

JAQUELINE KÁTIA ZANÃO

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz
da Cunha

Co-orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2007

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	3
2 DIREITO OU INTERESSE?	5
3 INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	7
3.1 INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS	10
3.2 INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS <i>STRICTO SENSU</i>	11
3.1 INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	13
3.3.1 <i>Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos: Tutela Coletiva de Direitos ou Tutela de Direitos Coletivos?</i>	17
4. LEGITIMIDADE PARA REQUERER A PROTEÇÃO DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	20
4.1 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	31
5 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do século XVIII, o mundo passou por diversas transformações, acarretando o nascimento de diversos novos direitos em decorrência, principalmente, do novo tipo de conflito que passou a existir na sociedade.

As antigas lides, de caráter eminentemente individual, deram lugar aos chamados conflitos de massa nos quais não era possível individualizar, de plano, os titulares do direito material em jogo, em razão do seu caráter fluido no seio da sociedade.

Dentro deste contexto, para que fosse possível dar respostas às demandas surgidas nessa nova sociedade de massa, o Direito também teve que passar por grandes mudanças, culminando no surgimento de um processo civil também de massa.

Paralelamente a essas transformações pelas quais passaram os direitos do homem, parte da doutrina classificou tais direitos em gerações considerando o momento em que surgiram e a luta que tais direitos travaram para nascer no decorrer da evolução da humanidade.

Seguindo essa linha o jurista Paulo BONAVIDES diz que:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.¹

Os direitos de segunda geração (...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 517.

obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século.²

Quanto aos direitos de terceira geração Paulo BONAVIDES articula que:

Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. A teoria (...) já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.³

Paulo BONAVIDES traz ainda em sua classificação direitos de quarta geração que seriam “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.⁴

Os direitos de terceira geração, denominados também de *direitos de solidariedade ou fraternidade*,⁵ englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma qualidade de vida saudável, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.

Quanto aos direitos de 3^a. geração, o problema jurídico surge quando tentamos limitar a sua defesa em juízo à idéia de titularidade dos direitos envolvidos.

É impossível identificar o titular do direito ao meio ambiente saudável, somente uma tutela judicial metaindividual (supraindividual, transindividual, pertencentes a uma coletividade) pode solucionar o problema que envolve a titularidade de um direito material difuso.

Esses interesses ou direitos metaindividuais foram sistematizados por José Carlos Barbosa MOREIRA que concebeu uma importante distinção em duas categorias, as quais ele chamou de “interesses *essencialmente* coletivos” e “interesses *acidentalmente* coletivos”.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 518.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 523.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 525.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13^a. ed. São Paulo: Editora Atlas, p.59.

Os interesses essencialmente coletivos correspondem aos interesses difusos e coletivos em sentido estrito. Já os interesses acidentalmente coletivos correspondem aos direitos individuais homogêneos.⁶

A importância de se tutelar os direitos individuais homogêneos de maneira coletiva e a questão da legitimidade do Ministério Público para realizar essa defesa constituem o objeto do presente trabalho.

2 DIREITO OU INTERESSE?

Na legislação nacional é comum a denominação conjugada “direitos e interesses” referindo-se aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 129, inc. III da CF/88⁷, CDC⁸, LACP⁹ etc.).

Assim explica Elton VENTURI:

(...) os diversos ordenamentos jurídicos, ao se depararem com a nova realidade imposta pela dimensão alcançada pelas substanciais pretensões coletivas, comuns aos integrantes de toda a comunidade mas não imputáveis a ninguém, individualmente, não ousavam qualificá-las como autênticos *direitos subjetivos*, eis que refugiam às velhas fórmulas ou padrões segundo os quais eram estes até então descritos. Assim, na medida em que se revelava com toda a intensidade a insuficiência do tradicional conceito de *direito subjetivo*, comum passou a ser a utilização da expressão “interesses”, ao invés de “direitos”, para substantivar as aspirações materiais que transcendessem as individuais.¹⁰

Antonio GIDI relembra a lição de BARBOSA MOREIRA:

Desde que se esteja persuadido (...) da necessidade de assegurar aos titulares

⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil*: processo coletivo, p. 73.

⁷ CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

⁸ CDC – Código de Defesa do Consumidor.

⁹ LACP – Lei da Ação Civil Pública.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13^a. ed. São Paulo: Editora Atlas, p.59.

¹⁰ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 44-45.

proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber *a que título* se lhes há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica subjetiva que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra.¹¹

Ainda segundo Antonio GIDI essa distinção entre direito subjetivo e interesse superindividual deve-se ao:

(...) ranço individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual. Isto porque os direitos superindividuais, pela indivisibilidade do seu objeto e “imprecisa” determinação da sua titularidade, se não enquadrariam exatamente na rígida delimitação conceitual do direito subjetivo como fenômeno de subjetivação do direito objetivo.¹²

Kazuo WATANABE justifica que os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, pois “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.¹³

Antonio GIDI não utiliza (e até mesmo rejeita) a terminologia utilizada pelo CDC referindo-se, indiscriminadamente, a “‘direito difuso’, ‘direito coletivo’ e ‘direito individual homogêneo’”.¹⁴

Elton VENTURI entende que não há utilidade em se diferenciar “interesses” de “direitos subjetivos” porque o Poder Judiciário brasileiro tutela indistintamente tanto um, quanto o outro. A saber:

(...) para além da expressa qualificação legal das pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas como autênticos direitos subjetivos, não há, praticamente, qualquer serventia para eventuais distinções conceituais que se insistisse a impor, sobretudo porque, sob a ótica do sistema constitucional de prestação jurisdicional, são tuteláveis pelo Poder Judiciário brasileiro, indistintamente, tanto os *interesses* como os *direitos subjetivos*.¹⁵

¹¹ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 17.

¹² GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 17.

¹³ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 819.

¹⁴ GIDI, *Coisa Julgada e Litispêndência*, p. 18.

¹⁵ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 48.

Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR. notam que ainda há uma parte da doutrina que insiste na necessidade de aceitar a denominação *interesses*¹⁶ “porque esta configuraria uma maior amplitude de tutela também para situações não reconhecidas como direitos subjetivos”. E conclui:

Esta preocupação é válida e coerente com os valores a serem tutelados (principalmente se pensarmos no direito ao meio ambiente e nos direitos do consumidor), contudo, a melhor solução passa, não por admitir a categoria dos “interesses” tuteláveis pelo processo, mas sim pela ampliação do conceito de direito subjetivo, para abarcar as diversas “posições jurídicas judicializáveis” que decorrem do direito subjetivo *prima facie* (...) e que merecem igualmente guarida pelo Judiciário.¹⁷

Com base nessa breve exposição, procuramos justificar por que será utilizada indistintamente no presente trabalho a terminologia “interesses ou direitos difusos”, “interesses ou direitos coletivos” e “interesses ou direitos individuais homogêneos”, entendendo não haver razão prática ou teórica para se fazer distinção entre as referidas terminologias dentro do objetivo deste trabalho.

3 INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Denominam-se interesses ou direitos coletivos *lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, possuindo como espécies: os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.¹⁸

¹⁶ Segundo o que afirma F. Didier Jr.: “Ao que parece, deu-se mera transposição da doutrina italiana, um italianismo decorrente da expressão *interessi legittimi*” e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno não desejado.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 85.)

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 90-91.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 73.

É essa acepção genérica de interesse ou direito coletivo a adotada pela Constituição e também pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme Hugo Nigro MAZZILLI:

Em sentido lato, ou seja, mais abrangente, a expressão *interesses* coletivos refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categoria de pessoas. Nessa acepção larga é que a Constituição se referiu a *direitos coletivos* em seu Título II, ou a *interesses coletivos*, em seu art. 129, III; ainda nesse sentido é que o próprio CDC disciplina a ação *coletiva*, que se presta não só a defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, mas também à defesa de direitos e interesses difusos e individuais homogêneos.¹⁹

José Carlos BARBOSA MOREIRA já havia sistematizado os direitos coletivos em “interesses *essencialmente* coletivos” (difusos e coletivos em sentido estrito) e “interesses *acidentalmente* coletivos” (individuais homogêneos).

