

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO*

Marcelo da Silva Oliveira

Analista Judiciário – Atividade Processual
e Assessor da Corregedoria do Tribunal de
Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Neste arrazoado propõe-se a discussão sobre a possibilidade da tutela dos chamados direitos individuais homogêneos, nova categoria albergada com o advento do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), em sede de ação civil pública, instrumental criado para a defesa dos direitos metaindividuais (Lei nº 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública – LACP), por iniciativa do Ministério Público – MP.

Com a edição do Estatuto do Consumidor, instituindo novo regime processual de proteção coletiva, aplicável também ao sistema da LACP, a ação civil pública, instrumento de tutela dos direitos coletivos (*lato sensu*), deve ganhar novo enfoque, mormente no que diga respeito à atuação do *Parquet*, um dos seus co-legitimados, em se tratando de determinados interesses e direitos que, a par de serem individuais e disponíveis, adquirem certa relevância social – tanto que considerados de ordem pública e interesse social, como são os direitos do consumidor (art. 1º do CDC), em face da massificação das relações jurídicas oriunda da realidade econômico-social.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Inicialmente, urge buscar a razão pela qual a ação civil pública de que cuida a Lei nº 7.347/85 é assim denominada. Desenvolvendo um raciocínio por exclusão, tem-se que, sem tautologia, a ação civil pública trata de ação voltada à aplicação da legislação “não-penal”, não sendo sem razão que, numa primeira passagem, definia-se tal ação, tendo em conta também o aspecto da sua

* Adaptação revisada e atualizada da Monografia apresentada perante a cadeira de Direito Processual Civil, titularizada pelo Prof. JORGE HAGE SOBRINHO, no Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (2000).

titularidade (critério subjetivo), como o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional (v.g. anulação de casamento, interdição e declaratória de inconstitucionalidade).² Todavia, tal critério, embora defensável do ponto de vista dogmático, é inconveniente, pois, como se verá, o MP não possui legitimação exclusiva.

Por outro lado, o qualificativo “pública” pouco serviria a evidenciar sua definição, uma vez que, a rigor, o direito de ação tem hoje nítida conotação de direito subjetivo, abstrato, autônomo e de natureza pública, por ser exercido em face do Estado-juiz para a obtenção da tutela jurídica dos direitos e interesses insatisfeitos por resistência alheia.

Essa inadequação foi demonstrada com argumentos robustos por JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR, Professor e Membro do Ministério Público de São Paulo, ao ressaltar que, além da expressão “ação civil pública” ter sido empregada, primeiramente, por PIERO CALAMANDREI (*Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, p. 275 e ss.) apenas para diferenciar a atuação do *Parquet* fora do âmbito penal/criminal, a adoção deste *nomen iuris* teve por inspiração dispositivo da antiga Lei Orgânica do Ministério Público (LC nº 40/81, art. 3º, II), ao qual fazia expressa referência o anteprojeto de lei formulado pelo MP paulista e remetido ao Poder Executivo Federal, posteriormente convertido na Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública (PL nº 4.984/85 na Câmara e PL nº 20/85 no Senado), inspirado no pioneiro anteprojeto apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual (1983), realizado em Porto Alegre (“Projeto Bierrenbach” – PL nº 3.034/84 na Câmara).³

Na doutrina mais atual, tem tido maior acolhida o critério que define a ação civil pública pelo seu objeto, qual seja, a proteção dos direitos e interesses metaindividuais, entendidos estes como aqueles que transcendem a esfera meramente individual: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (estes, diga-se, em uma acepção processual, já que materialmente não deixam

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 17-18.

³ *In Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. MILARÉ, Edis, Coordenador – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 400-416.

de ser clássicos direitos subjetivos individuais), desde já ressaltando, quanto aos últimos, a controvérsia existente no cabimento de sua tutela por este instrumento jurídico-processual quando titularizado pelo MP, bem como, em acréscimo, pelos demais sujeitos co-legitimados à sua propositura, a saber, os entes políticos estatais (administração direta ou indireta) e as entidades associativas, no âmbito de sua pertinência temática. Neste sentido, a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI, segundo a qual o enfoque deve ser “subjetivo-objetivo”, com base na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional pretendida na esfera cível.⁴

Aqui caberia outra consideração. É que, com a sistematização instituída pelo CDC, a tutela dos interesses metaindividuais dos consumidores instrumentalizar-se-ia pela propositura da “ação coletiva”, tendo como um de seus co-legitimados também o MP, e, considerando a integração dos sistemas de ambas as leis (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP, acrescentado pelo art. 117 do CDC), dúvida haveria em saber se, atuando o Órgão Ministerial, qual a expressão de uso mais autorizada. No respeitante a essa questão, novamente invocando HUGO NIGRO MAZZILLI, deve ser colhida a seguinte ponderação:

“Sem melhor técnica, portanto, a LACP usou essa expressão para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais o próprio Ministério Público. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação *ação coletiva*, da qual o Ministério Público é apenas um dos co-legitimados.

Como denominaremos, pois, uma ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos? Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o enfoque puramente doutrinário, será chamá-la de *ação civil pública*. Mas se tiver sido proposta por qualquer outro co-legitimado, mais correto denominá-la de *ação coletiva*.⁵

⁴ *Das Ações Coletivas em Matéria de Proteção ao Consumidor – O Papel do Ministério Público*, Justitia, v. 160, out/dez 1992, p. 160.

⁵ *A defesa dos Direitos Difusos em Juízo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 59-60.

E, ainda quanto a esse aspecto terminológico, arremata RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

“(...) a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos *difusos* e dos *coletivos em sentido estrito*, aos quais na seqüência se agregaram os *individuais homogêneos* (Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117); de outra parte, essa ação não é ‘pública’ porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo ‘limbo jurídico’. Para mais, trata-se de locução já consagrada em vários textos legais, inclusive na Constituição Federal (art. 129, III), sendo que a jurisprudência e a doutrina especializada a empregam normalmente, levando-nos a crer que esse *nomen juris* – ação civil pública – já está assentado na experiência jurídica brasileira.”⁶

Outrossim, além da constatação de que a Lei nº 7.347/85 é de índole predominantemente processual, visto que, basicamente, objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela aos interesses metaindividuais reconhecidos nos textos de direito material, questão salutar que diz respeito às origens da ação civil pública, bem como, por assim dizer, à ação coletiva consumerista, que a doutrina leciona ter encontrado a inspiração nas *class actions* (ações de classe) do direito norte-americano.

