

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Gudson Barbalho do Nascimento Leão
Mestrando em Direito pela UFRN – 2º período.

RESUMO

A seara dos direitos coletivos representa uma parcela do universo jurídico pouco explorada pelos doutrinadores e sobre a qual ainda são escassas as contribuições jurisprudenciais. O atual cenário do direito processual coletivo caracteriza-se por um turbilhão de conceitos e classificações sobre as modalidades de direitos coletivos existentes em nosso ordenamento jurídico. Isso prejudica consideravelmente a efetivação da tutela jurisdicional, razão por que o presente exame ocupa-se em estabelecer uma categorização dogmática das espécies de direitos coletivos, com ênfase para os direitos individuais homogêneos, modalidade autônoma dessa sistemática processual. Finda por considerar o Ministério Público como instituição suficientemente idônea e legítima à defesa judicial desses direitos, como forma de garantir o acesso à justiça, corolário magno do Estado Democrático Constitucional de Direito.

Palavras-chave: Direitos individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

Não é simples a tarefa de estabelecer em categorias sistemáticas os direitos coletivos, sob o enfoque do ordenamento jurídico brasileiro. Problemas circundam o tema, de modo que a adoção de um determinado ponto de vista, muito provavelmente, implicará na exclusão de outros tantos, alguns dos quais defendidos por renomados doutrinadores.

As dificuldades que povoam o assunto, todavia, não podem obstar sua análise; ao contrário, a tornam bastante recomendável, para não dizer imprescindível. Uma boa parte da doutrina tem contemporizado o tema, mas começam a surgir interessantes artigos científicos e decisões judiciais sobre o assunto, muitas das quais se caracterizam por uma preocupante inclinação ao descredenciamento do Ministério Público como parte legítima para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Trata-se, portanto, de analisar a questão no sentido de construir as premissas necessárias para atestar a legitimidade do *Parquet* na tutela jurisdicional desses direitos homogêneos, modalidade de direitos coletivos consagrada na realidade jurídica brasileira desde o enxerto do Código de Defesa do Consumidor em nosso ordenamento.

2 OS DIREITOS COLETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quanto à análise dos direitos coletivos¹ no ordenamento jurídico pátrio, adota-se aqui a corrente doutrinária que defende a existência de um elenco tripartite². Segundo tal doutrina, são três as modalidades (ou espécies) de direitos coletivos: os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito (coletivos *stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos. Sobre

¹ Para uma melhor compreensão do presente artigo, sempre que se falar em direitos coletivos se quer fazer menção ao gênero. Quando se quiser falar da espécie direitos coletivos em sentido estrito, far-se-á com o auxílio do adjunto *stricto sensu* ou da expressão “coletivos em sentido estrito”.

² Essa é, também, a postura assumida por Hermes Zaneti Júnior (*apud* AMARAL E CARPENA, 2005, p.76), quando analisa o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor e conclui que os direitos coletivos *lato sensu* devem ser compreendidos como gênero, do qual são espécies os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.



eles, passa-se a discorrer, realçando seus conceitos e características, mas sem olvidar de certo passeio histórico, longe do qual se torna difícil compreender o posicionamento sistemático aqui sustentado. Não se vive o presente sem o lastro que o passado nos forneceu.

Vale lembrar que, no direito comparado, se adotou com mais frequência a postura dualista dos direitos coletivos, através da qual se analisa o gênero mediante sua fragmentação em duas espécies: direitos coletivos e direitos difusos. Há, inclusive, uma explicação lógica e razoável para esta divisão: ontologicamente, só existem mesmo essas duas categorias.

Imbuídos nesse aspecto ontológico e na esteira das lições desenhadas pela doutrina (interna e estrangeira), nosso constituinte originário estabeleceu no art. 129, ao tratar das funções essenciais à Justiça, a importância *sui generis* do Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*; (Grifos nossos)

Nesse desiderato, o art. 127, da mesma seção e capítulo do texto constitucional indica que o Ministério Público *é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. Há de ressaltar que os direitos individuais homogêneos só iriam ser referenciados como espécie autônoma de direitos coletivos anos mais tarde, na ocasião da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Nada obstante, traçando-se um paralelo entre aqueles dispositivos, poder-se-ia entender que os direitos coletivos trazidos pelo art. 129 já encapsulavam também os direitos individuais homogêneos, ao passo que o abrigo no art. 127 estaria garantido pela locução “interesses individuais indisponíveis”.