No dizer de BARBOSA MOREIRA, interesse essencialmente coletivo seria aquele que:

(...) comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma *comunhão indivisível* de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.²⁰

Quanto aos interesses acidentalmente coletivos continua o autor:

Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída *a priori* a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão *social* em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização

¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 52.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A Legitimação para a Defesa dos “Interesses Difusos” No Direito Brasileiro*, p. 195.

em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das ‘parcelas’, consideradas como tais.²¹

Os interesses *essencialmente* coletivos correspondem aos interesses ou direitos difusos e coletivos em sentido estrito, e os interesses *acidentalmente* coletivos correspondem aos interesses ou direitos individuais homogêneos.

É fundamental para a tarefa de “definição”²² dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos entender que um mesmo direito poderá, dependendo do caso concreto, ser difuso, coletivo, ou ainda individual homogêneo.

Explica Antonio GIDI:

É comum associar, por exemplo, publicidade a direito difuso da comunidade. Acontece que essa associação não é necessária. Da ocorrência de um mesmo fato (origem comum) podem originar-se pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo, individuais puras, ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo do direito material. (...) o critério científico para identificar se determinado direito é difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual puro não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado.²³

Embora a Lei da Ação Civil Pública já tenha se referido genericamente a tutelabilidade dos *interesses difusos ou coletivos* (art. 1º, IV²⁴), foi somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor que esses interesses foram conceituados, sendo ainda reunido a esses interesses a categoria dos chamados *direitos individuais homogêneos*.

A relevância científica e prática de se distinguir um dos outros se justifica porque o CDC, aparentemente, empregou regimes específicos no que diz

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A Legitimação para a Defesa dos “Interesses Difusos” No Direito Brasileiro*, p. 196.

²² Aproveitaremos aqui a exposição de Antonio Gidi sobre a palavra “definição”: Como sabemos o direito é um sistema de proposições prescritivas de condutas e não descritivas de situações. Como o direito não é um instrumental cognitivo posto à disposição do cientista, jamais poderia definir qualquer conceito: o que ocorre nas assim chamadas ‘definições legais’ é a prescrição normativa de que um conceito deva ser o adotado pelo aplicador em determinado caso concreto. (GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 19, nota 48).

²³ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 20-21.

²⁴ Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidades por danos morais e patrimoniais causados: IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

respeito à legitimação para agir, ao procedimento judicial e à formação e extensão subjetiva da coisa julgada.²⁵

3.1 INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS

Conforme conceito imprimido pelo Código de Defesa do Consumidor, interesses ou direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.²⁶ Conceito que está sendo preservado no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, no seu art. 4º, inciso I²⁷.

Dois critérios foram utilizados para essa conceituação: “optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”.²⁸

Os interesses ou direitos difusos não comportam atribuição a um titular definido, ou a agrupamentos sociais que podem ser identificados como classes ou categorias, porque a sua origem é fática e circunstancial.

No dizer de Alcides Alberto MUNHOZ DA CUNHA

A característica da indeterminação dos sujeitos, que são os co-titulares dos interesses difusos, evidencia-se porque estes sujeitos estão ligados entre si tão-somente em virtude de circunstâncias de fato. Vale dizer, os co-titulares dos interesses difusos não possuem vínculos jurídicos formais com a parte contrária (com aquele ou aqueles que estão lesando ou ameaçando de lesão os interesses que se quer preservar). E, por outro lado, precisamente porque estão unidos entre si apenas por

²⁵ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 50.

²⁶ CDC, art. 81, parágrafo único, I.

²⁷ Art. 4º. Objeto da tutela coletiva. A demanda coletiva será exercida para a tutela de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; (Anteprotejo de Código Brasileiro de Processos Coletivos).

²⁸ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 820.

circunstâncias de fato, não têm condições de se organizar em grupo, classe ou categoria de pessoas de modo a abranger todos os possíveis interessados.²⁹

Também o objeto dos interesses ou direitos difusos é indivisível, isso porque o próprio interesse ou direito é em si mesmo indivisível. Explica Hugo Nigro MAZZILLI:

Assim, por exemplo, a pretensão ao meio ambiente hígido, posto compartilhada por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade; também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio interesse em si é indivisível. Destarte, estão incluídos no grupo lesado não só os atuais moradores da região atingida, como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras, que, não raro, também suportarão os efeitos da degradação ambiental.³⁰

Com essa breve exposição procurou-se justificar porque a tutela jurisdicional dos direitos difusos não admite tratamento processual cindido, parcial ou ainda diversificado.

3.2 INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS *STRICTO SENSU*

Ao mesmo tempo em que se admite um conceito amplo de interesse ou direito coletivo, o Código de Defesa do Consumidor também imprimiu um conceito de interesse ou direito coletivo em sentido estrito: são interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* “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”.³¹

²⁹ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. “Evolução das ações coletivas no Brasil”. *RePro* 77/224-235, p. 232.

³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 51-52.

³¹ CDC, art. 81, parágrafo único, II.

É importante entender que a relação jurídica base que qualifica um interesse ou direito como *interesse ou direito coletivo* é aquela preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. E não a relação jurídica que nasce da própria lesão ou ameaça de lesão.³²

Mas, se a ligação dos indivíduos nasce da lesão ou da ameaça de lesão atribuída por um fato que os alcance homogeneamente, estaremos, então, diante de direitos ou interesses individuais homogêneos.³³

Assim como os interesses ou direitos difusos, os coletivos também são indivisíveis. A qualidade indivisível do direito coletivo deriva da característica da pretensão transindividual coletiva que “não decorre da mera soma dos interesses individuais de cada integrante do grupo, senão da sua síntese”.³⁴

No entanto, se distinguem tanto pela origem da lesão quanto pela abrangência do grupo. “Os interesses *difusos* supõem *titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato*, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de *pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica*”.³⁵

Segundo Rodolfo de Camargo MANCUSO esses direitos – coletivo *stricto sensu* e difuso – estão numa relação mútua de interação. Explica que “não há propriamente uma diferença de natureza ou essência entre eles: ambos integram o gênero ‘metaindividual’; a particularidade está em que um interesse difuso pode tornar-se ‘coletivo’ *se e quando* estiver revestido do grau de definição coesão e organização destes últimos”.³⁶

O Código de Defesa do Consumidor traz duas modalidades de interesses ou direitos coletivos. A primeira é formada pelos ‘interesses e direitos pertinentes a grupo, categoria ou classe de pessoas *ligadas entre si* por uma

³² WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 822.

³³ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 57.

³⁴ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 57.

³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 53.

³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 141, nota 178.

relação jurídica base'. A segunda é composta pelos 'interesses ou direitos pertinentes a grupo, categoria ou classe de pessoas *ligadas com a parte contrária* por uma relação jurídica base'.

Dessa forma o legislador proporcionou a tutela coletiva aos interesses ou direitos coletivos independentemente de estarem organizados ou não. Kazuo WATANABE bem sintetiza:

Mesmo sem organização, os interesses ou direitos "coletivos", pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular.³⁷

Continua o autor:

(...) a natureza indivisível dos interesses ou direitos "coletivos" ensejará, não raro, a proteção de pessoas não pertencentes às associações autoras de ações coletivas. Não foi por outra razão que o inc. II do art. 103 estabeleceu que a sentença proferida nessas ações coletivas fará coisa julgada *ultra partes* "limitadamente ao grupo, categoria ou classe."³⁸

Portanto, para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, e que o interesse ou direito coletivo lesionado ou ameaçado de lesão seja tutelado de maneira uniforme.

3.1 INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O inciso III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor conceitua os interesses ou direitos individuais homogêneos como "os decorrentes de origem comum", permitindo assim a sua tutela coletiva.

³⁷ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 824.

³⁸ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 824.

Assim, para que os direitos individuais possam receber tratamento coletivo devem atender a dois requisitos: *homogeneidade e origem comum*.

Para Kazuo WATANABE:

A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.³⁹

Ao contrário do que se poderia pensar a “homogeneidade pela origem comum” não é um único requisito. A origem comum pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. Kazuo WATANABE, utilizando a anotação de Ada Pellegrini GRINOVER, exemplifica:

No consumo de um produto potencialmente nocivo, por exemplo, pode inexistir homogeneidade de direitos entre um titular de fazer vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto, ou que fez deste uso inadequado. Ou seja, pode inexistir homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente. Será então necessário aferir a aplicabilidade, ao sistema brasileiro, do critério adotado nas *class actions* norte-americanas da “prevalência da dimensão coletiva sobre a individual”.⁴⁰

Essa modalidade de tutela coletiva é praticamente uma novidade no sistema processual brasileiro, representando a incorporação de ação bastante semelhante a *class action* norte-americana.