Como leciona ADA PELLEGRINI GRINOVER⁷, essas ações de classe americanas, com base inicialmente na equidade (*equity*) e cuja origem remota encontra-se no *Bill of Peace* do direito inglês (século XVII) – espécie de tutela em situações nas quais um direito podia ser controvertido por várias pessoas, adquiriu maior relevância no ordenamento jurídico do *common law* a partir da *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, vindo a ganhar nova sistematização com a *Federal Rules* de 1966, notadamente na sua “Regra 23”.

⁶ ob.cit. p. 21-22.

⁷ Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos, MILARÉ, Edis, Coordenador. São Paulo: RT, 2001. p. 19-39. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.*

LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO⁸ acentua que, dentro da longa tradição de demandas coletivas do *common law*, tem-se a instituição das *class actions* como um de seus últimos capítulos, antecedidas, como dito, pelas regras da *equity* (*Federal Equity Rule 48*, de 1848 e *Equity Rule 38 – representatives of class*, de 1912), sendo que a *Federal Rules* de 1938 operou uma unificação das regras do *common law* com as regras do sistema da *equity*.

O regramento de 1966, dando novos contornos à antiga *spurious class action*, que cuidava da defesa de interesses diversos e distintos, mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito que justificavam um provimento jurisdicional de conteúdo único, é que serviu de inspiração à introdução no nosso ordenamento da categoria dos direitos individuais homogêneos.

Pelo sistema da “Regra 23”, há 4 pré-requisitos (*threshold requirements*), cujas naturezas dizem respeito à própria constituição da ação de classe, e 3 requisitos, que, na verdade, definem as categorias existentes, atinentes ao prosseguimento das *class actions*. Entre as categorias, alinham-se duas ações obrigatórias (*mandatory*), direcionadas, poder-se-ia dizer, à defesa de direitos difusos e coletivos, na nossa nomenclatura, e uma não obrigatória (*not mandatory*), chamada *class action for damages*, vocacionada à apuração de responsabilidade pelos danos sofridos por uma coletividade de indivíduos, ou seja, à proteção de direitos individuais homogêneos.

O que caracteriza essa ação de classe voltada à defesa desses direitos individuais, em correspondência com o espírito que anima a ação brasileira destinada à defesa coletiva de interesses individuais homogêneos, é a exigibilidade de dois pressupostos, a saber: 1) a prevalência das questões comuns de fato e de direito sobre as individuais e 2) a superioridade da tutela coletiva em termos de justiça e eficácia.

Como salienta ADA PELLEGRINI GRINOVER, a finalidade do instituto do direito comparado é “facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas” e, assim, “obter a maior eficácia

⁸ *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17-19.

possível das decisões judiciais”, bem como manter-se “aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar uniformidade das decisões”.⁹

E, malgrado a existência de algumas peculiaridades ligadas à integração dos interessados na demanda, à condenação, aos efeitos da coisa julgada e à amplitude da representatividade das entidades de classe, em análise comparativa reveladora das influências das *class actions* no sistema da defesa dos direitos individuais homogêneos, a antes mencionada professora paulista chega a assentar que:

- (1) “a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das *class actions for damages* norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível.(...)”
- (2) “não é difícil, assim, estabelecer a correlação entre a exigência de *superioridade* da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria da *common law*), com o interesse-utilidade e interesse-adequação da *civil law*. Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção.”¹⁰

Pois bem. Ainda dentro desse contexto, aponta-se como primeira *class action for damage* brasileira, em face da natureza do interesse tutelado, nitidamente individual e disponível, precedendo à própria “ação coletiva” do CDC, a Lei nº 7.913/89, prevendo a ação civil pública para responsabilização dos danos individualmente provocados no mercado de valores mobiliários e investimentos de mercado, sendo o mais interessante notar que, em plena vigência

⁹ ob.cit. p. 24.

¹⁰ ob.cit. p. 32 e 33.

da nova ordem constitucional, o único legitimado a esta espécie de tutela coletiva era o Ministério Público, com ressalva, é claro, à possibilidade da ação de indenização individualmente manifestada pelo próprio prejudicado (art. 1º).¹¹

Outras experiências legislativa, ainda mais remotas de tutela coletiva de direitos, apontadas por LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO¹², dizem respeito à Lei do Mandado de Segurança, na qual se estipulou que, quando o direito ameaçado ou violado coubesse a várias pessoas, qualquer delas poderia requerer a segurança (Lei nº 1.533/51, art. 1º, § 2º), hipótese esta que, embora apoiada na doutrina, não teve acolhida efetiva na jurisprudência. Também a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), embora tenha por objeto especificamente a proteção do patrimônio público (bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico), que não se confunde absolutamente com a expressão interesse público, ao legitimar qualquer cidadão a sua propositura, avançou em termos de defesa de certos direitos, em última instância pertencentes à toda coletividade. TEORI ALBINO ZAVASCKI também faz menção à tutela pelo Ministério Público dos credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial, conforme art. 46 da Lei nº 6.024/74.¹³

Em outro passo, a doutrina tem assentado que a legitimação foge ao esquema processual clássico. HUGO NIGRO MAZZILLI, sem embargo de posições divergentes, considera a legitimação como extraordinária, pois se trataria de defesa de interesse alheio em nome próprio. São suas as seguintes afirmações:

“A ação civil pública ou coletiva presta-se basicamente à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por meio dessas ações, alguns legitimados substituem processualmente a coletividade de lesados (legitimação extraordinária). Essa legitimação especial dá-se em proveito da *efetividade* da defesa do interesse violado, pois que, em matéria de lesão a interesses de grupos, seria impraticável buscar a

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 766-767.

¹² *Ações Coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49.

¹³ *In* Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Forense*. v. 329, jan/mar 1995, p. 147-160.

restauração da ordem jurídica violada se usássemos a legitimação ordinária e deixássemos a cada lesado a iniciativa de comparecer individualmente em juízo, o que, sobre impraticável, faria gerar decisões contraditórias para os poucos que se aventurassem a comparecer em juízo.

