

## A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos (\*)

MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVÊA (\*\*)

1. Apresentação. 2. A tese da ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil coletiva, quando os interesses versados não são 'indisponíveis'. 3. A inspiração da ação civil coletiva no direito processual comparado. 4. A defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais como fundamento para a legitimidade do Ministério Público. 5. Em que sentido os direitos individuais homogêneos são, de fato, interesses indisponíveis. 6. O entendimento jurisprudencial. 7. A legitimidade em sede de interesses de contribuintes. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

### 1. Apresentação

A reconstrução democrática do Brasil coincide com o florescimento da função promocional do Ministério Público. A derrocada do Estado autoritário constituiu momento propício para que as novas concepções da tarefa ministerial, forjadas gradualmente desde a década de sessenta, encontrassem eco nos reclamos libertários da sociedade brasileira, sensibilizando o legislador – e, posteriormente, o constituinte – para a elaboração de leis que consagravam este Ministério Público ímpar, de funções que em muito transcendiam as de seus congêneres estrangeiros.

Embora décadas antes já se desenhasse uma reformulação do perfil institucional do *Parquet*, os anos oitenta foram responsáveis pela implementação desta mudança. Datam do período a primeira lei orgânica da Instituição (Lei Complementar nº 40/81), a primeira lei a atribuir ao Ministério Público legitimidade para pleitear indenização por violação a interesses transindividuais (Lei nº 6.938/81, que regula a Política Nacional de Meio Ambiente) e a Lei da Ação Civil Pública; em 1988, a nova Constituição da República veio coroar este processo, revelando-se um verdadeiro divisor de águas na história do *Parquet* brasileiro.

(\*) O presente estudo obteve o primeiro lugar no "Concurso de Ensaios Jurídicos – Prêmio Luiz Carlos Caffaro", promovido pela FEMPERJ e pelo CEJUR.

Inobstante os inegáveis e profundos avanços ocorridos em outras esferas <sup>(1)</sup>, foi no campo dos interesses transindividuais que este período de transformação se mostrou mais profícuo, sobretudo diante do ineditismo das funções atribuídas ao Ministério Público, sem paralelo em outros ordenamentos.

Como é cediço, o principal veículo de resguardo dos interesses transindividuais é a ação civil pública, instrumento processual instituído pela Lei n° 7.347/85, destinado à tutela de interesses difusos, coletivos e, a partir de modificação introduzida pela Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), inspirada nas *class actions* norte-americanas, também dos direitos individuais homogêneos. Situações jurídicas transindividuais, que anteriormente não possuíam meio adequado de tutela processual, tornaram-se sindicáveis através de ações movidas pelo Ministério Público, por associações e órgãos públicos especificamente destinados a tal fim. A este respeito, vale observar que, inobstante a legitimação concorrente, o Ministério Público, concretamente, integra o pólo ativo de mais de noventa por cento destas ações <sup>(2)</sup>.

A Constituição de 1988 referiu-se à ação civil pública em seu art. 129, III. Neste dispositivo, incumbiu o Ministério Público de instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública “para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Rompendo com o sistema originário de enumeração *numerus clausus*, o Texto Maior viabilizou a propositura de ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses.

A ênfase conferida pela Constituição à defesa dos interesses transindividuais inspirou uma série de mudanças de ordem prática. Verifica-se que quase todos os Estados da Federação, ao longo da última década, criaram Promotorias de Justiça especializadas em defesa de interesses transindividuais – consumi-

---

<sup>(1)</sup> Durante a década de oitenta, sobretudo com a entrada em vigor da Lei Complementar n° 40/81, restou definitivamente superada (a despeito de algumas recentes tentativas de ressuscitá-la, imediatamente ceifadas pelo Excelso Pretório) a corrente que defendia a possibilidade de o juiz, eventualmente, nomear promotor ad hoc. Os anos oitenta marcaram ainda o fim de uma concepção de *promotor de acusação*, contrapartida mecânica do advogado de defesa, substituída pela de *Promotor de Justiça*, preocupado acima de tudo com o bem-estar da sociedade e com a justiça e, desta forma, livre de qualquer constrangimento para, ao final do processo penal, diante de provas que o aconselhem, requerer a absolvição do réu.

Saindo da esfera penal e adentrando ao campo das prerrogativas institucionais, a década de oitenta, com ainda mais motivos, pode ser qualificada de revolucionária. A Constituição de 1988, entre outras tantas disposições fundamentais, consagrou uma série de prerrogativas, garantias e vedações que vieram a conferir prestígio e autonomia à Instituição; alargou o campo de suas funções institucionais ao mesmo tempo em que retirou do Ministério Público deveres que não lhe diziam respeito (tal qual a defesa de entes públicos), e estabeleceu um mandato para o Procurador-Geral, escolhido dentre os nomes indicados pela classe.

<sup>(2)</sup> Este o número obtido em levantamento efetuado entre curadores de meio ambiente de todo o Brasil (cf. RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR, “Evolução Institucional do Ministério Público”, in Antonio Augusto M. de Camargo Ferraz (coord.), *Ministério Público – Instituição e Processo*, Atlas, 1997). Pesquisa organizada pelo Prof. PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO, que integra sua Tese de Titularidade em Direito Processual Civil perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, dá conta de números menos impressionantes, mas que ainda assim apontam para a indiscutível primazia da Instituição no ajuizamento das ações civis públicas.

dores, meio ambiente, patrimônio público, infância e juventude, deficientes físicos etc. As ações civis públicas, tão exíguas até 1988, sofreram um impulso considerável a partir da Constituição e da Lei nº 8.078/90.

O Promotor de Justiça, perante a sociedade, passou a ser identificado com a concretização de políticas públicas: de segurança; de atendimento a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência; de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico e cultural; de salvaguarda do Erário e da moralidade administrativa; de defesa do consumidor, da família e dos hipossuficientes. Sua atuação não consiste mais na mera reafirmação burocrática do *status quo*; nas mais diferentes arenas, passa a ser uma atuação orientada finalística e estrategicamente, tendo sempre a Lei – e, primordialmente, a Constituição – como instrumento para atingimento de seus objetivos.

Esta **função promocional** do Ministério Público, ao contrário do que apressadamente poder-se-ia conceber, de modo algum significa a obsolescência do antigo perfil do Promotor de Justiça, devotado a questões criminais. Muito apropriadamente, certos autores já salientaram que a velha dicotomia entre as atuações do Ministério Público no âmbito criminal e no âmbito cível afigura-se ultrapassada<sup>(3)</sup>. Ao invés de uma opção entre o Promotor criminal e o Promotor cível, o que se pretende é que a Instituição saiba manejar todos os instrumentos de que ora dispõe, com vistas ao atingimento de seu fim institucional de defesa da sociedade.

Sensíveis a isto, os Ministérios Públicos de diversos Estados da Federação já reformularam sua organização, de modo a que o mesmo órgão que cuida da defesa cível de um direito transindividual (p. ex., uma Promotoria de Defesa do Consumidor) seja responsável, também, pelos inquéritos policiais e ações penais concernentes à matéria. Destarte, sem qualquer prejuízo para a independência funcional, logra-se manter, por trás das diferentes formas de atuação ministerial, uma unidade de estratégia. A especialização dos órgãos do Ministério Público deixa, progressivamente, de basear-se no instrumento jurídico que será utilizado para adotar como critério o interesse material que se visa a resguardar, através dos diversos meios processuais e extraprocessuais pertinentes.

O motor que leva à articulação do presente ensaio é, justamente, o intuito de contribuir para o fortalecimento desta Instituição renovada. Diversas pesquisas e a prática profissional têm demonstrado que as ações civis públicas, instrumentos imprescindíveis da ação promocional do *Parquet*, têm apresentado índices de extinção sem julgamento do mérito excessivamente altos. Tal fenômeno atinge, sobretudo, as ações civis *coletivas*, modalidades de ação civil pública destinadas à tutela dos interesses individuais homogêneos, e deve-se à

<sup>(3)</sup> Neste diapasão, PAULO SÉRGIO CORNACCHIONI, 'Uma Visão Crítica (e Autocrítica) da Dicotomia Cível-Criminal', in Antonio Augusto M. de Camargo Ferraz (coord.), *Ministério Público – Instituição e Processo*, Atlas, 1997), pp. 269 e ss.

vulgarização, em certos meios doutrinários e judiciários, da tese de que o Ministério Público não se encontraria legitimado para sua propositura.

## 2. A tese da ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil coletiva, quando os interesses versados não são "indisponíveis"

Alguns órgãos do Poder Judiciário, sensibilizados pela argumentação expendida por certos doutrinadores – alguns dos quais de renome incontestável – têm acolhido a tese de que o Ministério Público não pode titularizar a ação civil coletiva, ou seja, a ação civil pública destinada à tutela de interesses individuais homogêneos <sup>(4)</sup>.

Antes de aprofundar tal discussão, insta tecer algumas considerações quanto à tipologia dos interesses perseguíveis por intermédio da ação civil pública (tipologia que, a despeito de figurar na lei protetiva dos consumidores, aplica-se à generalidade das ações civis públicas, por força do art. 21 da Lei nº 7.347/85).