Não foi esse, porém, o entendimento esposado pela maioria de



nossa jurisprudência e doutrinadores. Não tardou a ecoarem vozes no sentido de excluir do gênero dos direitos coletivos aqueles direitos individuais homogêneos. Passados mais de vinte anos da promulgação de nossa Constituição, ainda há quem defenda tais posicionamentos, pestanejando aos malefícios que esta vetusta interpretação pode ocasionar.

Para alguns autores, os direitos coletivos em sentido estrito nada mais são que meros direitos difusos, alegando que a eles se atribuem características de transindividualidade e indivisibilidade, peculiares dos direitos difusos. Não parece correto o entendimento esposado por Teori Albino Zavascki (1995), quando conclui que os direitos individuais homogêneos, universalmente protagonistas do elenco de direitos coletivos, são verdadeiros direitos difusos. Esta posição é, inclusive, reverberada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 725), no instante em que lecionam:

Os direitos individuais homogêneos [...] são, em verdade, direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas, por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa) admitem – e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado – proteção coletiva.

Não consideramos assim. Ao revés, aqui se defende a ideia de que os direitos individuais homogêneos, longe de se despir dos caracteres de coletividade, podem ser considerados os mais coletivos dos direitos plurais. E a doutrina universal, ao menos sob o viés ontológico, nos acompanha nesse pensamento.

Ou seja, no contrafluxo da *ratio essendi* que motivou a Assembléia Nacional Constituinte de 1988, alguns juristas passaram a interpretar, a contrário senso, aqueles dispositivos constitucionais. Racionavam da seguinte forma: se o legislador constituinte não explicitou os direitos individuais homogêneos como sendo possíveis de serem tutelados mediante as ações para as quais o *Parquet* é legítimo titular, é porque, na verdade, não se tratam de direitos coletivos, tampouco sejam direitos individuais indisponíveis. Atentando-se apenas à literalidade da norma jurídica, negaram o caráter coletivo dos direitos individuais homogêneos.

Ocorre que a interpretação mais prestante na ordem jurídica do texto constitucional é a interpretação sistêmica. Isto é, só poderemos desvendar os segredos de um dispositivo constitucional se conseguirmos encaixá-lo dentro



do sistema constitucional do qual ele é parte. É esse sistema que nos permite a interpretação correta do texto, de forma que a interpretação gramatical ou literal – para usar um termo mais forte – é a mais pedestre das interpretações.

De fato, vez ou outra, o legislador dá azo a esse fetichismo gramatical, elaborando espécies normativas que, embora disciplinem outras matérias, também cuidam de traçar certas diretrizes hermenêuticas. Em algumas hipóteses, essas normas ulteriores têm o apriorístico condão de clarificar o óbvio, sinalizar sentidos e alcances manifestos, a fim de auxiliar aqueles juristas que não conseguem transpor os obstáculos interpretativos que à sua frente se impõem.

Talvez tenha sido esse um dos motivos que impulsionou nosso legislador ordinário, ao enxertar em nosso ordenamento jurídico o Código de Defesa do Consumidor. O *mens legislatoris* teve o discernimento de estabelecer no art. 81 daquele instrumento normativo:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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. (Grifos nossos)

Já naquele instante – início da década de 90 – havia quem defendesse a exclusão dos direitos individuais homogêneos do elenco de direitos coletivos. Em defesa desses direitos e na tentativa de fulminar os prejuízos advindos de tal doutrina, o código de defesa do consumidor validou a inclusão do supracitado inciso III: para dizer o que já estava patente nos dispositivos constitucionais.



2.1 Espécies de direitos coletivos

Neste ponto, torna-se necessário classificarmos cada uma das espécies desses direitos coletivos (*lato sensu*). Os direitos difusos estão albergados no art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no Estatuto do Idoso, no Anteprojeto de Código de Processo Coletivo e, de maneira esparsa, foram celebrados às largas no texto constitucional. Quanto às características que os identificam, lembramos que algumas são trazidas pelo próprio dispositivo legal e outras são de natureza supralegal, extraídas da experiência doutrinária e da análise de alguns julgados acerca da matéria.

