

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUÍS FELIPE CABRAL PACHECO

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E LEGITIMIDADE ATIVA DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO

CURITIBA  
2013

LUÍS FELIPE CABRAL PACHECO

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E LEGITIMIDADE ATIVA DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção de Graduação no Curso de  
Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

LUÍS FELIPE CABRAL PACHECO

### DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart  
Orientador – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, UFPR

---

Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha  
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, UFPR

---

Prof. Msc. Gustavo Osna  
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, UFPR

*Aos meus pais, Sérgio e Maria, por todas as razões.*

## **AGRADECIMENTOS**

Devo agradecer, inicialmente, aos meus familiares. Em especial, àqueles com os quais compartilho o convívio diário: minha mãe, meu pai e meu irmão. Pelos exemplos de pessoas que são, por terem dado todo o apoio de que precisei ao longo dos cinco anos de curso e por terem compreendido minha ausência nesta reta final, necessária para a dedicação aos estudos.

Agradeço também à Cláudia, meu amor, não somente por todos os momentos maravilhosos que me proporciona, mas também por ter suportado comigo, pacientemente, todo o estresse e a ansiedade naturais do último ano de faculdade, em especial nas épocas de Exame de Ordem e de redação deste trabalho.

Também foram extremamente importantes nesta caminhada os amigos e colegas de faculdade: tanto aqueles que estiveram presentes ao longo de toda a jornada quanto aqueles que, por quaisquer razões, decidiram em algum momento que preferiam estudar outras áreas do conhecimento. Deixo um especial agradecimento ao Rodolfo Gobbi e ao Rogério.

Não poderia deixar de agradecer ao pessoal do Ministério Público Federal, pela proveitosa experiência de estágio que me foi proporcionada ao longo do último ano e meio. Experiência essa que, sem dúvidas, foi responsável pelo desenvolvimento do meu gosto pelo processo coletivo. Nominalmente, agradeço ao Procurador da República Luis Sergio Langowski e aos servidores Sandra, Letícia e Roberto.

Não menos importante, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, por ter aceitado assumir a orientação de um aluno que, embora não tenha tido a oportunidade de tê-lo como professor ao longo da graduação, o admira pela visão avançada que tem do processo coletivo, bem como pela carreira que construiu, a qual o torna, certamente, uma das principais razões pelas quais a Universidade Federal do Paraná é referência em matéria de processo civil.

Por derradeiro, agradeço, ainda, aos demais membros da banca, pela disponibilidade.

## RESUMO

O cabimento de ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos passou a ser previsto no Brasil com o advento do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, a definição legal simplista e imprecisa da categoria criou evidentes dificuldades para sua compreensão. Somando-se isso ao paradigma individualista que sempre foi característico em nosso processo, geraram-se problemas de diversas ordens. Nessa esteira, uma das maiores e mais problemáticas questões diz respeito à legitimidade do Ministério Público para sua defesa em juízo. O tema da legitimidade ativa para o processo coletivo é, por si, naturalmente complexo e controverso. Considerando-se que direitos individuais homogêneos não são mencionados no rol de atribuições do *Parquet* presente na Constituição Federal, tampouco na Lei da Ação Civil Pública, houve, em um primeiro momento, quem entendesse pelo completo afastamento da legitimidade do Ministério Público. Embora aquela fase tenha sido quase inteiramente superada, até hoje são frequentes as tentativas – decorrentes de interpretação equivocada do texto constitucional – de condicionamento da legitimidade à presença de requisitos como indisponibilidade e relevância social do direito. Somam-se a isso, ainda, investidas frequentes e arbitrárias do Poder Executivo contra a tutela coletiva de direitos que ameacem seus interesses políticos, como é o caso da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que acabou por vedar o cabimento de ações coletivas em matéria de direito tributário e previdenciário. Tudo isso, na prática, acaba por limitar severamente o âmbito de atuação do processo coletivo, impedindo-o de exercer os importantes papéis a ele confiados e desviando-o de suas finalidades.

Palavras-chave: ações coletivas; direitos individuais homogêneos; legitimidade; Ministério Público.