Nos termos do art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, os interesses ou direitos tuteláveis através da ação civil pública compreendem:

“ I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, 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;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Impende salientar que um mesmo fato – a existência de uma cláusula contratual nula, por exemplo – pode ensejar o surgimento de uma pretensão difusa, coletiva e individual homogênea. É equivocado supor que a classe do direito – difuso, coletivo ou individual homogêneo – decorre automaticamente de características intrínsecas ao ilícito praticado. Aferir se o direito sindicado é difuso, coletivo ou individual homogêneo exige observar, antes de mais nada, o **pedido** formulado: assim, diante de uma cláusula contratual abusiva, pode-

<sup>(4)</sup> STJ: REsp nº 57.465-PR, 35.664-0-MG; TJSP: AC nº 196.206-1, 169.496-1/0; TAMG: EIAC nº 136.210-1/01; TJPR: AC nº 53.111-5; TJDF: AC nº 35.391/95 (*apud* MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Fabris, 1998, p. 201. Na mesma obra, são citados diversos acórdãos do STJ favoráveis à legitimidade do *Parquet*: REsp nº 38.175-2/MG/95, 39.767-0/MG, 49.272-6/RS/94, 70.997/SP/95, 28.715-0/SP/94, 50.059-1/MG/95, 68.141-3/RO/95).

se pedir a veiculação de contrapropaganda (direito difuso, cujos beneficiários são todas as pessoas que, direta ou indiretamente, tiverem acesso àquela informação), a declaração de nulidade da cláusula (direito coletivo, titularizado pelo grupo de clientes que celebraram o prefalado contrato), ou ainda a condenação do fornecedor infrator ao ressarcimento dos consumidores lesados (direito individual homogêneo) <sup>(5)</sup>.

Ao presente estudo releva, em especial, a ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos – que o art. 91 do Código denomina, especificamente, *ação civil coletiva*. Para o ajuizamento desta ação, o Código legitimou o Ministério Público (art. 92; art. 82, I), sendo certo que outros atores processuais – entes de direito público interno, órgãos da administração pública destinados à defesa de direitos transindividuais, associações *etc.* – também poderão promovê-la (art. 82, II a IV). Vale ressaltar que, no tocante à legitimidade ministerial, esta foi repisada na Lei nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – que preceitua:

“Art. 25. 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; [...]”

Apesar de a previsão da legitimidade nestes dispositivos legais não aludir expressamente a qualquer restrição, permanece influente a tese de que o *Parquet* somente pode ajuizar a ação civil coletiva para salvaguarda de direitos individuais homogêneos *indisponíveis*. Os defensores deste ponto de vista baseiam-se, em primeiro lugar, na redação algo dúbia da legislação orgânica, que alude a direitos “individuais **indisponíveis** e homogêneos”.

O argumento mais forte invocado pelos opositores da legitimidade do Ministério Público procura depreender esta limitação da própria configuração institucional delineada no Texto Maior. O art. 129, III da Constituição, ao cuidar da tarefa de promover a ação civil pública, não menciona os direitos individuais homogêneos. A legitimidade legalmente conferida, diante disto, somente poderia ter, por fundamento de validade, a regra insculpida no art. 129, IX, que permite ao legislador ordinário cometer ao Ministério Público outros afazeres,

<sup>(5)</sup> Cf. NELSON NERY JUNIOR, “O Ministério Público e sua Legitimação para a Defesa do Consumidor em Juízo”, in *Justitia*, 51 (160), out./dez. de 1992, p. 245.

desde que consentâneos com seus fins institucionais. Entretanto, o *caput* do art. 127, ao rascunhar as finalidades do *Parquet*, ter-lhe-ia conferido a defesa dos direitos individuais *indisponíveis*; destarte, apenas os direitos individuais homogêneos que atendessem a este requisito de indisponibilidade poderiam ser tutelados por iniciativa do Ministério Público.

Esta tese recebeu a adesão de figuras preeminentes do cenário jurídico nacional, como, por exemplo, HUGO NIGRO MAZZILLI, que assim se manifestou:

“Na ação civil pública ou coletiva, em defesa do consumidor, a atuação do Ministério Público deverá levar em conta o tipo de interesse e o tipo de pedido.

Tratando-se da defesa de interesses difusos, pela abrangência dos interesses, a atuação do Ministério Público sempre será exigível. Já na matéria de interesses coletivos e interesses individuais homogêneos o Ministério Público atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano (mesmo o dano potencial); b) seja ácentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico.

Assim, se a defesa de um interesse, ainda que apenas coletivo ou individual homogêneo, convier direta ou indiretamente à coletividade como um todo, não se há de recusar ao Ministério Público de assumir sua tutela. Quando, porém, se tratar de interesses coletivos ou individuais homogêneos, de pequenos grupos, sem característica de indisponibilidade nem suficiente abrangência social, pode não se justificar a iniciativa do Ministério Público.

Por fim, na defesa de interesses estritamente individuais, dos consumidores, raramente se justificará a iniciativa da instituição.

A atuação do Ministério Público em defesa de interesses individuais de consumidores poderá ocorrer quando a questão diga respeito à questões de saúde, educação e outras matérias indisponíveis ou de grande relevância social.”<sup>6)</sup>

Secundando o entendimento desta parcela da doutrina, alguns acórdãos foram prolatados na direção da ilegitimidade ministerial. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da 7ª Câmara Cível, houve por bem

<sup>6)</sup> *A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo*, Saraiva, 1995, pp. 115 a 117.

excluir o Ministério Público do pólo ativo de ação civil pública destinada à reparação das vítimas do desabamento do Edifício Palace II; em alguns Estados, foram extintas ações que objetivavam a restituição de taxas de iluminação pública indevidamente auferidas por Municipalidades; noutros, foram extintas ações que pleiteavam a reposição de descontos por encargos abusivos previstos em contratos bancários. O próprio STJ, conforme será analisado pormenorizadamente adiante, demonstra posicionamento algo dúbio acerca do tema.

Afora a importância de cada uma destas ações caso fossem acolhidas, há de se ressaltar o custo social de toda a investigação que a precede – lotação do Promotor de Justiça e de funcionários no órgão que a ajuíza, papel, correspondências, tinta *etc.* Torna-se imperioso, diante de todo o proveito prático que poderia advir do julgamento destas ações, bem como de todos estes recursos humanos e materiais mobilizados, precisar exatamente se estas ações são ou não cabíveis, à luz das leis e da Constituição. Esta a tarefa a que se propõe a presente digressão.

Enquadrar a titularidade da ação civil coletiva entre as tarefas institucionais do Ministério Público exige, antes de mais nada, clarificar a importância desta ação dentro do direito processual contemporâneo. Impõe-se, assim, um breve relato acerca da inspiração da ação civil coletiva brasileira.

### 3. A inspiração da ação civil coletiva no direito processual comparado

A ação civil coletiva, modalidade de ação civil pública dirigida à defesa dos interesses individuais homogêneos, foi instituída a partir da constatação de que o direito processual clássico não fornecia remédios adequados a solucionar litígios envolvendo interesses de grupos de pessoas. Do ponto de vista do Poder Judiciário, estes interesses coletivos, para serem compostos, acarretavam (e ainda acarretam) uma enxurrada de ações que, entulhando a Justiça, tornavam sua atuação mais morosa e onerosa; ademais, davam margem a decisões conflitantes, o que ia de encontro à necessária igualdade entre os jurisdicionados. Do ponto de vista do cidadão, fazia com que este tivesse de dispendir um tempo enorme em tratativas com advogados, ou aguardando ser atendido pela assistência judiciária gratuita. Enfim, o tratamento processual tradicionalmente conferido a essa espécie de interesses se mostrava absolutamente inadequado. Frise-se ainda que certos atos ilícitos, prejudicando minimamente os patrimônios individuais mas atingindo grande monta quando globalmente considerados, ficavam na prática a salvo de qualquer impugnação judicial, já que, sopesando custos e benefícios, o lesado terminava por conformar-se à agressão a seu direito. Evidenciou-se assim, na esteira do movimento por acesso à justiça, a necessidade de criar-se um remédio processual capaz de proporcionar efetividade na tutela dos interesses patrimoniais lesionados em massa, sem aqueles inconvenientes acima mencionados.

Já no século XVII o Reino Unido contava com uma modalidade de ação civil coletiva, que viria a ser estendida aos demais países da *Commonwealth* – notadamente Canadá, Nova Zelândia e Austrália. Atualmente, países europeus de tradição romano-germânica também contam com instrumentos destinados à proteção molecular de direitos individuais homogêneos<sup>(7)</sup>. Inobstante a primazia britânica e a ulterior disseminação por todo o mundo, foi nos Estados Unidos que tal instrumento processual mais se desenvolveu, sob a forma das *class actions*.

Um dos maiores defensores da ação coletiva nos Estados Unidos foi, ainda na primeira metade do século passado, o *Justice Story*, da Suprema Corte. No curso do voto proferido no caso *West vs. Randall*, em 1820, *Story* realizou uma vasta digressão acerca da ação coletiva, identificando certos casos em que as cortes deveriam reconhecer, sem a necessidade de litisconsórcio expresso, a representação dos ausentes pelo autor coletivo:

“Onde as partes são muito numerosas e a corte percebe que será quase impossível trazê-las perante o tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação dos direitos e interesses de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os outros interessados; o pedido para formação de litisconsórcio necessário deverá ser repellido e o tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão de mérito.”<sup>(8)</sup>

Inspirada pelos votos e estudos de *Story*, em 1845 a Suprema Corte promulgou a *Equity Rule 48*, compilação de práticas processuais que consagravam a tutela coletiva. Atualmente, as *class actions* são reguladas pela regra 23 do Código Federal de Processo Civil.