Não é integralmente uma novidade no ordenamento nacional porque a Lei 7.913/89 já havia instituído uma forma de *class action* para a tutela dos interesses dos investidores no mercado de valores mobiliários, no entanto conferiu apenas ao Ministério Público a legitimação para agir e ofereceu um tratamento bastante diferente do adotado pelo Código de Defesa do

³⁹ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 825.

⁴⁰ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 826.

Consumidor.⁴¹

Antonio GIDI anota que “os direitos individuais homogêneos se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato ou de direito”.⁴²

É a questão comum que permite o julgamento unitário da lide, explica o autor: “Para que uma ação seja cabível na forma coletiva, é preciso que a situação do caso concreto permita a decisão unitária da lide. Para que isso ocorra, é imperativo que existam questões de fato ou de direito comuns aos membros do grupo (*common questions*), colocando todos em uma situação semelhante (*similarly situated*)”.⁴³

Nesse sentido, será impossível utilizar a tutela coletiva se não houver questões comuns de fato ou de direito. Como explica Antonio GIDI: “(...) se não houver questões comuns de fato ou de direito, a tutela coletiva será simplesmente impossível. Se cada membro do grupo tivesse um direito diferente, baseado em fatos diferentes, com material probatório diferente, invocando uma causa de pedir diferente, não haveria possibilidade de uma tutela uniforme”.⁴⁴

Quanto à essência desses direitos não são eles direitos coletivos, mas sim direitos individuais. Exatamente por isso Barbosa Moreira os chamou de “interesses *acidentalmente* coletivos”.

Para Antonio GIDI a homogeneidade dos direitos individuais poderia se designada como *relacional*, assim um direito individual é homogêneo apenas *em relação* a um outro direito individual derivado da mesma origem (origem comum). Não existe *um* direito individual homogêneo, mas direitos individuais

⁴¹ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 826, nota 38.

⁴² GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 30.

⁴³ GIDI, Antonio. *A Class Action: como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 79.

⁴⁴ GIDI, Antonio. *A Class Action: como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 80

homogeneamente considerados.⁴⁵

Continua o autor:

Tal categoria decorre de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.⁴⁶

Para GIDI o conceito de “origem comum” pode ser associado, pelo prisma processual civil, ao conceito de “causa de pedir”. Nesse sentido “as causas de pedir de cada direito individual devem ser, se não exatamente as mesmas, pelo menos similares a ponto de tornar indiferentes, para a apuração em juízo, as peculiaridades de cada caso particular”.⁴⁷ E essas peculiaridades somente serão apuradas “na fase de liquidação da sentença coletiva, que é verdadeira ação individual em que cada titular do direito individual deverá provar não somente o montante do seu crédito, como que efetivamente faz parte da comunidade de vítimas do evento submetido e julgado na referida sentença”.⁴⁸

Importante ressaltar que a origem comum que viabiliza a reunião das pretensões individuais em torno de uma demanda coletiva “pode decorrer não só a partir de danos provenientes das relações de consumo como, indistintamente, de quaisquer fatos ou atos (comissivos ou omissivos) geradores da responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, por eventuais lesões provocadas”.⁴⁹

Conforme exposição de Elton VENTURI:

Desta forma, a origem comum pode ser extraída tanto da responsabilidade civil decorrente das típicas relações de consumo (v.g., por vício do serviço ou do produto colocados no mercado, que geram acidentes de consumo) como, igualmente, daquela derivada de relações de natureza diversa, como a ambiental (v.g., o derramamento de substâncias tóxicas em rios ou no mar, que lesiona pescadores, habitantes ribeirinhos e turistas), a civil (v.g., decorrente da infringência do princípio da boa-fé contratual), a previdenciária (v.g., a indevida omissão da correção de benefícios pagos pelo INSS em decorrência de expurgos inflacionários de planos econômicos), ou mesmo

⁴⁵ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 30.

⁴⁶ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 30.

⁴⁷ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 31.

⁴⁸ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, p. 32.

⁴⁹ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 76.

tributária (v.g., a cobrança de tributos criados ou aumentados ilegal ou inconstitucionalmente).⁵⁰

Os direitos individuais homogêneos podem ter qualquer natureza.

Cabe dizer ainda que os interesses ou direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio, ou ainda de ações individuais propostas isoladamente, que se multiplicarão, dando origem as demandas repetitivas que, individuais ou em litisconsórcio, se acumulam e afogam o judiciário. Isso reforça a importância de se dar tratamento coletivo aos direitos individuais homogêneos, evitando a proliferação de causas repetitivas, e a prolação de decisões divergentes sobre casos idênticos ou extremamente semelhantes.

3.3.1 *Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos: Tutela Coletiva de Direitos ou Tutela de Direitos Coletivos?*

A doutrina se divide quanto ao entendimento se seriam os direitos individuais homogêneos essencialmente coletivos, ou direitos coletivamente tratados.

Segundo Luiz Paulo da Silva ARAÚJO FILHO:

Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito.⁵¹

Nessa mesma linha, Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR. interpretam que “para fins de tutela, os direitos individuais homogêneos são

⁵⁰ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 76.

⁵¹ In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 77, nota 11.

indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução”.⁵²

Há ainda quem entenda que não se trata de um *tertium genus* de interesses meta-individuais, mas sim de uma modalidade de interesses difusos ou coletivos. Nesse sentido, Alcides Alberto MUNHOZ DA CUNHA expõe que:

Para se ter o conceito de interesses individuais homogêneos torna-se necessário associar o contido no art. 81, III, com o contido no art. 91, do Código do Consumidor. O art. 81, III dispõe que interesses individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum, o que sem dúvida é insuficiente para a qualificação. Não obstante, o art. 91 sugere que são interesses na obtenção de uma indenização pessoal para aqueles que se qualificam como vítimas ou sucessores das vítimas que sofreram danos imputáveis à mesma parte, em virtude de um único fato ou fatos conexos (daí a origem comum). (...) Apesar deste *nomem in iuris*, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível.⁵³

Entendimento diverso defende que os direitos individuais homogêneos caracterizam-se “por não serem direitos transindividuais, mas sim direitos individuais de massa, recebem do Código de Defesa do Consumidor um meio autônomo de proteção, chamado de ação coletiva de condenação genérica, disciplinada a partir do art. 91 desse Código”.⁵⁴

Desse mesmo entendimento compartilha Elton VENTURI expondo que os direitos individuais homogêneos não são essencialmente coletivos, para melhor esclarecer essa posição traz à discussão a explicação de Rodolfo de Camargo MANCUSO quando este examina o interesse coletivo como *soma* de interesses individuais: “Nessa acepção, temos um interesse que só é coletivo na *forma* por que é exercido, não em sua essência. Um *feixe* de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo pelo só fato de o *exercício* ser coletivo. A essência permanece individual”.⁵⁵

⁵² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 77.

⁵³ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. “Evolução das ações coletivas no Brasil”. *RePro* 77/224-235, p. 233

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 738.

⁵⁵ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 66.

Nesse sentido, continua Elton VENTURI:

O que caracteriza um direito como meta-individual – frise-se – é a transcendência e a indivisibilidade do próprio direito material, muito embora somente mediante análise do tipo de tutela jurisdicional deduzida na ação coletiva se consiga diferenciar, com precisão, se a pretensão se refere a direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.⁵⁶

Para Elton VENTURI também não parece correto aludir a titularidade dos direitos individuais homogêneos como pertencente a pessoas integrante de “grupos, classes ou categoria”,⁵⁷ já que,

(...) na realidade, dizem respeito a indivíduos que não mantém, necessariamente, entre si ou com a parte adversária, qualquer espécie de vínculo, formal ou informal, suficiente a reuni-los sob as referidas qualificações. A única ligação existente entre os indivíduos titulares de direitos *homogêneos* é meramente fática e casual (a origem comum da lesão), não versando sobre elementos essencialmente aptos a defini-los como meta-individuais.⁵⁸

Conclui Elton VENTURI que:

Tecnicamente revela-se inapropriada uma aproximação conceitual dos direitos difusos e coletivos (essencialmente meta-individuais e indivisíveis) em relação aos individuais homogêneos (essencialmente individuais e divisíveis). A verdadeira ligação entre tais categorias é de índole estritamente instrumental, e não substancial, visto que os direitos individuais homogêneos são considerados, apenas para fins de tutela jurisdicional coletiva, indivisíveis. De fato, perante o procedimento judicial da ação coletiva para tutelá-los (arts. 91 e ss. do CDC), e para fins da obtenção da chamada sentença condenatória genérica, prevista no art. 95 do CDC, há, por ficção legal, um *acidente de coletivismo* que torna a pretensão da obtenção da fixação da responsabilidade civil do infrator processualmente indivisível. A divisibilidade dos direitos individuais homogêneos será observada, com clareza, por ocasião das liquidações e execuções que se seguirão à condenação genérica, eis que, então, cada um dos titulares do direito subjetivo individual lesado deverá demonstrar o prejuízo pessoal e o nexo causal.⁵⁹

O mesmo entendimento expressa Teori Albino ZAVASCKI:

Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis

⁵⁶ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 67.

