doutrinários realizados no Brasil”. No mesmo sentido dispõe Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p.46): “a obra de Cappelletti tem, assim, o grande mérito de descortinar que entre o direito público e o privado existem outras categorias intermediárias que não se enquadram perfeitamente em nenhum desses dois ramos clássicos da ciência jurídica”.

Com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990), houve a divisão e a conceituação precisa dos direitos ou interesses transindividuais ou metaindividuais em duas categorias: os difusos e os coletivos. Foi criada ainda uma terceira categoria, denominada de direitos ou interesses individuais homogêneos (2003, p. 484).

Para fazer essa definição, conforme ensinamento de Antonio Gidi (1995, p. 22), o legislador serviu-se de três critérios: (a) quanto à titularidade do direito material (aspecto subjetivo); (b) quando à divisibilidade do direito material (aspecto objetivo) e (c) quanto à origem desse direito (aspecto origem).

Dessa forma, o CDC subdividiu os direitos ou interesses transindividuais (ou coletivos *lato sensu* - gênero), dos quais são espécies: (a) os interesses ou direitos difusos, (b) os interesses ou direitos coletivos e (c) os interesses ou direitos individuais homogêneos.

Cabe destacar que essas definições não se restringem às relações de consumo, uma vez que se aplicam a todo processo coletivo em geral, inclusive por conta do disposto no art. 21²⁹ da Lei da Ação Civil Pública.

Revela-se de preponderante importância a correta individuação do direito transindividual em uma das referidas espécies, de forma a possibilitar a adequada definição dos meios e técnicas processuais a serem utilizados para sua proteção jurisdicional.

Nesse sentido, parte da doutrina busca esse critério de identificação no tipo de tutela que se pretende obter em juízo. Essa posição é afirmada por Nelson Nery Jr., para quem “o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual”, pois “da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas, e individuais”³⁰ (NERY JR. apud DIDIER e ZANETI, 2009, p. 85).

Antonio Gidi (1995, p. 19-21), por seu turno, dissentindo, em parte, da tradicional tese defendida por Nelson Nery Jr., sustenta que o critério científico mais adequado a ser

²⁹ Art. 21 - Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

³⁰ Didier e Zaneti (2009, 85) explicam essa posição adotada pelo ilustre processualista: “Para Nelson Nery Jr. de outra banda, revela-se freqüente o ‘erro de metodologia’ da doutrina e jurisprudência na classificação do tipo de direito coletivo: ‘Vê-se, por exemplo, a afirmação de que o direito ao meio-ambiente é difuso, o do consumidor seria coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares sofridos seria individual’. Adiante complementa, ‘A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo’ [...] O jurista traz o exemplo ocorrido no Brasil com um navio turístico, o *Bateau Mouche IV*. Este acidente possibilitaria várias ações distintas: ‘ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)’”.

utilizado para se identificar se determinado direito é difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual puro, “não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado”.

O autor explica que o tipo de tutela jurisdicional que se pretende não pode prevalecer enquanto critério de identificação pelas seguintes razões

Primeiro, porque o direito o direito subjetivo material tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual. Segundo, porque casos haverá em que o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela. Na hipótese acima construída, por exemplo, a retirada da publicidade do ar e a imposição de contrapropaganda podem ser obtidas tanto através de uma ação coletiva em defesa de direitos difusos como através de uma ação individual proposta pela empresa concorrente, muito embora propostas uma e outra com fundamentos jurídicos de direito material diversos (1995, p. 21).

Em verdade, a posição afirmada por Antonio Gidi atribui maior relevância ao direito material enquanto critério de identificação. Dessa forma, deve-se buscar tal distinção e classificação tendo por base a análise do direito sob seu aspecto subjetivo (titularidade), objetivo (divisibilidade) e também quanto à sua origem, sem descuidar das particularidades que caracterizam (e que por isso também diferenciam) as diversas subespécies definidas no CDC.

Em posição intermediária, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 85-86), propõem “uma fusão entre o pensamento de Antonio Gidi e Nelson Nery Jr., que em verdade se complementam reciprocamente”. Nesse sentido explicam

Ora, o CDC conceitua os direitos coletivo *lato sensu* dentro da perspectiva processual, com o objetivo de possibilitar a sua instrumentalização e efetiva realização. Do ponto de vista do processo, a postura mais correta, a nosso juízo, é a que permite a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida, como forma de identificar, na “demanda”, de qual direito se trata e, assim, prover adequadamente a jurisdição. Não por outro motivo reafirmamos a característica híbrida ou interativa do direito material e direito processual intrínseca aos direitos coletivos, um direito “a meio caminho” (Ibidem, p. 85).

Outra distinção que se deve ter presente antes de se adentrar na análise da classificação feita pelo CDC, é a de que não se forma confundir os direitos transindividuais³¹ com os direitos individuais homogêneos. Isso porque os primeiros, nos quais se incluem os difusos e coletivos *scrito sensu*, são direitos sem titulares determinados e materialmente indivisíveis, ao passo que os segundos são, em sua essência, verdadeiros direitos subjetivos individuais. Na verdade, trata-se de categorias ontologicamente distintas. (ZAVASCKI, 2009, p. 33-35).

Dessa forma, utiliza-se a denominação “direitos transindividuais” para se designar aquela nova e especial categoria de direitos materiais mencionada no início desse tópico, surgidos por conta da superação da tradicional distinção entre direito público e direito privado, e que são marcados pelo traço da indivisibilidade e da indeterminação de seus titulares. Esses direitos transindividuais incluem, na ótica do CDC, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Por seu turno, os individuais homogêneos não podem ser classificados como direitos transindividuais. Nesse sentido, Teori Zavascki preleciona

[...] os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualitativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nesse compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria (2009, p. 34-35).

Portanto, não se está diante de uma nova espécie de direito material, mas sim de genuínos direitos individuais, os quais o CDC, por razões de facilitação do acesso à justiça,

³¹ Vale destacar que Antonio Gidi (1995, p.25-26), ao referir-se aos direitos transindividuais, prefere a utilização da expressão “direitos superindividuais”. Nesse sentido, preleciona o autor que “o Código prescreve que os direitos difusos e coletivos são transindividuais. Isso significa que são direitos que transcendem a esfera individual, sendo diversos de cada um e mesmo da soma dos direitos subjetivos individuais. Tais direitos são metassubjetivos, metaindividuais, superindividuais, transindividuais, marcados pela impessoalidade e rompendo, assim, de certa forma, o clássico conceito de direito subjetivo do século XIX. Os direitos superindividuais não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluida e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica. Isso não significa, como se viu, que tais direitos não tenham titulares ou que estes sejam indeterminados: o titular será a comunidade ou coletividade sem personalidade jurídica. Vale dizer, uma não-pessoa para o direito é titular (sujeito de direito) de um direito subjetivo, o que pode ecoar como uma ruptura à tradição jurídica”.

permite que recebam tratamento coletivo em juízo, de forma a possibilitar sua mais efetiva tutela e proteção, conforme no último capítulo deste trabalho buscar-se-á demonstrar com mais vagar.

Feitas essas distinções e considerações introdutórias, passa-se então à análise, em separado, da classificação proposta pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Interesses ou direitos difusos

Conforme conceitua o CDC, são interesses ou direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Nos dizeres de Mazzilli (2002, p. 46) esses direitos “compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos”.

Rodolfo de Camargo Mancuso, propondo um conceito mais analítico, assevera que os interesses ou direitos difusos

[...] são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo número indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e o no espaço (2004, p. 150).

Em seu aspecto subjetivo os direitos difusos são transindividuais, com indeterminação absoluta de seus titulares, uma vez que a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato (por exemplo, morar na mesma região). Em seu aspecto objetivo, são indivisíveis, ou seja, não podem ser satisfeitos nem lesados senão de forma que afete a todos os possíveis titulares (por exemplo, a pretensão ao meio ambiente sadio). (ZAVASCKI, 2009, p. 36).

Conforme exemplifica Hugo Nigro Mazzilli

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores da indústria de tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, com os decorrentes da poluição sonora causada pelos chamados trios elétricos carnavalescos) (2002, p. 46).

No que diz respeito à indivisibilidade que os caracteriza, Vigliar, utilizando-se dos ensinamentos de Barbosa Moreira, explica que

[...] indivisível é o interesse que resulta para os interessados numa situação absolutamente idêntica e indissociável: a defesa da parcela de um deles (se fosse possível) implicaria simultaneamente na de todos; a transgressão da parcela de um dos interessados (ou o resultado negativo de uma demanda) implicaria na transgressão de todos (2001, p. 69).

Vale dizer, em outras palavras, que a satisfação de um só dos interessados provoca a necessária satisfação de todos os demais e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *contrario sensu*, a lesão da totalidade.

Segundo de Didier e Zaneti (2009, p.74), é justamente por conta dessa característica da indivisibilidade que no caso dos direitos difusos “a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será *erga omnes* (para todos), ou seja, irá atingir a todos de maneira igual (art. 103, I, CDC)”.

Podem ser citados como exemplos de direitos difusos: a publicidade enganosa ou abusiva, através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar um número incalculável de pessoas, a proteção ao meio-ambiente, preservação da moralidade administrativa (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 74), e, ainda, o direito da classe dos advogados ter representante na composição dos Tribunais segundo dispõe o art. 94, da Constituição Federal (ZAVASCKI, 2009, p. 36).

Em decorrência de sua peculiar natureza, esses direitos são insuscetíveis: (a) de apropriação individual; (b) de transmissão, seja por ato *inter vivos ou causa mortis*; (c) de renúncia; ou, ainda, (d) de transação. Sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual, uma vez que o sujeito ativo da relação processual não se confunde com o sujeito ativo da relação de direito material. Ademais, a mutação dos titulares ativos da relação jurídica de direito material ocorre com absoluta informalidade, bastando que se alterem as circunstâncias fáticas (ZAVASCKI, 2009, p. 36-37).

2.4 Interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*

Em sentido amplo, a expressão interesses coletivos refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas. Nesse sentido é que a Constituição de 1988 fez referência a direitos coletivos, em seu Título II, e a interesses coletivos, no art. 129, III. Também nessa acepção é que o CDC, em seu art. 81, parágrafo único e art. 87, disciplina a ação coletiva (MAZZILLI, 2002, p. 47).

Contudo, ao mesmo tempo em que utilizado esse conceito amplo, o Código de Defesa do Consumidor veio a introduzir um conceito mais restrito de interesses coletivos, daí a definição doutrinária de direitos coletivos *stricto sensu* à previsão do inciso II, do parágrafo único do art. 81 do CDC.

Nesse sentido, segundo a definição do mencionado dispositivo legal, são interesses ou direitos coletivos, “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Do mesmo modo que os direitos difusos, os direitos coletivos também são transindividuais e indivisíveis. Contudo, distinguem-se em relação àqueles no diz respeito à sua origem, uma vez que os primeiros sempre supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, ao passo que os segundos dizem respeito a grupo categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica de base (MAZZILLI, 2002, p. 48).

A despeito dos direitos coletivos serem indivisíveis assim como os difusos, parte da doutrina vai além, fazendo distinção quanto à possibilidade dessa indivisibilidade ser absoluta

ou relativa. Antonio Gidi, valendo-se das lições de Rodolfo Camargo Mancuso, que é quem propõe tal divisão, explica, em suas palavras, que

A indivisibilidade referente ao direito difuso é absoluta em função da própria indeterminação das pessoas que compõem a comunidade titular do direito. Já a indivisibilidade do direito coletivo é meramente relativa, pois os membros da coletividade titular do direito são perfeitamente identificáveis e individualmente beneficiados (1995, p. 28).

Não obstante essa diferenciação, normalmente tem se falado que ambas as categorias classificam-se como direitos transindividuais, vez que indivisíveis em essência, diferenciando-se no que diz respeito, aí sim, à relativa ou absoluta possibilidade de se determinar seus titulares. Vale dizer, nos difusos há indeterminação absoluta/total dos titulares, ao passo que nos coletivos há indeterminação relativa dos titulares. Nessa linha, é o ensinamento de Zavascki (2009, p. 36), para quem os direitos coletivos são direitos “transindividuais com determinação relativa dos titulares”.

Além disso, dispõe o art. 81, parágrafo único, II do CDC que a coletividade titular de um direito coletivo é composta de pessoas “ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”, diferentemente dos difusos, nos quais a comunidade titular do direito é composta de pessoas “ligadas por circunstâncias de fato”, conforme menciona o inciso I do indigitado artigo da lei.

Essa relação jurídica de base, caracterizadora dos direitos coletivos, pode ocorrer de duas formas: entre os membros de um grupo ou pela ligação com a parte contrária. Na primeira hipótese, tem-se um elemento subjetivo (*affectio societatis*) que une os membros do grupo entre si em busca de objetivos comuns, como no exemplo dos associados de determinada associação, dos acionistas de uma sociedade ou ainda dos advogados enquanto membros de uma classe. No segundo caso, o que existe é um vínculo jurídico que liga determinado grupo de pessoas à parte contrária, como no exemplo dos contribuintes de um mesmo tributo, dos estudantes de uma mesma escola ou dos contratantes de um determinado tipo de seguro (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 75).

Conforme ensinam Didier e Zaneti (2009, p. 75), “cabe ressaltar que a relação base necessita ser anterior à lesão (caráter da anterioridade)”. Nesse sentido exemplificam, fazendo a comparação de que “no caso da publicidade enganosa, a ligação com a parte contrária

também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu*”.

Nessa linha também assevera Hugo Nigro Mazzili

Embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesse coletivo (tomado em seu sentido estrito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une todo o grupo. Assim, por exemplo, tomemos um contrato de adesão, com uma cláusula ilegal. A ação civil pública que vise à anulação dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido está ligado por uma relação jurídica básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado (2002, p. 47-48).

Assim, conforme concluem Didier e Zaneti

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* mas não ocorre nos direitos difusos (2009, p. 75).

A despeito dessa diferenciação, os direitos coletivos também apresentam algumas das características mencionadas no item anterior quando se tratou dos difusos, quais sejam: insusceptibilidade de apropriação individual, de transmissão, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, de renúncia ou transação, e defesa em juízo em forma de substituição processual. Entretanto, a mutação dos titulares ativos coletivos da relação jurídica de direito material ocorre com relativa informalidade jurídica, bastando a adesão ou exclusão do sujeito à relação-base (ZAVASCKI, 2009, p. 36-37).

Por fim, nos termos do art. 103, II do CDC, no caso dos direitos coletivos a coisa julgada que advier da sentença possuirá eficácia “*ultra partes*”, ou seja, para “além das partes”, mas limitada ao grupo, categoria ou classe (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 75).

2.5 Interesses ou direitos individuais homogêneos

O legislador do Código de Defesa do Consumidor, além de definir os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, foi além, cuidando de direitos que denominou de individuais homogêneos.

Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, os direitos individuais homogêneos são, em seu aspecto subjetivo, individuais, uma vez que é possível a identificação de seus respectivos titulares e da relação destes com o objeto do direito. A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância do fato de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”. Ademais, são divisíveis, pois podem ser satisfeitos ou lesados de forma individualizada, possibilitando-se a satisfação ou lesão de um ou alguns sem que se afetem os demais (ZAVASCKI, 2009, p. 37).

Antonio Gidi assevera

Os direitos individuais homogêneos se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato ou de direito (1995, pag. 30).

Daí, diz-se que os direitos individuais homogêneos não são, em sua essência, direitos coletivos, mas sim direitos individuais, aos quais o CDC permite tutela coletiva, por razões de praticidade e economia processual. Conforme observa Antonio Gidi (1995, p. 30) essa categoria de direitos representa “uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa)”.

Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade, no geral, de se defender coletivamente direitos individuais estaria vedada, ressalvada a utilização: (a) do litisconsórcio ativo facultativo previsto no CPC (que permite que duas ou mais pessoas venham a propor, conjuntamente, demanda única, caso os direitos das mesmas “derivarem do mesmo fundamento de fato ou direito” ou tiverem afinidade “por um ponto comum de fato ou direito” – art. 46, II, IV, CPC), ou (b) do mandado de segurança coletivo previsto no art. 5º, LXIX da CF, que legitima como impetrantes determinados entes que podem tutelar, em nome próprio,

direito(s) de terceiro(s), em regime de substituição processual, portanto, constituindo também uma espécie de se conferir tratamento coletivo a direitos individuais.

No que diz respeito ao aspecto origem dos direitos individuais homogêneos, dispõe o CDC que possuem são eles “decorrentes origem comum”, o que, nas lições de Didier e Zaneti, significa dizer que se trata de

[...] direitos nascidos em conseqüência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais (2009, p. 76-77).

Cabe também destacar que, o fato desses direitos serem qualificados pela nota da homogeneidade não significa que esta seja uma característica individual e intrínseca daqueles, mas sim uma qualidade decorrente da própria relação de cada um deles (direitos individuais subjetivos) com os demais oriundos da mesma causa (origem comum). Nesse sentido, Teori Zavascki explica que

[...] a homogeneidade não altera nem compromete a essência do direito, sob o seu aspecto material, que, independentemente dela, continua sendo um direito subjetivo individual. A homogeneidade decorre de uma visão do conjunto desses direitos materiais, identificando pontos de afinidades e de semelhanças entre eles e conferindo-lhes um agregado formal próprio, que permite e recomenda a defesa conjunta de todos eles [...] homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade). (2009, p. 146)

Vale dizer que esse núcleo de homogeneidade deriva justamente da circunstância desses direitos emanarem de uma mesma causa (jurídica ou fática), ou seja, nos dizeres do legislador, pelo fato de serem “decorrentes de origem comum”. Por seu turno, a margem de heterogeneidade irá se relacionar com circunstâncias diversas, conforme as peculiaridades da lesão e do titular.

Nesse sentido disserta Antonio Gidi

Como a homogeneidade decorre tão-só e exclusivamente da origem comum dos direitos, estes não precisam ser iguais quantitativa e qualitativamente. Assim, da mesma forma que o *quantum* de cada prejuízo individual é algo peculiar e irrelevante para a caracterização da homogeneidade de tais direitos, esses prejuízos individualmente sofridos podem ser das mais variadas espécies (patrimoniais, morais, lucros cessantes, danos emergentes, etc.) sem comprometimento à referida homogeneidade. Afinal, o “homogêneo” aqui não se refere a identidade ou igualdade matemática entre os direitos, mas a um núcleo comum que permita um tratamento universal e globalizante para todos os casos (1995, p. 32).

É possível ainda classificá-los, conforme ensina Zavascki (2009, p. 47), como “direitos acidentalmente coletivos”. Nesse sentido dispõe também Vigliar, citando os ensinamentos de Barbosa Moreira

[...] se o interesse se qualificar como difuso, ou se qualificar como coletivo, ele será, então, essencialmente coletivo. Se individual homogêneo, ele será acidentalmente coletivo [...] a defesa dos interesses difusos e dos interesses coletivos somente se faz coletivamente, e a dos individuais homogêneos pode ser feita de forma coletiva, mas também na modalidade tradicional, ou seja, onde o próprio interessado tutelar a parcela do seu interesse, ainda que na hipótese outra tantos titulares detenham situações idênticas (2001, p. 68).

Como exemplo da materialização de tais direitos, pode-se citar a situação hipotética de alguns compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Esses compradores podem ser identificados e estão unidos apenas a partir da situação fática de terem realizado a compra de bens com os mesmos defeitos, o que facilita, inclusive, a identificação do prejuízo sofrido por cada um (MAZZILI, 2002, pag. 49).

Em decorrência de sua natureza eminentemente individual, tais direitos são, em regra, transmissíveis, seja por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, também podendo ser suscetíveis de renúncia ou transação, salvo exceções, como no caso dos direitos personalíssimos. Ademais, geralmente são defendidos em juízo pelo seu próprio titular, só podendo se falar em substituição processual no caso de expressa disposição legal que a autorize, nos termos do art. 6º do CPC. Por seu turno, a mutação do pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (ZAVASCKI, 2009, p. 37).