Os direitos difusos são, portanto, transindividuais (não existe um único sujeito titular), de natureza indivisível, *de que sejam titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato* (art.81, I do CDC). Em se tratando das características supraleais, destacamos que esses direitos não são suscetíveis de quantificação econômica e são valorativamente imensuráveis. Apresentam um elevado grau de conflituosidade com outros direitos e interesses coletivos (econômicos, políticos, culturais, etc.) e, devido à circunstância fática que os envolve, sua violação pode ocorrer de forma inconstante ou eventual. São direitos e interesses absolutamente indisponíveis, o que, em certa medida, se reflete através da elevada carga de conflitos mencionada.

Em se tratando dos direitos coletivos em sentido estrito (art. 81 II - primeira parte - CDC), sustentamos a ideia de que eles possuem as mesmas características dos direitos difusos, com a ressalva de que, embora seus titulares não possam ser identificados individualizadamente, certamente pertencem a uma mesma categoria, classe ou grupo. Bem assim, esses direitos coletivos *stricto sensu* são transindividuais (no linguajar de alguns doutrinadores são metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (visto que só podem ser considerados em sua totalidade), em que não se podem identificar os seus titulares, embora possamos restringi-los a determinado grupo, classe ou categoria.

Igualmente, são direitos não quantificados (não é possível quantificar valorativamente os bens por eles tutelados), que existem devido a uma circunstância fática, cuja proteção se ampara na plausível e provável ocorrência de agressões a eles (eis a característica delimitada sob a rubrica “inconstância” ou “eventualidade” da violação a esses direitos).

Esses direitos coletivos *stricto sensu*, que o legislador definiu como sendo direitos ou interesses coletivos, possuem os mesmos atributos que encobrem os direitos difusos, abrigados sob a copa do inciso I (transindivi-



duais e indivisíveis). Equivaleriam, portanto, aos famigerados direitos difusos do direito comparado, com a ênfase de que, no inciso II (primeira parte), quis nosso legislador infraconstitucional limitá-lo a grupo, categoria ou classe. Frise-se, por oportuno, que nos demais incisos (I e III) do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor inexistente esta limitação.

Noutro patamar, encontramos os direitos individuais homogêneos (assentados no art. 81 III, CDC), cuja análise impescinde ser feita através de uma ótica dúplice. Nesses direitos, encontramos algumas características essenciais (que estão sempre presentes e aqui são denominadas principais ou elementares) e algumas outras esporádicas (doravante chamadas acessórias ou subsidiárias).

No que concerne às suas características elementares, lembramos que os direitos individuais homogêneos são aqueles transindividuais suscetíveis de individualização, podendo ser encontrados os seus titulares que, necessariamente, são vários. São direitos quantificáveis e que decorrem de uma origem comum ou de uma relação jurídica base³.

Apesar da semelhança, esse caráter transindividual que reveste os direitos individuais homogêneos não se confunde com aquele que distinguem os direitos difusos. São três as diferenças principais. Essa transindividualidade que permeia o direito individual homogêneo não impede sua individualização, que pode ser processada mediante técnica jurídico-dogmática ou fático-processual; tais direitos podem ser quantificados e, em se tratando da titularidade, tem-se que seus titulares específicos, muito provavelmente, podem ser encontrados⁴.

Algumas dessas características findam por sinalizar uma semelhança com os direitos individuais clássicos, mas a aparência é apenas superficial e

³ Partindo-se da premissa de que o inciso II do art.81 do Código de Defesa do Consumidor engloba direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, tomamos a liberdade de aglutinar como “fato gerador” desses direitos tanto a origem comum como a relação jurídica base. Mediante uma interpretação sistêmica do dispositivo em comento, nos resguardamos o direito de conectar expressões dos diversos incisos.

⁴ Essa possibilidade de determinar os titulares dos direitos coletivos em sentido estrito espanca os argumentos daqueles que categorizam os direitos individuais homogêneos como se direitos difusos fossem. Na verdade, o legislador quis disciplinar no diploma consumerista aqueles direitos coletivos *stricto sensu* do direito comparado, mas, por questões de técnica legislativa, achou por bem denominar direitos individuais homogêneos. Sob tal perspectiva, os direitos individuais homogêneos, longe de constituírem direitos difusos, encenam o palco ontológico dos direitos coletivos em sentido estrito. São os direitos coletivos (do direito comparado) por excelência.



não subsiste a um cotejo analítico amiúde. Vale lembrar que se trata de direitos e interesses pertencentes a vários titulares (para se configurar coletivo é necessária a existência de uma razoável quantidade de pessoas).