⁵⁷ Como acentua o próprio autor: “Todavia essa é a proposta veiculada pelo *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, art. 28 (...). A referencia a uma necessária *agregação* dos direitos individuais homogêneos em torno de agrupamentos determináveis significará, na prática, apenas mais um entrave à admissibilidade do acesso à justiça, em nada contribuindo para o aperfeiçoamento do sistema de tutela coletiva”. (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 67, nota 56).

⁵⁸ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 67-68.

⁵⁹ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 68.

coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais. Essa realidade deve ser levada em consideração quando se busca definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e mais efetiva defesa.⁶⁰

Com essa breve exposição procurou-se esclarecer que o novo modelo de proteção dos direitos individuais homogêneos assentado pelo direito nacional não se trata propriamente de tutela de direitos coletivos, mas sim de tutela coletiva de direitos individuais, uma opção política legislativa para a tutela de direitos individuais homogêneos decorrentes de origem comum.

4. LEGITIMIDADE PARA REQUERER A PROTEÇÃO DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Uma das mais complexas questões, no tocante às ações coletivas, refere-se à legitimidade para a causa. Seja porque os direitos são transindividuais (não pertencendo a pessoas específicas), seja porque estão os direitos individuais enfeixados em um conjunto (direitos individuais homogêneos). É difícil imaginar uma hipótese de legitimidade ordinária para essas ações, pois não se conseguirá fazer com que o titular do direito seja também titular da ação processual.⁶¹

Por isso a lei processual brasileira atribuiu a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a determinados organismos que, supõe-se, tenham condições de adequadamente protegê-los. Esse sistema inspirou-se na disciplina existente para as *class actions* do direito norte-americano, no qual se

⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 55.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 727.

prevê a chamada “representatividade adequada”.⁶²

Sobre a representatividade adequada existente na *class action* norte-americana, Antonio GIDI refere que:

Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representante dos seus interesses, conceitos básicos de justiça impõem que essa representação seja adequada.⁶³

Quanto aos objetivos buscados pela imposição desse requisito para que se possa propor uma ação coletiva, continua o autor supra citado:

Através desse requisito, a lei atinge três resultados. A um só tempo, minimiza-se o risco de colusão, incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura-se que sejam trazidos para o processo todos os reais interesses dos membros ausentes. O objetivo, em última análise, é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses.⁶⁴

Importante ressaltar que uma das principais diferenças entre o sistema da *class action* norte-americana e o sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro está no controle da representatividade adequada. Enquanto no sistema norte-americano o controle é jurisdicional, no sistema brasileiro o controle está em parte estabelecido na lei e em parte nas mãos do juiz, embora grande parte da doutrina defenda que não cabe ao juiz fazer este controle. É o que acentua Antonio GIDI: “Portanto, segundo a doutrina majoritária brasileira, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do Código do Consumidor (ou art. 5º. da Lei da Ação Civil Pública), para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo”.⁶⁵

No entanto, entende Antonio GIDI que o controle deve ser feito

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 727.

⁶³ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 99.

⁶⁴ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 100.

⁶⁵ GIDI, Antonio. *A Class Action: como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 129.

também pelo juiz, não devendo ficar somente no que foi estabelecido pelo legislador:

É verdade que o juiz brasileiro não tem os mesmos poderes que o juiz americano para controlar a adequação do representante em uma ação coletiva. Todavia, embora se reconheça que essa atividade seja desenvolvida de forma precária pelo juiz brasileiro, a representação adequada dos interesses do grupo não pode ser deixada completamente fora do controle judicial. Embora seja claro que o papel do juiz brasileiro é diferente do papel do juiz americano, isso não significa que o nosso juiz seja completamente inerte e esteja incapacitado de exercer algum controle da adequação do representante, especialmente se auxiliado por instrumentos cuidadosamente concebidos para facilitar a sua tarefa.⁶⁶

O direito brasileiro adotou em parte, e com diversas alterações a fim de adaptar a realidade nacional a experiência anglo-americana, estabelecendo uma *dualidade* entre as condições de legitimação, conforme assinala, Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART:

De um lado, buscou efetivamente atender a critério semelhante ao da “representatividade adequada”, autorizando a propositura das ações coletivas às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses específicos (art.82, IV, do CDC e art. 5º. da Lei 7.347/85). Estabelecidos os critérios da “representatividade adequada” em lei cumpre ao magistrado avaliar, no caso concreto, o preenchimento de tais condições, outorgando então à associação a legitimidade para a postulação do interesse. Eventualmente, como esclarece o art. 82, § 1º., do CDC (bem assim o art. 5º., § 4º. da Lei da Ação Civil Pública), poderá o magistrado dispensar o requisito da pré-constituição mínima de um ano, *nas ações para a defesa de direitos individuais homogêneos*, “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.⁶⁷

Além desse ente legitimado, o ordenamento jurídico brasileiro confia a determinados agentes públicos o poder de exercer a ação coletiva. “Seja por representarem, por sua própria natureza, o interesse público, seja pela estrutura e pelas prerrogativas de que gozam, entendeu o legislador como conveniente autorizar também a órgãos públicos a defesa desses direitos”.⁶⁸

Assim são também legitimados para propor a ação coletiva: o

⁶⁶ GIDI, Antonio. *A Class Action: como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 132.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 728.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 728-729.

Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁶⁹

Trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva. Ou seja, um dos co-legitimados pode agir na defesa do bem tutelado, sem que isso iniba a atuação dos demais, e independentemente da participação desses.

Como bem interpretam Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART, “(...) qualquer um dos legitimados pode, sozinho, intentar ação coletiva para tutela desses interesses, sendo o eventual litisconsórcio formado meramente facultativo”.⁷⁰ Ainda, esclarece João Batista de ALMEIDA que “(...) os lesados podem individual ou coletivamente propor ação própria (não ação civil pública) para ressarcimento do dano individualmente sofrido”.⁷¹

Não obstante a tutela dos direitos difusos no Brasil ter recebido grande impulso com a chegada da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, sendo empreendida atualmente, especialmente, por entidades públicas e privadas, a sua verdadeira origem está na iniciativa individual, mais especificamente na iniciativa dos cidadãos pela via da ação popular.⁷²

Apesar disso, tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no Código de Defesa do Consumidor a legitimação individual ficou excluída para a tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos a título coletivo. Conforme Kazuo WATANABE: “optou o legislador pátrio por limitar a legitimação individual à busca da tutela dos interesses e direitos a título individual”.⁷³ Justifica o autor que:

⁶⁹ CDC, art. 82.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 729.

⁷¹ ALMEIDA, João Batista de, *Aspectos Controvertidos da ACP*, p. 96.

⁷² VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 166.

⁷³ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 834.

Pelas regras que disciplinam as obrigações indivisíveis, seria admissível, em linha de princípio, a legitimação concorrente de todos os indivíduos para a defesa dos interesses difusos ou coletivos de natureza indivisível. Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo.⁷⁴

O que se tem hoje é um sistema de ações coletivas que restringe a legitimidade individual à ação popular. Como bem ressalta Elton VENTURI:

O modelo de legitimação individual para as ações coletivas, pois restringiu-se à ação popular, tendo sido repellido posteriormente para as demais ações civis que instrumentalizam tutela de direitos difusos e coletivos – diga-se: a ação civil pública, a ação de impugnação de mandato eletivo, as ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, as ações de improbidade administrativa, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e a argüição de descumprimento de preceito fundamental relevante. Para o ajuizamento de todas essas ações o legislador brasileiro outorgou a legitimação ativa a entidades previamente escolhidas, em notória opção de exclusão da iniciativa individual.