Determina ainda o CDC em seu art. 103, III, que eventual sentença de procedência a ser proferida nas ações em que se veiculem direitos individuais homogêneos terá eficácia *erga omnes*, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, genérica e abstratamente considerados. Sendo assim, conforme explicam Didier e Zaneti, o pedido nas ações coletivas que buscam tutelar direitos individuais homogêneos

[...] será sempre uma “tese jurídica geral” que beneficie, sem distinção, os substituídos. As peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente (2009, p. 77).

Nesse sentido, incumbe destacar que o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê para esse tipo de pretensão um mecanismo processual específico a conferir-lhe adequada tutela. Tal procedimento, que é regulado nos arts. 91 e seguintes do CDC sob a denominação de “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos”, não pode ser confundido com a ação civil pública disciplinada na Lei n. 7.347/85, vez que esta se destina a tutelar direitos transindividuais, dos quais, conforme ressaltado, não fazem parte os individuais homogêneos.

Contudo, as peculiaridades e diferenças desse procedimento especial previsto CDC como forma de se tutelar, coletivamente, direitos individuais, serão analisadas no último capítulo deste trabalho.

2.6 Situações jurídicas heterogêneas

A despeito do esforço teórico acima desenvolvido no intuito de classificar e distinguir as diversas espécies de direitos transindividuais, cabe destacar que nem sempre tais definições manifestam-se de modo claro e preciso diante das situações surgidas no plano fático.

Isso porque do mesmo fato lesivo podem nascer pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas, ou ainda em forma cumulada de ambas, dependendo das circunstâncias verificadas no caso concreto.

Teori Zavascki (2009, p. 38-40) denomina de “situações jurídicas heterogêneas” esses novos casos (não raros), em que uma mesma conduta viole direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Dessa forma, exemplifica

[...] entre os direitos básicos do consumidor, estabelecidos no art. 6º do seu Código de Defesa (Lei 8.078/90), está o de “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva” (inciso IV). Ora, enquanto não ocorrer, concretamente, um evento lesivo, ou seja, enquanto nenhuma propaganda enganosa for efetivamente veiculada, esse direito tem configuração típica de transindividualidade: é direito difuso, já que, considerado nesse estágio dos fatos é indivisível e sem titular determinado e pode, como tal, ser tutelado em juízo, notadamente por medidas de natureza preventiva, caso haja ameaça de lesão. Todavia, violado o preceito normativo com a veiculação da publicidade, o dano material correspondente se concretizará no patrimônio de pessoas determinadas, ensejando tutela reparatória em favor dos lesados, cujos direitos, divisíveis e individualizáveis, assumem aí configuração típica de direitos individuais homogêneos. Em outras palavras: na fase anterior à lesão (quando enseja tutela preventiva), o direito tem feição transindividual; já a tutela reparatória é em favor de direitos individuais homogêneos. Pode-se aventar, ainda, a hipótese de cumulação de ambas: persistindo a veiculação da propaganda enganosa, viabiliza-se (a) a busca de tutela jurisdicional para fazê-la cessar (= tutela em favor de pessoas indeterminadas, que ainda possam ser atingidas pelo ilícito) e, simultaneamente, (b) a tutela reparatória dos direitos individuais homogêneos das pessoas já vitimadas (2009, p. 38-39).

Nesse caso, da publicidade enganosa, além das diversas ações civis que podem dela decorrer, em tese também se vislumbra a possibilidade do ato sofrer sanção de natureza penal, visto que a conduta do anunciante vai tipificada como crime no art. 66³² do CDC.

Na mesma linha exemplifica³³ Antonio Gidi (1995, p 27-28), destacando a importância de sempre se aferir concretamente, caso a caso, a(s) espécie(s) de direitos(s) coletivo(s) que se está diante, evitando-se um desvinculado e excessivo apego aos padrões conceituais pré-existentes.

³² Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

³³ A hipótese proposta é a de uma escola ou de uma empresa de assistência médica que altera arbitrariamente e unilateralmente uma cláusula contratual qualquer ou aumenta ilegalmente a mensalidade em prejuízo de todos os alunos ou conveniados. Poder-se-ia dizer que o direito é divisível, porquanto cada aluno ou conveniado poderia pleitear em juízo individualmente o seu direito individual à manutenção da cláusula ou ao respeito ao aumento permitido em lei. Em casos que tais, alguns alunos ou conveniados que fossem a juízo poderiam ter seu pedido julgado procedente por alguns juizes; outros poderiam ver o seu pedido julgado improcedente por outros juizes; outros ainda poderiam nem sequer ir a juízo e aceitar tacitamente a alteração contratual ou o aumento ilegais. E esta afirmação não chega a ser de todo equivocada, pois, sem sombra de dúvidas, cada aluno ou conveniado tem legitimidade para propor ação individual, isoladamente ou em litisconsórcio, contra a empresa de assistência médica ou contra a escola. Acontece que também as entidades elencadas no art. 82 do CDC ou no art. 5º da LACP têm legitimidade para propor uma ação coletiva em tutela do direito coletiva e indivisivelmente considerado, para que uma só ação e decisão beneficiem indivisivelmente a todos os interessados, como membros de uma coletividade indivisível ou não. Nesse caso, o direito material invocado deve ser o direito coletivo de que é titular a coletividade composta pelos alunos ou conveniados, que mantém uma relação jurídica-base com a escola ou com a empresa de assistência médica (1995, p. 27-28).

Transcreve-se outro exemplo aventado por Zavascki, agora dentro do campo do direito ambiental

[...] o transporte irregular de produto tóxico constitui ameaça ao meio-ambiente, direito de natureza transindividual e difusa. Mas constitui, também, ameaça ao patrimônio individual e às próprias pessoas moradoras na linha de percurso do veículo transportador (= direitos individuais homogêneos). Eventual acidente com o veículo atingirá o ambiente natural (v.g., contaminando o ar ou a água), o que importa ofensa a direito difuso e, ao mesmo tempo, à propriedade ou à saúde das pessoas residentes na circunvizinhança, o que configura lesão coletiva a direitos individuais homogêneos (2009, p. 39).

Na mesma linha é o exemplo de Nelson Nery Jr., conforme transcrito por Rodolfo de Camargo Mancuso

Nesse sentido, Nelson Nery Junior dá um bom exemplo da possibilidade do interesse metaindividual, como gênero, poder enquadrar-se em uma u outra das suas espécies – difuso, coletivo, individual homogêneo – segundo a trilogia acolhida no art. 81 do CDC. A partir do conhecido acidente com o “Bateau Mouche”, ocorrido no Rio de Janeiro, observa o autor que daí se podem extrair diversos graus de interesse metaindividual: 1) difuso seria o interesse na “ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes”; 2) coletivo seria o interesse objeto de “ação movida por associação das empresas de turismo, a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação a dotá-la de mais segurança”; 3) individual (homogêneo): o interesse é divisível e seus titulares individualizáveis, mas o que os une é “a origem comum do pedido que pretendem fazer em Juízo. Em suma, a ação para a tutela desses interesses individuais homogêneos nada mais é do que a *class action* brasileira (art. 91 *et seq.* do CDC). Já, meramente individual seria o interesse em ação movida “por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu” (2004, p. 149).

Desse modo, e por conta da heterogeneidade dessas situações, torna-se de suma importância a correta individuação, pela parte que promove a demanda coletiva, do pedido e da causa de pedir, incluindo especificamente os fatos e o direito coletivo que afirma na ação (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 86).

Nesse sentido, as peculiaridades do caso concreto devem sempre ser subsumidas aos parâmetros e conceitos normativos pré-estabelecidos que se buscou analisar nesse capítulo. Cumpre, portanto, ao aplicador da lei fazer essa devida adequação, de forma a viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso.

Com as distinções e considerações feitas nesse tópico do estudo, torna-se possível aproximar-se da problemática a que se propõe o trabalho, que concerne na análise da possibilidade de atribuir legitimidade ao Ministério Público para que o mesmo defenda, por meio de ação coletiva, aqueles direitos individuais homogêneos que também foram objeto de estudo neste item.

Dessa forma, antes de se enfrentar a temática da defesa dos direitos individuais homogêneos pelo agente ministerial, cumpre analisar e definir o papel do Ministério Público brasileiro na atual Carta Constitucional, priorizando o exame da sua destacada atuação demandista no âmbito do processo civil coletivo.

3 DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro deixa de ser um mero apêndice do Poder Executivo para se transformar em instituição permanente, autônoma e independente.

O texto constitucional, reservando ao *parquet* capítulo especial, fora da estrutura dos três poderes da República, veio a consagrá-lo como defensor do regime democrático, das leis e da sociedade como um todo.

Dentre as diversas funções que lhe são confiadas pelo constituinte, destaca-se, para fins do presente estudo, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sobretudo a proeminente atuação da instituição nos domínios do processo civil coletivo.

Dessa forma, diante da destacada importância assumida pelo Ministério Público na tutela dos interesses transindividuais mencionados nos capítulos anteriores, neste tópico do estudo serão abordados aspectos concernentes à atuação e às funções desempenhas pela instituição no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito ao processo civil e à tutela dos interesses transindividuais.

3.1 Origens históricas

Relativamente à origem histórica do Ministério Público, grande parte da doutrina entende que o mesmo tenha surgido, enquanto instituição estruturalmente organizada, na França do século XIV. Nessa época, contudo, suas funções ficavam restritas à defesa dos interesses privados do monarca³⁴ (LEITE, 2001, p. 120-121).

³⁴ No mesmo sentido é o magistério de Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 229) ao afirmarem que “foi numa *ordonnance* francesa do início do século XIV que pela primeira vez se fez menção a ele, porém na qualidade de mero encarregado da defesa judicial dos interesses do soberano (*gens du roi*)”. Entretanto, é somente com o passar do tempo que a órgão ministerial passa a exercer funções de interesse público semelhantes as que atualmente lhe são atribuídas. Conforme preconiza Leite (2001, p. 121), justamente por estar incumbido da defesa do interesse público é que a instituição passa então a receber a denominação “Ministério Público”.

Não obstante existir certo consenso doutrinário quanto à origem francesa do *parquet*³⁵, alguns autores vão além, afirmando que as verdadeiras raízes históricas da instituição são encontradas no Egito há mais de quatro mil anos, na figura do *magiaí* (espécie de funcionário real com atribuições semelhantes às do Ministério Público moderno). Esses funcionários reais egípcios tinham como funções: ser a língua e os olhos do rei, reprimir os violentos, proteger os cidadãos de bem, tomar parte nas instruções para descobrir a verdade, dentre outras³⁶ (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 229).

A despeito desses referenciais históricos, cabe ressaltar, contudo, utilizando-se dos dizeres de Gregório de Assagra Almeida (2003, p. 506), que “o Ministério Público, como instituição portadora de garantias, somente veio a se consagrar, todavia, a partir da Revolução Francesa de 1789”³⁷.

Relativamente ao Ministério Público brasileiro, é possível afirmar que seu surgimento confunde-se com a do *parquet* português, notadamente por conta da colonização do Brasil por Portugal. Por essa razão, os primeiros traços do órgão ministerial brasileiro são encontrados nas Ordenações Afonsinas, de 1477, Manuelinas, de 1514 e Filipinas, de 1603³⁸. Apesar disso, é somente mais tarde que o Ministério Público passa a existir enquanto instituição estabelecida (LEITE, 2001, p. 123).

No período que se estende até o final do século XIX são encontradas apenas breves referências ao órgão ministerial, limitadas a rápidas menções feitas à tradicional figura do acusador na seara criminal³⁹ (LEITE, 2001, p.124).

³⁵ Carlos Henrique Bezerra Leite explica que “a expressão *parquet*, de origem francesa, significa literalmente ‘assoalho’ ou piso taqueado; na linguagem forense serve para designar o local onde o membro da Instituição atuava, de pé (‘magistratura de pé’), na sala de sessões dos tribunais, e não ao lado da ‘magistratura sentada’” (2001, p. 123).

³⁶ Nos dizeres de João Francisco Sauwen Filho “alguns textos encontrados em escavações arqueológicas, que datam de mais de 4.000 anos, atribuíam àquele funcionário real: ser a língua e os olhos do rei; castigar o rebelde; reprimir os violentos e proteger o cidadão pacífico; ser o marido da viúva e o pai do órfão; acolher o pedido do homem justo e verdadeiro, perseguindo os malvados e mentirosos” (SAUWEN FILHO apud LEITE, 2001, p. 120).

³⁷ Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli “A Revolução Francesa estruturou mais adequadamente o Ministério Público, enquanto instituição, ao conferir garantias a seus integrantes; foram, porém, os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade” (MAZZILLI apud ALMEIDA, 2003, p. 506).

³⁸ Nesse sentido, é em 7 de março de 1609, com a criação do Tribunal da Relação da Bahia, que surge, pela primeira vez no Brasil, a figura do promotor. Esse, na época, juntamente com o procurador dos feitos da Coroa e da Fazenda de Portugal, integrava o mencionado tribunal (LEITE, 2001, p. 124).

³⁹ A primeira Constituição brasileira, a Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, nada dispôs sobre o *parquet*, apenas prevendo, no capítulo reservado ao Senado, a figura do “Procurador da *Corôa*”, a quem competia à acusação criminal daqueles delitos cuja competência não fosse da Câmara dos Deputados. O Código de Processo Criminal de 1832, por seu turno, criando o cargo de Promotor Público, previa-lhe atribuições que se restringiam à esfera criminal (LEITE, 2001, p. 124). No ensinamento de Alexandre de Moraes (2007, p. 575) ainda é possível destacar que, já em 1843, com o Decreto n. 120 de janeiro daquele ano, regulamentou-se a forma de nomeação dos acusadores criminais, os quais seriam nomeados pelo Imperador do Município da Corte e pelos Presidentes Provinciais, por tempo indefinido, servindo enquanto fosse conveniente sua conversação no serviço, podendo, caso contrário, serem indistintamente demitidos pelas mesmas autoridades competentes para sua nomeação.

É somente em 1890, no período da Primeira República, que o Ministério Público surge como instituição necessária e autônoma. Isso por conta da edição dos Decretos n. 848 e 1.030 pelo então Ministro da Justiça Campos Salles, precursor da independência e organização do *parquet* no ordenamento jurídico brasileiro, já que a partir de então a instituição passou desenvolver e conquistar espaço em nosso sistema jurídico (MORAES, 2007, p. 575).

A primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, por seu turno, limitou-se a prever a figura do Procurador Geral da República, a ser indicado pelo Presidente da República, e cujas atribuições seriam definidas em lei (LEITE, 2001, p. 124).

Apenas com advento da Constituição de 1934 que o Ministério Público passa a receber maior atenção do constituinte. Nesse sentido, o texto constitucional de 1934, desvinculando *parquet* do Poder Judiciário, veio a discipliná-lo em capítulo reservado aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, dispondo assim, em linhas gerais, sobre sua estrutura e organização⁴⁰ (MORAES, 2007, p. 575).

Em contrapartida, a Constituição de 1937 diminuiu a previsão constitucional do Ministério Público, limitando-se a fazer poucas referências à instituição (MORAES, 2007, p. 576). Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite assevera que a Carta outorgada por Getúlio Vargas

[...] impôs um severo retrocesso à Instituição, já que não mais a tratou como órgão autônomo de cooperação e dedicou apenas poucas disposições esparsas sobre a chefia do Ministério Público Federal, exercida pelo Procurador Geral da República, mediante livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República (art. 99). Além disso, estabeleceu a competência do STF para processar os Ministros de Estado e o Procurador Geral da República (art. 101, I, a). (2001, pag. 125).

Com a Constituição de 1946, o Ministério Público recupera a extensão da sua regulamentação constitucional anterior, passando a receber, em Título próprio, tratamento autônomo⁴¹ em relação aos demais poderes. Aos seus membros é reconhecida a estabilidade,

⁴⁰ Segundo Alexandre de Moraes (2007, p. 575) o texto constitucional passou a prever “a existência de Ministérios Públicos na União, no Distrito Federal e Territórios, e nos Estados, a serem organizados por lei (art. 95). Além disso, o Chefe do Ministério Público, no âmbito federal (Procurador-Geral da República), passou a ser nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, sem a necessidade de fazer parte do Poder Judiciário, porém, com os mesmos vencimentos destes. A Carta Constitucional também previu a estabilidade e vedações aos membros do Ministério Público, e a necessidade de concurso público para o ingresso à carreira”.

⁴¹ Porém, tal autonomia não era absoluta, pois, conforme explica o autor, o *parquet* continuava dependente do Poder Executivo, visto que o chefe deste poderia exonerar discricionariamente o Procurador Geral da República (LEITE, pag. 125).

bem como a nomeação do Procurador Geral da República passa a depender de aprovação do Senado Federal (LEITE, 2001, p. 125).

Não obstante sua relativa autonomia, uma das atribuições constitucionais da instituição passa a ser a representação da União em juízo pelos Procuradores da República, e, nas comarcas do interior, pelo Ministério Público local (MORAES, 2007, p. 577).

A Constituição de 1967, por seu turno, alterando a posição adotada pelo texto predecessor, aloca o Ministério Público dentro do Poder Judiciário, entretanto, em nada inova acerca da sua regulamentação pelo texto constitucional anterior, sendo que a representação da União em juízo permanece como uma das atribuições do *parquet*⁴² (MORAES, 2007, p. 577).

Entretanto, mais tarde, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, o Ministério Público volta a figurar dentro do Poder Executivo.

Assim sintetiza Carlos Henrique Bezerra Leite

Em 17 de outubro de 1969, estando em recesso forçado o Congresso Nacional, três ministros das Forças Armadas outorgam, sob o rótulo de “Emenda Constitucional n.1”, uma nova Constituição brasileira que, em linhas gerais, manteve, no tocante ao Ministério Público, as atribuições previstas na Constituição antecedente. Todavia, houve uma alteração digna de nota na posição do MP na organização do Estado, pois ele deixa de integrar o Poder Judiciário e passa a fazer parte do Poder Executivo (EC 1/69, Título I, Capítulo VII, Seção VII). (2001, p. 125-126).

Somente com Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 que o Ministério Público alcança um desenvolvimento inédito em relação aos textos constitucionais anteriores. Nesse sentido, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 126) “com a nova Carta, deixa o MP brasileiro de ser um mero apêndice do Poder Executivo para se transformar em instituição permanente, autônoma e independente dos demais Poderes”.

Alexandre de Moraes anota que

⁴² Por conta dessa histórica vinculação do *parquet* com o Poder Executivo, é que hoje a Constituição de 1988 veda-lhe expressamente “a representação e a consultoria jurídica de entidades públicas” (art. 129, IX). Isso porque, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 229), esse encargo “destoava inteiramente dos objetivos da Instituição e contribuía para o enfraquecimento da independência dos membros desta”.

A constituição atual situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhe as funções (arts. 127/130), sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade (2007, p. 578).

Conforme também preleciona Hugo Nigro Mazzilli, três momentos marcam o extraordinário crescimento do Ministério Público brasileiro como instituição

O primeiro veio com a Lei Complementar federal n. 40/81, a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assim considerada porque definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público nacional, e dispôs sobre as suas principais atribuições, garantias e vedações. O segundo surgiu com o advento da Lei n. 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa (nesta com o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta) dos interesses e direitos difusos e coletivos. E, por fim, o terceiro momento, quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou suas funções e consagrou sua autonomia administrativa e funcional, promovendo, assim, seu maior crescimento (MAZZILLI apud ALMEIDA, 2003, p. 507).

Dessa forma, diante da importância que a Constituição de 1988 atribuiu ao Ministério Público, torna-se necessário um estudo mais detalhado acerca da sua organização e das funções que lhe são confiadas, tema a ser desenvolvido no próximo subitem.

3.2 Perfil constitucional, funções institucionais e organização

Conforme ensina Pontes de Miranda, o Ministério Público é “o órgão, ou conjunto de órgãos, pelo qual se exerce o interesse público em que a justiça funcione” (MIRANDA apud SALLES, 2003, p. 176).