(...) de nossa parte identificamos na ação civil pública ou coletiva a *legitimação extraordinária* ou a *substituição processual*, o que não ocorre na hipótese em que o titular da pretensão aja *apenas* na defesa do próprio interesse. Na ação civil pública ou coletiva, embora em nome próprio, os legitimados ativos, ainda que ajam de forma autônoma e, às vezes, também defendam interesses próprios, na verdade estão a defender em juízo mais que meros interesses próprios: zelam também por interesses transindividuais, de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, os quais não estariam legitimados a defender a não ser por expressa autorização legal. Daí porque esse fenômeno configura preponderantemente a legitimação extraordinária, ainda que, em parte, alguns legitimados ativos possam, na ação civil pública ou coletiva, também estar a defender interesse próprio.”¹⁴

Não obstante, NELSON NERY JUNIOR e TEORI ALBINO ZAVASCKI lecionam que esses casos de ações de classe refogem ao âmbito da dicotomia pura da legitimação ordinária ou extraordinária, sendo de se superar tal divisão, propondo, como alude o primeiro, o critério agasalhado na moderna doutrina alemã da “legitimação autônoma para a condução do processo” (*selbständige Prozebführungsbefugnis*), e não mais em substituição processual para qualificar a atuação dos legitimados à propositura da ação.¹⁵ Já o segundo doutrinador, no tocante à tutela dos direitos individuais homogêneos, tem o novo enfoque no que chama de “regime de substituição processual autônoma”, no qual o autor da demanda, substituto, defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, autonomamente, isto é, independentemente de consentimento ou mesmo ciência do substituído.¹⁶

¹⁴ A defesa... ob.cit. p. 52-53.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo*. *Justitia*, v.160, out/dez 1992, p. 246-247.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. In *Revista Forense*. v. 329, p. 151.

Com maior facilidade, tem-se acolhido que a legitimação na defesa coletiva é, na expressão consagrada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, concorrente e disjuntiva¹⁷, dado o critério pluralista de legitimidade constante do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC, pois cada um dos co-legitimados pode, sozinho, promover a ação sem que seja necessária a anuência ou autorização dos demais, sendo que eventual litisconsórcio será facultativo e obedecerá ao regime do CPC.

Alinham-se, pois, como legitimados por força de lei: 1) o Ministério Público, 2) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, 3) entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica (art. 82, inciso II, CDC), e 4) associações constituídas há pelo menos 1 (um) ano, destinadas institucionalmente à defesa dos direitos metaindividuais, podendo, *in concreto*, ser judicialmente dispensado o requisito da pré-constituição (“representatividade adequada”).

O objeto da ação civil pública, definido pelo pedido, contempla a proteção e a responsabilização por danos morais e patrimoniais, inclusive os individualmente sofridos, mediante condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, com possibilidade de cominação de multa diária em caso de descumprimento (arts. 3º e 11 da LACP), e abrange diversos segmentos de interesses da sociedade, entre eles: 1) meio ambiente (art. 1º, I, da LACP, e Lei nº 6.938/81); 2) consumidor (art. 1º, II, da LACP, e CDC); 3) bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º, III, da LACP); 4) infração à ordem econômica e à economia popular (art. 1º, V, da LACP, e Leis nºs. 1.521/51 e 8.884/94); 5) loteamentos (Lei nº 6.766/79); 6) portadores de deficiência (Lei nº 7.853/89); 7) investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89); 8) crianças e adolescentes (Lei nº 8.069/90); 9) erário (Lei nº 8.429/92); 10) patrimônio genético (Lei nº 8.974/95); 11) recursos hídricos (Lei nº 9.433/97); e 12) qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV, da LACP).

¹⁷ A Legitimação para a Defesa dos ‘Interesses Difusos’ no Direito Brasileiro. In Temas de Direito Processual – Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183-188.

Importante salientar também que, apesar de inicialmente a LACP somente contemplar a tutela de interesses e direitos difusos ou coletivos (substancialmente metaindividuais), a partir da interação entre os sistemas, levada a efeito com o advento do CDC, em termos de proteção aos direitos individuais homogêneos, o reconhecimento da viabilidade de sua defesa coletiva na ação em enfoque impor-se-ia, consoante leciona RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

“De outro lado, mercê de um engenhoso sistema de complementaridade entre a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e o processo da Lei da Ação Civil Pública (CDC, arts. 83, 90, 110; Lei 7.347/85, art. 21, acrescentado pelo art. 117 do CDC), pode-se afirmar, com Nery e Nery: ‘Não há mais limitação ao tipo de ação, para que as entidades enumeradas na LACP, art. 5º, e CDC, art. 82, estejam legitimadas à propositura da ACP para a defesa, em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos’.

Esse largo espectro não encerra, porém, o risco de ser conferida extensão exagerada ao objeto da ação civil pública, porque, de um lado, o interesse objetivado – mesmo no caso dos ‘individuais homogêneos’ – sempre estará sendo tratado em sua *dimensão coletiva* (...); de outro lado, é lícito supor que sempre há de preexistir a *relevância do interesse* para a sociedade civil, embora esse quesito possa apresentar diversa gradação e mesmo, no caso dos individuais homogêneos, derivar da *conveniência* do trato processual coletivo, mormente agora com as restrições à formação do litisconsórcio ativo facultativo ‘multitudinário’ (CPC, parágrafo único do art. 46, acrescentado pela Lei 8.952, de 13.12.1994).”¹⁸

Neste sentido são também os entendimentos esposados por KAZUO WATANABE¹⁹ e LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO²⁰. Todavia, há quem, como HUMBERTO THEODORO JUNIOR, discorde dessa linha, em entendimento de que não se estende a tutela coletiva à proteção genérica de outros interesses individuais homogêneos, além dos relativos aos consumidores ou a outros expressamente previstos em lei, mesmo em face da aplicação da sistemática processual do CDC à ação civil pública, na qual se contemplaram

¹⁸ *Ação Civil Pública...*, ob.cit. p. 41-42.

¹⁹ *CDC comentado*, ob.cit. p. 761-762.