Quanto à natureza jurídica da legitimação para as ações coletivas pode-se, frise-se, para fins didáticos, dizer que a lei brasileira concebeu um sistema de *legitimação extraordinária*. Como bem justificam Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART:

O termo “legitimação extraordinária”, assim como o uso ulterior da noção de substituição processual, tem exclusivo fim didático, visando facilitar a compreensão do aluno. Com efeito, (...) não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato, não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em “direito alheio”, raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da idéia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica,

⁷⁴ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 834.

a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária.⁷⁵

Há, na doutrina nacional, autores que sustentam ser a legitimação para a ação coletiva uma legitimação *autônoma*; outros que diferenciam a natureza da legitimidade conforme a titularidade dos direitos coletivos (para os direitos difusos e coletivos a legitimidade seria *ordinária*, e para os direitos individuais homogêneos a legitimidade seria *extraordinária*); e ainda há aqueles que defendem que a legitimação é igual para todos os direitos coletivos, sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, devendo ser classificada sempre como *extraordinária*. Acerca do tema, interessante a pesquisa desenvolvida por Alessandra Mendes SPALDING.⁷⁶

A legitimidade pode ser classificada tomando-se por base diversos critérios. A classificação habitualmente utilizada traz duas espécies de legitimidade: a *ordinária* e a *extraordinária*. Nessa classificação o critério predominante é o da titularidade do direito tutelado. Vale dizer, quando o legitimado postula em juízo em nome próprio direito próprio, a legitimidade é classificada como *ordinária*; e quando postula em nome próprio direito alheio, a legitimidade será denominada *extraordinária*.

No entanto, no sistema das ações coletivas nem sempre será possível identificar o titular do direito tutelado, o que gera uma ruptura no conceito tradicional aplicado ao sistema das ações individuais que guarda estreita relação entre a legitimidade para a causa e a titularidade do direito material.

Tendo por fundamento essas considerações não parece possível sustentar dentro do sistema das ações coletivas uma classificação que possua como critério diferenciador da legitimidade *ad causam* a titularidade do direito tutelado.⁷⁷

Alessandra SPALDING sugere então que para se utilizar os mesmos

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 727, nota 1.

⁷⁶ SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 52-64.

⁷⁷ SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 57.

termos – legitimidade ordinária e extraordinária – é necessário desvincular o método classificatório da titularidade do direito e adotar outro, como por exemplo, a regra geral do sistema. Assim seria *ordinária* aquela mais freqüentemente utilizada, e *extraordinária* aquela utilizada excepcionalmente. Porém, o que ocorre no sistema das ações coletivas é que a “regra geral” é na verdade “regra única”, porque não comporta exceções, deixando vazia a classificação pela falta de uma legitimidade extraordinária na tutela coletiva de direitos.⁷⁸ Diante dessa situação conclui a autora que a denominação que se mostra mais adequada é a *autônoma*. No entanto reconhece Alessandra SPALDING que a doutrina não é pacífica:

Segundo Thereza ALVIM,

O membro do Ministério Público (e outros legitimados) atua por força de lei e de suas funções, mas além disso a legitimação lhe é própria, eis que a lide não diz respeito à somatória dos direitos individuais, mas aos direitos difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos, pelo que se denomina essa legitimação de autônoma.⁷⁹

Nelson NERY JR. aludindo ao tema esclarece que:

Parcela da doutrina ainda insiste em explicar o fenômeno da tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos pelos esquemas ortodoxos do processo civil. Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como extraordinária, identificando-a com o fenômeno da substituição processual. Na verdade o problema não deve ser entendido segundo as regras da legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbe-fugnis*), instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação.⁸⁰

Dentre aqueles que fazem diferença entre os titulares de direito difusos e de direitos coletivos dos titulares de direitos individuais homogêneos, pode-se citar Marcelo Navarro Ribeiro DANTAS, pare este autor:

Só haverá legitimação extraordinária nos casos de exercício coletivo de direitos

⁷⁸ SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 58.

⁷⁹ In: SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 58-59.

⁸⁰ In: SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 59.

individuais homogêneos de origem comum, porque aí a entidade que vier a defendê-los em juízo não estará representando os verdadeiros titulares, que, como pessoas físicas, não carecem de representação, ou se pessoas jurídicas, já têm quem as presente. Estará realmente substituindo-os processualmente pela via de legitimação extraordinária. Por outro lado, é possível admitir que uma entidade que defende em juízo um direito coletivo ou difuso faça-o revestida de legitimidade ordinária, não porque seja a verdadeira titular desse direito, que é o do grupo social, determinando ou não, que subjaz à espécie, mas porque o representa.⁸¹

Já Hugo Nigro MAZZILLI entende que tratam de legitimidade extraordinária tanto as ações que versem sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, quanto as que versem sobre direitos individuais homogêneos, a saber:

(...) identificamos na ação civil pública ou coletiva a predominância do fenômeno da legitimação extraordinária ou da substituição processual, o que não ocorre nas hipóteses 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.⁸²

Contudo, conclui SPALDING que a classificação da legitimidade ativa nas demandas coletivas dependerá do referencial que está sendo utilizado:

(...) se forem as regras tradicionais de legitimidade previstas no diploma processual pátrio, nitidamente individualista e definidas em função da titularidade do direito matéria *sub judice*, a legitimidade em sede de ações coletivas deverá ser classificada extraordinária; todavia, se se entender que as ações coletivas prevêm um sistema próprio para a tutela dos interesses metaindividuais, aí a legitimação deverá ser classificada como ordinária ou autônoma.⁸³

Apesar do exposto, para os fins do presente trabalho, não será proposta a adoção de um novo critério para se denominar a legitimação em *ordinária* ou *extraordinária*, sendo utilizado ainda o critério da titularidade do direito material. Sendo assim, entende-se que há legitimação extraordinária somente nas ações civis públicas que tratem da defesa de interesses individuais homogêneos, pois

⁸¹ In: SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 50.

⁸² In: SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 50-61.

⁸³ SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas*, p. 64.

nesse caso os legitimados ativos para as ações de caráter coletivo não são mesmo titulares dos interesses divisíveis dos indivíduos integrantes do grupo lesado ou ameaçado de lesão. Sendo a legitimação conferida às entidades privadas ou públicas para a defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* verdadeira *legitimação ordinária*, porque consiste em uma espécie de legitimação própria, não se confundindo com a substituição processual, sendo verdadeira representação do grupo, classe, ou categoria.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de classificar a legitimidade ativa para tutela de interesses individuais homogêneos como legitimidade extraordinária, a saber:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. EXISTÊNCIA. LITISPENDÊNCIA. CONCEITO. INOCORRÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. IRREVERSIBILIDADE PRESENTE. PEDIDO INDEFERIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O **Ministério Público tem legitimação extraordinária ou anômala para aforar ação civil pública** desde que reunidos os requisitos constitucionais respectivos. 2. A possibilidade jurídica consiste na existência abstrata da tutela jurisdicional pleiteada. 3. O interesse coletivo, ou seja, de toda a sociedade, torna juridicamente possível a pretensão veiculada em ação civil pública. 4. Ocorre litispendência quando é repetida demanda entre as mesmas partes, sendo idênticos a 'causa petendi' e o pedido. 5. A diversidade de partes afasta a litispendência, passando a existir simples conexão. 6. A antecipação da tutela exige a presença da verossimilhança das alegações da parte ativa e do 'periculum in mora'. Todavia, não será concedida se for irreversível o efeito da antecipação. 7. Presente a irreversibilidade, mantém-se o indeferimento da tutela antecipada. 8. Apelação conhecida e parcialmente provida." Alega-se violação ao artigo 129, da Carta Magna. Sustenta-se que "está o Ministério Público buscando exercitar presuntivo e eventual direito personalíssimo da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia, com o que viola a norma erigida no artigo 129 da Constituição Federal, onde exaustivamente estão elencadas as funções do Ministério Público e, ali, claramente se vê que não se inclui a de ajuizar ação de cobrança em nome de pessoa jurídica de direito privado, que é o que está a fazer via da presente ação, [...]" (fl. 48). No que concerne à legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública, esta Corte, no julgamento do RE 163.231, Pleno, Rel. Maurício Corrêa, DJ 29.06.01, decidiu: "EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. 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). 2. 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). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 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. [...]” A ação civil pública, disciplinada pela Lei no 7.347, de 1985, é instrumento processual destinado a impedir ou reparar danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infração da ordem econômica, visando a resguardar direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Possuem legitimidade ativa para propor a ação civil pública o Ministério Público e as pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim como as associações destinadas à proteção do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica, da livre concorrência, etc. Como se vê, os autos revelam pedido e causa de pedir que podem ser veiculados por meio de ação civil pública. O Ministério Público pretende que seja garantida a continuidade do serviço público de saúde, com a regularização do repasse de verbas municipais para o funcionamento da Santa Casa de Misericórdia, conforme contrato firmado. Conclui-se, portanto, que a hipótese é de interesse coletivo, configurando-se a legitimidade ativa do Parquet. Desse entendimento não divergiu o acórdão recorrido, conforme se verifica do seguinte trecho da decisão (fls. 33-34): “No caso, **existiria legitimação extraordinária ou anômala do apelante** em decorrência de existir interesse coletivo em jogo. [...] O interesse coletivo *lato sensu* está presente na medida em que a Santa Casa de Misericórdia, há quase três séculos, atende não só a sociedade ouropretana quanto à região. Isto é fato público e notório no sítio histórico onde se encontram as duas primeiras capitais mineiras: Mariana e Ouro Preto. E o fato notório dispensa prova..” Assim, nego seguimento ao agravo (art. 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 14 de setembro de 2006. Ministro GILMAR MENDES Relator.⁸⁴