No ordenamento jurídico brasileiro, o art. 127, caput⁴³ da Constituição Federal de 1988, que define o Ministério Público como sendo a “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado”, encontra-se no capítulo do texto constitucional destinado às “funções essenciais à Justiça”.

⁴³Art. 127, caput da Constituição Federal: 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.

Muito já se discutiu quanto à natureza institucional do Ministério Público. Conforme anota Alexandre de Moraes (2007, p. 578-579) o posicionamento constitucional do *parquet* “sempre provocou análise e perplexidade na doutrina, não só pelas constantes alterações no texto constitucional, mas também pela transformação evolutiva jurídico-social que sofreu a Instituição, culminando com o moderno texto de 1988”.

Nesse sentido, há quem defenda que a instituição estaria atrelada ao Poder Legislativo, vez que este elaboraria as leis, e ao Ministério Público competiria então fiscalizá-las. Também se sustenta que a instituição, dada sua acentuada atuação jurisdicional, faria parte do Poder Judiciário. É possível ainda citar uma terceira posição, que defende a ligação do Ministério Público com o Poder Executivo, visto que a atuação do *parquet* para promoção e execução das leis configuraria função de cunho eminentemente administrativo (ALMEIDA, 2003, p. 509).

Todavia, conforme explica Gregório Assagra de Almeida

Nenhuma dessas concepções encontra respaldo perante o Texto Constitucional de 1988, que, além de ampliar muito o campo de atribuição do Ministério Público, conferiu-lhe autonomia administrativa e funcional (art. 127, §2º, da CF): colocou-o em capítulo separado dos outros poderes, traçou os seus princípios institucionais (art. 127, §1º, da CF), bem como estabeleceu as garantias funcionais dos seus órgãos de execução para o exercício independente de seu mister (art. 127, §5º, I, *a, b e c*). (2003, p. 509).

No dizer de Hugo Nigro Mazzilli

Embora, sob o aspecto substancial, as funções do Ministério Público tenham natureza administrativa, a instituição recebeu *status* constitucional próprio, sem se ater à rígida divisão tripartite de Poderes, atribuída a Montesquieu. Na verdade, porém, pouca ou nenhuma importância teria colocar-se o Ministério Público dentro de qualquer poder do Estado, ou até utopicamente erigi-lo a um quarto Poder (2002, p. 247).

Dessa forma, prevalece o entendimento de que o *parquet* não estaria vinculado a nenhum dos outros poderes, constituindo-se verdadeiro órgão autônomo e independente⁴⁴.

⁴⁴ No dizer de Marcelo Pedro Goulart “não há mais dúvida de que o Ministério Público, enquanto instituição autônoma e independente, não integra o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário. Esse é o traço marcante que distingue o Ministério

Nesse sentido aduz Sepúlveda Pertence

A seção dedicada ao Ministério Público insere-se, na Constituição de 1988, ao final do título IV- Da organização dos Poderes, no seu Capítulo III – Das funções Essenciais à Justiça. A colocação tópica e o conteúdo normativo da seção revelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado [...] desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania (PERTENCE apud MORAES, 2007, p. 579).

Para Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 509-510), a melhor concepção que explica a natureza institucional do Ministério Público é aquela que o desloca da sociedade política (enquanto órgão repressivo do Estado), para a sociedade civil (enquanto legítimo e autêntico defensor da sociedade). Esse deslocamento se justificaria por três diferentes razões: (a) a primeira, social, originária da vocação do *parquet* para defesa da sociedade, assumida, gradativamente, no transcorrer de sua própria evolução histórica; (b) a segunda, política, surgida da vocação do Ministério Público para com a defesa da democracia e suas instituições; (c) a terceira, jurídica, concretizada com a Constituição de 1988, que, além de lhe conceder autogestão administrativa e funcional, conferiu-lhe várias atribuições para a defesa dos interesses primários da sociedade.

Segundo o autor “esse deslocamento do Ministério Público da sociedade política para a sociedade civil é muito mais funcional que administrativo” (Ibidem, p. 510). A esse respeito, dispõe Marcelo Pedroso Goulart que

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do “processo democrático”, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do “projeto democrático” (GOULART apud ALMEIDA, 2003, p 510).

Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 129-131), por seu turno, discorrendo sobre o tema, sustenta a função promocional assumida pelo Ministério Público face ao texto constitucional de 1988. Aduz que atualmente, sobretudo por conta do advento da Constituição de 1988, não se pode mais conceber o Estado nos moldes do liberalismo clássico proclamado na Revolução Francesa (limitado à simples mediação desinteressada das relações sociais - justiça retributiva), mas sim sob o enfoque do denominado *Welfare State* (Estado de bem-estar social), intervindo, de forma incisiva, em busca dos objetivos fundamentais de justiça social (justiça distributiva). Entende o autor que a Constituição de 1988 encerra a consolidação desse intervencionismo estatal proclamado pelo *Welfare State*, na medida em que proclama, no art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade material (traduzida no aforismo “tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade”) e também estabelece, no art. 3º, III e IV, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos sem quaisquer preconceitos enquanto objetivos fundamentais da República⁴⁵.

Portanto, para Leite, é sob essa perspectiva que deve ser compreendido o atual papel desempenhado pelo Ministério Público brasileiro, cabendo-lhe promover, tanto judicial quanto extrajudicialmente, tais valores e direitos situados no vértice do ordenamento jurídico, propiciando, assim, que se alcance o ideal da justiça distributiva.

Destarte, nos dizeres de Gustavo Tepedino

O Ministério Público adquire assim uma função promocional, coerente com o papel definido para o Estado nos princípios gerais da Constituição e especificado no art. 129 do texto maior [...] deixar de atuar simplesmente nos momentos patológicos, em que ocorre a lesão a interesse público, sendo convocado a intervir de modo permanente, promovendo o projeto constitucional e a efetividade dos valores consagrados pelo ordenamento (TEPEDINO apud LEITE, 2001, p. 131).

Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 229) “o Ministério Público é, portanto, configurado no Brasil como instituição autônoma, que não integra o Poder Judiciário, embora desenvolva as suas funções institucionais, primordialmente, no processo e perante os juízos e tribunais”.

⁴⁵ Nos dizeres do autor “essa nova função promocional do Ministério Público brasileiro está consagrada explicitamente no verbo ‘promover’, empregado pelo constituinte nos quatro primeiros incisos do art. 129 da CF, entre eles o que lhe comete ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’ (inciso III)”. (2003, p. 131).

Entretanto, cabe ressaltar que ao lado dessa função desempenhada pelo *parquet* enquanto agente processual perante o Poder Judiciário, merece também destaque sua atuação, tanto preventiva quanto resolutiva, exercida no plano extrajudicial, por intermédio de instrumentos que lhe estão à disposição, seja em atividade cautelar com a finalidade de preparar a propositura de ações de sua iniciativa, seja também para compor interesses e possibilitar o efetivo acesso à jurisdição⁴⁶ (ALMEIDA, 2003, p. 510-511). Nesse sentido, dispõe Hugo Nigro Mazzilli (1988, p. 11) que atualmente o Ministério Público desempenha “inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na condução do inquérito civil, na aprovação de acordos extrajudiciais e de compromissos de ajustamento, no atendimento ao público⁴⁷, nas tarefas de *ombudsman*⁴⁸ ou no controle externo da atividade policial”.

Daí é possível afirmar a existência de dois modelos de Ministério Público: o demandista (quando atua, mediante processo judicial, perante os juízos e tribunais) e o resolutivo (quando exerce suas funções extrajudicialmente⁴⁹). (ALMEIDA, 2003, p. 510-511).

Dessa forma, preleciona Marcelo Goulart, enfocando o modelo resolutivo da instituição, que hoje o Ministério Público deve

⁴⁶ Essa função extrajudicial ganha relevância, segundo Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 59-60), visto que “não raro os conflitos são solucionados informalmente, quer por entendimento direto entre os interessados, quer com a mediação de terceiros, que exerçam algum tipo de liderança sobre as partes em conflito”

⁴⁷ Conforme assevera o ilustre Procurador de Justiça (1998, p. 56) “entre as principais funções dos membros do Ministério Público, está o atendimento aos necessitados: diariamente, em milhares de comarcas do País, há um promotor de Justiça que atende a quem o procura, em decorrência de conflitos sócio-jurídicos. São questões criminais, de família, de menores, de assistência judiciária. Ora é necessário tomar uma providência administrativa, ora propor uma providência jurisdicional; não raro, quer-se apenas uma orientação. Nessa tarefa, assume especial relevo a defesa das vítimas, do consumidor, do meio ambiente, do reclamante trabalhista, do menor, do acidentado, das pessoas portadoras de deficiência, do hipossuficiente em geral”.

⁴⁸ Essa denominação é adotada em alguns ordenamentos jurídicos para designar-se uma espécie de órgão investigatório autônomo, incumbido de supervisionar e fiscalizar entes e autoridades estatais. Embora não previsto expressamente a criação de tal órgão pela Constituição Federal de 1988, Hugo Nigro Mazzilli assevera que o Ministério Público brasileiro, por conta das amplas atribuições que lhe são confiadas pelo texto constitucional, não deixa de abarcar as funções correspondentes ao *ombudsman* existente em alguns sistemas estrangeiros. Assim, o ilustre autor sustenta que o Ministério Público brasileiro, na medida em que desempenha funções constitucionais de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, assume uma verdadeira função de *ombudsman* da sociedade (MAZZILLI, 1998, p. 100-106).

⁴⁹ Nos dizeres de Almeida “O papel do Ministério Público resolutivo na defesa dos interesses sociais deve ser exercido de forma efetiva em todas as suas esferas de atuação. Na área criminal, é imprescindível a sua inserção no seio social, para que se inteire das verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas públicas de atuação dos órgãos públicos, além de atuar diretamente na investigação das condutas criminosas que mais abalam a sociedade; combaterá, assim, o crime organizado de forma mais efetiva possível. No campo dos direitos ou interesses difusos, o Ministério Público deverá atuar de forma preventiva, para evitar a violação desses direitos sociais, instaurando os procedimentos necessários para esse fim, e de forma repressiva, com a realização de termos de ajustamento de conduta, visando a reparação dos danos causados no seio social” (2003, p. 511). Nessa linha, Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 61-62) sustenta que esse tipo de atuação do *parquet* deve ser entendida dentro das próprias finalidades atribuídas pelo texto constitucional à instituição.

[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global –, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da “sociedade civil planetária”; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação). (GOULART apud ALMEIDA, 2003, p. 512).

Diante da acentuada independência assumida pelo *parquet* no sistema jurídico pátrio, parte da doutrina chega a afirmar que o Ministério Público seria um quarto Poder da República. Conforme o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli, “teoricamente, nada impediria estar o Ministério Público dentro de qualquer dos ramos do Poder ou ser erigido, por opção legislativa, a um quarto Poder” (MAZZILLI apud LEITE, 2001, p. 127).

Ainda nas palavras de Mazzilli

A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público, quase erigindo-o a um quarto Poder: desvinculou a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário (Tít. IV, Cap. IV, Seção I); fê-lo instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático (art. 127). (MAZZILLI apud LEITE, 2001, p. 127).

Face às disposições constitucionais reservadas ao *parquet*, sobretudo do dispõe o art. 127 da CF, que coloca como incumbências da instituição “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 228) concluem que “o Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade”.

Dessa forma, prelecionam os autores que

Esses valores recebem atenção dos membros do *parquet*, seja quando estes se encarregam da persecução penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva do Estado e postulando a repressão ao crime (pois este é um atentado aos valores fundamentais da sociedade), seja quando no juízo civil os curadores se ocupam da defesa de certas instituições (registros públicos, fundações, família), de certos bens e valores fundamentais (meio-ambiente, valores artísticos, estéticos, históricos, paisagísticos), ou de certas pessoas (consumidores, ausentes, incapazes, trabalhadores acidentados no trabalho). (2008, p. 228).

Isso porque o Estado contemporâneo deve ser concebido sob o prisma social mencionado alhures, tendo como encargo garantir a todos a preservação da condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna. Dessa forma, o Ministério Público coloca-se como um dos organismos de que dispõe o Estado para realização da justiça social, como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela dos interesses da coletividade⁵⁰ (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 229-230).

Nessa linha, o art. 129⁵¹ do texto constitucional enumera algumas das funções institucionais atribuídas ao Ministério Público brasileiro, de forma a possibilitar que o mesmo alcance seus objetivos primordiais.

Alexandre de Moraes preleciona que

⁵⁰ Na mesma linha é o magistério de Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 6-8). Para o autor “se de um lado, em virtude de sua soberania, o Estado avoca para si a tarefa de fazer a lei e aplicá-la, e, conseqüentemente, assim monopoliza a jurisdição, de outro lado temos que, de parte do jurisdicionado, é imperioso lhe sejam asseguradas a garantia de acesso à proteção jurídica por meio dos tribunais independentes e a garantia de exequibilidade das sentenças”, logo, “cabe apontar que, entre os valores fundamentais da democracia, está o acesso à Justiça, que deve estar efetivamente ao alcance de todos, pobres e ricos, fracos e poderosos”. Todavia, o ilustre membro do Ministério Público aponta que “a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais”. Dessa forma, conclui que “para preservar aqueles valores democráticos [...], bem como para assegurar um adequado equilíbrio tanto na fase pré-processual, como dentro da própria relação processual, é que surge o papel do Ministério Público, instituição estatal dotada de autonomia e independência funcional”, assumindo tanto a “iniciativa de algumas ações, como a intervenção noutras tantas delas”.

⁵¹ Art. 129 da Constituição Federal - São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A Constituição Federal de 1988 ampliou de sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública (2007, p. 584).

Cabe destacar que o rol previsto no indigitado artigo é meramente exemplificativo, uma vez que, conforme lembra Moraes (2007, p. 585), pode o Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional”.

Na mesma linha do que dispõe a norma constitucional, o art. 25⁵² da Lei n. 8.625 de 1998 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) também estabelece outras funções ministeriais de importante relevância.

Relativamente à sua organização, o art. 128, *caput*⁵³ da Constituição dispõe que a instituição abrange: o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados. O primeiro é integrado pelo Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Trabalho

⁵² Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

- I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual;
- II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios;
- III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
 - a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
 - b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;
- V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;
- VI - exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;
- VII - deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação;
- VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;
- IX - interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça;

⁵³ Art. 128, *caput* da Constituição Federal: O Ministério Público abrange:

- I - o Ministério Público da União, que compreende:
 - a) o Ministério Público Federal;
 - b) o Ministério Público do Trabalho;
 - c) o Ministério Público Militar;
 - d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
- II - os Ministérios Públicos dos Estados.

(MPT), Ministério Público Militar (MPM) e pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT)⁵⁴.

A existência de tal subdivisão se justifica pela forma federativa adotada pelo Estado brasileiro e pela distribuição das atribuições em decorrência da matéria e da pessoa (DONIZETTI, 2008, p. 96).

Vale dizer que o Ministério Público brasileiro se organiza conforme a distribuição de competência jurisdicional entre as diversas espécies de jurisdição previstas na Constituição Federal (Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar, Justiças Estaduais), de forma a melhor prestar sua atuação na forma demandista⁵⁵.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2007, p. 581), referindo-se aos diversos ramos do *parquet*, menciona inexistir “hierarquia entre eles, mas tão-somente distribuição constitucional de atribuições”.

Nos ensinamentos de Elpidio Donizetti

Na verdade, no que se refere à atuação do Ministério Público no processo, a atribuição do órgão é definida pela competência do órgão jurisdicional. Se a causa se encontra na Justiça estadual, a atribuição é do Ministério Público do Estado; se, posteriormente, a competência se desloca para a Justiça Federal, a atribuição passa a ser do Ministério Público Federal; finalmente, deslocando-se a competência para a Justiça do Trabalho, a atribuição será do Ministério Público do Trabalho. O que importa é que, em se caracterizando as hipóteses legais de intervenção do Ministério Público, esse funcionará no feito por meio de seus agentes (2008, p. 96).

O art. 128, §5º⁵⁶ do texto constitucional, por seu turno, prevê a criação de leis complementares da União e dos Estados, de iniciativa dos respectivos Procuradores-Gerais, as quais devem estabelecer a “organização, as atribuições e o estatuto” do Ministério Público da

⁵⁴A despeito de não constar expressamente na organização vazada na redação do art. 128 da CF, o texto constitucional, na alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 45/04, criou o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, CF). Trata-se de órgão colegiado de composição mista, com competência para zelar pela autonomia da instituição e pela regularidade do exercício de suas funções, possuindo para tanto poder disciplinar. Contudo, cabe ressaltar que não se trata de órgão de atuação no processo ou de órgão de execução, mas de órgão puramente censório e administrativo (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 237).

⁵⁵Na verdade, tecnicamente não há como se falar em diversas “justiças” ou “jurisdições”, uma vez que a jurisdição, enquanto poder estatal soberano, é a função exclusiva do Poder Judiciário de declarar e realizar o direito, sendo informada pelo princípio da unidade, pois não comportando fracionamentos. O que existe é a distribuição funcional da jurisdição em diversos órgãos - fato que tem caráter meramente organizacional - com vistas à melhor atuação da própria função jurisdicional (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 193-195).

⁵⁶Art. 128, §5º da Constituição Federal: Leis Complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros.

União e do Ministério Público dos estados, segundo os princípios, garantias e regras fixadas a nível constitucional.

Dessa forma, em âmbito infraconstitucional, a Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993, é a Lei Orgânica do Ministério Público da União, dispondo especificamente sobre sua organização. Já os Ministérios Públicos estaduais organizam-se mediante legislação própria, a qual deve respeitar às diretrizes gerais estabelecidas pela a Lei Federal n. 8.625, de 12.02.1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados)⁵⁷.

A Constituição Federal⁵⁸, de forma também a possibilitar que o Ministério Público melhor desempenhe seu elevado *mister*, prevê como seus princípios institucionais: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional⁵⁹.

Segundo Alexandre de Moraes (2007, p. 581), “a unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-Geral”.

Nos dizeres de Elpídio Donizetti (2008, p. 96), “pelo princípio da unidade entende-se que todos os seus membros fazem parte de um só órgão, embora subdividido em Ministério Público Federal, do Trabalho, do Distrito Federal e dos Estados”, por conta das razões acima mencionadas.

Por seu turno, pelo princípio da indivisibilidade, verdadeiro corolário do princípio da unidade, entende-se que os membros do *parquet* não ficariam vinculados aos processos em que atuam, podendo ser substituídos entre si de acordo com o disposto em lei (MORAES, 2007, p. 582).

Cintra, Grinover e Dinamarco comentam

Ser *una* e indivisível a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física de um promotor ou curador). (2008, p. 231).

⁵⁷No Rio Grande do Sul, é a Lei estadual n. 7.669, de 17.06.1982, com as diversas alterações posteriores que lhe foram feitas, que organiza o *parquet* gaúcho.

⁵⁸Art. 127, §1º da Constituição Federal: São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

⁵⁹Alexandre de Moraes (2007, p. 582-583) ainda enumera um quarto princípio afeto ao *parquet*: o princípio do promotor natural, que “proíbe designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criariam a figura do promotor de exceção, em incompatibilidade com a Constituição Federal, que determina que somente o promotor natural é que deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com seu entendimento pelo zelo do interesse público, garantia esta destinada a proteger, principalmente, a imparcialidade do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que verá a Instituição atuando técnica e juridicamente”.

É possível também se afirmar que o Ministério Público é independente no exercício de suas funções, vez que deve agir conforme sua própria consciência, não ficando sujeito a determinações de outros Poderes, devendo obediência apenas à Constituição e às leis. Da mesma forma, não há que se falar em hierarquia funcional dentro da instituição, só se concebendo uma hierarquia em sentido meramente administrativo, pela chefia do Procurador-Geral (MORAES, 2007, p. 582).

Nos dizeres de Cintra, Grinover e Dinamarco

Em virtude do princípio da independência, o órgão do Ministério Público (em qualquer instância) não está ligado aos interesses do Estado *pro domo sua*: assim, por exemplo, é absolutamente livre para opinar como lhe parecer de justiça nos mandados de segurança e nas ações patrimoniais em que o Estado for parte (2008, pag. 231).