Conforme dito, os direitos individuais homogêneos possuem uma origem comum, onde a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo); são vários titulares, cujos respectivos direitos surgem em um ato ou fato (jurídicos) comum ou através de uma relação jurídica base (art. 81 II – segunda parte – CDC). Um só ato ou fato constitui epicentro e nascedouro - fato comum ou relação jurídica base – daquele direito que se almeja defender coletivamente e que repercute na vida de diversas pessoas. Mais: não é necessário que o ato jurídico seja ilícito, haja vista que os atos lícitos também podem causar prejuízos suscetíveis de reparação.

Indo avante, pode-se lembrar que a homogeneidade dos direitos coletivos se relaciona intimamente ao momento de seu vicejar, pois, nascendo de fato (ou ato) comum ou de relação jurídica base, repercute em direitos de várias pessoas, podendo atingi-las de variadas formas e intensidade. Podem, inclusive, serem diferentes os valores indenizatórios averbados para os titulares de um mesmo direito coletivo.

Outras características que se ressaltam, apesar de oriundas das especulações doutrinárias, guardam certa lógica com a teleologia desses direitos e não podem ser esquecidas. Trata-se daquilo que optamos denominar características acessórias desses direitos individuais homogêneos. São elas: a busca para que a defesa ocorra em um único processo, a marca de hipossuficiência que geralmente definem tais questões, a pequenez das vantagens obtidas individualmente e os demais fatores de ordem psicológica que, porventura, possam arrefecer a ida ao Judiciário. Essas características não configuram a essência dos direitos individuais homogêneos, mas a negação de sua existência pode redundar em enorme prejuízo à sociedade, arranhando o princípio do amplo acesso à Justiça, corolário do Estado Democrático de Direito.

Este acesso à justiça, como mandamento de otimização⁵, zela pela possibilidade de alcançar uma “Justiça imparcial; uma Justiça igual, contra-

⁵ Os mandamentos de otimização, de acordo com a teoria desenvolvida por Robert Alexy (2008) são normas jurídicas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de um espectro de possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios, na concepção do jurista de Kiel, seriam verdadeiros mandados de otimização e protagonizariam, ao lado das regras, espécies do gênero normas jurídicas.



ditória, dialética e cooperatória” (DIAS, 1998, p.6). Não é demais dizer que o Estado de Direito tem por objetivos fundamentais a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a correção das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem-estar e justiça sociais para todas as pessoas, o desenvolvimento social ambiental, a paz e a democracia. De acordo com as lições de Bezerra Leite (LEITE, 2009, p.39):

Surge, então, o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional, Estado Pós-Social ou Estado Pós-Moderno, cujos fundamentos se assentam não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira dimensão - direitos civis e políticos - e segunda dimensão - direitos sociais, econômicos e culturais - mas também dos direitos de terceira dimensão - direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

A aglutinação desses direitos em uma única placa tem estreita ligação com o desejo de fazer surgir um único processo para discutir a solução à lide nascida em virtude da suposta violação daquele direito coletivo. Com isso, em visão aprofundada, busca-se a fluidez da máquina judiciária, assim como a mitigação do risco de serem prolatadas decisões contraditórias.

A defesa dos direitos coletivos em juízo tem, assim, finalidade de triplo louvor: diminuir o volume de processos judiciais tratando de questões idênticas; evitar que pessoas lesadas em idênticos direitos tenham proteções jurisdicionais distintas⁶; e incluir no rol daqueles que serão atingidos pela decisão judicial o maior número de interessados possíveis. Procura-se, aqui, homenagear os princípios da celeridade processual, da eficiência processual, da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proteção aos hipossuficientes e do amplo acesso à Justiça.

Por essa razão, sustenta-se o entendimento de que o processo coletivo visa garantir, em patamares sólidos, a possibilidade de amplo acesso à

⁶ Na verdade, não é evitar que os jurisdicionados tenham proteção jurisdicional diferente, pois é possível que as situações concretas sinalizem que determinados sujeitos foram mais afetados que outros. O que se pretende elidir é o risco de, em mesmíssimas situações, certos indivíduos fiquem desregrados da proteção judicial, em virtude do alvedrio (ou mesmo arbítrio) de determinados magistrados.



justiça. Este trânsito é axioma reclamado internacionalmente desde a década de 60 do século passado e foi amplamente festejado por nossa Constituição Federal, que apregou a necessidade de um alargado acesso à justiça. A elaboração de um sistema processual que atenda aos direitos coletivos navega, portanto, na esteira dessas perspectivas e se mostra indispensável para uma efetiva prestação da atividade jurisdicional.