²⁰ *Ações Coletivas...*, ob.cit. p. 106.

inicialmente somente as categorias de interesses substancialmente metaindividuais, posto que “a Lei da Ação Civil Pública não se destina à proteção dos interesses ou direitos homogêneos”, já que “estranhos que são à destinação específica da ação que, legalmente, tem objeto diverso e bem especificado.”²¹

Nada obstante, a tutela de interesses metaindividuais, mesmo de ordem individual homogênea, que naquela categoria se inclui em razão de ótica processual, na disciplina da LACP deve ser entendida como cabível, mormente porque, como adiante se verá, é da moldura fática que se irradia a definição dos interesses e direitos tuteláveis, podendo, assim, de um mesmo evento advir a necessidade de proteção, ao mesmo tempo, de mais de uma das categorias de direitos e interesses.

TUTELAS COLETIVAS E DIREITOS E INTERESSES METAINDIVIDUAIS

Como é cediço, o processo, como meio de pacificação dos conflitos sociais, foi, em concepção não muito remota, voltado marcadamente para a tutela de um litígio específico e bem definido, em face da observância de dogmática processual clássica, refletida pela postura individualista do pensamento liberal-burguês.

Só que, em face da inexorável transformação social e econômica vivida pela humanidade, essa moldura clássica do processo, em certas hipóteses, passou a não corresponder satisfatoriamente aos seus fins (distribuição de justiça), pois a conflituosidade de massa, advinda de relações jurídicas também massificadas, reclamava um novo instrumental, ou mesmo uma nova visão dos institutos já concebidos, com aptidão necessária à efetiva pacificação social, fim último do Direito.

Nessa esteira, ao traçarem as linhas evolutivas pelas quais passam a dogmática da instrumentalidade do processo, ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI e CÂNDIDO DINAMARCO não deixam de anotar que:

²¹ *In Ação Civil Pública e a defesa dos aplicadores em depósito de caderneta de poupança*. Revista Forense. v. 339. p. 209-227.

“(…) A fase instrumentalista não terá desempenhado o relevante papel que se propõe para o aprimoramento do serviço de pacificação social, enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três ‘ondas renovatórias’ desenvolvidas em sede doutrinária. Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.”²²

Fez-se necessário que o processo fosse dotado de maior instrumentalidade substancial e efetividade, adequando-se à nova realidade socioeconômica hodierna, e, a par dessa nova visão, KAZUO WATANABE não deixa de considerar que é também necessária a formação, pela conscientização popular, de uma nova mentalidade, para que assim se construa “uma sociedade menos individualista e egoísta, mais participativa e solidária”, pelo que ressalta:

“Dentro dessa linha de pensamento, o acesso à justiça e os correspondentes instrumentos processuais deverão ser importantes mais pela sua potencialidade de uso, pela sua virtualidade, do que pela sua efetiva utilização. A só existência de mecanismos processuais mais eficazes e mais ajustados à natureza dos conflitos a serem solvidos deverá fazer com que, juntamente com o conjunto de medidas antes enumeradas, a *nova mentalidade* tão almejada seja efetivamente uma realidade, fazendo com que, ao invés do *paternalismo do Estado*, tenhamos uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa, enfim, uma sociedade em que os mecanismos informais e inoficiais de solução dos conflitos e interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais.”²³

²² *Teoria Geral do Processo*, 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 45.

²³ *CDC comentado*. ob.cit. p. 707.

Não é à toa que a Ação Popular, em que pese a relevância das suas finalidades, tem sido tão pouco usada desde sua origem, uma vez que, colocada à disposição de qualquer cidadão para promover a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, sua posição isolada contrapondo-se aos responsáveis e interessados no ato assemelhar-se-ia, nas palavras de Barbosa Moreira, a uma luta travada pelo gigante com um Davi (o cidadão).²⁴

No tocante às categorias componentes desses interesses, o CDC, por opção legislativa, reservou dispositivo no qual se estabeleceu a conceituação formal dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único) e, em face da integração dos sistemas de tutelas coletivas, seus preceitos podem ser considerados, mesmo em não se tratando de relações de consumo.

Nesse diapasão, no sistema protetivo do CDC, os interesses ou direitos difusos são entendidos como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, I). Por sua vez, os interesses ou direitos coletivos se têm por aqueles “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” (II), enquanto os interesses ou direitos individuais homogêneos são entendidos como aqueles “decorrentes de origem comum” (III).

Para HUGO NIGRO MAZZILLI²⁵, os interesses transindividuais (ou metaindividuais) é categoria intermediária entre o interesse público e o privado, referindo-se a um grupo de pessoas, mas que, excedendo ao âmbito estritamente individual, não chega a constituir interesse público, sendo que, sob o aspecto processual, seu tratamento coletivo justifica-se pelo fato de seus diversos titulares estarem ligados pela mesma relação jurídica ou fática.

KAZUO WATANABE, em parte colhendo os ensinamentos de Barbosa Moreira, distingue duas ordens de tutela coletiva, a saber: 1) a dos interesses e direitos essencialmente coletivos (que se enquadrariam nos difusos,

²⁴ *Temas de Direito Público*. ob.cit. p. 177.

²⁵ *A Defesa...* ob.cit. p. 43.

segundo o critério do CDC) e dos coletivos “propriamente ditos” (os coletivos do CDC), e 2) a dos interesses ou direitos de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados (correspondendo aos direitos individuais homogêneos).²⁶ Como também salienta esse autor, relativamente à definição legal dos direitos difusos, houve opção, no aspecto subjetivo, pela indeterminação dos titulares e inexistência entre eles de relação jurídica base; enquanto, no aspecto objetivo, a escolha se positivou pela indivisibilidade do bem jurídico a ser tutelado.²⁷

Evidencia-se, pois, que são seus traços característicos: 1) a indivisibilidade; 2) a indeterminação dos titulares (p.e., em uma questão ligada ao meio ambiente); e 3) a ligação por circunstâncias de fato (p.e., morar em uma determinada região). Nessa hipótese, o dano a um implica a lesão a todos; a reparação a um conduz à satisfação de todos, segundo a lição de BARBOSA MOREIRA.²⁸

No tocante aos direitos coletivos (*strictu sensu*), são suas marcas: 1) a indivisibilidade; 2) a determinação apenas relativa dos interessados (pois pertencem a grupo, categoria ou classe de pessoas); e 3) a ligação pela mesma relação jurídica básica preexistente à lesão ou ameaça. Com o uso da expressão “transindividuais de natureza indivisível” descartou-se a idéia de interesses individuais agrupados ou mero feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles, até mesmo porque, na tutela coletiva, a condenação é sempre genérica. A determinabilidade, oriunda da relação jurídica base, é o traço que diferencia os direitos coletivos dos difusos (indetermináveis, mas decorrentes de ligação fática).