A independência do órgão ministerial também se identifica com a competência que lhe é atribuída para propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, e também para elaboração de sua própria proposta orçamentária – art. 127. §§ 2º e 3º⁶⁰ da Constituição.

Feitas essas considerações sobre a posição constitucional do Ministério Público, contudo sem esgotar a matéria que é por demais extensa, e considerando objeto do presente estudo, estudar-se-á, no tópico seguinte a atuação específica do *parquet* nos domínios do processo civil brasileiro.

⁶⁰Art. 127, § 2º - Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no Art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento
Art. 127, § 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias

3.3 Atuação no processo civil

Considerando-se a grande gama de funções que a Constituição e as leis atribuem ao Ministério Público, o ofício do *parquet* acaba tornando-se bem diversificado, englobando funções tanto na esfera penal quanto na seara cível.

No campo criminal, por exemplo, o Ministério Público desponta como titular privativo da ação penal pública (art. 129, I, CF), promovendo em juízo a apuração dos delitos e a responsabilização de seus autores. Cabe-lhe ainda o exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF), também detendo papel decisivo nas transações referentes às infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 76 e 89, Lei n. 9.099/95).

Todavia, sua atuação não se restringe apenas à esfera penal. Nos dizeres de Mazzilli (1998, p. 14), “no cível, o papel do Ministério Público é tão relevante quanto na esfera criminal, e ultimamente suas funções vêm crescendo significativamente naquela área”, seja na sua forma resolutiva/preventiva (para pacificação social e composição extrajudicial dos conflitos) ou demandista (geralmente na fase posterior à violação da lei, perante o Poder Judiciário).

Nos dizeres de Milton Sanseverino

[...] assim como outrora se dizia que o processo penal era por excelência o reino do *parquet*, hoje é imperativo reconhecer que o processo civil, onde presente o interesse público açambarcou porção significativa desse reino, assumindo proporções nunca antes imaginadas e que só tendem a crescer, beneficiando, em última análise, todo o corpo social (2003, p. 179).

Em doutrina, costuma-se sistematizar em três as causas que trazem o Ministério Público ao processo: (a) a existência de interesse indisponível ligado a uma pessoa (ex.: incapaz, acidentado, grupos indígenas); (b) a existência de interesse indisponível ligado, de forma absoluta ou relativa⁶¹, a uma relação jurídica (ex.: ação de nulidade de casamento); (c)

⁶¹ Conforme anota Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 72) “pode ser total ou apenas parcial a indisponibilidade do interesse cujo zelo justifique a intervenção do Ministério Público. A indisponibilidade absoluta quer significar a impossibilidade de que o direito seja objeto de abdicção total ou parcial, ou de transação. Entretanto, há interesses relativamente indisponíveis, que em parte permitem transações, devendo a instituição fiscalizar essa indisponibilidade parcial (guarda de filhos, alimentos, investigação de paternidade, etc). Havendo, pois, indisponibilidade total ou parcial do interesse em litígio, em regra intervirá o Ministério Público no seu zelo”.

a existência de interesse global da coletividade, mesmo que não seja propriamente indisponível (ex.: defesa dos interesses difusos ou coletivos, ações ambientais ou na defesa de grande parcela dos consumidores). (MAZZILLI, 2002, p. 72-73).

Nesse último caso, cabe destacar que a indisponibilidade não encerra as hipóteses de intervenção ministerial, pois, mesmo que o interesse não seja indisponível, poderá haver a intervenção do Ministério Público diante da abrangência ou repercussão social do interesse, que aproveite, em maior ou menor grau, toda a coletividade.

Em processo civil, o órgão ministerial comparece em juízo ora como parte autora (provocando a jurisdição) ora como órgão interveniente (intervindo quando da prestação jurisdicional). Conforme ensina Mazzilli (1998, p. 29) “tanto numa das hipóteses como noutra, em todas suas atividades o Ministério Público sempre atua na defesa do interesse público primário”.

Nesse sentido, a ligação entre a instituição e o interesse público, conforme ensina Milton Sanseverino, valendo-se dos ensinamentos de Chiovenda e Pontes de Miranda, é o que justifica etimologicamente sua própria denominação

A simbiose entre Ministério Público e o interesse público é tão, tão estreita e tão intensa, que deste último deriva, em derradeira análise, o próprio nome atribuído à instituição, que, em essência, outra coisa não é senão o ofício (público) previsto nas leis com o objetivo específico de exercer ou pôr em atividade (promover ou defender) tal espécie de interesse, rotineiramente previsto no âmbito da jurisdição civil (2003, p. 176).

A despeito da clássica classificação acima mencionada quanto à atuação do *parquet* no processo civil (autor ou interveniente), Hugo Nigro Mazzilli, observa que

[...] essa distinção não satisfaz, primeiro porque não enfrenta em profundidade todos os aspectos da atuação ministerial; em segundo lugar porque, nem por ser parte, isso significa que o Ministério Público não esteja a zelar pelo correto cumprimento da lei; em último lugar, porque, nem por ser fiscal da lei, deixa o membro do Ministério Público de ser titular de ônus e faculdades processuais, e portanto, ser considerado parte para todos os fins processuais (2002, p. 68).

Dessa forma, o ilustre Procurador de Justiça ensina que o Ministério Público poderá manifestar sua atuação dentro do processo civil das seguintes formas: (a) como autor, por legitimação ordinária; (b) como autor, por substituição processual; (c) como interveniente em razão da natureza da lide; (d) como interveniente em razão da qualidade da parte.

Importante, assim, distinguir pormenorizadamente cada dessas formas de atuação do órgão ministerial no processo civil brasileiro.

3.3.1 O Ministério Público enquanto parte

Consoante se depreende da redação do art. 81⁶² do CPC, a atuação ministerial como parte ocorrerá quando o mesmo exercer o direito de ação nos casos previstos em lei, ou seja, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 246), quando proceder “como aquele que pede a prestação da tutela jurisdicional”.

Vale dizer, o Ministério Público comparecerá em juízo como autor nas hipóteses em que, rompendo com a inércia da jurisdição, provocar a prestação da tutela jurisdicional⁶³.

Essa atuação pode ocorrer tanto por legitimação ordinária como por legitimação extraordinária (também denominada substituição processual).

Necessário, pois, distinguir ambas as hipóteses, passando por uma análise da questão da legitimidade *ad causam* e da técnica de substituição processual.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil Brasileiro, adotando a teoria eclética da ação, de Enrico Tullio Liebman, coloca a legitimidade para causa (ou legitimidade *ad causam*) como condição para o exercício do direito de ação⁶⁴, dispondo o art. 6^o⁶⁵ do CPC que

⁶² Art. 81 do CPC- 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.

⁶³ Segundo explica Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 10) “O Estado-administração tem diversos interesses que precisam ser submetidos ao Estado-juiz, em nome do bem geral da coletividade (como o *ius puniendi* ou o zelo pelo patrimônio público). Assim, quando o Estado entende que não é próprio deixar a iniciativa do zelo desses interesses nas mãos dos particulares, ou entende que não é o bastante deixar a iniciativa nas mãos destes, comete sua defesa em juízo ao Ministério Público, tanto na área penal como civil, ora de forma privativa (como no primeiro caso), ora de forma concorrente e disjuntiva (na última hipótese)”. Assim, complementa o autor que, no processo civil, “a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público visam a preservar o princípio dispositivo, viabilizando a presença do juiz equidistante, livre do ônus da iniciativa”.

⁶⁴ Art. 267 do CPC- Extingue-se o processo, sem resolução de mérito

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

⁶⁵ Art. 6^o do CPC - Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

cabe ao próprio titular do direito pleiteá-lo em juízo, somente admitindo-se que outro o faça quando expressamente autorizado por lei (ARENHART e MARINONI, 2001, p. 47).

Nesse sentido, Mazzilli ensina que

A clássica maneira de defender interesses em juízo dá-se por meio da chamada legitimação ordinária, ou seja, é o próprio lesado que defende seu interesse. Se o Estado é o lesado, seus agentes provocam a jurisdição (como na ação penal, pública, na qual o Estado, por meio do Ministério Público, age privativamente contra o autor do ilícito penal); se o indivíduo é lesado, ele próprio busca a defesa de seu interesse em juízo (como numa ação civil de perdas e danos). (2002, p. 53).

Na mesma linha, explicam Cintra, Grinover e Dinamarco

Assim, em princípio, é titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva). (2008, p. 278).

Dessa forma, quando aquele que invoca ser o próprio titular do direito lesado é quem pede sua proteção em juízo, tem-se o caso de legitimidade ordinária.

Todavia, o próprio Código de Processo Civil, ao mencionar a regra também permite exceção. Arenhart e Marinoni (2001, p. 47) destacam que “algumas hipóteses excepcionam essa idéia de legitimidade para a causa, pois existem determinadas regras que permitem que alguém postule em juízo em nome próprio e na defesa de direito alheio”.

Nesse sentido, segundo Elpídio Donizetti a legitimidade para a causa

Em princípio, decorre da pertinência subjetiva com o direito material controvertido. Diz-se “em princípio” porque o Código, em casos excepcionais, autoriza pessoa estranha à relação jurídica pleitear, em nome próprio, direito alheio (2008, p. 25).

Na mesma linha, Cintra, Grinover e Dinamarco esclarecem

Os casos excepcionais, previstos na parte final do art. 6º do Código de Processo Civil, caracterizam a chamada legitimação extraordinária, ou substituição processual. Há certas situações em que o direito permite a uma pessoa o ingresso em juízo, em nome próprio, e, portanto, não como mero representante, pois este age em nome do representado, na defesa de direito alheio (2008, p. 278).

Vale dizer, a legitimação é extraordinária justamente por tratar-se de medida excepcional, que depende de expressa autorização legal.

Importa ressaltar que tal instituto não deve ser confundido com o da representação processual. Segundo ensinamento de Mazzilli (2002, p. 54), na representação processual, “alguém, em nome alheio, defende interesse alheio (como é o caso do procurador ou mandatário); já na substituição processual, alguém, que não é procurador ou mandatário, comparece em nome próprio e requer em juízo a defesa de um direito que admite ser alheio”.

Nos casos legais em que admitida a legitimação extraordinária, surge, conforme ensina Elpídio Donizetti (2008, p. 97), a idéia de parte num sentido “meramente processual”. Em contrapartida, no caso da parte processual também ser o titular do direito material que se busca tutelar em juízo, tem-se o que o mencionado autor denomina de “parte em sentido material”.

Referindo-se à atuação do Ministério Público enquanto parte, continua o autor

Assim, quando o Ministério Público age na qualidade de Estado (como órgão estatal, compõe o próprio Estado), por exemplo, exercendo a titularidade da ação penal, ou, no processo civil, propondo ação de anulação de casamento (CC, art. 1.549), ou fazendo requerimento por meio de procedimento de jurisdição voluntária, sua atuação se dá como parte material. Quanto pleiteia em nome próprio direito alheio, seja de pessoas ou da coletividade, como, por exemplo, na ação civil pública, na ação civil *ex delicto*, diz-se que é parte apenas no sentido processual (substituto processual). De qualquer forma, nas duas hipóteses sua atuação é como parte (2008, p. 97).

Seja atuando como parte ordinariamente legitimada, ou como parte extraordinariamente legitimada, o Ministério Público possuirá os mesmos poderes e prerrogativas conferidas às partes comuns⁶⁶. Contudo, ao *parquet* aplica-se o prazo especial

⁶⁶ Art. 81 do CPC- 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.

previsto no art. 188 do CPC⁶⁷, lembrando, também, que ele não fica sujeito ao adiantamento das despesas processuais⁶⁸, nem à condenação nestas⁶⁹. Detém, além disso, a prerrogativa de ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo⁷⁰. Além do mais, pode o órgão do Ministério Público ser civilmente responsabilizado caso proceda com dolo ou fraude⁷¹.

Conclui-se, assim, que a atuação do *parquet* enquanto parte no processo civil poderá ocorrer das duas formas: (a) seja como legitimado ordinário, titular do direito de ação (a exemplo da ação penal pública⁷², da ação de nulidade de casamento⁷³ e da ação direta de inconstitucionalidade⁷⁴); (b) seja enquanto legitimado extraordinário/substituto processual, defendendo, em nome próprio, direito alheio (como no caso na ação civil pública⁷⁵ e na ação de investigação de paternidade na defesa do incapaz⁷⁶).

Destaca Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 247) que “o grande campo de atuação do Ministério Público como parte no direito processual civil, contudo, reside naquilo que se chamou de direito processual coletivo”. É o caso, notadamente, das ações civis públicas e das ações coletivas.

Cabe mencionar, todavia, que tal hipótese de legitimação extraordinária conferida ao *parquet* na tutela dos direitos coletivos será examinada com mais vagar em capítulo próprio do presente estudo.

⁶⁷ Art. 188 - Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

⁶⁸ Art. 19, § 2º do CPC - Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

⁶⁹ Art. 27 do CPC - As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.

⁷⁰ Art. 236, §2º do CPC - A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente.

⁷¹ Art. 85 do CPC - O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.

⁷² Art. 129, CF - São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

⁷³ Art. 1.549 do CC - A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

⁷⁴ Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição

⁷⁵ Art. 5º da Lei n. 7.347/85 - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público.

⁷⁶ Art. 2º, §4º da Lei n. 8.560/92 - Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

3.3.2 O Ministério Público enquanto fiscal da lei

No Código de Processo Civil, a atuação do órgão ministerial como interveniente está expressamente prevista no art. 82⁷⁷.

Trata-se do exercício, pelo Ministério Público, da função de fiscal da lei, também denominada de *custos legis*. Nesses casos, a intervenção do *parquet*, nos dizeres de Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 248) ocorre de “forma imparcial”, ou seja, “para exercer uma atuação processual que transcende o interesse subjetivado, próprio, de cada uma das partes que estão na relação processual perante o Estado-juiz”.

Conforme aduz Elpídio Donizetti (2008, p. 98) nesses casos “o primeiro aspecto a ser tutelado é a ordem jurídica, até porque, preservada esta, na demanda, preservado estará o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Discorrendo sobre o mencionado dispositivo legal contido no CPC, Mazzilli ensina que os casos que ensejam a atuação interventiva podem ocorrer em duas hipóteses

A primeira, nos processos em que, diante da qualidade de uma parte, deva zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou suprir alguma forma de inferioridade (p.ex., intervém pela qualidade da parte quando se verifica no processo a presença de incapaz, índio, fundação, massa falida, acidentado do trabalho). A segunda hipótese ocorre, enfim, como órgão interveniente, quando, pela natureza da lide possa existir um interesse público a zelar (p. ex., em mandado de segurança, ações que envolvam questões de família, de disposições de última vontade, de estado etc.). (1998, p. 15).

Ocorrendo a intervenção ministerial pela natureza da lide, o *parquet* atua de duas formas: (a) zelando por um interesse indisponível ligado à própria relação jurídica, a exemplo das hipóteses previstas no inciso II do art.82; ou (b) cuidando de interesse que, mesmo sem ser indisponível, alcance um grupo considerável de pessoas, como no caso dos interesses

⁷⁷ Art. 82 - Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte

transindividuais⁷⁸ e também nos litígios coletivos pela posse da terra rural (MAZZILI, 2002, p. 77).

Quanto à intervenção decorrente da qualidade da parte, adverte Elpídio Donizetti (2008, p. 99) que “não é a simples presença de entidade de direito público que justifica a intervenção, cabendo ao juiz, em cada caso, examinar a existência de interesse, levando-se em conta, além da qualidade da parte, a repercussão da demanda”.

Nesse sentido, não cabe ao *parquet* velar pelos interesses das pessoas jurídicas de direito público, suprindo eventuais omissões dos procuradores de tais entidades, seja pela proibição contida no art. 129, IX, *in fine*⁷⁹ da CF, seja pelo fato de que o interesse público não deve ser necessariamente entendido como o interesse da Fazenda Pública⁸⁰ (DONIZETTI, 2008, p. 99).

Caso o membro do *parquet* entenda, mesmo que determinado pelo juiz a emitir parecer intervindo no feito, que não se está diante de caso a justificar sua intervenção, caberá manifestar sua recusa quanto a esta. Isso porque é indispensável que a atuação do agente ministerial seja sempre pautada tendo em conta o perfil constitucional da instituição, sob pena de se distorcer as funções e finalidades atribuídas ao órgão ministerial pela Constituição.

Nas hipóteses de intervenção em decorrência da qualidade da parte, assume o Ministério Público uma posição protetiva, cuidando para que o direito daquela não seja lesado (MAZZILI, 2002, p. 79).

Nesse aspecto, verifica-se, conforme salienta Mazzilli, uma notável diferença da atuação ministerial conforme a hipótese ensejadora de sua intervenção

Intervindo em razão da natureza da lide, o Ministério Público defende interesse impessoal da coletividade; intervindo em razão da qualidade da parte, tem atuação projetiva à parte. Se o interesse que traz o Ministério Público a um processo se prender a uma pessoa (incapaz, p. ex.), a finalidade da intervenção será o zelo desse interesse; se o interesse se prender a uma relação jurídica abstrata (questão ambiental, p. ex.), a finalidade da intervenção será zelar para que esse interesse na seja objeto de disposição indevida, pouco importando agora quem seja o titular da relação jurídica material (2002, p. 79).

⁷⁸ No caso da ação civil pública (defesa de direitos transindividuais), diz o §1º do art. 5º da Lei n. 7.347/85 que “o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”.

⁷⁹ Art. 129, IX da Constituição Federal - Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

⁸⁰ Conforme lembra Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 72) “em caso de eventual conflito entre o interesse público primário e o secundário, será pelo primeiro deles que deverá zelar o Ministério Público, só defendendo este último quando efetivamente coincida com o primeiro”.

Na mesma linha é o ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno que, referindo-se às hipóteses previstas no artigo 82 do CPC, dispõe

Há diversas formas de classificar aqueles três incisos. A que mais se mostra útil é a que distingue a atuação do Ministério Público para a tutela de um interesse público objetivamente indisponível, evidenciado pela natureza da lide, e aqueles casos em que sua atuação justifica-se pela qualidade das partes. Somente no primeiro caso é que a atuação do Ministério Público deve ser imparcial. Naquelas situações de atuação do Ministério Público fundamentada na indisponibilidade subjetiva, não, nestes casos, o Ministério Público deve atuar para proteger o interesse ou direito que justifica a sua intervenção (2002, p. 79).

Atuando na condição de *custos legis*, dispõe o art. 83⁸¹ do CPC que o *parquet* terá vista dos autos após as partes, devendo ser intimado de todos os atos do processo, podendo também juntar documentos e certidões, postular a admissão de prova e requerer toda e qualquer diligência a fim de que se possa, tanto quanto possível, aproximar-se da verdade no processo. Detém, ainda, legitimidade para recorrer⁸².

O art. 84⁸³ da lei processual prevê que, sendo o caso de intervenção obrigatória do Ministério Público no processo, deve a parte promover sua intimação, sob pena de decretação da invalidade/nulidade do processo.

Cabe ressaltar que, a despeito da redação do indigitado artigo, a doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que basta a intimação do *parquet* para a regularidade do feito, não sendo necessário que o Ministério Público realmente participe do processo. Da mesma forma, mesmo que não intimado, se a decisão do processo for favorável ao interesse ensejador da sua intervenção, não há que se falar em nulidade (DONIZETTI, 2008, p. 100).

São alguns dos exemplos da intervenção obrigatória do MP como *custos legis*: o processo de mandado de segurança⁸⁴, o processo de desapropriação de imóvel rural para fins

⁸¹ Art. 83 - Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

⁸² Art. 499, § 2º do CPC - O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

⁸³ Art. 84 - Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

de reforma agrária⁸⁵, o processo de alimentos⁸⁶, a ação popular⁸⁷, na habilitação para o casamento⁸⁸, nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária⁸⁹, entre outros diversos casos.