3 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

As maiores e mais relevantes discussões acerca do papel do Ministério Público nas demandas coletivas residem no campo da tutela dos direitos individuais homogêneos. Como bem assevera Fredie Diddier Júnior (DIDIER JÚNIOR, 2009, p.334):

A jurisprudência e a doutrina tendem a permitir o ajuizamento das ações reconhecendo a legitimidade ativa, quer seja indisponível ou disponível o direito homogêneo alegado, desde que neste último, se apresente com relevância social (presença forte de interesse público primário) e amplitude significativa (grande o número de direitos individuais lesados). Nestes casos, não serão simples direitos individuais, mas interesses sociais que se converteram, em razão de sua particular origem comum, em direitos individuais homogêneos. A finalidade social afeta “sempre” o Ministério Público. Daí a feliz síntese de Hugo Nigro Mazzili: “Ora, qual a finalidade do Ministério Público? Segundo a própria Constituição, é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais - sempre e dos interesses individuais - apenas se indisponíveis.

Não há pacificação sobre o assunto. Ao revés, talvez estejamos numa arena de conflitos doutrinários e jurisprudenciais. O posicionamento ora defendido não é majoritário, mas possui a nítida preocupação de robustecer a legitimidade do Ministério Público na tutela dos famigerados direitos individuais homogêneos.

Em nosso sentir, os direitos coletivos (*lato sensu*) são sempre indisponíveis, sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.



Por outro lado, não celebramos com tanta ênfase a síntese elaborada por Hugo Nigro Mazzili e citada no excerto acima. Aquilo que o Código de Defesa do Consumidor denominou “direitos individuais homogêneos” (art. 81, III) são verdadeiras modalidades de direitos coletivos.

Para esse autor, o Ministério Público apenas estaria afeito para a defesa de direitos individuais homogêneos não disponíveis. Mas não se cogita direitos individuais homogêneos disponíveis, pois a discussão acerca da disponibilidade de determinados interesses individuais só tem que ver com as hipóteses onde tais direitos encontram-se despidos do atributo da transindividualidade que, em conjunto com aquelas características já citadas, desenha seu perfil coletivo.

Neste desiderato, quando da análise do agravo regimental no Recurso Extraordinário nº. 472.489/RS, cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello, a Procuradoria Geral da República oportunamente ressaltou em seu parecer:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso III, traz apenas as expressões “interesses difusos e coletivos”, pois foi em 1990, ano da edição do Código de Defesa do Consumidor, que a expressão “interesses individuais homogêneos” foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, quando a Carta Magna diz “interesses difusos e coletivos”, na realidade está a referir-se aos interesses transindividuais *‘lato sensu’*, nos quais também estão abrangidos os interesses individuais homogêneos.

Desta feita, os direitos individuais homogêneos são aqueles transindividuais cujos titulares, embora plural, podem ser individualizados. São direitos quantificáveis e decorrem de uma origem comum ou de uma relação jurídica base, fato ou ato jurídico que traz à baila outra característica desses direitos, qual seja, a homogeneidade.

Na contramão do que sinalizou a Procuradoria Geral da República, por não considerar a sistemática de direitos coletivos aqui proposta, o ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso alvitrou como solução à *vexata quaestio* a existência de duas modalidades de direitos individuais homogêneos: os ligados a relações de consumo e os direitos individuais homogêneos não consumeristas. De acordo com a decisão do magistrado, apenas alguns direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos



coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis.

Conforme já demonstramos, não vislumbramos o conceito sob tal enfoque. Ao contrário, consideramos indisponíveis todos os direitos encapsulados na categoria de direitos individuais homogêneos. O referido ministro capitaneia corrente de pensamento que não admite o Ministério Público como legítimo titular para a tutela de certos direitos individuais homogêneos, por meio de ação civil pública (AgReg nº. 382298/RS). Estabelece, para tanto, um complexo paralelismo: o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos, por exemplo, da mesma forma que a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes.