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos identificam-se pela: 1) divisibilidade; 2) determinação do grupo, categoria ou classe de pessoas interessadas; e 3) ligação por circunstâncias fáticas comuns. Essa nova categoria de direitos que, embora constituam verdadeiros direitos subjetivos tradicionais (divisíveis e patrimoniais), passíveis, portanto, de tratamento individualizado, tem a justificativa de seu tratamento coletivo em razão de conveniências dos interesses da coletividade, diante das dimensões e repercussões no meio social.

²⁶ CDC comentado... ob.cit. p. 718.

²⁷ CDC comentado. ob.cit. p. 720.

²⁸ Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos ou Difusos – Temas de Direito Processual. ob.cit. p. 195.

A partir do exame da causa de pedir e do pedido, torna-se possível chegar à conclusão sobre qual das modalidades de tutela é que haverão de ser examinadas. Exemplificadamente, em processo apreciado pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, no qual se discutia justamente a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a ação civil pública em defesa dos interesses metaindividuais, mais especificamente, a proteção decorrente do aumento de mensalidades escolares em descompasso com a normatização de regência, afirmou-se a capacidade postulatória do *Parquet*, enquadrando-se a categoria dos direitos individuais homogêneos como uma subespécie do gênero direitos coletivos. A ementa do julgado, relatado pelo e. Min. MAURÍCIO CORRÊA, em parte, a seguir se transcreve:

“4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inciso III, da Constituição Federal. (...).”²⁹

Discorrendo sobre a inovação do CDC ao instituir a novel categoria de direitos tuteláveis coletivamente, o eminente relator do feito assim afirmou:

“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

²⁹ RE Nº 163.231-3/SP, julgado em 26/02/97, publicado no DJU de 29/6/2001, p. 55.

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. (...)

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 uma subespécie de interesses coletivos, como antes abordei, legítima é a capacidade postulatória do recorrente.”

Na verdade, uma observação deve ser feita, como bem esclarece KAZUO WATANABE ao comentar o teor desta conclusão.³⁰ É que a defesa coletiva justifica-se não por ser, a rigor, a categoria dos direitos individuais homogêneos uma subespécie dos coletivos, mas sim porque o tipo de tutela requerida pelo MP dizia respeito à impugnação do reajuste enquanto dirigida globalmente aos alunos da escola então demandada, ou seja, constituía-se em um bem indivisível de todo grupo (adequação das mensalidades), não tendo sido pleiteada a reparação a cada um dos pais dos alunos (devolução das quantias pagas a maior).

Nessa esteira, há de se ver que dentro, de uma mesma moldura fática, podem ser perseguidas tutelas coletivas diferentes, tanto assim que HUGO NIGRO MAZZILLI, tomando por exemplo também a hipótese de aumento de mensalidades escolares, referindo-se às ações civis públicas ou às ações coletivas como forma de defesa dos interesses metaindividuais, ressalta:

“Nelas, não raro se discutem interesses transindividuais de mais de uma natureza. Assim, numa ação coletiva que vise a combater aumentos ilegais de mensalidades escolares, bem como pretenda a repetição do indébito, estaremos discutindo, a um só tempo, interesses coletivos em sentido estrito (a ilegalidade em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado), e também interesses individuais homogêneos (a repetição do indébito, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado).”³¹

³⁰ CDC comentado. ob.cit. p. 729.

³¹ A Defesa... ob.cit. p. 49-50.

Outrossim, dentro dessa discussão acerca de uma mais adequada visão das categorias de interesses e direitos processualmente tuteláveis com o instrumental coletivo, uma distinção mais nítida, e que se encaixa na natureza daqueles, foi feita por TEORIALBINO ZAVASCKI, em artigo doutrinário onde consta a seguinte lição:³²

“(…) é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não disvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. ‘Coletivo’, na expressão ‘direito coletivo’ é qualificativo de ‘direito’ e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em ‘defesa coletiva’ o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa.”

E, lançados tais balizamentos, resta apreciar a adequação da atuação do *Parquet* na tutela dos ditos interesses e direitos individuais homogêneos.

A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Encontra-se inscrito na Constituição da República que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como são consideradas suas funções institucionais, entre outras, a promoção do inquérito civil público e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF/88, arts. 127, *caput*, e 129, III).

Em consonância com o Texto Magno, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) estabelece que incumbe ainda ao *Parquet*,

³² *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. In Revista Forense, v. 329. p. 147-160.

além das funções previstas na Constituição Federal e na Estadual e em outras leis, a promoção da ação civil pública 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 (art. 25, IV, “a”). Bem assim, o Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93, art. 6º, VII).

Então, restando aceita a defesa dos direitos individuais homogêneos por via dos instrumentos de tutelas coletivas, diga-se, pela ação civil pública, da qual é um dos co-legitimados o *Parquet*, a questão é compatibilizar a legitimação que lhe é conferida com sua natureza e finalidade, bem como traçar os limites e condições ao seu exercício naquelas situações em que não há disposição expressa de lei autorizando sua iniciativa, ao contrário, p.e., do caso dos investidores em mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89).

Vê-se objetivamente que o Ministério Público é instituição voltada para a tutela de certos interesses relevantes da sociedade, sendo-lhe vedada a atuação fora de sua missão institucional, como, p.e., a representação das entidades públicas (art. 129, IX, CF/88). A partir desse raciocínio, alguns têm entendido que a defesa dos interesses coletivos (*lato sensu*) pelo MP, principalmente quando considerados individuais homogêneos, não pode ser confundida com a tutela de meros interesses individuais plúrimos (patrimoniais e disponíveis).

No trato dessa questão, deve-se lançar mão de duas premissas: 1) antes de mais nada, a própria definição da categoria do direito ou interesse envolvido na lide coletiva; e 2) em se tratando de interesses individuais homogêneos, há de se ter em conta que a sua tutela, via ações coletivas, somente se justifica pela relevância social que adquire o interesse em face das circunstâncias concretas, ou, também pela indisponibilidade, vista esta como a opção legislativa de atribuir a marca de ordem pública e interesse social ao direito em causa.