Ementa: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CORSAN. RETIRADA EX ABRUPTO DE HIDRÔMETROS A PRETEXTO DE TEREM SIDO VIOLADOS. COBRANÇA

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimação extraordinária. Possibilidade jurídica. Existência. Litispêndência. Conceito. Inocorrência. Antecipação de tutela. Requisitos. Irreversibilidade presente. Pedido indeferido. Recurso parcialmente provido. Agravo de Instrumento nº. 507297. Município de Ouro Preto e Francisco Galvão Carvalho. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>> Acesso em 17 out. 2007.

DE MULTA NAS FATURAS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público possui legitimidade ativa ad processum para defender interesses individuais homogêneos (Lei 7.347/85, art. 21; CDC, arts. 81, parágrafo único, III, e 82, I). o art. 127 da CF, quando fala em interesses sociais e individuais indisponíveis, diz apenas que, em relação a eles, o legislador ordinário não pode excluir o Ministério Público, e não que este possa atuar tão-só na defesa deles, a ponto de o legislador ordinário não poder legitimá-lo para outras situações, como é o caso dos interesses individuais homogêneos. 2. Retirada ex abrupto de hidrômetros a pretexto de terem sido violados. Cobrança de multa na fatura de fornecimento de água. Só é válida a cobrança de multa por violação de hidrômetro quando a retirada ocorre na presença do consumidor, com lavratura de auto de constatação, colhendo-se sua assinatura, ou certificando-se em caso de negativa, com notificação para apresentar defesa. Não é válida a imposição quando a retirada ocorre ex abrupto, sem qualquer formalidade, com lançamento direto e imediato na fatura de fornecimento de água, com inclusive ameaça de corte na hipótese de não-pagamento. 2. Inadmissível o recurso. **A tese do acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que já reconheceu a legitimidade do Parquet para ajuizar ação civil pública em defesa do patrimônio público e dos interesses difusos, coletivos ou homogêneos.** É o que se extrai das decisões do Plenário, com as seguintes ementas: "CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. **Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade** e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido"(RE nº 208.790, rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 15/12/2000). "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTÍ-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. 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). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que tem a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 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 as 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 a 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 artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado a educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), esta 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 a defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação" (RE nº 163.231, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 29/06/2001). No mesmo sentido, têm decidido as Turmas (cf. AI nº 383.919-AgR, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 11/04/2003; RE nº 150.073, rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 18/10/2000). 3. Adotando, pois, os fundamentos dos precedentes e valendo-me do disposto nos artigos 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei 8.038/90, e 557 do CPC, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Int.. Brasília, 29 de abril de 2005. Ministro CEZAR PELUSO Relator.⁸⁵

4.1 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 129, inciso III, a atribuição ao Ministério Público para “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”.

A literalidade dessa previsão parece revelar que o Ministério Público

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Pública. Corsan. Retirada Ex Abrupto De Hidrômetros A Pretexto De Terem Sido Violados. Cobrança De Multa Nas Faturas De Fornecimento De Água. Legitimidade Do Ministério Público. Agravo de Instrumento nº. 349529. Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN e Ministério Público Estadual. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>> Acesso em 17 out. 2007.

não seria ente legitimado para promover ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos. No entanto, esse entendimento não merece prosperar.

Nesse sentido, Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART:

O Ministério Público também é legitimado para as ações atinentes a direitos individuais homogêneos, por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor (art. 82, I)⁸⁶ e autorização de sua lei específica (no âmbito federal, art. 6º., XII, da Lei Complementar 75/93)⁸⁷. Poderia alguém supor como inconstitucionais essas previsões de lei, por transbordarem os limites fixados na norma constitucional antes apontada (art. 129, III, da CF). Não se deve olvidar, todavia, que a própria Constituição Federal permite a ampliação, por lei, da competência do Ministério Público, ao estabelecer, em seu art. 129, IX, que também é atribuição desse órgão “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Ora, indubitavelmente, a defesa de interesses individuais homogêneos, porque intimamente relacionada à proteção da ordem jurídica (art. 127 da CF), é atribuição harmônica com a finalidade do Ministério Público. Não há, portanto, razão para negar-se a este órgão a legitimidade para a propositura de ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos.⁸⁸

Importante destacar a tese que se impõe como limite à legitimidade do Ministério Público, referida pelos autores:

A única ressalva que merece ser feita alude à relevância social do interesse individual homogêneo a ser defendido pelo Ministério Público. De fato, para que se justifique a intervenção do Ministério Público na defesa de interesses individuais (ainda que homogêneos), é necessário que estes se caracterizem como interesses sociais ou individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Não é, assim, qualquer direito individual (ainda que pertencente a várias pessoas) que admite a tutela por via de ação coletiva proposta pelo Ministério Público, mas apenas aqueles caracterizados por sua relevância social ou por seu caráter indisponível.⁸⁹

Hugo Nigro MAZZILLI em entendimento conexo destaca que “(...) deve-se levar em conta, em concreto, a efetiva conveniência social da atuação do

⁸⁶ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; (CDC, Lei nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990).

⁸⁷ Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: XII – propor ação civil coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (Lei Complementar nº. 75, de 20 de Maio de 1993).

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 729.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 729-730.

Ministério Público em defesa de interesses transindividuais”.⁹⁰

MAZZILLI ainda sugere critérios a serem observados na ponderação da conveniência social na qual se fundamenta a atuação do Ministério Público para defesa de direitos individuais homogêneos, a saber:

Essa conveniência social em que sobrevenha atuação do Ministério Público deve ser aferida em concreto a partir de critérios como estes: *a)* conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas); *b)* dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); *c)* conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, etc.).⁹¹

Ainda sobre a questão da legitimação do Ministério Público, continua MAZZILLI:

No tocante aos interesses difusos, em vista de sua natural dispersão, justifica-se sua defesa pelo Ministério Público. Já no tocante à defesa de interesses *coletivos* e *interesses individuais homogêneos*, é preciso distinguir. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público.⁹²

Ao se manifestar sobre o tema, Elton VENTURI, apesar de reconhecer a seriedade dos argumentos que sustentam a falta de legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, entende que tais argumentos são todos insubsistentes, explica o autor:

Sinteticamente, o raciocínio é o seguinte: como os direitos individuais são considerados divisíveis e titularizados por pessoas determinadas, o exercício mesmo, ou não, da pretensão, quando de natureza disponível, deveria ficar a cargo do seu próprio titular, na medida em que exerce-la, o não, também se insere na esfera intangível da disponibilidade do indivíduo. Assim, ao propor uma demanda coletiva visando a tutelar tais pretensões, autonomamente, sem a expressa permissão dos seus titulares – aliás, sem que, no mais das vezes, sequer tenham conhecimento da existência da demanda coletiva –, estaria o Ministério Público, a um só tempo, usurpando o exercício de direito alheio e desviando-se de suas funções constitucionalmente impostas.⁹³

Nada obstante a seriedade mediante a qual as referidas críticas são suscitadas,

⁹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 97.

⁹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 97.

⁹² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 97-98.

⁹³ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 182.

parecem-nos todas insubsistentes, seja por ignorarem o papel que a tutela coletiva representa no sentido de implementar o acesso à justiça no país, seja por se fundarem em visão distorcida e preconceituosa sobre o papel assumido pelo Ministério Público a partir da nova ordem constitucional.