Justifica tal ilação naquilo que se convencionou denominar “pertinência temática”, que é termo de excelsa importância nas discussões de controle de constitucionalidade difuso. Isso porque a Constituição Federal de 1988 legitimou certas entidades (sindicatos, associações, conselhos de classe, etc.), mas não cuidou de limitar as doses dessas legitimidades. Por essa razão, é correto, e até certo ponto exitoso, que os juízes e tribunais se ocupem em estabelecer limites, sob pena de se configurar uma situação caótica, onde essas entidades poderiam defender interesses alienígenas àqueles que lhes deram origem e respaldo. Mas não podem fechar ao Ministério Público as portas franqueadas pela Constituição Federal.

Ocorre, porém, que o *Parquet*, como entidade essencial à Justiça que é, não pode ter suas atribuições cerceadas, tampouco limitadas às questões de pertinência temática. Bem assim, o a legitimidade do Ministério Público para a proteção dos direitos individuais homogêneos não pode ser aferida em porções, até porque nem a Constituição nem lei infraconstitucional alguma lançaram quaisquer limitações a esta atuação.

É de lembrar que as entidades de direito público precisam revestir-se de legitimidade ampla, inclusive porque o poder público, qualquer que seja a circunstância fática, tem interesse na proteção daquele direito coletivo porventura ameaçado. Indo avante, poderíamos rememorar que a Constituição Federal foi pródiga em matéria de legitimidade para as questões de direito coletivo: concedeu legitimidade a quem não possuía, alargou a legítima fatia daqueles que já a detinham e incrementou, consideravelmente, as possibilidades de legitimação do Ministério Público.

Não é demais ressaltar que essa legitimação no Brasil é *ope legis*, controlada pelo legislador. Mas não se limita à esfera legislativa (DIDIER JUNIOR, 2009), uma vez que ocorre também certo controle por parte do Poder



Judiciário (*ope judicis*). É salutar que exista tal controle, mas é questionável o excessivo rigor que tem obstado e alijado, com indesejada freqüência, muitas atuações de nosso *Parquet*. Há, inclusive, um acórdão do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR) que bem reflete o paradigma inicial através do qual a questão foi analisada:

LEGITIMIDADE – MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRIBUTO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública impugnando cobrança de tributos. Precedente. Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR, relatado perante o Pleno pelo Ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de fevereiro de 1999.

Sob o pálio e relatoria do ministro Marco Aurélio, o Supremo firmou entendimento restritivo acerca desses direitos individuais homogêneos. Como decorrência de tal interpretação, muitas foram as críticas elaboradas acerca da concepção ali adotada. Talvez por isso, nas decisões posteriores, houve um efetivo alargamento do conceito de direitos individuais homogêneos, passando a abraçar aqueles direitos de relevante interesse social, conforme se observa através do seguinte acórdão:

Legitimidade do Ministério Público para promover ação cível pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do *Parquet* para discuti-lo em juízo. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 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, inc. III, da CF. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo recomenda-se o abrigo estatal. Recurso Extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Origem, para prosseguir no julgamento da ação.

Aqui reside o nó górdio da questão: discutir a relevância social que aglutina os direitos individuais homogêneos não é tarefa singela. Apesar disso, e do perigo de reconhecer que algum direito individual homogêneo poderá sucumbir ao crivo jurisprudencial, precisamos manifestar certo gracejo em tal avanço de jurisprudência. Chegará o tempo em que nossos juristas enxergarão todos os direitos coletivos como verdadeiros axiomas da sociedade; se hoje é reconhecido que os direitos de relevante interesse social merecem ser tutelados e se é cediço que os direitos coletivos repercutem relevantemente na sociedade, parece-nos inexorável a necessidade da salvaguarda de todas as espécies desses direitos coletivos. Não adianta: ninguém escapa de seu próprio tempo.

Não é errado pensar que a nossa Constituição Federal se preocupou em elucidar instrumentos para viabilizar que a própria sociedade civil se organize na defesa jurisdicional de seus interesses. A outorga de certos poderes aos sindicatos e a determinadas associações, por exemplo, tem o nítido escopo de organizar a sociedade de um modo tal que possa concretizar seus direitos na esfera judicial, sem que seja necessária a interveniência do Ministério Público para tanto.