Desde que surgiu a *class action*, um de seus aspectos mais discutidos, senão o mais discutido, é o da titularidade ativa. O que distingue a ação coletiva do litisconsórcio ativo é, justamente, o fato de que terceiros são atingidos pela sentença, mesmo que não manifestem expressamente o propósito de ingressar com uma ação. Surge, assim, a questão: como se explica que estas pessoas possam, eventualmente, ser prejudicadas pela eventual improcedência de uma ação que não moveram? Não se deve reconhecer ao titular do direito lesionado a prerrogativa de escolher seu advogado, sua estratégia processual, o momento da

<sup>(7)</sup> *Apud* MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL, *op. cit.*, pp. 139 e ss.

<sup>(8)</sup> *Op. cit.*, p. 150.

propositura da ação, e até mesmo se pretende, efetivamente, recorrer às vias judiciais para ver seu direito reconhecido?

Desde meados do século passado, a jurisprudência e as leis norte-americanas se preocupam em evitar que o titular do direito tutelado seja prejudicado por ações coletivas mal formuladas. Para tanto, socorreram-se do conceito de representatividade adequada, pelo qual passava-se a exigir do autor coletivo algumas condições para que fosse possível o conhecimento da *class action*. Atualmente, nos termos da regra 23(b)(3), exige-se que sejam intimados todos os membros identificáveis da classe tutelada, mas não para que concordem com sua inclusão no pólo ativo (hipótese em que a ação se tornaria uma espécie de litisconsórcio ativo), e sim para que, caso o desejem, requeiram sua exclusão (sistema *opt out*).

Mesmo considerando que a presunção é de inclusão, havendo necessidade da expressa solicitação do titular do direito para que seu nome seja excluído do rol de atingidos pela ação coletiva, muitas críticas são dirigidas a esta necessidade de notificação. Na prática, o que se tem constatado é que poucas vezes os beneficiários da tutela coletiva expressam sua discordância com a inclusão na *class action*, o que torna a providência inútil. Além disso, muitas associações de menor porte não têm como arcar com o ônus destas notificações.

No que toca mais diretamente à presente exposição, vale salientar que, quando alguma entidade pública é autora, fica dispensada de notificar os interessados. Presume-se, nesta hipótese, a representatividade adequada.

Constata-se, assim, que a defesa molecular dos interesses individuais homogêneos constitui uma necessidade percebida mundialmente, da qual o Brasil não pode permanecer afastado. Aliás, é importante enfatizar que nosso país conta com uma das legislações mais avançadas acerca deste tema, havendo encontrado soluções próprias e claras para certos problemas que ainda hoje intrigam os processualistas estrangeiros, como a representatividade adequada e o *fluid recovery* (destinação subsidiária da condenação, na hipótese de não ser promovida a execução pelos interessados).

Traçado este breve panorama da ação coletiva no direito comparado, há que se retornar à questão da legitimidade do Ministério Público para promovê-la, no Brasil. Será demonstrado, num primeiro momento, que a legitimidade do *Parquet* não depende exclusivamente da existência de interesses *indisponíveis*, devendo-se levar em consideração a *defesa da ordem jurídica* e dos *interesses sociais*, bem como a regra residual do art. 129, IX, da Constituição. Em segundo lugar, será visto que os direitos individuais homogêneos constituem um grupo de direitos decomponíveis em dois momentos normativos, sendo que apenas o primeiro destes, efetivamente indisponível, é objeto da tutela coletiva. Finalmente, serão analisadas a jurisprudência e a doutrina mais autorizada acerca do tema, conferindo-se especial atenção a brilhante acórdão, da lavra do eminente Min. **Maurício Corrêa**, que corretamente identifica os direitos individuais homogêneos como conseqüências dos *direitos coletivos*, cuja persecução o art. 129, III do Texto Maior confere ao *Parquet*, sem traçar qualquer restrição no

que concerne à indisponibilidade dos interesses individualmente considerados.

#### 4. A defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais como fundamento para a legitimidade do Ministério Público

Conforme já explanado, diante da cláusula final do art. 127 da Constituição brasileira, alguns doutrinadores e juízes manifestaram o entendimento de que a legitimidade do *Parquet*, quanto aos direitos individuais homogêneos, restringir-se-ia àqueles de caráter indisponível. De plano, este argumento esbarra em uma perplexidade: se os direitos individuais homogêneos são sempre direitos patrimoniais, como poderiam alguns deles ser considerados, em termos rigorosos, direitos *indisponíveis*? Na condição de direitos de crédito, serão sempre suscetíveis de renúncia. Se a ação civil coletiva limita-se sempre aos direitos indisponíveis, então será sempre inconstitucional, não se justificando a ressalva quanto à indisponibilidade.

Sustentam alguns que os direitos individuais homogêneos referentes a mensalidades escolares, por exemplo, seriam exceção, já que dizem respeito à educação, direito indisponível. Ora, embora a educação, em si mesma, afigure-se inegavelmente um direito indisponível – o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é reconhecido, em sede constitucional (art. 208, § 1º), como *direito público subjetivo*, e os teóricos dos direitos fundamentais reconhecem no ensino fundamental um direito inerente à dignidade da pessoa humana<sup>(9)</sup> – as mensalidades escolares decerto não o são. A própria Medida Provisória nº 1477, que regula suas fixações, deixa evidente o propósito de obter soluções negociadas entre pais e donos de escola. Fosse um interesse indisponível, isto não seria possível.

A tese da ilegitimidade ministerial, superestimando a cláusula que consagra à instituição a defesa dos interesses indisponíveis, parece descuidar-se quanto ao restante das finalidades insculpidas no art. 127. Este dispositivo também alude aos fins de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, cláusulas que fornecem a chave para a compreensão do problema ora focado.

Com efeito, caso o texto constitucional se limitasse a elencar a defesa de direitos indisponíveis como finalidade a legitimar a atuação do Ministério Público, disto resultaria não apenas a inconstitucionalidade da legitimidade para a ação coletiva, mas também a ausência de supedâneo para a intervenção da Instituição em ações acidentárias, por exemplo, dado o caráter disponível do benefício<sup>(10)</sup>. Diversos outros casos de intervenção do Ministério Público, na

<sup>(9)</sup> Neste sentido, ROBERT ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 495; INGO WOLFGANG SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 300 e ss; RICARDO LOBO TORRES. *Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 225.

<sup>(10)</sup> De se ressaltar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 226, reconhecendo a possibilidade de recurso interposto pelo *Parquet* em ações acidentárias, mesmo quando a parte encontra-se regularmente assistida por advogado. Isto reforça a tese ora exposta: a atuação do Ministério Público (como *custos legis* ou como parte) não exige, necessariamente, que o direito individualmente considerado seja indisponível.

condição de *custos legis*, teriam de ser considerados inconstitucionais. Recursos interpostos nestas ações deveriam deixar de ser conhecidos. Estes exemplos evidenciam que a intervenção do *Parquet* ocorre, **também**, em função da indisponibilidade do direito, mas não apenas nesta hipótese.

Impõe-se a conclusão de que a atuação ministerial, nos termos do dispositivo mencionado, também se respalda nas funções institucionais de *defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais*. São estes valores, mais do que uma interpretação extensiva da defesa dos interesses indisponíveis, que fundamentam a tutela molecular dos direitos individuais homogêneos, tutela esta cuja provocação é constitucionalmente cometida, por excelência, ao Ministério Público. Se a apropriação indevida de uma quantia que deveria pertencer a consumidor é realizada por uma empresa, não configura isto um atentado contra a *ordem jurídica*, a demandar a intervenção do *Parquet*? Se, para a satisfação de seus direitos – direitos, por vezes, a quantias ínfimas – milhares de pessoas têm de propor uma enxurrada de ações individuais, atravancando juizados especiais e juízos comuns, não haverá aí *interesse social* na solução rápida de inúmeras lides, através da atuação molecular do Ministério Público?

Quando julga uma ação civil pública de repercussão social inegável – como ocorreu no caso Palace II, em que se objetivava sancionar oferta lesiva responsável pela morte de diversas pessoas, ou nas ações destinadas ao ressarcimento de centenas de milhares de contribuintes e consumidores prejudicados por cobranças ilegais – o Judiciário demonstra à população em geral sua capacidade de resolver eficazmente os conflitos sociais, consolidando assim seu respeito junto à sociedade e a confiança na ordem jurídica. Esta confiança no Estado de Direito, que a tutela coletiva fortalece, enquadra-se na cláusula que comete ao *Parquet* a defesa do regime democrático e da ordem jurídica.

Tal entendimento é esposado por diversos doutrinadores de expressão, como, por exemplo, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, que, com pertinência ao tema ora versado, assim se manifestaram:

“O que legitima o MP a ajuizar ação na defesa de direitos individuais homogêneos não é a natureza destes mesmos direitos, mas a circunstância de sua defesa ser feita por meio de ação coletiva. A propositura de ação coletiva é de interesse social, cuja defesa é mister institucional do MP (CF, 127, *caput*), razão por que é constitucional o CDC 82, I, que legitima o MP a mover ação coletiva na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. No mesmo sentido, tese de NELSON NERY JUNIOR aprovada por unanimidade no 9º Congresso Nacional do Ministério Público (Salvador-BA, setembro de 1992)”<sup>(11)</sup>.