Elton VENTURI, na intenção de demonstrar que a proteção dos direitos individuais homogêneos, ainda que patrimoniais e disponíveis, está implantada na Constituição Federal de 1988, traz a tala o argumento de Nelson NERY JR., que por oportuno, aqui se transcreve:

O art. 129, IX, da CF autoriza a lei a cometer outras atribuições ao Ministério Público, além das enumeradas nos oito incisos antecedentes, desde que sejam compatíveis com suas finalidades institucionais. O art. 82 do CDC confere legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e *individuais homogêneos* dos consumidores. Assim agindo, a lei infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor) agiu em conformidade com a Constituição Federal, porque a defesa do consumidor, além de garantia fundamental (art. 5º, XXXII, da CF), é matéria considerada de *interesse social* pelo art. 1º do CDC. Como é função institucional do Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127, *caput*, da CF), essa atribuição dada pelo art. 82 do CDC obedece ao disposto no art. 129, IX, da CF, pois a defesa coletiva do consumidor, no que tange a qualquer espécie de seus direitos (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), é *ex vi legis*, de interesse social.⁹⁴

Elton VENTURI ainda sobre o tema, afasta o argumento de que estaria o Ministério Público deixando de atuar em outras frentes prioritárias, como a proteção dos direitos difusos e coletivos, em seu dizer:

Destaque-se, primeiramente, que o modelo de tutela coletiva brasileira, por intermédio do art. 103, § 3º, do CDC, expressamente determinou a extensão do resultado de procedência da ação coletiva que tutela direitos difusos e coletivos em proveito de vítimas e sucessores a título individual, ou seja, transformou a *ação difusa ou coletiva* potencialmente em ação de tutela individual homogênea. Vale dizer, ainda que não tenha sido a intenção originária de uma ação de tutela de interesses difusos por parte do Ministério Público (*v.g.*, uma ação por dano ambiental), necessariamente serão beneficiados direitos individuais homogêneos correlatos, o que por si só acabaria por tornar a presente discussão estéril. Ademais, inexistente, logicamente, qualquer correlação entre a atuação dos membros do *Parquet* na tutela dos direitos individuais homogêneos e uma pretensa omissão na defesa dos interesses difusos ou coletivos. Se é que tal omissão ocorre efetivamente, está diretamente vinculada às carências estruturais da Instituição, mas não como uma sugerida *perda de tempo* decorrente da propositura de ações coletivas de proteção de direitos individuais homogêneos.

⁹⁴ In: VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, p. 183.

Rodolfo de Camargo MANCUSO ao se manifestar sobre o tema escreve que:

Creemos 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.⁹⁵

Sobre o tema também se posiciona Kazuo WATANABE:

Em linha de Princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular (...). Somente a *relevância social* do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis.⁹⁶

Teori Albino Zavascki, afirma que:

Não cabe ao Ministério Público, portanto, bater-se em defesa de todos e quaisquer direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos. Interesses individuais homogêneos não são, necessariamente, interesses sociais. Todavia, quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar, porque nessas circunstâncias estará atuando em defesa de interesses sociais.⁹⁷

João Batista de ALMEIDA também comenta acerca do tema:

O CDC contempla também a legitimação do Ministério Público para a ação civil coletiva destinada à defesa dos interesses individuais homogêneos decorrentes de origem comum, disciplinada nos arts. 91 a 100 do CDC. Por essa via processual, o Ministério Público, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ajuizará uma única ação que poderá beneficiar todos os lesados, o que resultará em solução mais rápida do conflito e em sensível economia de tempo e dinheiro. No que se refere especificamente à legitimação do Ministério Público, a doutrina e a jurisprudência têm sido restritiva em relação aos direitos individuais homogêneos,

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, p. 120.

⁹⁶ WATANABE, Kazuo. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 837.

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*, p. 242.

em face da destinação institucional do órgão. Em regra, só se tem admitido a iniciativa do Ministério Público quando há relevância social e direito indisponível.

Outra questão suscitada por João Batista de ALMEIDA refere-se a impossibilidade de ser o direito individual homogêneo tutelado por meio da ação civil pública, alegando que a via própria para essa demanda é a ação civil coletiva, disciplinada nos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor. Apesar disso, o próprio autor reconhece que a jurisprudência entende que esses direitos, quando dotados de relevância social, merecem tratamento coletivo podendo ser tutelados em sede de ação civil pública.⁹⁸

No entanto, entendemos que não há razão prática para essa divisão, porque o ordenamento legal nacional das ações coletivas trata-se de um *microsistema*,⁹⁹ criado pelo Código de Defesa do Consumidor, que possui um regime autônomo de regulação das ações coletivas, que também abrange o processo civil, mais especificamente o processo civil coletivo, conjugando-se as leis da ação civil pública (Lei 7.347/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Diante de todo exposto, conclui-se que resta devidamente assentado na doutrina a legitimidade do Ministério Público para promover a defesa dos direitos individuais homogêneos, desde que reflitam interesse socialmente relevante.

De acordo com esse entendimento está a Súmula nº. 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas

⁹⁸ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertido da Ação Civil Pública*, p. 33.

⁹⁹ Sobre a expressão “microsistema” ver comentário: VENTURI, Elton. *Processo Coletivo*, p. 63, nota 49.

perspectivas econômica, social e tributária.¹⁰⁰

O Ministério Público ainda encontra amparo legal em outras normas, além das já mencionadas (Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública), por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990, art. 201, V)¹⁰¹; na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993, art. 25, IV, a)¹⁰²; e no Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/1993, art. 6º, VII, d)¹⁰³.

Acerca da legitimação do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos também já se manifestaram os Tribunais Superiores.

Admitindo a legitimação do Ministério Público para a defesa desses direitos, faz-se referência aos seguintes julgados:¹⁰⁴

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE. 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os **individuais homogêneos**. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos

¹⁰⁰ Súmula nº. 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/portal>>, acesso em 16/10/2007.

¹⁰¹ Art. 201. Compete ao Ministério Público: V – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal; (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990).

¹⁰² Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; (Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993).

¹⁰³ Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para: d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; (Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993).

¹⁰⁴ Ver também: notas 84 e 85 do presente trabalho.

mesmos. 4. Legitimatío ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129). 6. In casu, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra córdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente. 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 8. Outrossim, o art. 6.º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712/RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010/SP, DJ 02.05.2006). 10. Recurso especial provido para reconhecer a **legitimidade** ativa do Ministério Público Estadual. (Recurso Especial nº. 2006/0027536-2. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em 17/05/2007).¹⁰⁵

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE HIPOSPÁDIA EM MENOR. DIREITO À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES. SÚMULA 168/STJ. 1. O Ministério Público possui **legitimidade** para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A **legitimidade** ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos **individuais homogêneos**, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: EREsp 734493/RS, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006; REsp 826641/RS, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.2006; REsp 716.512/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp 856194/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006, REsp 688052/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 17.08.2006 4. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado" (Súmula nº 168/STJ). 5. Embargos de

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Recurso Especial. Administrativo. Constitucional. Ação Cautelar Inominada. Legitimatío ad causam do Parquet. Art. 127 Da Cf/88. Direito À Saúde. Recurso Especial nº. 2006/0027536-2. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>> Acesso em 17 out. 2007.

divergência não conhecidos. (EResp 74139/RS, Embargos de Divergência no Recurso Especial 2006/0204867-8. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Órgão Julgador: Primeira Seção. Julgado em 13/12/2006).¹⁰⁶

Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. Sob o prisma da legislação infraconstitucional, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando a anulação de cláusula constante de contratos de compra e venda (Lei nº 7.347/85, art. 1º, II, art. 21; Código de Defesa do Consumidor, arts. 81 e 82; Lei nº 8.625/93, art. 25). Agravo regimental não provido. (AgRg no Resp 182901/RS. Agravo Regimental no Recurso Especial 1998/0054381-3. Relator: Ministro Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em 04/10/2005).¹⁰⁷