Mas supor que nossa sociedade já esteja apta a defender todos os direitos coletivos a ela aderentes é crença, se não risível, ao menos imatura ou utópica. É bem verdade que nas democracias mais avançadas e em países de



modernos sistemas político-ideológicos, a instituição equivalente ao nosso Ministério Público tem o precípua condão de promover ações penais. As intervenções em sede de direitos civis são escassas, pois se acredita que tais assuntos podem ser resolvidos pela própria sociedade.

Há quem se valha de tais argumentos para defender a tese de que apenas os direitos individuais homogêneos “indisponíveis”, ou aqueles fixados em relações de consumo ou nas causas de relevante interesse social, sejam da legítima alçada do Ministério Público. Contudo, enveredar por essa rota seria o mesmo que igualar nossa sociedade àquelas onde já existe uma estrutura político-ideológica idônea e favorável à ampla e eficiente tutela jurisdicional, desconsiderando a óbvia realidade: nossa sociedade ainda é despicienda em matéria de conscientização político-social.

Ou seja, retirar do *Parquet* a legitimidade para a discussão e defesa em juízo dos direitos individuais homogêneos seria o mesmo que arrancar dos indivíduos a possibilidade de ver discutido um direito que, apesar de homogêneo e de restringíveis titulares, são transindividuais e sempre indisponíveis.

Se assim ocorrer (e vem ocorrendo com espantosa assiduidade), inúmeros serão os prejuízos sociais que poderão surgir. Basta lembrar aquelas características a que denominamos acessórias ou subsidiárias para concluirmos que, se o Ministério Público não puder encapar a defesa desses direitos, os mesmos restarão desprotegidos, seja por inexistir uma estimativa social ou judiciária suficiente, seja pela pequenez das vantagens individualmente trazidas.

A fim de justificar a legitimidade do *Parquet* para a salvaguarda judicial desses direitos, trazemos à memória a lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), para rechaçar o argumento daqueles que defendem o rol restritivo dessa legitimidade⁷. Aqui, apelamos para que seja feita uma interpretação do sistema constitucional, uma vez que este sistema nos indica que o Ministério Público tem a legitimidade plena para a defesa dos direitos individuais homogêneos, sob pena de termos de afirmar que o constituinte de 1988 não produziu o Estado Democrático de Direito. Se o constituinte reservou ao Ministério Público suas atribuições e importância na construção dessa nova

⁷ Apesar de trazermos à colação a referida lei, é de ressaltar que o instrumento juridicamente vocacionado para a salvaguarda desses direitos é a ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos e não a ação civil pública – apta à defesa de direitos difusos. É comentário simples, mas que se torna útil frente ao apego bastante arraigado de muitos magistrados pela jurisprudência dos conceitos e pela teoria imanentista.



realidade, mas não concedeu poderes suficientes para tanto, somos obrigados a desacreditar na viabilidade desse Estado Democrático-Constitucional.

Por óbvio, não consideramos a questão através desse enfoque pessimista; e são jurídicos os motivos que animam nossa doutrina. A chegada da Constituição em 1988 promoveu, com relação àquela espécie normativa, o fenômeno da recepção. Porém, da mesma forma que algumas normas, ao serem recepcionadas, assumem novo *status* formal (v.g, o Código Tributário Nacional, lei ordinária recepcionada com *status* de lei complementar), outras espécies normativas, com a recepção constitucional, são obrigadas a ornamentarem-se com os enfeites característicos do novo regime jurídico constituído. Assumem, portanto, um novo *status* material, no intuito de melhor se afeiçoarem a essa nova realidade, sob pena de não acompanhar as inovações jurídico-ideológicas recém trazidas. Pensar de modo diverso inviabilizaria o fenômeno da recepção.

Assim, apesar de o rol estabelecido na lei de ação civil pública não prever determinadas legitimidades ao Ministério Público, é inabdicável interpretar essa espécie normativa sob a luz da Constituição Federal de 1988. De acordo com Daniel Sarmiento (2007), é imprescindível a realização daquilo a que denominou filtragem constitucional, através da qual as normas constitucionais se irradiam para os diversos ramos do Direito, impondo a releitura de seus conceitos e influenciando a interpretação de suas normas e institutos

Daí porque dizer que a Carta Política trouxe nova estampa para a lei 7347/85, em virtude das novas funções do Ministério Público e de sua imprescindível participação no fabrico do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, a interpretação constitucional das categorias de direitos coletivos não pode desconsiderar a nova realidade trazida pelo advento do Código de Defesa do Consumidor. Não sendo assim, o texto constitucional restaria fossilizado e tal engessamento é conduta a que deve ser, enfaticamente, rechaçada.