3.4 A defesa dos direitos transindividuais

Uma das mais relevantes funções que a Constituição Federal atribui ao Ministério Público é a de promover o inquérito civil e ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (ZAVASCKI, 2009, p. 126). No mesmo sentido é a norma do art. 127, ao dispor também ser incumbência da instituição a defesa dos interesses sociais.

Quanto ao inquérito civil ensina Mazzilli

Criado na Lei n. 7.347/85 e logo depois consagrado na Constituição de 88 o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou qualquer forma de atuação a seu cargo (2002, p. 338).

Trata-se, pois, de importante instrumento que, ao lado do termo de ajustamento de conduta⁹⁰ e dos demais procedimentos administrativos passíveis de serem instaurados no

⁸⁴ Art. 12 da Lei n. 12.016/2009 - Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7o desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.

⁸⁵ Art. 18, §2º da Lei Complementar n. 76/1993 - O Ministério Público Federal intervirá, obrigatoriamente, após a manifestação das partes, antes de cada decisão manifestada no processo, em qualquer instância.

⁸⁶ Art. 9º da Lei n. 5.478/1968 - Aberta a audiência, lida a petição ou o termo, e a resposta, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo conciliação

⁸⁷ Art. 6º, §4º da Lei n. 4.717/1965 - O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

⁸⁸ Art. 67, §1º da Lei n. 6.015/1973 - Autuada a petição com os documentos, o oficial mandará afixar proclamas de casamento em lugar ostensivo de seu cartório e fará publicá-los na imprensa local, se houver, Em seguida, abrirá vista dos autos ao órgão do Ministério Público, para manifestar-se sobre o pedido e requerer o que for necessário à sua regularidade, podendo exigir a apresentação de atestado de residência, firmado por autoridade policial, ou qualquer outro elemento de convicção admitido em direito.

⁸⁹ Art. 1.105 do CPC - Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público.

âmbito da própria instituição, possibilita a efetivação do Ministério Público resolutivo/preventivo, resultando inclusive, em muitas das vezes, na própria composição extrajudicial do conflito, sem a necessidade de que a questão seja levada até o Poder Judiciário.

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 511) destaca a importância do papel desempenhado pelo Ministério Público resolutivo na proteção dos direitos transindividuais. Nos dizeres do autor

É de fundamental importância a atuação do Ministério Público para a proteção dos direitos ou interesses coletivos no plano extrajudicial. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas (como a principal delas, a ACP), da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade; muitas vezes extingue processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para apreciação das questões sociais fundamentais. Um judiciário preparado e consciente de seu papel é a instância mais legítima e democrática para dar efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade (Ibidem, p. 511).

Por seu turno, a atuação demandista (perante o Poder Judiciário) do *parquet* na tutela dos direitos transindividuais assume também tanta importância quanto àquela desempenhada na sua forma resolutiva/preventiva.

Conforme anota Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 52) “um dos instrumentos mais poderosos para o desempenho das novas funções ministeriais é o processo coletivo”.

Nesse contexto, destaca-se a utilização da ação civil pública, prevista na Lei n. 7.347/85, como instrumento processual específico para a defesa de direitos transindividuais pelo Ministério Público, inclusive. Sobre ela preleciona Zavascki

A ação civil pública é o procedimento moldado à natureza dos direitos e interesses a que se destina tutelar: direitos transindividuais (difusos e coletivos) [...] Assim, a

⁹⁰ É a Lei n. 7.347/85, em seu art. 5.º, § 6.º46, que prevê a possibilidade de realização de compromissos de ajustamento de conduta. Segundo dispõe o supracitado dispositivo legal “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento da sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. O Ministério Público figura dentre um desses co-legitimados pela norma. Destaque-se que, em sede de compromisso de ajustamento de conduta, o Ministério Público não realiza nenhuma atividade homologatória, somente atuando quando participar diretamente do ajuste, oportunidade em que o compromissário assumirá obrigações para com o Ministério Público, sob pena de sanções pelo descumprimento.

teor do art. 1º da citada Lei, a ação civil pública é via apta a deduzir pretensões decorrentes de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística e, em geral, a qualquer outro interesse difuso e coletivo (2009, p. 56).

Nesse sentido, o art. 5º da mencionada lei atribui ao Ministério Público legitimidade para propositura da ação. Logo, pode o *parquet* utilizar-se de tal instrumento como meio de conferir integral tutela aos direitos transindividuais, possibilitando a postulação dos mais diversos provimentos jurisdicionais, preventivos ou reparatórios, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais ou meramente declaratórios⁹¹, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do CPC no que compatíveis (art. 19⁹² da LACP).

Cabe observar que depois do procedimento instituído pela Lei n. 7.347/85, algumas variantes de ações civis públicas foram instituídas pelo legislador ordinário, tais como: (a) a Lei n. 7.853/89, que disciplina a tutela dos direitos e interesses coletivos das pessoas portadoras de deficiência; (b) a Lei n. 8.069/90, que disciplina a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das crianças e dos adolescentes; (c) a Lei n. 8.078/90, que cuida da tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos dos consumidores; (d) a Lei n. 10.471/2003, que dispõe acerca da tutela dos direitos coletivos e individuais das pessoas idosas.

Apesar dessa variedade, observa Zavascki (2009, p. 53-54) que “essas ‘ações’ mantiveram, na essência, a linha procedimental adotada originalmente na Lei 7.347/85, de 1985, que tem aplicação subsidiária para todas as demais, sendo apropriado, por isso mesmo, conferir-lhes a denominação comum de ação civil pública”.

Nota-se, além do mais, que essa função promocional da ação civil pública atribuída ao *parquet* vem ainda amplamente reafirmada na Lei Orgânica do Ministério Público da União⁹³ e na Lei Orgânica do Ministério Público dos estados⁹⁴.

⁹¹ No dizer de Teori Zavascki (2009, p. 260) “no que se refere especificamente a essa ação, cujo objeto é a tutela de direitos transindividuais (difusos e coletivos), a legitimação atribuída ao Ministério Público é ampla, sustentada por prerrogativas adequadas à busca da integral proteção jurisdicional dos direitos tutelados. Inclui, portanto, legitimação para postular tutela cognitiva, preventiva e reparatória, declaratória, constitutiva ou condenatória. Inclui também poderes para pleitear medidas de tutela provisória, de antecipação de tutela e cautelar. Estende-se a legitimação para as medidas de cumprimento das liminares e das sentenças, inclusive, quando for o caso, as relativas à execução forçada”.

⁹² Art. 19 da Lei n. 7.347/85 - Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

⁹³ Art. 6º da Lei Complementar n. 75/93 - Compete ao Ministério Público da União: [...]VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao

Compete destacar que em todos esses casos, considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados (não possuem titular determinado), a legitimação será exercida pelo MP em regime de substituição processual⁹⁵ (legitimação extraordinária) uma vez que defenderá, em nome próprio, direito de que não é titular. Conforme explica Teori Zavascki

A substituição processual tem eficácia apenas no plano do processo. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem não substitui o titular na relação de direito material, mas sim, e apenas, na relação processual. Como consequência, ao substituto é vedado praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente, importe em disposição do direito material tutelado. São dessa natureza a transação e o reconhecimento do pedido, atos que, conseqüentemente, não estão abrangidos pelas faculdades próprias da substituição processual. Sendo indisponível, para o substituto processual, o direito objeto da demanda, fica igualmente fora dos seus poderes a prática de atos que, mesmo tendo natureza processual, podem, ainda que indiretamente, comprometer a higidez daquele direito. É o caso da confissão, que não tem valor em juízo quando feita por substituto processual (CPC, art. 351). Da mesma forma, não se produzem efeitos da revelia contra o substituto processual (art. 320, II), sendo-lhe vedado, ainda, assumir ônus probatório não previsto em lei (art. 333, parágrafo único, I). (2009, p. 64).

Diante dessa ampla previsão legislativa concernente à defesa dos direitos transindividuais pelo *parquet* por meio da ação civil pública, Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 513) afirma que “o Ministério Público destaca-se hoje como principal legitimado ativo no direito processual coletivo comum”.

Não é outro o entendimento da Zavascki (2009, p. 260) quando aduz que “o Ministério Público tem o papel de agente mais destacado no domínio do processo coletivo”, pois, “entre

idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

⁹⁴ Art. 25 da Lei n. 8.625/93 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV- promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

⁹⁵ Em sentido contrário e minoritário, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier (2010, p. 18) entendem que “nas ações coletivas [...] não se está diante de hipótese de defesa de direito próprio (legitimação ordinária) e nem mesmo de legitimação extraordinária. É correto dizer, em nossa opinião, que a legitimação para a defesa dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, deve ser tratada como uma legitimação especial, com contornos próprios, e, que é a regra geral no âmbito do processo civil coletivo”. Contudo, neste trabalho ousa-se dissentir da opinião dos renomados juristas, visto que nessas hipóteses ocorre sim legitimação extraordinária, uma vez que a lei outorga expressamente legitimidade para que outro órgão, que não se confunde com titular do direito, postule em juízo, em nome próprio, esse mesmo direito alheio, nos moldes do que dispõe o art. 6º do CPC. Nesse sentido, não é pelo simples fato de a legitimação extraordinária ser a regra no sistema da ação civil pública (vez que se torna difícil conceber legitimação ordinária na defesa de direitos que, muitas das vezes, sequer possuem titulares determinados) que se pode atribuir a tal instituto processual nome diverso, conforme pretendem os mencionados processualistas. Na essência, não há qualquer diferença dessa hipótese com a legitimação extraordinária ou substituição processual a que faz menção o CPC e à maioria da doutrina jurídica.

as funções institucionais que lhe são atribuídas pela Constituição Federal está a de tutelar a ordem jurídica, os interesses sociais e os individuais indisponíveis”, o que faz, sobretudo, na forma demandista, por meio da ação civil pública.

Almeida aponta dois fatores que fazem com o que *parquet* seja considerado como o principal legitimado ativo na defesa desses interesses transindividuais

O primeiro está fundamentado no seu próprio perfil constitucional, ou seja, Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais (art. 127, caput, da CF). O outro fator decorre do próprio exercício prático de suas atribuições constitucionais, visto que é hoje público e notório que o *parquet* é a Instituição mais atuante, seja no campo extrajurisdicional, seja no jurisdicional, na tutela dos direitos ou interesses coletivos, especialmente por intermédio do inquérito civil e do ajuizamento de ações civis públicas (2003, p. 513).

Depreende-se assim que a legitimação ativa conferida ao *parquet* para tutela dos interesses transindividuais decorre, em grande parte, da sua própria natureza e de suas finalidades institucionais estabelecidas no texto da Constituição.

No tocante à sua atuação prática, destaca-se a especialização e o aparelhamento do Ministério Público brasileiro na área dos interesses transindividuais, por meio da criação de promotorias especializadas na proteção ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio público, aos idosos, às pessoas portadoras de deficiência, entre outras (MAZZILLI, 2002, p. 249).

Mazzili comenta

Nestes anos de vigência da LACP, muito dinâmica tem sido a atuação do Ministério Público brasileiro em defesa de interesses difusos e coletivos, pois, como já dissemos, das milhares de ações já movidas desde que a Lei n. 7.347/85 entrou em vigor, a grande maioria o foi por sua iniciativa (2002, p. 250).

Todavia, no que diz respeito à utilização das ações coletivas pelo *parquet*, cabe fazer uma diferenciação segundo o tipo de interesse que se busca tutelar na demanda. Isso porque, conforme a espécie do direito que se está diante, a legitimidade conferida ao Ministério Público para atuar em juízo pode sofrer restrições.

Nesse sentido, quando a demanda tiver por objeto a tutela de direitos e interesses transindividuais (difusos e coletivos), a legitimidade atribuída pelo texto constitucional ao *parquet* deve ser entendida no sentido mais amplo possível (ZAVASCKI, 2009, p. 127).

Nas palavras de Gregorio Assagra de Almeida

Observe-se que a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses massificados é ampla, tanto que o texto constitucional, no seu art. 129, III, deixa expresso que é função institucional do Ministério Público a promoção de inquérito civil e ação civil pública para a proteção de todos os direitos difusos ou coletivos, sem restrição (2003, pag. 513).

Contudo, essa ampla legitimidade conferida ao *parquet* restringe-se à defesa dos direitos difusos ou coletivos (também classificados como essencialmente coletivos), que, nas palavras de Zavascki (2009, p. 127) são aqueles “subjctivamente transindividuais (= sem titular determinado) e materialmente indivisíveis, que não se confundem, portanto, com os direitos individuais homogêneos”.

Quanto a estes últimos (individuais homogêneos) a legitimação do agente ministerial deve ser encarada sob outro enfoque, com maior restrição, já que aí não se estará diante, necessariamente, de direitos sociais ou coletivos a autorizarem sua irrestrita atuação.

Conforme enfatizam Didier e Zaneti (2009, p. 334) “as maiores discussões a respeito do papel do Ministério Público nas demandas coletivas estão no campo da tutela dos interesses individuais homogêneos”.

Esse fato suscita diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais: para alguns, à semelhança do que ocorre na defesa dos direitos essencialmente coletivos, a legitimidade para o *parquet* no caso da tutela dos direitos individuais homogêneos também deve ser entendida de forma ampla; para outros, que se posicionam no extremo oposto, não haveria como se falar em legitimidade do Ministério Público para defesa desses direitos que são, em sua essência, individuais; ainda, numa posição intermediária, situam-se aqueles que entendem, por diversas razões e fundamentos, que é possível atribuir-se legitimidade para que o agente ministerial tutele em juízo direitos individuais homogêneos, contudo, desde que observados determinados requisitos e critérios.

É justamente nesse ponto que se situa a problemática do presente estudo, que, no próximo capítulo, será explicitada tendo em conta os diferentes entendimentos acerca da questão.

4 DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme já ressaltado nesse trabalho, os direitos individuais homogêneos, ao contrário dos direitos difusos e coletivos, são individualizáveis e possuem titularidade determinada. São, em verdade, direitos subjetivos individuais, com titular identificado ou identificável, e com conteúdo determinado.

Sua homogeneidade com direitos dessa mesma natureza, determinada pela origem comum, dá lugar à possibilidade de a todos se tutelar por meio de demanda coletiva, em regime de substituição processual, por um dos legitimados pelo ordenamento jurídico para tanto.

Em alguns casos, a lei expressamente atribui como legitimado ativo para defesa desses direitos individuais homogêneos o Ministério Público. Como exemplos, é possível citar os casos (a) de danos decorrentes de relações de consumo (art. 82⁹⁶ do CDC), (b) de danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários (art. 1^{o97} da Lei n. 7.913/89) e também (c) no caso de prejuízos acarretados aos credores por ex-administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência (art. 46⁹⁸ da Lei n. 6.024/74).

Em todas essas hipóteses nas quais a lei atribui legitimidade ao *parquet*, os direitos por ela tutelados são por natureza, individuais, divisíveis e disponíveis.

Diante desse contexto, questiona-se como justificar, do ponto de vista constitucional, essa legitimação atribuída ao Ministério Público pelo legislador ordinário, na medida em que a própria Constituição, em seu art. 127, diz ser atribuição do órgão ministerial tutelar apenas interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁹⁶ Art. 82 - Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público.

⁹⁷ Art. 1^o - Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de: [...]

⁹⁸ Art. 46 - A responsabilidade dos ex-administradores, definida nesta Lei, será apurada em ação própria, proposta no Juízo da falência ou no que for para ela competente.

Parágrafo único. O órgão do Ministério Público, nos casos de intervenção e liquidação extrajudicial proporá a ação obrigatoriamente dentro em trinta dias, a contar da realização do arresto, sob pena de responsabilidade e preclusão da sua iniciativa. Findo esse prazo ficarão os autos em cartório, à disposição de qualquer credor, que poderá iniciar a ação, nos quinze dias seguintes. Se neste último prazo ninguém o fizer, levantar-se-ão o arresto e a indisponibilidade, pensando-se os autos aos da falência, se for o caso.

Ademais, em que condições e limites estaria o Ministério Público legitimado a demandar em favor desses interesses mesmo que não autorizado expressamente em lei? Seria a autorização legislativa uma condição *sine qua non* para tanto?

Neste ponto do estudo é que se pretende analisar essas questões, confrontando-se os diversos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da matéria, buscando-se assim uma leitura constitucional do tema.

4.1 As peculiaridades da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos: a ação civil coletiva

No que diz respeito à jurisdição coletiva, o direito processual civil contempla duas espécies distintas de ações. Uma para a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, e outra para tutela dos direitos individuais homogêneos (ARENHART e MARINONI, 2001, p.687).

Conforme ensina Teori Zavascki (2009, p. 49) “é equivocada, por exemplo, a suposição, largamente difundida, de que a ação civil pública, criada pela Lei 7.347/85, e destinada a tutelar direitos transindividuais, pode ser também indiscriminadamente utilizada para a tutela de direitos individuais”⁹⁹.

Isso porque o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente, a partir de seu art. 91, um mecanismo específico de proteção destinado aos direitos individuais homogêneos, que a própria legislação consumerista intitula de “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos”

Esse modelo procedimental previsto no CDC não pode ser confundido com aquele da ação civil pública disciplinado na Lei n. 7.347/85. Vale dizer, em nosso ordenamento jurídico coexistem dois subsistemas diversos, com instrumentos e técnicas processuais próprias: um

⁹⁹ Cabe, contudo, transcrever a observação feita pelo autor, referindo-se à mencionada distinção terminológica: “Convém anotar, também, que ela não está sendo observada nem pelo legislador nem pela jurisprudência, que, de um modo geral, conferem a denominação de ação civil pública para todas, ou quase todas, as ações relacionadas com o processo coletivo, inclusive para as que tratam de direitos individuais homogêneos. A Lei 7.913, de 1989, por exemplo, denomina ação civil pública a “de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”, embora seja patente que os direitos dos lesados têm, na espécie, típico caráter de direitos individuais homogêneos. Fenômenos semelhantes são comuns na jurisprudência, inclusive do STF e do STJ” (2009, p. 55).

para a tutela dos direitos transindividuais e outro para tutela coletiva de direitos individuais subjetivos (ZAVASCKI, 2009, p. 49).

Assim, ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou pelo princípio da analogia, têm-se as ações civis públicas e ação popular como instrumentos destinados à tutela de direitos transindividuais (essencialmente coletivos), ao passo que as ações civis coletivas e o mandado de segurança coletivo destinam-se a tutelar, de forma coletiva, direitos que são subjetivamente individuais (acidentalmente coletivos).

Nessa linha ensina Gregório Assagra de Almeida

Considerando que o CDC adotou o critério tripartido sobre o objeto material do processo coletivo (art. 81, parágrafo único), convém consignar que, para os direitos ou interesses coletivos ou difusos, respectivamente definidos nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 do CDC, a ação coletiva prevista segue as disposições processuais previstas na LACP, com a aplicabilidade, no que couber, das disposições constantes no Título III do CDC e do CPC. Para a ação coletiva que visa à tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos, o CDC reservou o Capítulo II do Título III, que é a denominada ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (art. 91). Portanto, para essa espécie de tutela coletiva, as disposições processuais a serem observadas estão previstos nos arts. 91 *ut* 100 do CDC, com a aplicabilidade, no que couber, das disposições processuais dos outros capítulos do Título III do CDC, da LACP e do CPC (2003, p. 369).

O procedimento especial do CDC apresenta-se como um instrumento alternativo ao litisconsórcio facultativo previsto no CPC, facilitando o tratamento processual de demandas pulverizadas que derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito¹⁰⁰. Objetiva, assim, obter a maior eficácia possível das decisões judiciais, com economia de tempo, esforços e despesas (ZAVASCKI, 2009, p. 150).