A propósito desta última colocação, vale trazer novamente à tona o que se disse quanto à fonte inspiradora do modelo de tutela coletiva brasileiro, as *class actions for damage* do direito norte-americano, nas quais a norma regente

(*Rule 23*) erigiu como requisitos à sua admissibilidade dois pressupostos de irrefutável consideração na tutela dos direitos individuais homogêneos, a saber: 1) a prevalência das questões comuns de fato e de direito, pois inexistindo esta o direito será heterogêneo; e 2) a superioridade em eficácia e justiça da tutela coletiva.

Não é, p.e., o dano causado em virtude de uma mesma ligação fática a meia dúzia de abastados consumidores de um bem de consumo durável importado (carro de luxo) que justificaria a subversão, pelo uso de uma ação coletiva, das regras de legitimação ordinária. Inexiste, no caso, qualquer traço de “superioridade”, pois a eficácia e a justiça seriam facilmente alcançadas com as vias protetivas não coletivas.

Destarte, a tutela coletiva não se trata de mera soma ou justaposição de valores meramente individuais, mas a feição muda quando se trata de um interesse de relevo social. Veja-se, assim, a questão do aumento abusivo das mensalidades escolares, tratado no precedente do STF antes mencionado (RE nº 163.231/SP). Fora de dúvida que, em se tratando de privilegiar um direito ligado à educação, amparado até mesmo constitucionalmente (art. 205, CF/88), embora circunscrito a um grupo determinável de pessoas (pais e alunos de uma rede privada de educandários), não há como se negar, além da “prevalência das questões comuns” (o descompasso no reajuste atinge a todos), a manifesta superioridade da efetividade e justiça da tutela coletiva, deixando de submeter cada um dos interessados às agruras de uma demanda individualizada.

Nesse lanço, vale trazer à consideração a advertência de HUGO NIGRO MAZZILLI:³³

“A regra é de que o Ministério Público só pode propor ações civis públicas em hipóteses taxativas, previstas na lei; entretanto, em matéria de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a legitimação do Ministério Público é genérica, podendo, assim, propor qualquer ação civil pública em defesa de interesses

³³ A defesa... ob.cit. p. 71-73.

transindividuais, bastando que sua iniciativa consulte aos interesses gerais da coletividade. (...)

A razão da intervenção ministerial liga-se ao bem jurídico a ser defendido. Se a parte é incapaz, o Ministério Público está no feito não para ajudá-lo a locupletar-se ilicitamente, mas para zelar para que seus interesses disponíveis não sejam objeto de disposição indevida. Já em ação de estado, o Ministério Público zela para que seja declarada a nulidade de um casamento contraído com impedimento absoluto, ou para que não o seja, em caso contrário. Na ação coletiva que verse interesses individuais homogêneos, estará buscando solução para um problema de tal relevo ou de tal abrangência social, que sua atuação convirá à coletividade como um todo.”

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO³⁴, de forma lapidar, pontifica, na mesma linha, sobre a tutela dos referidos direitos pelo MP:

“Cremos que o *ponto de equilíbrio* nessa controvérsia depende de que seja devidamente valorizado o disposto no *caput* do art. 127 da CF, onde se diz que ao *Parquet* compete a defesa dos ‘interesses sociais e individuais indisponíveis’. Ou seja, quando for individual o interesse, ele há de vir qualificado pela nota da indisponibilidade, vale dizer, da *prevalência* do caráter de ordem pública em face do bem de vida direto e imediato perseguido pelo interessado. Até porque, de outro modo, a legitimação remanesceria ordinária, individualmente ou em cúmulo subjetivo. (...).

Paralelamente, registra-se entendimento no sentido de que a nota da indisponibilidade (CF, art. 127, *caput*) pode, ainda, derivar do próprio interesse social em que seja prevenida a *atomização dos conflitos coletivos*, os quais, tratados fora dos esquemas de jurisdição coletiva, acabam gerando múltiplas demandas individuais, com os efeitos deletérios bem conhecidos: sobrecarga ao Judiciário, duração excessiva dos feitos, risco de decisões qualitativamente diversas. No ponto, Nery e Nery sustentam que a ação civil pública movida pelo Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos ‘é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada (CDC, art. 103, III), evitando-se decisões conflitantes’.”(grifei)

³⁴ *Ação Civil Pública*. ob.cit. p. 114-115.

Esse último autor, inclusive, salientando que tudo refluí para a genérica determinação de que o MP deve intervir nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (art. 82, III, do CPC), traz à consideração a Súmula nº 07 do Conselho Superior do MPSP, que confere legitimidade à atuação de seus membros na defesa dos direitos individuais homogêneos quando se tenha expressão na coletividade, como nas seguintes hipóteses: “a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

Em termos jurisprudenciais, já se anotou que o STF conferiu legitimidade ao MP em relação à abusividade das mensalidades escolares. Já no STJ, o tribunal unificador do entendimento da legislação infraconstitucional, reina certa discrepância. Nesse contexto, embora não se deixe de lado a menção a precedentes contrários à tese de legitimação ora discutida, salutar é a referência a acórdão de sua Corte Especial, relatado pelo e. Min. WALDEMAR ZVEITER, em sede de embargos de divergência em recurso especial, em que se acolheu a presença de relevância social. A ementa do julgado assim ficou lavrada:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JÁ ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria

que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa.

II – 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 estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. (...).”³⁵

Em outro precedente que tratava de causa análoga, citado, aliás, no recurso de divergência (RESP N. 105.215/DF, DJU de 18/08/97, p. 37.873), o e. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, além de também deixar consignado o entendimento da pertinência subjetiva do *Parquet* para a aludida causa, com sua habitual percuciência, detectou o cúmulo de demandas e identificou precisamente a natureza de cada uma. Eis o raciocínio construído no corpo do referido voto, *verbis*:

“Com efeito, na pretensão anulatória, está-se diante de direito coletivo, haja vista a ligação única entre os consumidores com a parte contrária, a incorporadora dos imóveis e construtora da obra, caracterizando um grupo determinável de pessoas. Na indenizatória, aflora-se o direito individual homogêneo daqueles consumidores ainda mais determináveis e que sofreram dano com a adoção da cláusula absolutamente nula. E na condenatória em obrigação de não-fazer, o direito difuso é incontestado, uma vez que a pretensão de compelir a alienante a não-inserir nos contratos futuros a cláusula beneficiará um número indeterminado de consumidores, ou seja, todos aqueles que vieram a contratar com ela durante sua existência.”