Ementa: PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS PROMOVIDAS CONTRA A ANATEL E EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA. 1. A competência originária dos Tribunais é para julgar de conflitos de competência. E, no que se refere ao STJ, é para julgar conflitos de competência entre tribunais ou entre tribunal e juízes a ele não vinculados ou entre juízes vinculados a tribunais diversos (CF, art. 105, I, d). 2. Não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência. A incompetência, inclusive a que porventura possa decorrer da conexão, é controlável, em cada caso, pelo próprio juiz de primeiro grau, mediante exceção, em se tratando de incompetência relativa (CPC, art. 112), ou mediante simples arguição incidental, em se tratando de incompetência absoluta (CPC, art. 113). 3. Ocorre conflito de competência nos casos do art. 115 do CPC, a saber: "I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes; II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes; III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos". No caso dos autos, nenhuma dessas situações está configurada. Não foi demonstrada, nem sequer alegada, a existência de manifestação de juízes disputando a competência ou afirmando a incompetência em relação às demandas elencadas na petição. 4. A simples possibilidade de sentenças divergentes sobre a mesma questão jurídica não configura, por si só, conflito de competência. Não existe, em nosso sistema, um instrumento de controle, com eficácia erga omnes, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (v.g., resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão. Também não existe, nem mesmo em matéria constitucional, o instrumento da avocação, que permita concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo tribunal e, muito menos, perante juiz de primeiro

¹⁰⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Embargos de Divergência. Realização de cirurgia de hipospádia em menor. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Ministério Público. art. 127 da cf/88. Precedentes. Súmula 168/STJ. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 74139/RS. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>> Acesso em 17 out. 2007

¹⁰⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Ação Civil Pública. Direitos Individuais Homogêneos. Processo Civil. Agravo Regimental em Recurso Especial nº. 182901/RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>> Acesso em 17 out. 2007.

grau. Assim, a possibilidade de decisões divergentes a respeito da interpretação de atos normativos, primários ou secundários, ou a respeito de cláusulas de contrato de adesão, embora indesejável, é evento previsível, cujos efeitos o sistema busca minimizar com os instrumentos da uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476), dos embargos de divergência (CPC, art. 546) e da afetação do julgamento a órgão colegiado uniformizador (CPC, art. 555, § 1º), dando ensejo, inclusive, à edição de súmulas (CPC, art. 479) e à fixação de precedente destinado a dar tratamento jurídico uniforme aos casos semelhantes. Mas a possibilidade de sentenças com diferente compreensão sobre a mesma tese jurídica não configura, por si só, um conflito de competência. 5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), na redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001. 6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito. 7. Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações. Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes, e, para isso, concorrem pelo menos três fatores: (a) a limitação da representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) o âmbito do pedido formulado na demanda e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que "abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator" (Lei 9.494/97, art. 2º-A, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001). 8. No que se refere às ações coletivas indicadas pelo Suscitante, umas foram propostas por órgãos municipais de defesa do consumidor, a significar que os substituídos processuais (= beneficiados) são apenas os consumidores do respectivo município; quanto às demais — nomeadamente as propostas pelo Ministério Público —, a eficácia subjetiva da sentença está limitada, pelo próprio pedido ou por força de lei, aos titulares domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator. Não se evidencia, portanto, na grande maioria dos

casos, a superposição de ações envolvendo os mesmos substituídos. Cumpre anotar, de qualquer modo, que eventual conflito dessa natureza — de improvável ocorrência —, estabelecido em face da existência de mais de uma demanda sobre a mesma base territorial, deverá ser dirimido não pelo STJ, mas pelo Tribunal a que estejam vinculados os juízes porventura conflitantes. 9. Não se pode confundir incompetência de juízo com ilegitimidade das partes. É absolutamente inviável que, a pretexto de julgar conflito de competência, o Tribunal faça, em caráter originário, sem o crivo das instâncias ordinárias, um julgamento a respeito da legitimidade das partes, determinando a inclusão ou a exclusão de figurantes da relação processual. Conforme já assentado nessa Corte, "a competência para a causa é fixada levando em consideração a situação da demanda, tal como objetivamente proposta. Em se tratando de competência em razão da pessoa, o que se considera são os entes que efetivamente figuram na relação processual, e não os que dela poderiam ou deveriam figurar, cuja participação é fato futuro e incerto, dependente do que vier a ser decidido no curso do processo. A competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes federais ali discriminados" (AgRg no CC 47.497/PB, DJ de 09.05.2005). Essa orientação vem sendo reiteradamente adotada pela Seção, em precedentes sobre demandas a respeito da cobrança dos serviços de telefonia (v.g.: CC 48.447/SC, DJ de 13.06.2005; CC 47.032/SC, DJ de 16.05.2005; CC 47.016/SC, DJ de 18.04.2005; CC 47.878/PB, DJ de 23.05.2005). 10. No caso concreto, estão presentes os requisitos cumulativos (a) da superposição de ações com mesmos substituídos, a indicar o risco de decisões conflitantes e inexecutíveis e (b) da tramitação dessas ações perante juízes submetidos a Tribunais diversos apenas com relação às ações coletivas ajuizadas no Estado da Bahia, pelo Ministério Público Federal (perante a 1ª Vara Federal de Salvador) e pelo Instituto de Ação e Estudo pela Paz com Justiça Social (perante a 2ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor da Justiça Estadual de Salvador). Somente quanto a essas, portanto, pode ser reconhecido o conflito de competência a ser solucionado por esta Corte. 11. A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição, tem por base um critério subjetivo, levando em conta não a natureza da relação jurídica litigiosa, e sim a identidade dos figurantes da relação processual. Presente, no processo, um dos entes ali relacionados, a competência será da Justiça Federal, a quem caberá decidir, se for o caso, sobre sua legitimidade para a causa. 12. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer. 13. Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a ANATEL, autarquia federal, figurar no pólo passivo, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (Súmula 150/STJ). 14. O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas. 15. Conflito conhecido em parte, apenas com relação às ações coletivas propostas perante a 2ª Vara Especializada da Justiça Estadual de Salvador, BA, e a 1ª Vara Federal de Salvador, BA, para declarar a

competência da Justiça Federal. (CC 48106/DF. Conflito de Competência 2005/0024803-3. Relator: Ministro Francisco Falcão. Relator para Acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. Órgão Julgador: Primeira Seção. Julgado em 14/09/2005).¹⁰⁸

Com a nota dos referidos julgados, não se pretende, por óbvio, esgotar o tema, sabendo que existem julgados no sentido contrário ao defendido no presente trabalho.

Sendo assim, o que se pretendeu demonstrar, ao longo do presente trabalho, é que o entendimento acerca da possibilidade da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos é dominante tanto na jurisprudência dos Tribunais Superiores, quanto na doutrina nacional, No entanto, essa possibilidade de atuação está limitada pela relevância social do direito que se pretende tutelar por meio da ação coletiva a ser proposta pelo Ministério Público.

5 CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa diversos pontos foram abordados.

Relativamente à terminologia “direitos” ou “interesses”, conclui-se que não há razão prática ou teórica que fundamente tal distinção ontológica, porque no ordenamento nacional estão amparados tanto os direitos quanto os interesses, dentre outras justificativas apresentadas no capítulo 2.

Seguindo uma linha de raciocínio que entende haver “direitos *essencialmente* coletivos” e “direitos *acidentalmente* coletivos”, defendeu-se que

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. Demandas coletivas e individuais promovidas contra a Anatel e Empresas Concessionárias de Serviço de Telefonia. Controvérsia a respeito da legitimidade da cobrança de tarifa de assinatura básica nos serviços de Telefonia Fixa. Conflito de Competência nº. 48/106/DF. Relator: Ministro Francisco Falcão, Relator para Acórdão: Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/>> Acesso em 17 out. 2007.

os direitos verdadeiramente coletivos são os “interesses ou direitos difusos” e os “interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*”. Sendo os “interesses ou direitos individuais homogêneos”, por uma opção política, e numa perspectiva de alargar o acesso à tutela jurisdicional, *direitos individuais tratados coletivamente*.

Por fim, argüimos a legitimidade do Ministério Público para demandar a proteção de direitos individuais homogêneos em ações coletivas. Conclui-se que o Ministério Público, indiscutivelmente, possui essa legitimação, encontrando, contudo, limite no requisito da relevância social do direito individual homogêneo que se pretende tutelar por meio da ação coletiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. “Evolução das ações coletivas no Brasil”. *RePro* 77/224-235. São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/1995.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

JR. DIDIER, Fredie; JR. ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. vol. 4. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Interesses Difusos**: conceito e legitimação para agir. 6^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Legitimação para a Defesa dos “Interesses Difusos” No Direito Brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas**. Curitiba: Juruá, 2006.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9^a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.