<sup>(11)</sup> Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, RT, 3ª edição, p. 1029.

No contexto da discussão acerca da legitimidade ministerial, assume relevo evidente o inciso IX do art. 129 da Constituição, cláusula de fechamento das que regulam as funções institucionais do Ministério Público, e que permite à lei atribuir novas incumbências ao *Parquet*, “desde que compatíveis com sua finalidade”.

Inobstante o aparentemente evidente propósito ampliativo do dispositivo em questão, muitos autores contrários à legitimidade, enfatizando a necessidade de que os poderes adicionais sejam *compatíveis* com a *finalidade* da Instituição, sustentaram que tais novas atribuições não poderiam importar a tutela de interesses individuais que não fossem indisponíveis. Tal argumento, na linha do que foi assinalado acima, peca por desconsiderar o *munus* ministerial de zelar pelo interesse social e pela ordem jurídica.

Nesta direção, ADA PELLEGRINI GRINOVER, uma das mentoras do Código do Consumidor brasileiro, em célebre parecer redigido por solicitação do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – demonstra como a legitimidade do *Parquet* pode ser extraída da cláusula residual do art. 129, IX, desde que se atente para a finalidade institucional de defesa do interesse social:

“[...] Muito embora a Constituição atribua ao Ministério Público apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao MP a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis, em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).

A dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da CF. É o que afirmo no artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo* de 14.12.91, já citado.

15. Vale lembrar, a esse respeito, as preciosas colocações de KAZUO WATANABE: ‘... o legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem de relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais neles envolvidos e não apenas como instrumento de solução de lides. A es-

tratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à Justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras sócio-culturais, evitará a sua banalização pela técnica da fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos' (Código Brasileiro cit., pp. 501 e 502).

E mais: 'Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *Parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular, mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis' (ob. cit., p. 515).

[...] 17. Decorre daí que, pelo simples fato de serem tratados numa dimensão coletiva, os direitos individuais assumem relevância social, inserindo-se sua tutela, pela legitimação do MP, no art. 127 da CF, c/c o art. 129, IX. Não é por outra razão que o CDC determinou a atuação obrigatória do MP no processo, se não for ele autor da ação em defesa dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos (art. 92 do CDC).

O Código de Defesa do Consumidor e a LACP não pretenderam 'esclarecer' o art. 129, III da CF – como pareceu ao eminente Prof. MIGUEL REALE – mas ampliaram a legitimação do MP, como permitia o art. 129, IX, observada a relevância social dos direitos individuais, quando coletivamente tratados (art. 127 da CF).

Aliás, a Constituição Federal estabelece um patamar mínimo, que o legislador ordinário pode ampliar, desde que não se desvirtuem os objetivos institucionais do órgão. E tal desvirtuamento não houve, como se demonstrou.

[...] É inconstitucional a legitimação do MP às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, outorgada pelo CDC e pela LACP?

Resposta – De forma alguma. Encontra ela perfeito embasamento na Constituição Federal.”<sup>(12)</sup>

Aliás, análise histórica revela que a maior preocupação do constituinte, ao restringir a possibilidade de cometimento pelo legislador ordinário de tarefas ao *Parquet*, foi a de evitar que a Instituição permanecesse realizando as funções de advocacia de entes públicos, notadamente da União Federal – incumbência anômala que perdurou até 1993, quando foi criada a Advocacia da União. Tal preocupação chegou a ser cristalizada no texto da alínea em comento, na qual se inscreveu, expressamente, a vedação de “representação processual e consultoria de entidades públicas”.

Ainda com relação à suposta restrição da legitimidade aos casos de direitos individuais homogêneos indisponíveis, há que se mencionar a tese segundo a qual o art. 25, I, *a*, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), ao assentar a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos e interesses “individuais indisponíveis e homogêneos”, teria pretendido afastar qualquer dúvida quanto à necessidade de que os direitos fossem, simultaneamente, indisponíveis e homogêneos. Ora, já do ponto de vista sintático, esta conclusão não parece nada pacífica, já que a redação acima permite dupla compreensão: *direitos simultaneamente indisponíveis e homogêneos como também direitos alternativamente indisponíveis e homogêneos* <sup>(13)</sup>.

Sob um ponto de vista lógico-jurídico, então, a interpretação do dispositivo torna-se estreme de qualquer discussão, impondo-se a segunda das exegeses acima propostas. Como pode ser facilmente constatado, o art. 25, que trata das funções institucionais do *Parquet*, em nenhum momento menciona, isoladamente, a função de defesa dos direitos individuais indisponíveis. O único dispositivo que alude à função de defesa de direitos indisponíveis – absolutamente consagrada, que ninguém pensaria em considerar fora do âmbito de atribuições do Ministério Público – é a prefalada alínea *a* do inciso I. Ora, será que alguém defenderia que os direitos de incapazes, por exemplo, somente poderiam ser defendidos se fossem tratados homogeneamente, em ações coletivas? Impende reconhecer, portanto, que o Ministério Público encontra-se, nos termos de sua Lei Orgânica, legitimado a atuar, quer se trate de direito indisponível, quer se trate de direito homogêneo.

##### **5. Em que sentido os direitos individuais homogêneos são, de fato, interesses indisponíveis**

Muito do que se afirma acerca da ilegitimidade ministerial para postulação

<sup>(12)</sup> “A Ação Civil Pública e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos”, in *Revista de Direito do Consumidor*, RT, v. 5, pp. 206 e ss.

<sup>(13)</sup> Cf. ROSANA GRINBERG. “O Ministério Público e a Defesa do Consumidor Individualmente Considerado”, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 22, p. 168. A autora compartilha do entendimento de que as cláusulas finais do art. 25, I, da Lei Orgânica são alternativas.

de direitos individuais homogêneos decorre da falta de compreensão da estrutura destes direitos e, conseqüentemente, do mecanismo de sua efetivação judicial. Na seção anterior, demonstrou-se como a legitimidade do Ministério Público independe da indisponibilidade dos direitos dos beneficiários da ação civil pública, individualmente considerados; neste passo, cuida-se de demonstrar como, ainda que a indisponibilidade fosse exigida, em certo sentido o direito individual homogêneo é, de fato, indisponível.

Inicialmente, cumpre reconhecer que a indisponibilidade ou não de um direito decorre da lei. A despeito da discussão acerca da existência de direitos fundamentais cujo caráter indisponível preexista ao direito posto, cumpre reconhecer que, dentro da ordem jurídica brasileira, incumbe ao legislador ordinário disciplinar, de acordo com seu juízo político, as hipóteses de indisponibilidade. Certos defensores da tese da ilegitimidade ministerial equivocam-se ao conceber a indisponibilidade de um direito como algo transcendente, que procuram aferir sem atentar para os termos da lei.

Ao Ministério Público não é dado dispor da ação civil pública<sup>(14)</sup>. Corroborando esta assertiva a Lei n° 7.347/85, que estabeleceu, em seu art. 5º, § 3º, a impossibilidade de extinção da ação civil pública por desistência, ao estatuir que, “em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”. Portanto, por opção do legislador, o direito individual, por definição, será indisponível sempre que, observados os requisitos legais, for tutelado através de ação civil pública, titularizada pelo *Parquet*.

Ora, então qualquer direito individual homogêneo ter-se-ia transformado em direito indisponível? A questão não comporta resposta tão simples. Na realidade, é necessário compreender a estrutura dual dos direitos indisponíveis. Enquanto este direito ainda é um reflexo do direito coletivo, enquanto ainda é tratado de forma molecular, não-individualizada, será, efetivamente, um direito indisponível. Contudo, uma vez findo o processo de conhecimento, a satisfação dos créditos reconhecidos dependerá de iniciativa individual, através da habilitação a que aludem os arts. 91 e ss. da Lei n° 8.078/90.

Embora a tutela coletiva seja indisponível, a satisfação pessoal do crédito nunca o será. A legitimidade do Ministério Público se extingue, efetivamente, a partir do momento em que o direito, antes tratado indivisamente, passa a ser objeto de quantificação individual.

Esta foi a forma encontrada pelo legislador pátrio para resolver a questão da representatividade adequada na ação civil coletiva: em primeiro lugar, os efeitos da coisa julgada somente se estendem *erga omnes* no caso de procedência do pedido (art. 103, III, da Lei n° 8.078/90); em segundo lugar, a liquidação

---

<sup>(14)</sup> Nesta direção, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo*, Freitas Bastos, 1995, p. 111.

depende da iniciativa do interessado. Consoante preceitua o Código do Consumidor, aplicável à generalidade das ações civis coletivas,

“Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1995 “[grifou-se].

Portanto, o Ministério Público não poderia obrigar o consumidor, contra sua vontade, a haver um crédito ao qual pretenda renunciar. Isto seria uma ingerência indevida na esfera privada. O que a ação civil pública proporciona, na realidade, através do julgamento coletivo, não-individualizado, do processo de conhecimento, é a possibilidade de, no momento seguinte, o consumidor, valendo-se de forma verdadeiramente livre de sua vontade, pleitear a execução de seu crédito ou, caso realmente o queira, a ele renunciar. A execução somente poderá ser promovida pelos autores coletivos, inclusive pelo Ministério Público, em face de *fluid recovery*, de quantia não executada por particulares, que reverterá ao Fundo de Direitos Difusos.