É possível que surja quem afirme que o domínio dessa legitimidade ampla das demandas relativas aos direitos individuais homogêneos inviabilizariam as atividades do Ministério Público. Por isso, ventilamos uma postura menos extremista e mais compatível com nossa realidade social. Já existem entre nós algumas entidades que defendem determinados nichos da sociedade e em alguns lugares as defensorias públicas, embora precárias, já possuem condições de efetivar a salvaguarda de certos direitos individuais homogêneos.

A sociedade civil brasileira está se organizando e as defensorias públicas também. Nesse sentido, podemos lembrar daquilo que o Ministro Sepúlveda Pertence denominou “inconstitucionalidade progressiva”. Isto é,



talvez chegue o dia em que o Ministério Público não necessite mais de tão alargada legitimidade, pois já existirão outras entidades suficientemente aptas a atuar. Enquanto isso não ocorre, acreditamos ser necessária a manutenção de uma ampla legitimidade do *Parquet*, a fim de alcançar todos os direitos individuais homogêneos. Conforme visto, desconsiderar tal legitimidade significaria o mesmo que negar à sociedade o amplo acesso ao Judiciário, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CF).

Toda essa problemática nos faz acreditar que inexistem, ao menos em nossos tribunais superiores, parâmetros objetivo-dogmáticos idôneos a categorizar adequadamente as espécies de direitos coletivos existentes em nosso ordenamento. Uma vez definidos os critérios que os distinguem, torna-se fácil reconhecer os direitos individuais homogêneos e mais ainda o reconhecimento do *Parquet* como legítimo titular a defendê-los (legitimação extraordinária). Sobre isso, falta ainda um sistemático trabalho dogmático que possa oferecer respostas concretas, integrando esses novos direitos coletivos na dogmática tradicional dos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

De tudo o que se expôs, concluímos que os posicionamentos de nossos tribunais em geral e do Supremo Tribunal Federal, em particular, sobre a matéria dos direitos individuais homogêneos padecem da técnica dogmática, imprescindível a qualquer ramo do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro abraça três modalidades (ou espécies) de direitos coletivos, quais sejam os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito (coletivos *stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles direitos transindividuais suscetíveis de individualização, cujos titulares (que são vários) podem ser identificados; são direitos quantificáveis e que decorrem de uma origem comum ou de uma relação jurídica base.

Em um momento inicial, a Suprema Corte brasileira desconsiderou a importância dos direitos individuais homogêneos como reconhecida espécie dos direitos coletivos. Num instante posterior, a questão dos direitos coletivos passou a ser examinada *obiter dictum*, fazendo persistir em nosso ordenamento o dogmatismo questionável e a atecnia que tem caracterizado as decisões de nossos tribunais sobre o tema. O papel do *Parquet* foi deveras alargado na Constituição de 1988, de modo que negar sua legitimidade na defesa desses



direitos, se não prejudica totalmente o Estado Democrático de Direito, arranha, pelo menos, o princípio do amplo acesso ao Judiciário e dilacera o viés social e garantista estampado em nosso texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme & CARPENA, Márcia Louzada Carpena (Coord.). **Visões críticas do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **O acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. São Paulo: Editora Safe, 1988.

DIAS, Francisco Barros. **O proceso de conhecimento e o amplo acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina136.doc>>. Acesso em 12 de abril de 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2006.



SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista Jurídica: Porto Alegre, n. 212, jun. 1995.

THE LEGITIMACY OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE IN THE EFFECTIVE GUARDIANSHIP OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS

ABSTRACT

The collective rights represents a parcel of the legal universe little explored by the doctores and on which still the judicial contributions are scarce. The current scene of the collective procedural law is characterized as being an eddy of diverse concepts and classifications on the modalities of existing collective rights in our legal system. This sufficiently harms the implement of the judicial guardianship, reason why the present examination occupies in establishing a dogmatic categories of the species of collective rights, with emphasis for the homogeneous individual rights, independent modality of this procedural systematics. The Public prosecution service as enough idoneous and legitimate institution to the judicial defense of these rights, as form to guarantee the access to justice, great corollary of the Constitutional Democratic State of Right.

Keywords: Homogeneous individual rights. Public prosecution service. Legitimacy.