¹⁰⁰ Nesse sentido, cabe transcrever as brilhantes considerações feitas por Zavascki: “Ora, são comuns e cada vez mais frequentes, no mundo atual, as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhes servem a base. A sua defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é, conforme reconhece o próprio Código de Processo, inviável do ponto de vista prático. E a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabrunhadora: do ponto de vista do titular do direito, pelo custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido mais amplo – financeiro, emocional, profissional, social -, incompatível, não raro, com o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência; do ponto de vista do Estado, pela enxurrada de demandas que cada uma dessas lesões coletivas pode produzir, aumentando o custo e reduzindo a eficiência da máquina judiciária; e, do ponto de vista social, pelo desestímulo à busca dos direitos lesados, pela potencial desigualdade de tratamento produzida por sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o conseqüente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional, pela desesperança dos cidadãos” (2009, p. 150).

Conforme Arenhart e Marinoni (2001, p. 700), “tal ação (de condenação genérica) é, efetivamente, a representação nacional da *class action* norte-americana, disciplinada através da regra 23, das *Federal Rules of Civil Procedure* daquele sistema”¹⁰¹.

A repartição da atividade cognitiva, conforme aduz Zavascki (2009, p. 151-152), é uma das características peculiares desse modelo instituído pelo CDC, e que o diferencia daquele previsto na ação civil pública. Conforme afirma o autor, a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos

Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade cognitiva em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (2009, pag. 151).

Dessa forma, a atividade cognitiva na demanda coletiva fica sempre limitada ao núcleo de homogeneidade dos direitos controvertidos, porquanto o exame da situação individual de todos os titulares dos direitos é realizado posteriormente, por meio de cognição plena, em demanda específica de conhecimento.

Luiz Paulo de Araújo Filho ensina que

A ação referente a interesses individuais, portanto, vale repisar, só admite a feição coletiva porque – e enquanto – a homogeneidade desses direitos, decorrentes de origem comum, permite que sejam desprezadas e necessariamente desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada interessado. Tornando-se relevante, porém, para o julgamento do feito, à vista da demanda, verificar aspectos pessoais e diferenciados dos titulares dos direitos individuais, a tutela coletiva torna-se absolutamente inviável. Por isso, para que seja realmente coletiva a ação respeitante a interesses individuais, é indispensável que seja(m) formulado(s) pedido(s) individualmente indeterminado(s), que desprezem e necessariamente desconsiderem as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada interessado, como diz a doutrina, para permitir a prolação de sentença genérica prevista em lei (2000, p. 121).

¹⁰¹ No mesmo sentido é o magistério de Marcelo Abelha (2004, p. 26). O autor, discorrendo sobre a *Rule 23* prevista no sistema norte-americano, anota que “analisando-se este dispositivo, percebe-se que lida com direitos individuais que podem ser tratados coletivamente pela via processual. A semelhança deste instituto da Regra 23 B3 com o art. 91 e ss. do CDC não é mera coincidência, surgindo daí a inspiração para a *class action for damages* do direito brasileiro”.

No que tange à legitimação para propositura da ação coletiva, cabe salientar que a mesma se dá por substituição processual, uma vez que a tutela será sempre requerida por um dos legitimados pelo art. 82 do CDC, em favor dos titulares do direito afirmado, objetivando sentença condenatória genérica dos direitos individuais lesados (ZAVASCKI, 2009, p. 153).

A legitimação, nesses casos, é disjuntiva, concorrente e exclusiva. Disjuntiva, na medida em que um legitimado poderá mover a ação sem a necessária presença do outro, sendo a formação de litisconsórcio mera faculdade. Concorrente, pois todos os legitimados podem intentar a ação. Exclusiva, já que somente os legitimados elencados no mencionado dispositivo legal podem ajuizar a demanda (ALMEIDA, 2003, p. 367).

O substituto processual defende os direitos dos substituídos sempre globalmente, impessoalmente e coletivamente considerados. Uma vez obtida a condenação genérica, encerra-se o papel do substituto e tem início, se for o caso, a atuação dos próprios titulares do direito material, com vistas a obter sua satisfação específica (ZAVASCKI, 2009, p. 152-153).

É nesse sentido que o art. 95 do CDC prevê que em caso de procedência do pedido formulado na demanda coletiva “a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Vale dizer que a sentença que fixa a responsabilidade do réu, apenas reconhece a existência do dano e o dever de indenizar. Trata-se de uma condenação abstrata, genérica e indeterminada, que não apreciará o direito dos titulares individualmente, cabendo a estes, posteriormente, promoverem a ação de liquidação e execução do julgado em nível individual (ARAÚJO FILHO, 2000, p. 118).

Falar em sentença genérica, conforme assevera Teori Zavascki, significa dizer que a mesma

[...] fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolvem os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeat* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeat* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeat* = quem é o titular do direito e o *quantum debeat* = qual a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento (2009, p. 153-154).

Dessa forma, depois de proferida a sentença coletiva genérica de procedência do pedido, podem os titulares dos direitos individuais homogêneos, ordinariamente legitimados, promover a liquidação e a posterior execução dos valores a que eventualmente fazem jus, propondo ações tipicamente individuais, e comprovando que sofreram o dano e que o mesmo guarda nexos de causalidade com a obrigação reconhecida na sentença genérica precedente.

Essa nova demanda que busca o cumprimento da sentença genérica será dividida em duas fases distintas: a de liquidação, destinada a complementar a atividade cognitiva até então restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos, e a de execução, na qual serão promovidas as atividades práticas destinadas a satisfazer o direito lesado, mediante a entrega da prestação devida ao seu titular ou, se for o caso, aos seus sucessores.

A primeira etapa do cumprimento far-se-á na forma do art. 475-E do CPC¹⁰², mediante liquidação por artigos, vez que necessária a alegação e a prova de fato novo¹⁰³. Por seu turno, o procedimento a ser adotado na execução será aquele adequado e compatível com a natureza da prestação devida. Vale dizer, no caso de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, a atividade executiva será submetida ao regime dos arts. 461 e 461-A do CPC, ao passo que no caso de obrigação de pagar quantia a execução obedecerá ao procedimento previsto no art. 475-I do CPC¹⁰⁴, com o cumprimento de sentença por excussão patrimonial do devedor (ZAVASCKI, 2009, p. 179).

Excepcionalmente, conforme prevê o art. 98 do CDC, a execução individual também poderá ser realizada por algum dos entes coletivos previstos no art. 82 do CDC. Nesse caso, conforme ensina Zavascki (2009, pag. 212), “a ação de cumprimento se dará em litisconsórcio ativo, ou seja, por representante (que atuará em nome dos interessados), e não por substituto processual (que atua em nome próprio, no interesse de terceiros)”.

¹⁰² No caso, a teor do art. 475-F do CPC, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum, que poderá o ordinário ou sumário. Dessa forma, nas palavras de Teori Zavascki (2009, p. 183) “O réu é citado para oferecer resposta (em caso de procedimento sumário, ela poderá ser apresentada na audiência), podendo alegar toda matéria de defesa compatível com o âmbito da cognição própria da demanda de liquidação. Cabe-lhe, na contestação, manifestar-se precisamente sobre os fatos novos narrados na petição inicial. Se contestar por negativa geral, ou se não apresentar contestação alguma, serão presumidos verdadeiros os fatos articulados pelo autor (CPC, arts. 302 e 319)”.

¹⁰³ Conforme ensina o autor “o fato novo, na liquidação da sentença genérica da ação coletiva, é o que resulta da margem de heterogeneidade dos direitos subjetivos: a definição da sua titularidade e da sua exigibilidade pelo demandante da liquidação, bem como o montante a ele particularmente devido” (2009, pag. 183). No dizer de Arenhart e Marinoni (2001, p. 702), “Na liquidação, a vítima – ou seu sucessor, ou ainda o legitimado coletivo – deve provar que, em vista da responsabilidade do réu (já reconhecida), tem direito a ser indenizado por ter sofrido, individualmente, um dano. Além do dano e da relação de causalidade, deverá ficar provado o *quantum*. É preciso, pois, que a vítima demonstre que sua situação subsume-se à hipótese reconhecida em sentença, como autorizadora da responsabilidade do réu”.

¹⁰⁴ Na hipótese, o título executivo será o conjunto documental composto pela sentença genérica proferida na ação coletiva e pela decisão específica proferida na liquidação por artigos que a complementou (ZAVASCKI, 2009, p. 184).

O art. 100 do CDC dispõe ainda que, caso passado o prazo de um ano, sem que haja a habilitação suficiente de vítimas – a ponto de mostrar-se adequado ao volume e gravidade do dano causado – os entes coletivos arrolados no art. 82 também possuirão legitimidade para propor execução coletiva do julgado. Conforme ensinam Arenhart e Marinoni

Ao lado da execução individual, porém, existe ainda a possibilidade de execução coletiva submetida ao regime da chamada *fluid recovery*. Haverá hipóteses em que o prejuízo sofrido por cada indivíduo isoladamente será irrelevante; não obstante, pode ser que tomado no conjunto, o valor global do montante seja absolutamente relevante. Nestas situações, certamente, não haverá interesse das vítimas individualmente pleitearem indenização própria, diante da pequenez do prejuízo (2001, p. 704).

Nesse caso, consoante dispõe o parágrafo único do art. 100 do CDC, o produto da execução do julgado não mais reverterá em benefício das vítimas do fato, mas em favor do fundo concebido pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública¹⁰⁵.

Feitas essas considerações e necessárias distinções acerca do procedimento especial previsto no CDC para tutela dos direitos individuais homogêneos, não há como deixar de reconhecer as inquestionáveis vantagens que são propiciadas pela sua correta utilização.

Nesse sentido, são evidentes os ganhos resultantes da concentração, em um único processo, da tutela de direitos individuais semelhantes, resultantes de lesão a grande número de indivíduos envolvidos em uma situação com características comuns.

Os benefícios daí resultam não apenas sob o ponto de vista da presteza no andamento do processo, de seu menor custo e do aproveitamento coletivo dos meios probatórios, mas também sob o ponto de vista da realização da justiça, na medida em que sua utilização viabiliza o acesso à justiça de pessoas que provavelmente não se sujeitariam a propor individualmente uma demanda judicial, fato que inexoravelmente acarretaria na impunidade

¹⁰⁵ Nos dizeres de Zavascki (2009, p. 187-188) “Sobre a execução dos resíduos, prevista no citado art. 100, é importante fixar os limites da aplicação da norma. Trata-se de medida, inspirada na experiência do direito norte-americano, visando a contornar uma dificuldade típica das ações coletivas em defesa de consumidores, quando a lesão é de pequeno valor em relação a cada um dos lesados, mas de valor total significativo, quando considerado o número de pessoas atingidas. Em casos tais, é natural que haja um baixo índice de execuções individuais, seja por desinteresse das vítimas, seja pela inviabilidade de localizá-las, seja ainda pela dificuldade de produzir prova do elo de ligação de cada uma delas com o evento danoso. Assim, para que a demanda coletiva não perca uma das suas principais razões de ser, que é a tutela do sistema de proteção ao consumidor pela efetiva penalização do causador do dano, a alternativa encontrada foi a de promover a execução do montante dos danos ou, conforme o caso, do saldo não reclamado pelos titulares do direito, em favor de Fundo, que gerenciará os recursos e os aplicará em benefício dos interesses coletivos dos consumidores”.

doas infratores e o conseqüente estímulo à prática dessas infrações, descreditando-se, assim, a própria função jurisdicional.

Da mesma forma, evita-se a excessiva propositura de demandas individuais decorrentes do mesmo fato, e a conseqüente possibilidade de que sejam proferidas sentenças contraditórias para uma mesma relação jurídica, fato que ocasionaria uma potencial desigualdade de tratamento entre casos que, em essência, são idênticos.

4.2 Os diversos posicionamentos acerca da possibilidade de o Ministério Público promover a ação civil coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos

Certo é que o Ministério Público encontra-se entre um dos legitimados pelo art. 82 do CDC para propositura da ação civil coletiva na defesa de interesses individuais homogêneos. Mesmo que não venha a ajuizar a ação, o *parquet* atuará obrigatoriamente nesses casos como fiscal da lei, conforme determina o art. 92 do mencionado diploma legal.

Há também outras situações em que a legislador expressamente confere legitimidade ao órgão ministerial, como, por exemplo, o disposto na Lei n. 7.913/89, a qual possibilita que o Ministério Público promova ação de responsabilidade por danos causados aos investidores do mercado de valores mobiliários. Essa hipótese, mesmo que tratada em lei diversa, em nada difere daquela prevista no CDC, pois nesse caso o agente ministerial também atuará na condição de substituto processual, tutelando direitos que são genuinamente individuais, e objetivando sentença condenatória genérica (ZAVASCKI, 2009, p. 212).

Discute-se, dessa forma, em que limites é possível admitir-se a legitimação ministerial para tutela dos direitos individuais homogêneos, inclusive no que diz respeito a casos não previstos expressamente pelo ordenamento jurídico. Estaria o Ministério Público irrestritamente legitimado a propor a demanda na defesa desses direitos? Ou então, em que condições e limites é possível admitir o ajuizamento dessas ações?

Nesse sentido, observam Didier e Zaneti (2009, p. 334) que “as maiores discussões a respeito do papel do Ministério Público nas demandas coletivas estão no campo da tutela dos direitos individuais homogêneos”, sendo possível identificar-se diversas teses e posicionamentos nos quais se dividem a doutrina e jurisprudência, conforme passa a se expor.

Sendo assim, expõem os mencionados autores que, para uma primeira corrente (ampliativa), o simples fato de se estar diante de uma demanda coletiva já caracterizaria a presença do interesse público/social. Por essa razão, os direitos tutelados nessa demanda (inclusive os individuais homogêneos) tornar-se-iam automaticamente indisponíveis, legitimando em qualquer hipótese a atuação ministerial como autor da ação (DIDIER e ZANETI, 2009, p. 335).

É possível visualizar-se essa tese em alguns julgamentos do STJ, como, por exemplo, no REsp 637.332-RR, no qual o relator, Ministro Luiz Fux, deixou assentado em seu voto o seguinte entendimento

Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. [...]

Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais [...]

A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações¹⁰⁶.

Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 86), embora não comungue com essa tese, elenca outra justificativa utilizada pela parcela da doutrina que defende a irrestrita atuação ministerial na tutela dos interesses individuais homogêneos. Expõe o autor que os adeptos dessa linha ampliativa também sustentam a ampla legitimação do *parquet* sob o argumento de que

[...] o legislador conferiu *in thesis* legitimidade ao Ministério Público para a defesa de quaisquer interesses transindividuais (art. 81 e 82 do CDC), daí não ser lícito ao interprete questionar a presença do interesse social legitimador de sua intervenção, já que a presença deste interesse já foi presumida pelo próprio legislador; isso é o que ocorre nas ações coletivas do CDC, que evitam a multiplicação de ações individuais e asseguram acesso à jurisdição (p. 86-87).

¹⁰⁶ No mesmo sentido também é o voto exarado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do REsp 1.005.587-PR.

A crítica feita a esse entendimento ampliativo, seja ele justificado por qualquer uma das razões acima expostas, é no sentido de que o mesmo acaba por generalizar demais as hipóteses de atuação do Ministério Público.

No dizer de Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 87) “essa posição não leva em plena conta que o legislador ordinário só pode cometer ao Ministério Público atribuições compatíveis com seu perfil constitucional”. Nesse sentido, tornar-se necessário conciliar a atuação ministerial com a destinação constitucional da própria instituição, voltada sempre para uma atuação social.

Teori Zavascki (2009, p. 216-217), discorrendo sobre o tema, cita outro argumento utilizado, em antigo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, para se sustentar a ampla legitimação ministerial. Para essa tese, os direitos individuais homogêneos, porquanto passíveis de serem atribuídos a um grupo de pessoas, qualificar-se-iam como subespécie dos direitos transindividuais/coletivos *lato sensu* e, por esse fundamento, também poderiam ser amplamente tutelados pelo Ministério Público.

O julgado referido pelo autor é o Recurso Extraordinário n. 163.231-SP, no qual se reconheceu, sob o referido fundamento, a legitimidade do Ministério Público de Estado de São Paulo para a propositura de ação civil pública contra instituição de ensino, objetivando fazer com que esta se adequasse às normas de reajustes dos encargos educacionais legalmente fixados pela autoridade competente. Em suma, postulava o *parquet* o reajuste das mensalidades escolares pagas por cada um dos alunos daquela instituição.

O Relator do caso, Ministro Maurício Corrêa, justificou as razões do seu entendimento da seguinte forma

No entanto, ao editar-se o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu artigo 81, inciso III, uma outra subespécie de direitos coletivos fora instituída, dessa feita, com a denominação dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomen iuris* atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos [...].

Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da lei da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo.

Assim, para essa tese, o Ministério Público estaria também irrestritamente habilitado para defender quaisquer direitos individuais homogêneos, independentemente de sua essencialidade material. Ou seja, sendo os direitos individuais homogêneos uma subespécie dos direitos coletivos, ficaria o *parquet* credenciado para defendê-los incondicionalmente, conforme dispõe o art. 129, III, da Constituição Federal, que relaciona dentre as funções do Ministério Público a promoção de ação civil pública para proteção “de outros interesses difusos e coletivos”.

Observa-se, todavia, que esse posicionamento, assim como os anteriores, igualmente acaba expandindo por demais a legitimidade do *parquet*. O indigitado julgado, além da confusão terminológica que emprega, também se incompatibiliza com os princípios e valores que a Constituição buscou privilegiar quando elencou o conjunto de atribuições institucionais do Ministério Público.

O próprio Ministro Maurício Corrêa, em julgamento posterior, percebeu esse fato, e acabou por revisar sua orientação, conforme dispôs no RE 195.056-PR, fazendo nova e exaustiva análise do art. 129, III da Constituição

A dicção da norma não delimita o alcance nem fornece os parâmetros para definir o que sejam os referidos “outros interesses difusos ou coletivos”, fazendo surgir, à primeira vista, três expectativas ao intérprete: a) a expressão utilizada amplia indefinidamente o cabimento da ação civil pública, a ponto de atingir a totalidade dos interesses difusos e coletivos, de forma a tornar inútil a previsão de proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente, que passaria a estar contida no amplíssimo conceito de interesses difusos ou coletivos; ou, b) a expressão é apenas mero desenvolvimento da parte inicial do inciso que a contém, de forma a ser entendida como os demais interesses relativos à idéia contida na parte inicial do dispositivo, ou seja, os demais interesses difusos ou coletivos relativos à proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente; ou, c) a expressão contém preceito não definido, cuja definição dependeria de lei regulamentadora para lhe fixar o efetivo alcance. Não creio que a melhor interpretação seja aquela referida na inicial, na peça recursal, no parecer do Procurador-Geral da República e na sustentação oral do recorrente, segundo a qual a referida expressão “outros interesses difusos ou coletivos” alcança todos e quaisquer interesses difusos ou coletivos, entre os quais se incluem os interesses individuais homogêneos. No exame dos excepcionalíssimos casos de legitimação extraordinária não cabe interpretação extensiva. Com efeito, normas de exceção não comportam interpretação extensiva, ainda mais em grau máximo e absoluto. Afasto a hipótese. Também não me parece de boa exegese restringir o alcance do preceito apenas por conter norma de exceção; deve-se-lhe dar uma interpretação equilibrada, sem ampliações desmedidas nem restrições exageradas, de forma que fique compatibilizado harmonicamente com o texto constitucional. Afasto, também, esta hipótese. Entendo que a expressão “outros interesses difusos ou coletivos” é indefinida e, assim, sua eficácia depende de lei regulamentadora, que venha a definir o seu alcance, observados os limites estabelecidos na Constituição.

Sustentou, dessa forma, que a legitimação ativa do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos se limitaria às hipóteses previstas em lei, o que equivaleria dizer que o disposto no art. 129, III da CF não seria auto-aplicável, carecendo de regulamentação pelo legislador ordinário.

Para essa linha argumentativa não é o art. 129, III da Constituição que confere legitimidade ao Ministério Público para defender em juízo direitos individuais homogêneos. Do mesmo modo, não é na Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) que se pode buscar a legitimidade do *parquet*, visto que esse diploma legal trata apenas de direitos difusos e coletivos, não dizendo respeito aos individuais homogêneos.