Este entendimento, acerca da legitimidade do Ministério Público limitada à primeira fase da efetivação dos interesses individuais homogêneos, é analisada com perfeição por TEORI ALBINO ZAVASCKI, Juiz do TRF da 4ª Região. Depois de brilhantemente discorrer acerca da moderna concepção do processo, vinculada à noção de efetividade, esclarece que:

“III.5 Não será difícil concluir, de todo o exposto, que a legitimação do Ministério Público para a defesa de ‘interesses individuais homogêneos’ dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis 6.024/74, 7.913/89 e 8.078/90, é perfeitamente compatível com a incumbência constitucional de defender os interesses sociais, imposta pelo art. 127 da Carta de 1988. É de se anotar, mais uma vez, que esta legitimação, em todos os casos, tem em mira a obtenção de sentença genérica. A atuação do Ministério Público dá-se em forma de substituição processual e é pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos subjetivos lesados. E é nesta dimensão, e somente nela, que a defesa de tais direitos individuais – divisíveis e disponíveis – pode ser promovida pelo Ministério Pú-

blico sem ofensa à Constituição. Aliás, por esta mesma razão, não há como supor-se legítima, sob o enfoque constitucional, a atuação do Ministério Público na execução das sentenças, em benefício individual dos lesados.”<sup>(15)</sup>

Aliás, a ordem jurídica mundial sempre conviveu com processos coletivos, nas causas de falências. Há séculos admite-se que, por iniciativa de um único credor, se tenham alteradas as relações jurídicas de todos os demais para com o devedor falido. Proferida a sentença decretando a quebra, a liquidação será conduzida por um Síndico, terceiro alheio às relações jurídicas entre credores e falido. Diante da experiência histórica da ação falimentar, não deveria causar tanta perplexidade a ação coletiva. Assim como nenhuma voz se levantou arguindo a não-recepção do processo falimentar pela novel ordem constitucional, não há motivos para entender inconstitucional a prerrogativa de o Ministério Público ajuizar ações civis coletivas.

## 6. O entendimento jurisprudencial

No Rio de Janeiro, diversas Câmaras já se debruçaram sobre a questão. Na ampla maioria dos julgados, especialmente nos mais recentes, tem prevalecido o entendimento favorável à legitimidade ministerial. Exemplificam esta tendência majoritária os acórdãos proferidos pela 1ª Câmara Cível, nos autos do Agravo de Instrumento nº 014/94 (*Ministério Público v. Solange Galdino Bocard e outros*, Rel. Des. Ellis Figueira); pela 2ª Câmara Cível, na Apelação nº 3.719/97 (*Ministério Público v. Fator Agência de Viagens e Turismo Ltda.*, Rel. Des. João Wehbi Dib), e pela 6ª Câmara Cível, na Apelação nº 6.761/96 (*Ministério Público v. Carvalho Hosken S.A. – Engenharia e Construções*, Rel. Des. Pedro Ligiéro).

Em 08/04/99, a 7ª Câmara Cível, em decisão unânime, excluiu do pólo ativo de ação civil coletiva destinada à reparação das vítimas do Edifício Palace II o Ministério Público, que havia proposto a ação, diligenciado a obtenção de provas, descoberto bens para satisfação da condenação etc.

Em seu voto, a Relatora Des. **Áurea Pimentel** assim se manifestou:

“Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da presente ação, argüida com destaque na primeira apelação, com todas as vênias do douto parecer da Dra. Procuradora de Justiça, na verdade merece ser acolhida, sem embargo do reconhecimento da utilidade da intervenção do M.P. no processo para a solução da de-

<sup>(15)</sup> “O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos”, in: *Revista de Informação Legislativa*, 30 (117): 173-86, jan./mar. de 1993, pp. 29 e ss.

manda de tão grandes repercussões sociais".<sup>(16)</sup>

Ora, se o litígio em questão possuía "grandes repercussões sociais", como negar legitimidade ao órgão constitucionalmente destinado à defesa do interesse social? Ressalte-se, aliás, que o processo apenas não foi extinto porque se manteve, no pólo ativo, a Associação das Vítimas do Palace II, entidade com menos de um ano de fundação quando de seu ingresso na ação. Nos termos do art. 5º, § 4º, apenas poderia ser admitida esta Associação recém-fundada se a lide apresentasse "interesse social". Surge, então, a perplexidade: existe interesse social para que a Associação seja admitida, mas não para que o Ministério Público tenha legitimidade?

Prossigue a ilustre Desembargadora, linhas adiante:

"É certo que o Código de Defesa do Consumidor, no inciso III do parágrafo único do artigo 81, assegura a defesa, via a ação coletiva, também daqueles interesses e direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Ocorre que, para serem tutelados pelo Ministério Público, os direitos individuais homogêneos têm de ser, também, indisponíveis ante os encêrros do artigo 127 da Constituição Federal.

Direitos indisponíveis, sabidamente, são aqueles a respeito dos quais não se pode transigir.

Dos mesmos constituem exemplos: o direito à vida, à saúde e à educação.

Quando em discussão estiverem tais direitos de grande relevância social, como tais indisponíveis, a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação estará sempre presente como adverte HUGO NIGRO MAZZILLI em sua obra já citada, página 117.

Foi na linha de tal entendimento e citado o magistrado DE HUGO NIGRO MAZZILLI que o Egrégio S.T.J. no Recurso Especial nº 108.577 - PI, em hipótese de ação civil pública, movida pelo Ministério Público, para obstar aumento nas mensalidades escolares, tidas como abusivas, entendeu justificada a atuação do Ministério Público, 'por se tratar de direito à educação, fundamental à comunidade e definido pela própria Constituição como direito social' (Acórdão pu-

---

<sup>(16)</sup> Ap. Cível nº 15. 076/98, 7ª C.C., Ministério Público e outro v. Sersan – Sociedade de Terraplenagem, Construção Civil e Agropecuária Ltda e outros, Rel. Des. Áurea Pimentel.

blicado in *Rev. Sup. Trib. Just.* n° 99, pg. 224/237, Relator Ministro **Carlos Alberto Menezes Direito**).

No caso dos autos, contudo, com todas as vênias do M.P. não se está, desenganadamente, diante de direitos indisponíveis, embora se reconheça que sejam os mesmos individuais, homogêneos.

É que, submetidos a discussão estão direitos a respeito dos quais podem os interessados transigir, o que, aliás, já aconteceu, em relação a diversos prejudicados que, como é notório, celebram acordo com os réus para o recebimento de indenizações, em alguns casos, aliás já pagas.

Assim sendo, falecendo ao Ministério Público, à luz do estatuído nos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal, legitimatio para propositura da presente ação, pode e deve tal *ilegitimatio*, nesta fase processual ser reconhecida."

Aderiu a Câmara, assim, à tese de que o Ministério Público apenas poderá pugnar por interesses individuais homogêneos indisponíveis, tese esta que se crê haver refutado, nos itens anteriores deste estudo. Como é natural, a Relatora, cujo voto foi acompanhado pelos demais membros do órgão colegiado, não atentou para os termos do art. 129, IX, nem para as cláusulas restantes do art. 127. Caso o fizesse, dificilmente teria como sustentar a ilegitimidade do *Parquet*.

Curioso é observar, contudo, que a preclara Des. **Marly Macedônio**, que acompanhou o voto da Des. **Áurea Pimentel**, um mês antes, exatamente em 09/03/99, havia relatado acórdão da 12ª Câmara Cível, no qual se lavrou:

"Merecem destaque e aplausos autores como ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO DINAMARCO, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e KAZUO WATANABE que muito bem lecionam as diferenças entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e puramente individuais, destacando, outrossim, a distinção de direitos disponíveis e indisponíveis. Estes autores, e outros que enfrentam a matéria, são uníssomos em afirmar e clamar pela necessidade de remover obstáculos jurídicos representados pela dificuldade de litigar para a defesa de novos direitos que surgem na sociedade de massa, os denominados interesses supra-individuais, com vistas a, despídos de preconceitos, abrir-se portas para o ingresso de novas causas.

Ressalte-se que não é apenas a nova realidade social que reclama causas coletivas, o judiciário, assoberbado de trabalho, implora a concentração das ações, que indiretamente reduz o número de demandas.

Assim, não bastasse a Constituição vigente tutelar as ações coletivas (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo), o Código do Consumidor ampliar o âmbito de atuação do Ministério Público, prevendo expressamente a possibilidade de defesa dos direitos individuais homogêneos, além dos difusos e coletivos, as razões meta-jurídicas, acima expostas, já seriam suficientes para que toda vez que interesses individuais pudessem ser coletivamente tratados, fosse reconhecida a possibilidade jurídica de fazê-lo, na medida em que a satisfação de um implica a satisfação de todos. Desta forma, estar-se-ia evitando inúmeras demandas e decisões conflitantes que versam a mesma matéria, permitindo-se que uma única decisão se estenda a todos os interessados que se encontrem sob a mesma relação jurídica base, sejam eles indeterminados (interesses difusos) ou determinados (interesses coletivos). [...]