Em outras situações, o STJ também reconheceu a pertinência da iniciativa do Ministério Público, como na proteção do direito ao salário mínimo de servidores municipais, pois “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

³⁵ EDRESP Nº 141.491/SC, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, DJU de 01/08/2000. p. 182.

verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública’’. (RESP nº 95.347/SE, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJU de 01/02/99, p. 221).

Em outro caso, respeitante à tutela do interesse dos segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS sem a devida atualização, assentou-se que “sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange toda a amplitude de seus conceitos e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão’’. (RESP nº 211.019, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU de 08/05/2000, p. 112). Também se acolheu sua legitimidade para a perseguição de indenizações de lesões resultantes de acidentes de trabalho (ROMS nº 8.785/RS, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJU de 22/5/2000, p. 104).

Mais recentemente, já se reconheceu a legitimidade do MP para a propositura de ação em defesa de interesses individuais homogêneos, considerando terem esses repercussão no interesse público e a existência de interesse social compatível com a finalidade da instituição, em relação à anulação de cláusula instituidora de taxa imobiliária em contrato locatício de adesão (ERESP nº 114.908/SP, Rel.^a Min.^a ELIANA CALMON, DJU de 20/5/2002, p. 95); à cobrança em compromissos de compra e venda de imóveis de resíduo de correção monetária acumulada no período de 12 (doze) meses, além do reajuste da própria prestação (RESP nº 182.556/RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJU de 20/5/2002, p. 143); e, inclusive, à questão ligada à televisão por assinatura, tendo em vista que esta “tem hoje importante presença como instrumento de lazer, contribuindo para a qualidade de vida dos cidadãos, e alcançando significativas parcelas da população, não estando confinada aos estratos mais abastados (RESP nº 308.486/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJU de 02/9/2002, p. 183).

Outrossim, não faltam opiniões em contrário, sustentando, como dito, a ilegitimidade do MP para tutela de interesses e direitos individuais quando estes sejam disponíveis. Nesse sentido, está o atualizador da obra de HELY LOPES MEIRELLES, o Prof. ARNOLDO WALD, para quem a legislação infraconstitucional “só pode atribuir ao Ministério Público a defesa de interesses difusos e coletivos, não abrangendo sua competência a defesa de direitos

individuais homogêneos disponíveis.”³⁶ Também com essa mesma visão, HUMBERTO THEODORO JUNIOR, em artigo doutrinário antes mencionado,³⁷ já dizia que:

“O Ministério Público tem a sua legitimação para a ação civil pública definida pela Constituição, a qual a prevê para ‘proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’ (art. 129, III). Há quem considere envolvido na idéia de ‘interesse social’ o dos consumidores, quando defendidos globalmente. Assim a sentença seria dada, na ação promovida pelo Ministério Público, sempre em caráter genérico, impessoalmente, cabendo aos ofendidos, individualmente, requererem em execução os efeitos da condenação coletiva (Teori Albino Zavascki, RF, 329/158). O certo é que o Ministério Público não está institucionalmente concebido como defensor de direitos individuais homogêneos, mas apenas dos ‘interesses sociais’ (CF, art. 127). Os ‘interesses individuais’ somente entram na esfera de atuação do *Parquet* quando sejam ‘indisponíveis’ (...).

Fora do âmbito da genérica defesa dos consumidores, o Ministério Público não tem legitimidade para manejar ação civil pública, mormente quando se trate de direitos patrimoniais divisíveis e disponíveis (...).”

E, nessa ordem de idéias, não faltaram repreensões como a lançada por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, para quem a multiplicação da propositura da ação civil pública pelo Ministério Público estaria transformando o instituto, na expressão que KAZUO WATANABE teria empregado para o mandado de segurança, em “panacéia geral para toda e qualquer situação”, gerando o descrédito e desvirtuamento da aludida ação, ignorando a indispensabilidade de tratamento paritário entre as partes, corolário inafastável do devido processo legal.³⁸

³⁶ *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 157-159.

³⁷ *Revista Forense*. v. 339, p. 211-227.

³⁸ *Ação Civil Pública e sua Abusiva Utilização pelo Ministério Público*. In *Ajuris*. v. 56. p. 35-55.

Apoiado na limitação constitucional das funções institucionais do *Parquet* e pugnando por uma imperiosa conscientização da verdadeira utilidade do instituto, diz o referido autor que, dado o seu caráter excepcional, a ação civil pública somente pode ser admitida nos casos expressamente previstos em lei, pois representam exceção aos princípios da iniciativa da parte e do dispositivo. Também salienta que, em relação à legitimidade, o preceito que vige no nosso sistema, no tocante à ação civil pública, é o da obrigatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade, de molde a não se chegar ao extremo de sustentar que a atividade do Ministério Público seria ilimitada, ficando ao seu alvedrio a propositura ou não da ação, concretizando-se o seu uso objetivamente, sem qualquer conotação personalística ou paixão pessoal, ou seja, com absoluta exação.

Alguns precedentes do STJ, seguindo essa linha de orientação, já assentaram, p.e., em questão relativa a financiamento para aquisição de lotes, que “o direito individual há que ser indisponível, a fim de dar ensejo à sua defesa pela via da ação civil pública”, pois “a manifestação de uma coletividade determinada contra a exigência indevida de pagamento em duplicidade na aquisição de imóveis não traduz ofensa a direito coletivo ou difuso” (RESP nº 171.283/PR, Rel. p/ acórdão Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 10/05/99, p. 107).

Também em uma interpretação mais restritiva, em caso que tratava de ação do MP voltada à condenação da União em indenizar cidadãos contaminados pelo vírus do HIV em transfusões sanguíneas, afirmou-se “não ser cabível o uso da Ação Civil Pública para fins de amparar direitos individuais, nem se prestar à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta comissiva ou omissiva da parte ré, não revestindo o caso em apreço no conceito constante da Lei nº 7.347/85”, uma vez que “os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores” (RESP nº 220.256/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 18/10/99, p. 215).