Somente quando os titulares dos direitos individuais homogêneos estiverem na condição de consumidores ou quando houver relação de consumo é que se poderia falar em legitimidade do órgão ministerial. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor confere expressamente legitimidade para o Ministério Público tutelar esses mencionados direitos, regulamentando, assim, o dispositivo constitucional.

Da mesma forma, e utilizando-se dessas mesmas razões, também poderia se falar em legitimidade do *parquet* para propositura da ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários e para propositura de ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência, já que nesses casos o legislador ordinário expressamente legitima o Ministério Público para demandar em juízo a tutela coletiva de direitos de natureza individual (Lei n. 7.913/89 e Lei n. 6.024/74, respectivamente).

Destaca-se que, assim como a tese ampliativa anteriormente exposta, o argumento restritivo contrário, que condiciona à atuação do *parquet* àquelas hipóteses previstas em lei, também não deve prevalecer. Nesse sentido, cabe transcrever a crítica que lhe é feita por Teori Zavascki

O empecilho para a adoção dessa tese, situada no extremo oposto da anterior, reside, justamente, nas excessivas restrições que ela impõe à atuação do Ministério Público, notadamente quando se evidencia hipótese concreta, não prevista pelo legislador ordinário, em que a tutela de direitos individuais homogêneos é pressuposto para o resguardo de relevantes interesses da sociedade (2009, p. 219).

É possível ainda mencionar, conforme exposição feita por Didier e Zaneti (2009, p. 335), outra linha de entendimento que, indo além daquela que condiciona à atuação do *parquet* às hipóteses previstas em lei, entende pela absoluta impossibilidade de se conferir legitimidade ao Ministério Público para propositura de demandas que envolvam direitos individuais homogêneos¹⁰⁷. O argumento empregado para justificar esse posicionamento é buscado no próprio art. 129, III da Constituição, que não prevê, entre as funções atribuídas ao órgão ministerial, a defesa de direitos individuais homogêneos.

Destarte, diante da inexistência de previsão expressa da Carta Constitucional, não haveria como se falar em legitimidade do Ministério Público para tutela desses direitos.

Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 86), também identificando a existência desse posicionamento restritivo, faz ao mesmo severas críticas, referindo que o mesmo é “extremamente pobre e superficial”.

Para o ilustre membro do Ministério Público paulista, não haveria como a Constituição de 1988, quando da sua promulgação, aludir expressamente à defesa dos interesses

¹⁰⁷ Cabe, contudo, ressaltar que essa não é a posição pessoal dos referidos autores.

individuais homogêneos pelo *parquet*, uma vez que, somente após passados dois anos do advento do texto constitucional, tal categoria de direitos foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, com o advento do CDC.

Com propriedade explica o autor

Assim, quando o legislador constituinte mencionou “interesses difusos e coletivos”, estava a referir-se a interesses transindividuais em sentido lato, não podendo sua ampla dicção subordinar-se à distinção, posteriormente feita em sede infraconstitucional, entre interesses coletivos *stricto sensu* e interesses individuais homogêneos. Por isso, embora a lei infraconstitucional tenha passado a definir os interesses coletivos, distinguindo-os dos interesses individuais homogêneos, essa distinção não limita a abrangência da atuação ministerial em defesa de interesses transindividuais uma vez que a expressão “interesses coletivos” tem conceituação constitucional própria (2002, p. 86).

Por seu turno, há aqueles para quem a legitimidade do órgão ministerial ficaria restrita à tutela dos interesses individuais homogêneos que fossem indisponíveis. Tal hipótese se justificaria por meio de gramatical interpretação do que dispõe a parte final do art. 127 da CF, que elenca como umas das incumbências do *parquet* a defesa dos “interesses individuais indisponíveis”.

Esse entendimento foi utilizado no julgamento no REsp 219.673/SP, no qual não foi reconhecida a legitimidade do Ministério Público para propositura de demanda em que se postulava a anulação de lançamentos de IPTU e da Taxa de Remoção de lixo irregularmente majorados por determinado Município. Entendeu-se, na hipótese, que os direitos individuais dos contribuintes desses tributos não seriam direitos indisponíveis que legitimariam a tutela, de forma coletiva, pelo *parquet*. Nesse sentido foi o acórdão

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS. IPTU. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis. O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores. Recurso Provido. (STJ, 1ª Turma, REsp 219.673/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, D.J. 11.10.1999, p. 51).

Portanto, para essa corrente, a legitimidade do Ministério Público passa por uma necessária análise acerca da disponibilidade (ou indisponibilidade) do direito individual homogêneo posto em voga. Vale dizer, se o direito individual ostentar caráter meramente patrimonial, sendo suscetível de renúncia, transação ou abdicção pelo respectivo titular, será direito disponível, destarte, o agente ministerial não estaria legitimado a defendê-lo.

Por fim, pode-se elencar uma tese, que Didier e Zanetti (2009, p. 335), denominam de “ecclética”, a qual procura identificar no caso concreto a existência de um relevante interesse social que legitime o Ministério Público a propor a demanda coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos. Ou seja, permite-se a legitimidade do *parquet*, quer seja indisponível ou disponível o direito homogêneo alegado, desde que este último se apresente com relevância social e significativa amplitude.

Nesse sentido, o fundamento desse entendimento, utilizando-se das palavras de Teori Zavascki (2009, p. 219) “pode ser buscado no art. 127 da CF, que trata da tutela de interesses sociais”.

Conforme se procurará demonstrar, é esse último posicionamento que deve prevalecer, por ser aquele que se compatibiliza com o texto constitucional e não acarreta conseqüências demasiadamente restritivas ou expansivas como as outras posições mencionadas nesse tópico.

4.3 A relevância social da lesão ao direito como fator de legitimação

O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil coletiva na defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.

Esse é o entendimento defendido, com extensa exposição de suas razões, na obra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Zavascki (2009, p. 219-226), sendo também o argumento referencial adotado nesse estudo monográfico, tanto pela sua profundidade quanto pela sua conformidade com a Constituição Federal de 1988, conforme a seguir passa a se analisar.

Dessa forma, conforme ensina o ilustre autor

[...] a lesão coletiva e em grande escala de direitos individuais pode, em determinadas situações, acarretar conseqüências danosas muito mais profundas que a representada pela simples soma das lesões particulares, vindo a afetar também certos bens e valores jurídicos de interesse transcendental da própria sociedade. Em tais circunstâncias, a tutela jurisdicional dos direitos individuais lesados coletivamente e a repressão do ato ilícito que lhe deu causa passam a ser de interesse social não pelo significado particular de cada um dos direitos, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa para a comunidade como um todo (2009, p. 260).

Em sentido semelhante, dispõem Didier e Zaneti (2009, p. 334), ao asseverar que a legitimidade do *parquet* para propositura de demanda na qual se defenda interesse individual homogêneo, somente justifica-se nos casos em que este “se apresente com relevância social (presença de forte interesse público primário) e amplitude significativa (grande o número de direitos individuais lesados)”.

Na mesma linha, posiciona-se Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2000, p. 113) afirmando que “o Ministério Público pode promover ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, bem como de interesses individuais homogêneos que configurem um interesse social”.

Nesses casos, as bases para se atribuir legitimidade ao *parquet*, segundo a tese defendida por Zavascki, devem ser buscadas no art. 127 da Constituição, que elenca, como umas das incumbências do Ministério Público brasileiro, a “defesa dos interesses sociais”.

O indigitado dispositivo constitucional deve ser entendido como verdadeira norma de legitimação processual, auto-aplicável e com força normativa suficiente para legitimar o agente ministerial a tutelar direitos individuais homogêneos, desde que a lesão a estes perpetrada também comprometa interesses sociais.

Para o ilustre Ministro do STJ, não há como se sustentar que a referida norma careça de regulamentação pelo legislador ordinário. Assim sendo, mesmo que o comando do art. 127 da Constituição seja considerado uma norma genérica ou programática, não há como se negar que possua, em algum grau, eficácia e operatividade suficientes a legitimar o *parquet* a promover demanda em defesa de direitos individuais que, por via reflexa, também digam respeito ou afetem interesses da comunidade.

Para justificar a auto-aplicabilidade da indigitada norma, Zavascki cita o magistério de José Afonso da Silva, para quem “Não há norma constitucional alguma destituída de

eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação na ordem jurídica preexistente” (SILVA apud ZAVASCKI, p. 220).

Na mesma linha é o magistério de Hugo Nigro Mazzilli que, ao analisar o alcance da norma constitucional que atribui do *parquet* “a defesa do regime democrático”, faz interpretação valendo-se dos mesmos argumentos aqui despendidos

[...] não é correto entender que a norma constitucional que comete ao Ministério Público a defesa do regime democrático seria meramente programática e não teria eficácia alguma sem ser previamente regulamentada na ordem infraconstitucional. De um lado, norma constitucional alguma é desprovida de eficácia; assim, tratando-se de normas constitucionais, não só as de eficácia plena, como as de eficácia contida (parcial) ou limitada (potencial) como até mesmo as normas programáticas têm alguma carga de eficácia; essa eficácia naturalmente será maior ou menor, conforme o caso, mas sempre as normas constitucionais terão eficácia. Assim, Jorge Miranda com razão bem demonstrou a força imediata até de normas constitucionais programáticas: a) fazem cessar de imediato a vigência de normas anteriores que disponham de forma diferente; b) proibem de imediato a emissão de normas legais contrárias; c) proibem a prática de atos contrários a seus preceitos; d) fixam diretrizes para o legislador, provocando inconstitucionalidade por omissão ou por ação, em caso de afastar-se desses critérios; e) são eficazes dentro do sistema, integrando força interpretativa ao ordenamento (1998, p. 40).

Dessa forma, à semelhança da interpretação feita por Mazzilli à expressão “defesa do regime democrático” (que, diga-se de passagem, encontra-se no mesmo artigo da Constituição que ora se analisa), deve-se também ser entendida a parte final do comando do art. 127 que cuida da “defesa dos interesses sociais”, não havendo, portanto, que se falar em necessidade de regulamentação da mencionada norma pelo legislador infraconstitucional.

Ademais, o preceito constitucional do art. 127 assemelha-se, quanto à interpretação de sua extensão, ao disposto no art. 82, III do CPC, que atribui a obrigatória intervenção do Ministério Público nas demandas que em há “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. Observa-se que essa disposição da legislação processual, mesmo que genérica e relativamente indeterminada, é dotada de plena aplicabilidade nos domínios do processo civil.

Deveras, essa mesma interpretação que se faz ao disposto no dispositivo da legislação processual civil é de ser realizada no caso do art. 127 da Constituição, ou seja, nos dizeres de Zavascki (Ibidem, p. 221), “pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria”.

Dessa forma, caberá ao intérprete definir o exato alcance e sentido do que sejam “interesses sociais”. No dizer de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2000, p. 111), exige-se “a verificação, em cada caso concreto, da relevância social do objeto da demanda coletiva para o reconhecimento da legitimação do Ministério Público”

A despeito do termo “interesse sociais” constituir uma categoria jurídica de conteúdo aberto, assevera Zavascki que

Mesmo assim os contornos principais do conceito podem ser genericamente identificados no plano teórico, pelo menos para estabelecer os limites entre o que, com certeza, constitui e o que não constitui interesse social. Sob esse aspecto, é certo que (a) não constituem interesses sociais os meros interesses particulares nem mesmo os interesses da Administração Pública; e que (b) numa definição genérica, são interesses sociais aqueles cuja preservação e tutela o ordenamento jurídico consagra como importantes e indispensáveis não para pessoas ou entidades individualmente consideradas, mas para a sociedade como um todo, para o seu progresso material, institucional ou moral (2009, p. 222).

Sob essa perspectiva, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, transcendem a mera individualidade subjetiva que os caracteriza em essência, vez que passam a representar, não apenas a soma dos interesses de seus titulares, mas verdadeiros interesses da comunidade como um todo.

Nessas circunstâncias, e sob a ótica inversa, nos dizeres de Didier e Zanetti (2009, p. 334) “não serão simples direitos individuais, mas interesses sociais que se converteram, em razão da sua particular origem comum, em direitos individuais homogêneos”.

No entanto, conforme adverte Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2000, p. 111-112) não é “pelo simples fato de serem tratados numa dimensão coletiva, que os direitos individuais assumem relevância social”. Ou seja, vale ressaltar que imprescindível será a verificação, por parte do aplicador da norma, diante do caso concreto, da relevância social do objeto da demanda para que se reconheça a legitimidade do Ministério Público.

Zavascki, em síntese, assevera

É certo que os interesses sociais, assim entendidos aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento, não se confundem com os interesses das entidades públicas nem, simplesmente, com o conjunto de interesses de pessoas ou de grupos, mesmo quando tenham origem comum. Entretanto, há interesses individuais que, quando considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico. Tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa o Ministério Público está constitucionalmente legitimado (2009, p. 225).

Vale dizer, quando a lesão a certos direitos individuais homogêneos assumir tamanho grau de extensão, transcendendo os limites da pura individualidade e passando a representar verdadeiros interesses da comunidade como um todo, legitimado estará o Ministério Público, por conta do disposto no art. 127 da Constituição, a defendê-los, promovendo as medidas cabíveis para sua devida tutela jurisdicional.

A identificação do interesse social decorrente da lesão de direitos individuais homogêneos competirá tanto ao legislador (como, de fato, o fez nos casos das Leis 8.078/90, 7.913/89 e 6.024/74), quanto ao intérprete, caso a caso, mediante o preenchimento da cláusula constitucional do art. 127 à vista das peculiaridades do caso concreto¹⁰⁸.

Destaca-se assim o papel assumido pelo juiz no controle da legitimação do Ministério Público, quando este, mediante ação coletiva, esteja a defender interesses individuais homogêneos. Nesses casos, caberá ao julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, verificar, inclusive de ofício (art. 267, VI e §3º, art. 301, VIII e §4º do CPC), a presença do interesse social que legitime a atuação ministerial naquele caso específico (ZAVASCKI, 2009, p. 224).

Por conseguinte, não há como se admitir que o Ministério Público tutele interesses que são genuinamente privados, sem qualquer relevância social. Nesse sentido, ensina Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

¹⁰⁸ Utilizando-se dos ensinamentos de Didier e Zaneti (2009, p. 338-339), a legitimação pode se dar tanto *ope legis*, controlada e definida pelo legislador, como *ope judicis*, ou seja, verificada, mediante controle judicial, diante das circunstância do caso concreto, não se limitando, dessa forma, apenas às hipóteses autorizadas previamente pela lei.

Por suas próprias finalidades constitucionais, repita-se, apenas muito excepcionalmente pode ser admitida a legitimação do Ministério Público para defender interesses privados e disponíveis. Assim, v. g., não restando configurado o interesse social, não pode ser reconhecida a legitimidade do *Parquet* para proteger “interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado colégio”, em ações concernentes a mensalidades escolares, ou para perseguir indenização pelo desmoronamento de um prédio de classe média alta, como aconteceu no caso do Edifício Palace II (2000, p. 112-113)¹⁰⁹.

Portanto, não cabe ao Ministério Público patrocinar demandas coletivas, que versem sobre direitos individuais, pelo simples fato destes serem classificados como homogêneos por conta da sua comum origem. Isso porque interesses individuais homogêneos são significam, necessariamente, também interesses sociais.

A título de exemplos, transcreve-se a seguir alguns julgados nos quais se reconheceu a existência de relevante interesse social a legitimar a promoção de demanda coletiva pelo Ministério Público.

No âmbito do STF observa-se esse entendimento no RE n. 472.489-RS, no qual se reconheceu a legitimidade ativa do agente ministerial para promover demanda coletiva em favor dos segurados da previdência social, objetivando obter, em favor destes, certidão parcial de tempo de serviço cujo fornecimento fora recusado injustificadamente pelo INSS. O Relator do caso, Ministro Celso de Mello, manifestou-se em seu voto aduzindo o seguinte

¹⁰⁹ Em sua crítica, o autor faz referência às decisões proferidas nos REsp n. 6.583-6/MG e REsp n. 3.564-4/MG pelo STJ, e na AC n.15.076 julgada pelo TJ-RJ.

Tenho para mim que se revela inquestionável a qualidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública objetivando, em sede de processo coletivo – **hipótese em que estará presente “o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 127 ‘caput’ e CF 129 IX)”** (NELSON NERY JUNIOR, “O Ministério Público e as Ações Coletivas”, “in” “Ação Civil Pública”, p. 366, coord. por Édias Milaré, 1995, RT) -, **a defesa de direitos individuais homogêneos, porque revestidos de inegável relevância social**, como sucede com o direito de petição e o de obtenção em repartições públicas (CF, art. 5º, XXXIV), que traduzem prerrogativas jurídicas de índole eminentemente constitucional, ainda mais se analisadas na perspectiva dos direitos fundamentais à previdência social (CF, art. 6º) e à assistência social (CF, art. 203). Na realidade, o que o Ministério Público postulou nesta sede processual nada mais foi senão o reconhecimento – e conseqüente efetivação – do direito dos segurados da Previdência Social à obtenção da certidão parcial de tempo de serviço. Nesse contexto, põe-se em destaque uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, consistente no reconhecimento de que lhe assiste a posição eminente de verdadeiro “defensor do povo” (HUGO NIGRO MAZZILLI, “Regime Jurídico do Ministério Público, p. 224/227, item n. 24, “b”, 3ª ed., 1996, Saraiva, v.g), incumbido de impor, aos poderes públicos, o respeito efetivo aos direitos que a Constituição da República assegura aos cidadãos em geral (CF, art. 129, II), podendo, para tanto, promover as medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias, o que lhe permite a utilização das ações coletivas, como a ação civil pública, que representa poderoso instrumento processual concretizados das prerrogativas fundamentais atribuídas, a qualquer pessoa, pela Carta Política “ (...) **sendo irrelevante o fato de tais direitos, individualmente considerados, serem disponíveis, pois o que lhes confere relevância é a repercussão social de sua violação, ainda mais quando têm por titulares pessoas às quais a Constituição cuidou de dar especial proteção**” (fls. 534). (grifo nosso).

Também no âmbito da Suprema Corte, e adotando o posicionamento favorável à legitimidade do Ministério Público quando configurado também estiver o interesse social relevante, tem-se o julgamento dos EDcl. no AgRg. no RE n. 470.135-MT, cuja ementa do acórdão vai transcrita em parte

1. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. Ativa. Caracterização. Ministério Público. Ação civil pública. **Demanda sobre contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. Matéria de alto relevo social. Pertinência ao perfil institucional do MP.** Inteligência dos arts. 127 e 129, incs. III e IX, da CF. Precedentes. **O Ministério público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação.** [...] (STF, 2ª Turma, RE 470.135 AgR-ED, Rel Min. Cezar Peluso, DJ 29.06.2007). (grifo nosso).

Observa-se que, neste caso, bem como no anterior, os direitos que o *parquet* defendia eram direitos nitidamente individuais. No primeiro julgado, o direito de cada segurado da previdência social obter sua respectiva certidão de tempo de serviço. No segundo, direitos

relacionados a contratos de financiamento habitacional firmados junto à Caixa Econômica Federal. Veja-se que em ambas as hipóteses os titulares subjetivos desses direitos podem ser concretamente individualizados e determinados (segurado da previdência e mutuário contratante), nada impedindo, por isso, que viessem a postular em juízo, individualmente, os direitos por eles titularizados.