No que concerne ao último pedido, de que a liquidação da possível sentença precedente seja promovida por cada vítima e seus sucessores, este sim seria um interesse individual homogêneo, que também não retira a legitimidade *ad causam* do *Parquet*, pois nem todo direito individual homogêneo é disponível, sendo que, como já salientado acima, na presente o Ministério Público pretende, apenas, o reconhecimento do dano, para que *a posteriori* cada vítima possa buscar judicialmente sua reparação, provando seu prejuízo individual e o nexo de causalidade entre este e o possível dano coletivo reconhecido na sentença.

É irrefutável a legitimação dos órgãos do Ministério Público para propor a presente ação [...]”<sup>(17)</sup>

Quanto à penetrante síntese da Des. Marly Macedônio, ressalve-se, tão-somente, que não foi uma peculiaridade daquela específica ação o pedido indivi-

---

<sup>(17)</sup> Ap. Cível nº 3.663/98, 12ª C.C., *Ministério Público v. Mares do Sul Hotéis Camping Club*.

dual homogêneo limitar-se à genérica pretensão de reconhecimento do dano: é da **essência** da ação civil coletiva que, à condenação genérica, siga-se a habilitação dos indivíduos lesados, sem o que, em princípio, a execução não revertirá aos consumidores, procedendo-se ao *fluid recovery* em favor do Fundo do art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Mais recentemente, em acórdão lapidar da lavra do ilustre Desembargador **Ronald Valladares**, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assentou:

“É verdade que alguns doutrinadores, e algumas decisões judiciais têm entendido que o Ministério Público só possui legitimidade para promover a ação civil pública, quando se for tratar de direitos individuais homogêneos indisponíveis. Esse modo de pensar, porém, não mostra-se consentâneo com o da maioria dos juristas que vêm examinando a matéria e decidindo sob a luz de ponto fundamental, que tem alicerce na Constituição Federal de 1988 e na lei sobre a Defesa do Consumidor.

Com efeito, as posições que apoiam a tese como a sufragada na respeitável sentença recorrida refletem uma tendência da corrente considerada individualista do Direito Processual Civil, que é mais tradicional e não ajustada ao sentido publicístico da disciplina jurídica enfatizada no vigente Código de Processo Civil, na Lei 7347/85, e no Código de Defesa do Consumidor, normas de direito editadas modernamente e de modo coerente com os atuais reclamos da sociedade.

[...] O que faz o *Parquet* legitimado a vir a Juízo propor ação do tipo presente, ou seja, a postular em favor de direitos e interesses individuais homogêneos, não é propriamente a indisponibilidade do direito, mas sim o interesse coletivo e a dimensão social do problema que está a exigir solução judicial equânime. [...]”<sup>(18)</sup>

---

<sup>(18)</sup> Ap. Cível nº 8432/98.

Também nos demais Estados da Federação a legitimidade do *Parquet* vem sendo reconhecida em uma pletoira de julgados:

“1. A legitimidade do *Parquet* – É preciso, primeiramente, dizer que a antiga noção que dividia os interesses entre público e privado não mais satisfaz. O que a clássica doutrina liberal atribuía como mera eficácia moral acabou por constituir-se em interesses públicos latentes. Daí surgiram diversas categorias, antes desconhecidas dos operadores do direito no Brasil. Os interesses coletivos propiciaram uma revolução dentro do direito brasileiro. Permitiram o desenvolvimento das chamadas *class actions*. [...] Os interesses ou direitos dos consumidores, sem dúvida alguma, estão abrangidos pela cláusula de encerramento contida na parte final do texto [qual seja, do art. 129, III da Constituição].

Também incumbe ao Ministério Público proteger os interesses individuais, desde que homogêneos e tratados coletivamente, na forma do inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código. <sup>(19)</sup>

1 – O Ministério Público tem legitimidade ativa, por mandamento constitucional, na ação civil coletiva, CF, art. 127 e 129, III, e por lei própria, Lei Complementar 75/93, art. 6º XXII.

2 – O conceito de interesses individuais homogêneos não pode ser óbice à atuação ministerial. O posicionamento do magistrado contra a matéria não significa que o mesmo tenha a discricionariedade de impedir o andamento da ação, indeferindo a inicial.

3 – O fato de serem identificados os titulares do interesse individual homogêneo não descaracteriza o direito à substituição processual. Acentua-a. O juízo de conveniência da ação é do Ministério Público e não do juiz. <sup>(20)</sup>

<sup>(19)</sup> TAPR., Ag. nº 65.998-3 – 6ª C. Civ., Rel. Juiz Bonejos Demchuk.

<sup>(20)</sup> TJDF, Ap. Cível nº 35.388/96, Rel. Des. João Mariosa.

É extremamente coerente o posicionamento acima transcrito. De fato, quando analisa se intervém ou não na qualidade de custos legis, é o Promotor de Justiça quem afere se há ou não interesse público a justificá-lo. A Procuradora de Justiça aposentada e Professora Titular de Direito Civil da UERJ, HELOÍSA HELENA BARBOZA, em primoroso trabalho, discorreu acerca da discricionariedade do Ministério Público na aferição do *interesse público* que pudesse acarretar sua intervenção em uma determinada causa <sup>(21)</sup>. A tese aplica-se perfeitamente às hipóteses em que o Ministério Público atua como parte.

É fato que o Poder Judiciário, em regra, reverencia o modo como os demais agentes políticos integram e interpretam dispositivos vagos ou lacunosos que regulam suas funções respectivas. Para exemplificar tal assertiva, pode-se trazer à colação o entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede de medidas provisórias: o Excelso Pretório sempre entendeu que cabia ao Executivo avaliar a *relevância* e a *urgência* da medida (admitindo-se, nos termos da Constituição, que o Legislativo, quando da análise da medida provisória, controle politicamente esta avaliação). Reiteradamente, o Tribunal repisou que não lhe cabia, salvo hipóteses excepcionais de abuso do poder de legislar (que, afinal, se desenharam quando da edição da Medida Provisória nº 1577-6/97 <sup>(22)</sup>), descreditar a avaliação de relevância e urgência feita pelo Executivo <sup>(23)</sup>.

De modo análogo, se o órgão do Ministério Público, agente político dotado de independência, julga existir interesse público numa determinada ação, deve o Judiciário, em linha de princípio, acolher a avaliação realizada pelo *Parquet*, salvante hipóteses excepcionais em que o Magistrado, exercitando seu juízo de razoabilidade, venha a considerar totalmente absurda a posição ministerial.

Prosseguindo na exemplificação de jurisprudência favorável à legitimidade do *Parquet*, vale registrar o seguinte julgado, oriundo do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Similarmente ao caso do Palace II, a espécie cuidava de reparação coletiva por lesões perpetradas por construtores de imóveis. A conclusão, no entanto, contrapôs-se àquela a que chegaram os desembargadores fluminenses:

---

<sup>(21)</sup> "O Poder Discricionário do Ministério Público na Avaliação dos Interesses Indisponíveis", in *Revista do Ministério Público*, v. I, nº 2, pp. 44 e ss. A autora fundamenta seu entendimento, essencialmente, no princípio institucional da independência funcional, consagrado no art. 127, § 1º, da Carta de 1988.

<sup>(22)</sup> Um dos dispositivos desta medida provisória pretendia aumentar, de dois para cinco anos, o prazo decadencial das ações rescisórias de julgados contra a Fazenda Nacional, bem como definir um fundamento adicional para seu ajuizamento (indenização flagrantemente superior ao preço de mercado). O Excelso Pretório deferiu pedido liminar suspendendo os efeitos da referida medida provisória, por entender ostensiva a ausência de relevância e urgência (ADIMC nº 1753/DF, Órgão Pleno, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, Rte.: *Conselho Federal da OAB*, julg. em 16/04/98, publ. DJ de 12/06/98, p. 51).

<sup>(23)</sup> Nesta direção, ADIn nº 162-1/DF, publ. no DJU de 19/09/97, p. 45525.

"1. Edifício residencial condenado ao desabamento, por defeito na construção, é fato socialmente relevante que legitima o Ministério Público à propositura de ação civil pública contra os construtores para defesa de interesses individuais homogêneos.

2. A sentença, na ação civil pública, não impõe aos beneficiários direitos que não queiram exercer; apenas reconhece a existência do dano e o dever de indenizar, respeitando a vontade individual quanto à iniciativa de executá-la." (24)

Vistos alguns exemplos colhidos da produção jurisprudencial dos tribunais estaduais, cumpre analisar o entendimento das cortes superiores.

Embora sua jurisprudência, até pouco tempo, se pautasse por uma certa vacilação, hoje em dia o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem-se posicionado reiteradamente em favor da legitimidade do Ministério Público:

*"Processual Civil. Ação Civil Pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. Taxa de iluminação pública. Possibilidade.*

A Lei nº 7.345, de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante de seu contexto.

O artigo 21 da Lei nº 7.347, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei nº 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e 'direitos individuais homogêneos', legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-lo (artigo 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/90).

---

(24) TJDF, 4ª TC, Ap. Cível nº 37.663/95, Rel. Des. Getúlio Pinheiro.

Os interesses individuais, *'in casu'* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – 'a ação coletiva'.