E, em outra assentada, em julgado também da lavra do eminente Ministro JOSÉ DELGADO (RESP nº 91.604/SP, DJU de 15/6/98, p. 15), parte da ementa foi redigida nos seguintes termos:

“ (...) 4 – O ordenamento jurídico concebe os interesses difusos como sendo aqueles formados por elementos axiológicos cuja titularidade excede a esfera meramente individual do ser humano, por pertencerem a todos que convivem em ambiente social. 5 – Os direitos difusos se caracterizam pela impossibilidade de sua fragmentação, isto é, de alcançarem, apenas, um indivíduo. 6 - A extensão de entendimento de incluir na categoria de direitos difusos ou coletivos, interesses puramente individuais, gera desprestígio para a ação civil pública, instrumento legal que os protege, em face de descaracterizar a verdadeira função para a qual tal entidade processual foi criada. 7 – A defesa de um grupo formador de um estamento social definido não se enquadra no âmbito da ação civil pública e, para tanto, não tem legitimidade o Ministério Público.”

TEORI ALBINO ZAVASCKI, por sua vez, sustenta em uma primeira análise que, embora autorizada a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, o Ministério Público somente atuaria nas hipóteses expressamente autorizadas em lei, as quais enumera como sendo: 1) consumidores (CDC); 2) investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89); e 3) credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024/74, art. 46). Na seqüência de seu trabalho doutrinário,³⁹ porém, cede às excepcionalidades em que presentes a relevância social, ponderando:

“(…) Entretanto, em casos excepcionais, devidamente justificados e demonstrados, em que eventual lesão a um conjunto de direitos individuais possa ser qualificada, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, como lesão a interesses relevantes da comunidade, ter-se-ia presente a hipótese de lesão a interesse social, para cuja defesa está o MP legitimado pelo art. 127 da Constituição. Também nestas hipóteses – cuja configuração está evidentemente sujeita ao crivo do Poder Judiciário – a atuação do MP, necessariamente em forma de substituição processual autônoma, limitar-se-á à

³⁹ *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. In Revista Forense. v. 329, p. 147-160.*

obtenção dos provimentos genéricos indispensáveis à restauração dos valores sociais comprometidos, sendo-lhe vedado deduzir pretensões que signifiquem, simplesmente, tutela de interesses particulares, ainda que homogêneos, ou de grupo.”

A nosso ver, a orientação que perfilha a legitimidade do MP para a defesa dos direitos individuais homogêneos, ainda que não expressamente dispostos em lei, deve prevalecer em razão da relevância social do interesse, desprezando-se a individualidade e divisibilidade, características essas presentes também nos homogêneos, autorizando a necessária tutela coletiva como forma eficaz de prestação jurisdicional e de distribuição da justiça.

Enfim, tendo em conta o que já se afirmou, se é por intermédio da causa de pedir e do pedido que se define a categoria do direito metaindividual e considerando, ainda, que a tutela prestada será sempre alcançada com uma condenação genérica, remontando a fase posterior a apuração individual do dano, o argumento isolado de que o MP não é legitimado para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, em face da sua divisibilidade e disponibilidade, não pode prosperar, pois, ainda assim, tais direitos, em face da relevância que assumem na sociedade passam a constituir interesses sociais, e por isso coletivos (*lato sensu*), cuja defesa está afeta às funções institucionais do *Parquet*.

CONCLUSÕES

A ação civil pública é o instrumental conferido a certos co-legitimados (Ministério Público, entes governamentais e políticos ou associações) para a tutela dos interesses metaindividuais, ou seja, aqueles que, não adstritos à esfera puramente individual, são considerados relevantes para a coletividade como um todo, devendo tais direitos serem dotados de especial tratamento por parte do ordenamento jurídico e das instituições envolvidas na atividade de prestação da tutela jurisdicional, mormente o Poder Judiciário e o Ministério Público.

No particular, em que pese os direitos individuais homogêneos materialmente constituírem-se clássicos direitos subjetivos divisíveis e disponíveis, sua tutela de forma coletiva se justifica em razão prevalência das questões comuns (homogeneidade) e

da superioridade em termos de eficácia e de justiça, mormente em se considerar a marcante característica da processualística moderna da instrumentalidade.

Assim, diante do novo quadro de relações jurídicas de massa da sociedade contemporânea, uma nova postura jurídica deve ser adotada, com admissão de se relevar em situações justificáveis o esquema clássico dos meios de solução dos litígios, adotando um sistema evoluído, tendo o processo como um meio eficaz de realizar a justiça social, admitindo a substituição processual, que marca as tutelas coletivas reclamadas pelos novos tempos de cultura e economia massificadas, não como hipótese de extrema excepcionalidade, mas como forma de ajustar o instrumental (dogmática processual) à finalidade (justiça efetiva).

Enfim, ao Ministério Público deve ser reconhecida a legitimidade para o trato dos direitos individuais homogêneos, desde que se faça presente o requisito da relevância social, não bastando para desqualificar a pertinência da sua iniciativa a circunstância de serem tais direitos individuais disponíveis, bem como no caso de tratar-se de direito indisponível na acepção de que se entenda como tal aquele interesse qualificado pela lei como de ordem pública e de interesse social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

1. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de *et alli*. *Teoria Geral do Processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 41-45.
2. ARAÚJO FILHO. Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
3. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42 e 173-221.
4. GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Edis, coordenador. *Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 19-39.

5. _____. *et alli. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 703-795.
6. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: – Lei 7.347/85 e legislação complementar.* 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15-61 e 97-127.
7. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
8. _____. *Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor – O papel do Ministério Público.* Justitia, v. 160, p. 158-180.
9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data” – atualizado por Arnaldo Wald.* 20 ed. São Paulo: 1998, p. 151-210.
10. NERY JUNIOR, Nelson. *O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo.* Justitia. v. 160, p. 244-250.
11. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ação civil pública – Operação bancária de poupança – Inaplicabilidade de ação civil pública – Inocorrência de relação de consumo – Direitos individuais homogêneos – Carência de ação e coisa julgada.* Revista Forense, v. 339, p. 209-227.
12. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil pública ou ação coletiva.* In: MILARÉ, Edis, coordenador. *Ação Civil Pública: Lei no 7.347/1985 - 15 anos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
13. ZAVASCKI, Teori Albino. *Ministério Público, ação civil pública e defesa de direitos individuais homogêneos.* Revista Forense, v. 333, p. 123-137.
14. _____. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos.* Revista Forense, v. 339, p. 147-160.