De outro giro, no Superior Tribunal de Justiça, também são encontrados alguns importantes julgamentos que, acolhendo a tese da relevância social da lesão ao direito como critério de legitimação do *parquet*, reconheceram, sob tal fundamento, a legitimidade do agente ministerial para defesa de direitos individuais

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – REGISTRO PROFISSIONAL NO CONSELHO DE MEDICINA VETERINÁRIA – EXAME. 1. Discute-se a legitimidade do Ministério Público Federal para demandar em Ação Civil Pública sobre as relações jurídicas constituídas pela Resolução n. 691/2001, editada pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária, que institui o Exame Nacional de Certificação Profissional. A Resolução impõe aos graduados de medicina veterinária a obrigação de realizarem o exame como condição prévia à obtenção do registro profissional no Conselho Regional. 2. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade ad causam do Ministério Público, seja para a tutela de direitos e interesses difusos e coletivos seja para a proteção dos chamados direitos individuais homogêneos, sempre que caracterizado relevante interesse social. **3. In casu, tanto a dimensão do dano e suas características como a relevância do bem jurídico a ser protegido determinam a atuação do Ministério Público (CDC, art. 82, § 1º).** 4. Não seria razoável esperar que todos os graduados e graduandos do curso de medicina veterinária ajuizassem ação própria para ver atendida igual pretensão. **A prevenção da proliferação de demandas individuais evidencia o interesse social.** A diminuição de causas com o mesmo objeto privilegia uma prestação jurisdicional mais eficiente, célere e uniforme. 5. O Ministério Público é legítimo para defender, por meio de ação civil pública, os interesses relacionados aos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Agravo regimental improvido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 938.951-DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 10-03-2010). (grifo nosso).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MP. LEGITIMIDADE. AÇÃO JULGADA. PROCEDENTE. CONFIRMAÇÃO DE LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. SENTENÇA EXTRA PETITA ANULADA COM RETORNO DO FEITO À ORIGEM E PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. LIMINAR REVIGORADA. - **O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses sociais homogêneos, de relevante interesse social, em contratos por adesão, como no caso, os contratos de arrendamento mercantil.** - A anulação da sentença que julgou procedente ação civil pública - com retorno do processo à origem - devolve o processo ao estado em que se encontrava antes da sentença, restaurando-se liminar então em vigor (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 627.495-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27-08-2007). (grifo nosso).

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO. ACESSO À JUSTIÇA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) AOS SEGUROS E ÀS ATIVIDADES EQUIPARADAS. EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA DE VIABILIZAÇÃO DOS OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. SOCIEDADES DE CAPITALIZAÇÃO. CAPTAÇÃO DE POUPANÇA POPULAR. "TELE SENA". PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ARTS. 3º, § 1º, 6º, VII e VII, 81, E 82 DO CDC. INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. DISTINÇÃO ENTRE RELEVÂNCIA SOCIAL OBJETIVA E RELEVÂNCIA SOCIAL SUBJETIVA. ART. 3º, §§ 1º e 2º, DO DECRETO-LEI 261/67. [...] 5. O acesso à Justiça não é garantia retórica, pois de sua eficácia concreta depende a realização de todos os outros direitos fundamentais. Na acepção que lhe confere o Estado Social, a expressão vai além do acesso aos tribunais, para incluir o acesso ao próprio Direito, ou seja, a uma ordem jurídica justa (= inimiga dos desequilíbrios e avessa à presunção de igualdade), conhecida (= social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva). 6. Se a regra do Ancien Régime era a jurisdição prestada individualmente, a conta-gotas, na sociedade pós-industrial, até por razões pragmáticas de eficiência e de sobrevivência do aparelho judicial, tem-se no acesso coletivo a única possibilidade de resposta à massificação dos conflitos, que se organizam em torno de direitos e interesses difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos (art. 81, do CDC). 7. Além de beneficiar as vítimas, que vêm suas demandas serem resolvidas de maneira uniforme e com suporte institucional, a legitimação ad causam do Ministério Público e das ONGs para a propositura de Ação Civil Pública prestigia e favorece o próprio Judiciário, que, por essa via, sem deixar de cumprir sua elevada missão constitucional, evita o dreno de centenas, milhares e até milhões de litígios individuais. 8. O CDC aplica-se aos contratos de seguro (art. 3º, § 2º), bem como aos planos de capitalização, atividade financeira a eles equiparada para fins de controle e fiscalização (art. 3º, §§ 1º e 2, do Decreto-Lei 261, de 28 de fevereiro de 1967). 9. O seguro, como outros contratos de consumo, pode ensejar conflitos de natureza difusa (p. ex., um anúncio enganoso ou abusivo), coletiva stricto sensu e individual homogênea. **10. A legitimação do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública, em defesa de interesses e direitos difusos e coletivos stricto sensu, é automática ou ipso facto e, diversamente, depende da presença de relevância social no campo de interesses e direitos individuais homogêneos, amiúde de caráter divisível.** 11. A indivisibilidade e a indisponibilidade dos interesses coletivos não são requisitos para a legitimidade do Ministério Público. 12. A relevância social pode ser objetiva (decorrente da própria natureza dos valores e bens em questão, como a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a saúde, a educação) ou subjetiva (afiorada pela qualidade especial dos sujeitos – um grupo de idosos ou de crianças, p. ex. – ou pela repercussão massificada da demanda). 13. Há relevância social na tutela dos interesses e direitos dos consumidores de Sociedades de Capitalização, grandes captadoras de poupança popular mediante remuneração, cuja higidez financeira importa à economia nacional, tendo por isso mesmo o Estado o dever de controlar "todas as operações" e de fazê-lo "no interesse dos portadores de títulos de capitalização" (arts. 1º e 2º, do Decreto-Lei 261/67). 14. Artificios engenhosos criados pela empresa de capitalização – como a ausência de cadastro atualizado de endereços dos subscritores, o que a impossibilitaria de notificá-los da premiação por sorteio da Tele Sena e, conseqüentemente, de entregar-lhes o que lhes é de direito – prejudicam não apenas as vítimas diretas da desconformidade de consumo, mas a própria higidez difusa do sistema de capitalização como um todo. 15. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a defesa judicial dos interesses dos consumidores de plano de capitalização (STJ, 2ª Turma, REsp 347.752-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJ 04.11.2009). (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VESTIBULAR. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE CONCESSÕES DE ISENÇÃO DE TAXAS PARA EXAME EM UNIVERSIDADES FEDERAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A jurisprudência desta Corte vem se sedimentando em favor da legitimidade ministerial para promover ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado (a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação, apenas para citar alguns exemplos) ou diante da massificação do conflito em si considerado. Precedentes. 2. Oportuno notar que é evidente que a Constituição da República não poderia aludir, no art. 129, inc. II, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só foi criada pela lei consumerista. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema e, adotando a dicção constitucional em sentido mais amplo, posicionou-se a favor da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para proteção dos mencionados direitos. 3. No presente caso, pelo objeto litigioso deduzido pelo Ministério Público (causa de pedir e pedido), o que se tem é pretensão de tutela de um bem divisível de um grupo: a suposta invalidade da limitação do número de concessões de isenção de taxas para exame vestibular de universidades federais em Pernambuco. **Assim, atua o Ministério Público em defesa de típico direito individual homogêneo, por meio da ação civil pública, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, a qual se justifica não só por dizer respeito à educação, interesse social relevante, mas sobretudo para evitar as inúmeras demandas judiciais (economia processual), que sobrecarregam o Judiciário, e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.** 4. Nesse sentido, é patente a legitimidade ministerial, seja em razão da proteção contra eventual lesão ao interesse social relevante de um grupo de consumidores ou da massificação do conflito. 5. Recurso especial provido. (STJ, 2ª Turma REsp 1.225.010-PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 15-03-2011). (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. DIREITOS INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS. 1. Falta ao Ministério Público legitimidade para pleitear em juízo o recebimento para particulares contratantes do DPVAT – chamado de seguro obrigatório – de complementação de indenização na hipótese de ocorrência de sinistro, visto que se trata de direitos individuais identificáveis e disponíveis, cuja defesa é própria da advocacia. 2. **O fato de a contratação do seguro ser obrigatória e atingir a parte da população que se utiliza de veículos automotores não lhe confere a característica de indivisibilidade e indisponibilidade, nem sequer lhe atribui a condição de interesse de relevância social a ponto de torná-la defensável via ação coletiva proposta pelo Ministério Público.** 3. Recurso especial provido. (STJ, 2ª Seção, REsp 858.056-GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 04/08/2008). (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 129, III, E LEI 8.078/90, ARTS, 81 E 82, I). CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. EXIGÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE PELO PODER PÚBLICO. 1. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor [...] (STJ, 1ª Turma, REsp 417.804-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 16-05-2005).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. RESÍDUO INFLACIONÁRIO. CONSTRUTORA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.- O Ministério Público Estadual tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição, como no caso, onde se discute acerca da cobrança, na vigência do Plano Real, de resíduo de correção monetária acumulada a cada período de 12 meses, além do reajuste da própria prestação, em contratos de promessa de compra e venda de imóvel celebrados pela construtora.- Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 4ª Turma, REsp 182.556-RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 20-05-2002).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL. **1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.** 2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual. 3. Recurso conhecido e provido. (STJ, 5ª Turma, REsp 95.347-SE, Rel. Min. Édson Vidigal, DJ 01-02-1999). (grifo nosso)

Daí se conclui que, somente quando os interesses individuais configurarem, mais do que a soma das situações particulares, verdadeiros interesses da comunidade coletivamente considerada, é que o Ministério Público estará legitimado a atuar, pois aí não mais se estará diante de simples interesses individuais, mas sim de verdadeiros interesses sociais.

Vale dizer, somente se legitima a atuação ministerial em defesa de direitos individuais homogêneos, com base no perfil constitucional da instituição, nos casos em que a tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais lesados coletivamente e a repressão do ato ilícito que lhe deu causa passam também a ser de interesse social.

CONCLUSÃO

A sociedade moderna caracterizou-se por uma profunda alteração no quadro dos direitos tradicionalmente conhecidos, cuja titularidade até então somente era atribuída ao indivíduo em sua expressão singular. Novas relações sociais e econômicas dão ensejo ao surgimento de uma nova categoria de direitos, ligada a grupos menos precisos de pessoas e marcada pela nota da transindividualidade.

Essa nova categoria de direitos costuma-se tratar, sob a ótica do fenômeno histórico-cronológico de reconhecimento dos direitos fundamentais, como “direitos de terceira geração”, vez que transcendem a figura do homem-indivíduo enquanto seu titular e passam a vincular segmentos sociais globalmente considerados.

Tal fenômeno da “coletivização” dos direitos não passa despercebido pela ciência processual civil que, no intuito de conferir-lhes adequada tutela e proteção, modifica o tradicional modelo de processo enquanto meio para dirimir conflitos tipicamente individuais. Assim, surgem novos institutos e mecanismos processuais objetivando adequadamente tutelar os direitos coletivos emergentes.

Nesse sentido, verifica-se na experiência norte-americana um notável avanço com a utilização do modelo das *class action*, que passa a permitir que um único membro de determinada classe defenda, em uma única demanda, direitos pertencentes a todos os componentes do grupo. Supera-se, com isso, o paradigma individualista que até então era a base de todo sistema, o qual somente permitia que o titular do direito subjetivo, individualmente, viesse a postulá-lo em juízo.

No ordenamento jurídico brasileiro a experiência com as ações coletivas somente veio a se desenvolver ao final do século XX. O “atraso” do legislador brasileiro quanto ao trato do tema das ações coletivas deveu-se ao fato de o nosso sistema jurídico ser calcado, sobretudo, na ideologia patrimonial e individualista do Código Civil de 1916, não admitindo nenhuma espécie de tutela cível de direito não-individual.

A mudança desse paradigma individualista vai ocorrendo gradativamente com o passar do século XX. Nesse sentido, a principal alteração vem a acontecer, após árduo trabalho da doutrina nacional, com o advento da Lei n. 7.347/85, que institui a ação civil pública enquanto

instrumento processual apto a tutelar direitos transindividuais (como o meio ambiente e o patrimônio histórico, por exemplo). Logo após é promulgada a Constituição Federal de 1988 que, prevendo em seu bojo diversos direitos transindividuais (bem como alguns instrumentos para sua proteção), consolida a abertura do sistema para as tutelas coletivas. Nessa linha, destaca-se também o posterior surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que, em sua parte final, estabelece diversas inovações nos domínios do processo coletivo, complementando, reciprocamente, a anterior Lei da Ação Civil Pública. Com todas essas modificações, ganha espaço e identidade próprios um subsistema de processo coletivo.

Destaca-se, dentre uma das novidades estabelecidas pelo CDC, a tentativa que se fez de classificar os direitos transindividuais. Dessa forma, aparecem como direitos transindividuais (marcados pela nota da indeterminabilidade de seus titulares e invisibilidade do seu objeto) os difusos e os coletivos *stricto sensu*. Esses não podem ser confundidos com os direitos individuais homogêneos, que são, em essência, direitos subjetivos individuais pertencentes a diversos titulares determinados, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, fato que lhes confere afinidade suficiente para permitir sua tutela de forma coletiva segundo o procedimento especial previsto na legislação de consumo. Trata-se, pois, de uma “ficção jurídica” criado pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor, com vistas a conferir, por razões de economia processual e acesso à justiça, tratamento global a direitos individuais semelhantes decorrentes de origem comum.

Da mesma forma, também não se pode confundir os mecanismos processuais destinados a tutelar tais categorias: os direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*) são tutelados tipicamente por meio de ação civil pública, ao passo que os individuais homogêneos (por constituírem categoria ontologicamente diversa daquela) o são por meio da ação civil coletiva de condenação genérica prevista a partir do art. 91 do CDC.

Vale dizer, são diversas as formas, bem como as técnicas processuais, de tutelar direitos transindividuais ou coletivos (ação civil pública), das formas de tutelar, de forma coletiva, direitos individuais (ação civil coletiva).

Nos domínios do processo coletivo, vislumbra-se com acentuado relevo a atuação do Ministério Público, seja na sua forma resolutiva (atuando preventivamente, inserido na comunidade, para pacificação social, inclusive compondo extrajudicialmente conflitos) ou na sua forma demandista (enquanto agente processual perante o Poder Judiciário).

Quanto a esta última, destaca-se a postura assumida pelo *parquet* enquanto legitimado ativo para propositura de ações coletivas. Isso se deve às próprias funções institucionais que lhe são atribuídas pela Constituição, quais sejam, a de tutelar a ordem jurídica e os interesses sociais e coletivos, estando assim também legitimado a, nessa condição de defensor da sociedade, promover em juízo as demandas correspondentes.

Logo, o agente ministerial fica amplamente legitimado a defender, por meio de ação civil pública, aqueles mencionados direitos transindividuais (nos quais se incluem os difusos e coletivos *scritto sensu*). Portanto, por conta de suas próprias funções e incumbências dispostas no texto constitucional, o Ministério Público legitima-se enquanto autor para tutelar, em regime de substituição processual, os direitos transindividuais.

Todavia, é mais restrita a sua legitimação no que tange à defesa dos direitos individuais homogêneos, uma vez que estes não são direitos transindividuais.

Não merece prosperar o entendimento segundo o qual o *parquet* também estaria amplamente legitimado a tutelá-los. Isso porque os direitos individuais homogêneos, conforme ressaltado alhures, são, em verdade, direitos essencialmente individuais (ou, a *contrario sensu*, acidentalmente coletivos). Vale dizer, os individuais homogêneos não constituem uma nova e especial categoria de direitos que poderiam ser também classificados como coletivos. Em verdade, trata-se de direitos subjetivamente individuais que, quando visualizados na perspectiva da sua origem comum e da sua homogeneidade, podem receber tratamento coletivo em juízo por algum dos legitimados pelo art. 82 do CDC.

Contudo, observa-se que a despeito do Ministério Público constar expressamente no mencionado rol, tal fato não lhe confere, por si só e automaticamente, legitimidade para propositura dessas ações coletivas, uma vez que é imprescindível que sempre se analise a atuação do *parquet* tendo em conta as funções que lhe são confiadas pelo texto constitucional. Não cabe ao Ministério Público bater-se em defesa de todos e quaisquer direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos. Isso porque há um limitador implícito na legitimação ministerial, decorrente de seu perfil constitucional (art. 127 da CF) e que delimita a finalidade e o âmbito de suas atribuições.

Deve-se buscar no art. 127 da Constituição o fundamento para se atribuir legitimidade para que o Ministério Público defenda em juízo direitos individuais homogêneos. É

indispensável, pois, que haja conformidade entre o objeto da demanda e os valores jurídicos previstos na mencionada normal.

Nesse sentido, o supracitado dispositivo constitucional, notadamente em sua parte final, que dispõe ser uma das incumbências da instituição a “defesa dos interesses sociais”, deve ser entendido como verdadeira norma de legitimação processual.

Destarte, não deve prevalecer a tese segundo a qual a indigitada norma seria desprovida de eficácia, dependendo de regulamentação pelo legislador ordinário (o que equivaleria dizer que a legitimidade do Ministério Público, nesses casos, somente se autorizaria se prevista expressamente na legislação infraconstitucional, como ocorre nos casos do CDC, da Lei n. 6.024/74 e da Lei n. 7.913/89).

Em verdade, a norma vazada no art. 127 da Constituição Federal detém sim auto-aplicabilidade, uma vez que toda norma constitucional (mesmo que genérica ou programática) está apta a produzir efeitos jurídicos, pois deve sempre ser observada por seus destinatários, sob pena de se afrontar à própria Carta Magna.

Vale dizer, podem-se questionar os limites e a extensão do preceito (no caso, “interesses sociais”), mas não sua aptidão para gerar eficácia, produzir efeitos e vincular, em maior ou menor grau, seu intérprete, o legislador, o juiz e todos os demais destinatários.

Partindo-se desse pressuposto, de que a norma do art. 127 é auto-aplicável, conclui-se que está o Ministério Público legitimado a se utilizar dos meios e instrumentos processuais destinados a tutelar “interesses sociais”.

Daí que, quando a lesão a certos direitos individuais (globalmente considerados), comprometer também direitos ou interesses subjacentes da comunidade (ou seja, o próprio interesse público primário), legitimado estará, constitucionalmente, o Ministério Público a defendê-los, visto que aí não se trata mais de meros direitos subjetivos individuais, mas sim de direitos individuais que, considerados em seu conjunto, dizem respeito a interesses sociais privilegiados pelo ordenamento jurídico, para cuja defesa, vale repetir, está o *parquet* incumbido.

Portanto, caberá ao intérprete a função de identificar, à vista da situação concreta, casuisticamente, a presença do interesse social a legitimar a atuação do Ministério Público em defesa de direitos individuais homogêneos.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei complementar n. 75 de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei complementar n. 76 de 6 de Julho de 1993**. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

BRASIL. **Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei n. 5.478 de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei n. 6.024 de 13 de março de 1974**. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras e dá outras providências. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei n. 7.913 de 7 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores do mercado de valores mobiliários. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei n. 8.625 de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. **Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Vade Mecum. Coordenação de Nylson Paim de Abreu Filho. 5. ed. Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 163.231-SP**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 29 de jun. de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 195.056-PR**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 17 de nov. de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 470.159-RS**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 29 de jun. de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no Recurso Extraordinário n. 472.489-RS**. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de ago. de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 219.673-SP**. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, DF, 14 de out. de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 347.752-SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 04 de nov. de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 627.495-DF**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 27 de ago. de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 637.332-RR**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de dez. de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 938.951-DF**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 10 de mar. de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.005.587-PR**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 14 de dez. de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.225.010-PE**. Relator: Ministro Mauro Campbell, DF, 15 de mar. de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 858.056-GO**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, DF, 04 de ago. de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 417.804-PR**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, DF, 16 de mai. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 182.556-RJ**. Relator: César Asfor Rocha, DF, 20 de mai. de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 95.347-SE**. Relator: Édson Vidigal, DF, 01 de jan. de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. vol. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. (v.4) 4. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 10. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação civil pública: lei 7.347/1985-15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público**. São Paulo: LTr, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. Ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Curso de processo civil: v.1. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **O acesso à justiça e o ministério público**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 15. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação civil pública e a língua portuguesa**. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação civil pública: lei 7.347/1985-15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

SANSEVERINO, Milton. **Interesse público e ministério público no processo civil: breves reflexões**. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCARTEZZINI, Ana Maria. **Ação Civil Pública**. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações Sobre as Ações Coletivas no Brasil – Presente e Futuro**. *Revista Jurídica*, Rio Grande do Sul: ano 58, n. 393, jul/2010. p. 11-26.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.