O incabimento de ação direta de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais n<sup>os</sup> 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao Tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime".<sup>(25)</sup>

Na mesma direção, o entendimento da Quarta Turma, em acórdãos que tiveram por Relator o eminente Min. **Sálvio Teixeira**:

"1. Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social; 2. Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania."<sup>(26)</sup>

Como já assinalado anteriormente (REsp 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

<sup>(25)</sup> REsp n<sup>o</sup> 49.272-6/RS, Rel.: Min. Demócrito Reinaldo, v. un., 21.09.94, publ. DJ 17.10.94, Seção I, p. 27.868.

<sup>(26)</sup> REsp. n<sup>o</sup> 89.646/PR

Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.”<sup>(27)</sup>

Compreensão semelhante esposou o douto Min. Ruy Rosado de Aguiar, em lapidar acórdão:

“São interesses metaindividuais, que não são nem públicos nem privados, mas interesses sociais, como ensina a douta Prof<sup>a</sup> ADA PELLEGRINI GRINOVER: ‘São interesses de massa, de configuração coletiva, caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo *versus* indivíduo, nem indivíduo *versus* autoridade, mas que é típica das escolhas políticas’ ... ‘Novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se as associações dos consumidores, defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores’ (“A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos”, *Dir. do Consumidor*, nº 5/206). Enquanto essas associações não se organizarem, enquanto não se fortalece a consciência da cidadania, como recomenda a ilustrada mestra, oficia subsidiariamente o Ministério Público como titular das ações coletivas. Cortar a possibilidade de sua atuação, na fase em que vive a

<sup>(27)</sup> REsp nº 105.215-96/DF.

nossa sociedade, será cercear o normal desenvolvimento dessa tendência de defesa de interesses me-taindividuais e impedir, através da negativa de acesso à Justiça, o reiterado objetivo das modernas leis elaboradas no país.

A aversão a estes novos instrumentos processuais, que surgiram exatamente para atender a novas expectativas e necessidades sociais, mantém-nos sempre presos ao modelo clássico da ação individual, como se só houvesse o interesse individual. Lembro, a propósito, as palavras do eminente Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, no encerramento de sua aula inaugural na Universidade do Rio de Janeiro: 'A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de ADAM SMITH explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se vêem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores.' (*A Tutela dos Interesses Difusos*, p. 105).

Tratando de caso assemelhado aos dos autos, escreveu o Prof. NELSON NERY JR.: 'O direito perseguido pelo Ministério Público nesse caso do AI nº 127.154-1, aqui analisado, poderia ser considerado coletivo, em face da relação jurídica base que existe entre uma das partes (grupo mantenedor da escola) e alunos e seus pais. Mas não é só. O direito seria coletivo porque os alunos e seus pais, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre determináveis, na medida em que se tiver o controle do quadro completo do alunado ou em que se puder dimensionar o universo desses consumidores, quantificando-os e qualificando-os' (*Cód. Bras. de Defesa do Consumidor*, p. 622).

Registro que este Tribunal já examinou a mesma questão em julgados anteriores, inclinando-se pela ilegitimidade (REsp 37.171 e 35.644, relator em. Min. Garcia Vieira; REsp 47.019, rel. em. Min. César Rocha). Parece-me, data venia, melhor a corrente contrária.

Isto posto, conheço do recurso, pela alínea 'a', e lhedo provimento, para afastar a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, desconstituídos acórdão e sentença, para que outra seja proferida." (28)

Recentemente, em 06/05/99, em Recurso Especial interposto pelo Ministério Público deste Estado (REsp 168.859-RJ), o Min. Ruy Rosado de Aguiar relatou acórdão reconhecendo a legitimidade do *Parquet* para propor ação civil pública contra empresa de engenharia que, em seu contrato de adesão para aquisição de imóveis, estipulava cláusulas para correção monetária que desrespeitavam a legislação do Plano Real, impondo o pagamento de *resíduo inflacionário*.

Em seu voto, o eminente Ministro ressalta que a 3ª e a 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que integram sua Seção de Direito Privado, "têm se inclinado por aceitar a legitimidade do Ministério Público para promover a ação coletiva de defesa de direitos individuais homogêneos, quando configurado interesse público relevante". Do aresto em tela – em que o universo de beneficiários nem era tão grande, e onde os direitos em jogo eram fracamente disponíveis – conclui-se que a compreensão do STJ acerca da *relevância social* é bem mais elástica do que aquela admitida pelos doutrinadores avessos à legitimidade ministerial.

Resta abordar, por fim, a produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Em acórdão unânime da 2ª Turma, da lavra do Min. Maurício Corrêa, a Corte posicionou-se claramente em favor da legitimidade do Ministério Público para tutela dos interesses individuais homogêneos, compreendidos como consectários lógicos dos interesses coletivos:

"O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, inciso III, considera os chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum. A mensalidade escolar se constitui em interesse nitidamente homogêneo porquanto nasce de uma mesma origem e é aplicada a todos os usuários da escola. Como os interesses individuais homogêneos são uma subespécie dos interesses coletivos, o Ministério Público com

---

(28) REsp nº 38.176-2/MG, v. un..

amparo no art. 129, II da Constituição Federal de 1988 tem legítima capacidade postulatória ativa para propor a ação civil pública, na defesa de um grupo lesado pela estipulação abusiva de anuidades escolares. " (29)

27. Evidencia-se, *quantum satis*, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto *nascidos de uma mesma origem*, ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, *com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos*, porque na verdade *todos da mesma natureza*; e como homogêneos são também *uma subespécie de interesses coletivos*, como antes abordei, *legítima é a capacidade postulatória do recorrente*.

28. Ao mencionar a norma do art. 129, III, da CF, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a 'outros interesses difusos e coletivos', outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o *Parquet* mais do que impelido a promover a ação, *pelo dever de ofício*, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de *bens ligados à educação*, amparados, como se sabe, *constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos* (CF, art. 205)".

Alguns doutrinadores que cuidam da questão da legitimidade do Ministério Público nas ações civis coletivas, conforme já visto, restringem-na às hipóteses de prestações vinculadas, ainda que indiretamente, a direitos sociais fundamentais tais como a educação, a saúde *etc.* Análise perfunctória do acórdão

---

(29) REExt. nº 163.231-3-SP.

em tela poderia, assim, levar à conclusão apressada de que o Excelso Pretório se posicionou favoravelmente à legitimidade, *in casu*, exclusivamente por cuidar-se de mensalidades escolares.

Leitura mais acurada, todavia, permite constatar que em nenhum momento se cogitou da *indisponibilidade* do direito como requisito para a legitimidade do Ministério Público. Ela decorre, diretamente, do preceito insculpido no art. 129, III, da Constituição. Este, ao cometer ao Ministério Público, sem ressalvas, a tutela dos interesses difusos e coletivos, por via de consequência atribuiu, também, a persecução dos interesses individuais homogêneos. Tal legitimidade, conforme bem salientou o eminente Ministro Relator, resulta ainda mais incontestável quando se está diante de um fato de inegável repercussão social. De qualquer sorte, ainda assim não haveria que se falar, tecnicamente, em *indisponibilidade*.

Saliente-se que a Primeira Turma deste Egrégio Pretório, em acórdão da lavra do eminente Min. Ilmar Galvão (RE-190976/SP), invocou as mesmas razões de decidir expostas pelo Min. Maurício Corrêa para fundamentar sua posição, favorável à legitimidade ministerial.

### 7. A legitimidade em sede de interesses de contribuintes

Atualmente, a defesa do contribuinte é o campo em que se verifica o maior dissenso no que toca à legitimidade do Ministério Público. Isto porque a Lei nº 7.347/85, ao listar os direitos perseguíveis por intermédio de ação civil pública, cuida expressamente da tutela do consumidor (inciso II), mas deixa de mencionar a defesa do contribuinte. Invoca-se, diante disto, o inciso IV – regra residual que alude à defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” – como fundamento legal para a proteção molecular deste último grupo. Ocorre, porém, que o referido inciso, caso fosse interpretado de modo puramente literal, não ampararia os direitos *individuais homogêneos* dos contribuintes, mas só os interesses difusos e coletivos.

Dividem-se assim, tanto a doutrina quanto os tribunais, em duas correntes: a dos que, sensíveis ao espírito da nova processualística, procuram estender a ação civil coletiva aos direitos de contribuintes, e a dos que, mais apegados à letra da lei, consideram-na descabida.

Curiosa é a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça. Nos autos do Recurso Especial nº 168.415, a 1ª Turma proferiu acórdão assentando que “o Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores”<sup>(30)</sup>. Causa espécie, porém, que o referido julgado tenha sido deliberado de forma unânime, quando, pouco

<sup>(30)</sup> REsp nº 168.415 - São Paulo (98/0020858-5), Rel. Min. Garcia Vieira.

tempo antes, três dos cinco Ministros que compunham a Turma manifestaram, na condição de relatores de outros recursos (todos julgados unanimemente, fri-se-se), entendimento diametralmente oposto.

No Recurso Especial nº 0109013/MG/96, julgado em agosto de 1997, o eminente Min. **Humberto Gomes de Barros** asseverou que "o Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública, no objetivo de proibir cobrança de taxa ilegal".

O douto Min. **Demócrito Reinaldo**, por sua vez, foi relator do julgado proferido nos autos do Recurso Especial nº 49272/RS/94, cuja ementa foi reproduzida linhas acima.

Por fim, o Min. **José Delgado**, menos de seis meses antes de votar contrariamente à legitimidade do Ministério Público, cerrava fileiras com a tese defendida neste trabalho, em magistral acórdão cuja ementa ora se transcreve:

*"Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade. Ação Coletiva. Taxa de Iluminação.*

1 - Conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade no sentido de promover ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85.

2 - Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade.

3 - O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou contribuir para o aceleração da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público.

4 - Agravo regimental improvido." (31)

---

(31) Agravo Regimental em Recurso Especial nº 98.286/SP/96, julgado em 15/12/97.

Difícil se afigura imaginar o que poderia ter causado tal alteração de entendimento. Uma coisa é certa: do trecho acima transcrito, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que os Ministros conheciam a fundo o problema versado, o que salta aos olhos da cuidadosa fundamentação. Afasta-se, destarte, a possível precipitação nas deliberações anteriores, supostamente corrigidas através do acórdão mais recente, desfavorável ao Ministério Público.

Recentemente, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou julgado, proferido pela 4ª Vara Cível da Comarca de Niterói, em que se declarava a nulidade de reajustes ilegais de IPTU, rechaçando a tese da ilegitimidade ministerial. No acórdão, manteve-se a condenação do Réu à restituição dos valores cobrados a maior, enquanto vigeu o reajuste nulificado<sup>(32)</sup>.

No que concerne ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, aliás, verifica-se a existência de um argumento adicional favorável à sua legitimidade em sede de direitos de contribuintes. A Lei nº 8.625/93, além de listar certas atribuições do *Parquet*, expressamente incorpora as “funções previstas nas Constituições Federal e Estadual”. Ora, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 170, III, consagra à instituição o *munus* de

“III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, do consumidor, do contribuinte, dos grupos socialmente discriminados e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

Torna-se, destarte, estreme de dúvidas a legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para a propositura de ação civil coletiva referente a interesses de contribuintes.

## 8. Conclusão

Duas linhas forças podem ser identificadas como resultado dos esforços pela transformação do processo individualista, cunhado para acudir os conflitos de interesses individuais, num processo social, adequado à sociedade contemporânea. De um lado, o processo desperta para a necessidade de assegurar a tutela jurisdicional a conflitos de interesses que, por sua dimensão metaindividual, mal se acomodariam no quadro dos esquemas processuais clássicos. De outro, busca imprimir

<sup>(32)</sup> AC nº 7.096/98, 6ª C. C., *Ministério Público v. Município de Niterói*, julgado em 06/04/99.

ao próprio tratamento dos conflitos interindividuais feição mais consentânea com certas exigências básicas do Estado Social de Direito, facilitando o acesso à Justiça, independentemente de desníveis culturais, sociais e econômicos, de modo a tornar operativo o princípio do plano substancial. As duas vertentes conduzem ao rumo da universalidade da tutela jurisdicional. <sup>(33)</sup>

Ao longo desta exposição, procurou-se demonstrar a fragilidade da tese segundo a qual a legitimidade do *Parquet* para o ajuizamento de ação civil coletiva depende da indisponibilidade do direito versado. Expôs-se, inicialmente, que a titularidade do Ministério Público fulcra-se no art. 129, IX, do Texto Maior, que admite o cometimento de outras funções ao *Parquet*, em combinação com as cláusulas da defesa da ordem jurídica e do interesse social, estampadas no art. 127 da Constituição como finalidades da instituição. Demonstrou-se que os direitos salvaguardados através da ação civil coletiva – que uma vez tratados individualmente serão sempre disponíveis – tornam-se indisponíveis justamente por força de sua tutela molecular, já que a lei veda a desistência da ação pelo órgão ministerial.

Consoante a doutrina mais avançada, quando a Constituição, em seu art. 5º, XXXV, enuncia o princípio da inafastabilidade – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” –, está traçando não apenas uma regra *negativa* – a de que o legislador não pode, através de um ato normativo, excluir certo litígio da apreciação da Justiça – mas também uma regra *positiva*: o legislador está **obrigado** a estabelecer procedimentos destinados a assegurar eficientemente todos os direitos. Por ausência de instrumento processual, um direito material não pode ser simplesmente convertido em letra morta. Este princípio fundamental da inafastabilidade, que se aplica diretamente ao legislador, deve também orientar a aplicação da lei, de tal forma que o intérprete privilegie sempre a exegese que caminhe ao encontro deste postulado. <sup>(34)</sup>

A interpretação restritiva dos poderes do *Parquet* poderia ter cabida em outras épocas, quando sua atuação era eminentemente repressora; atualmente, a atuação da Instituição na implementação dos direitos transindividuais, dado seu conteúdo promocional da liberdade e da dignidade dos cidadãos, deve ser compreendida de modo diverso, e interpretadas extensivamente as normas que a regulam. Reza a hermenêutica clássica que se deve restringir o odioso, e isto parece haver influído decisivamente na forma como são compreendidos os poderes do *Parquet*. A função promocional do Ministério Público, entretanto,

<sup>(33)</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. “Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil”, in *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, pp. 1 a 13.

<sup>(34)</sup> Cf. MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH. *Acesso à Justiça*, Fabris, 1988; LUIZ GUILHERME MARINONI. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Fabris, 1994.

não possui tal componente, e deve ser enxergada sob prisma diverso. A Constituição – e isto não pode escapar ao aplicador – pretendeu alargar o espectro de funções do Ministério Público na área cível; quando enumera princípios, funções e finalidades institucionais, não o faz com o intuito de ser taxativa ou restritiva, mas sim com o propósito de exemplificar e incentivar as diversas vertentes de atuação institucional no contexto da nova ordem democrática. Note-se a incoerência: houvesse a Constituição simplesmente silenciado acerca do Ministério Público, e não haveria espaço para a contestação de sua legitimidade; como os constituintes resolveram prestigiar a Instituição, outorgando-lhe uma série de finalidades socialmente relevantes, pretendem alguns pinçar expressões isoladas desta regulação para criar obstáculos à consecução dos fins evidenciados ao longo do Texto Maior. *Data venia*, invocar-se a cláusula da defesa dos interesses individuais indisponíveis para limitar a atuação do *Parquet* em outras áreas é uma clara usurpação.

A tutela coletiva – necessidade que o justamente admirado mestre BARBOSA MOREIRA já enfatizava, com sua pena elegante, há mais de quinze anos<sup>(35)</sup> – periga transformar-se em discurso vazio devido à compreensão estreita das funções institucionais do Ministério Público. Ao profissional do direito que se sensibiliza com esta questão, tanto o conformismo de capitular ante a tese aparentemente mais cômoda quanto o puro e simples *ativismo* de advogar a tese da legitimidade através de um manifesto panfletário vazio de argumentos jurídicos afiguram-se posturas igualmente impróprias. Conforme salientou LUÍS ROBERTO BARROSO em passagem lapidar, “ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas”<sup>(36)</sup>.

Com o estudo que ora se conclui, pretende-se haver contribuído, através da sistematização de antigos e novos argumentos jurídicos, para a solução de um importante obstáculo ao almejado acesso à Justiça.

## 9. Bibliografia

- 1) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil” In: *Temas de Direito Processual*, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 1 a 13.
- 2) BARBOZA, Heloísa Helena. “O Poder Discricionário do Ministério Público na Avaliação dos Interesses Indisponíveis”. In: *Revista do Ministério Público*, v. I, nº 2. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1995, pp. 44 e ss.
- 3) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, 300p.

<sup>(35)</sup> V. epígrafe que encima esta Conclusão.

<sup>(36)</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, Renovar, 1ª ed., p. 78.

- 4) \_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, 231p.
- 5) CAPPELLETTI, MAURO e GARTH, BRYANT. *Acesso à Justiça / Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168p.
- 6) CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Ação Civil Pública – Comentários por Artigos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, 434p.
- 7) CARNEIRO, PAULO CEZAR PINHEIRO. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 266p.
- 8) FERRAZ, ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO (coord.). *Ministério Público - Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas, 1997, 286p.
- 9) GRINBERG, ROSANA. "O Ministério Público e a Defesa do Consumidor Individualmente Considerado". In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. XXII. São Paulo: RT, 1997, pp. 167 e ss.
- 10) GRINOVER, ADA PELLEGRINI. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, 451p.
- 11) \_\_\_\_\_. "A Ação Civil Pública e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos". In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. V. São Paulo: RT, 1993, pp. 206 e ss.
- 12) \_\_\_\_\_. WATANABE, KAZUO, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 607 e ss.
- 13) LEAL, MÁRCIO FLÁVIO MAFRA. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998, 223p.
- 14) MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, 94 p.
- 15) MAZZILLI, HUGO NIGRO. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e outros*. São Paulo: Saraiva, 1995, 669 p.
- 16) NERY JUNIOR, NELSON. "O Ministério Público e sua Legitimação para a Defesa do Consumidor em Juízo". In: *Justitia*, 54 (160). São Paulo, 1992, pp. 244 e ss.
- 17) \_\_\_\_\_ e NERY, ROSA MARIA ANDRADE. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1997. p. 1029.
- 18) ZAVASCKI, TEORI ALBINO. "O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos". In: *Revista de Informação Legislativa*, 30 (117): 173-86. Brasília, jan./mar. de 1993, pp. 29 e ss.

---

(\*) MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVEA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

---