## ABSTRACT

The acceptance of class actions for the defense of individual homogeneous rights has been legally established with the advent of the Consumer Protection Code. However, the category's simplistic and imprecise legal definition has created notable difficulties for its comprehension. Adding this up to the individualistic paradigm that has always been characteristic in our procedure, many kinds of problems have been generated. In this sense, one of the largest and most problematic issues concerns legitimacy of the Ministère Public for defending them in court. The subject of active legitimacy for class actions is, by itself, naturally complex and controversial. Taking into account that individual homogeneous rights are not mentioned in the list of *Parquet's* functions that's present in the Federal Constitution, nor in the Public Civil Action Act, there were, at first, those who understood for complete inappropriateness of the Ministère Public's legitimacy. Even though that phase has been almost entirely overcome, still today there are frequent attempts – arising from misinterpretation of the constitutional text – of conditioning legitimacy to terms such as unavailability and social relevance of the right. Added up to this, still, are frequent and arbitrary assaults from the Executive Branch against collective protection of rights that threaten its political interests, such as the case of Provisional Measure no. 2.180-35/2001, which ended up prohibiting the acceptance of class actions regarding tax law and social security. All this, in practice, ends up severely limiting the ambit of collective procedure, preventing it from exerting the important roles it has been entrusted to and deviating it from its purposes.

Keywords: collective actions; individual homogeneous rights; legitimacy; Ministère Public

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2. O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO COLETIVO</b> .....	10
2.1 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: DA AÇÃO POPULAR À PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	14
2.2 OS DIREITOS/INTERESSES PROTEGIDOS PELA TUTELA COLETIVA .....	18
2.2.1 Direitos ou interesses difusos.....	19
2.2.2 Direitos ou interesses coletivos .....	20
2.2.3 Direitos ou interesses individuais homogêneos.....	22
<b>3. O PAPEL CONTEMPORÂNEO DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL</b> .....	26
<b>4. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE</b> .....	32
4.1 A NATUREZA DA LEGITIMIDADE ATIVA NA TUTELA COLETIVA .....	33
4.2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA COLETIVA.....	39
4.3 CRITÉRIOS DE LIMITAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	42
4.3.1 A questão da indisponibilidade .....	47
4.3.2 A questão da relevância social .....	50
4.3.3 A limitação da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 .....	54
4.3.4 Demais questões.....	58
<b>5. CONCLUSÕES</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	62

## 1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é promover uma análise da categoria dos direitos individuais homogêneos e da legitimidade para sua defesa em juízo. Deter-se-á especial atenção na questão da legitimidade ativa do Ministério Público, vez que, por diversos motivos que serão abordados, são frequentes e corriqueiras as tentativas de imposição de limites à atuação do *Parquet* nessa seara.

É certo que, ao longo das mais de duas décadas transcorridas desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, diploma normativo que inseriu definitivamente – e de maneira imprecisa – no ordenamento pátrio o conceito de direitos individuais homogêneos, considerável parte dos debates doutrinários e jurisprudenciais relativos à legitimidade já se assentaram. Contudo, ainda hoje, interpretações equivocadas do texto constitucional, má compreensão do conceito de direitos individuais homogêneos e, por que não, reacionarismo puro, são causas do estabelecimento de critérios como indisponibilidade ou relevância social do direito a ser tutelado para limitar a atividade do *Parquet*.

A partir de contribuições doutrinárias e de variados excertos jurisprudenciais, adentrar-se-á cada um dos principais limites impostos pelos Tribunais e pela doutrina, analisando-se a pertinência, a legalidade e a constitucionalidade de cada um deles.

O primeiro capítulo da obra inicia-se tratando brevemente da evolução histórica da ação coletiva no mundo e no Brasil, de modo a possibilitar a contextualização e a compreensão do atual estágio de desenvolvimento do instituto. A seguir, passa-se a conceituar as três categorias de direitos atualmente protegidos pelo modelo brasileiro de ação coletiva: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O segundo capítulo, por sua vez, destina-se a analisar as importantíssimas funções – políticas, sociais e jurídicas – exercidas pela tutela coletiva de direitos no Brasil, em especial no que toca aos direitos individuais homogêneos.

Passadas as anotações dos dois primeiros capítulos, imprescindíveis para o delineamento do tema, o terceiro capítulo finalmente adentra o objeto principal deste trabalho. Inicia-se com a conceituação dos modelos de legitimidade ativa. A seguir, trata-se das particularidades da legitimação em matéria de processo coletivo. Ato contínuo, discorre-se acerca da legitimação do Ministério Público e da importância

da atuação do *Parquet* no processo coletivo nacional e, por derradeiro, trata-se, individualmente, de cada um dos critérios suscitados para limitá-la.

## 2. O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO COLETIVO

A criação do instituto da ação civil pública e as subseqüentes ampliações do rol de direitos por ela protegidos possibilitaram à tutela coletiva de direitos no Brasil a assunção de relevante papel político. O processo coletivo é, hodiernamente, considerado verdadeiro instrumento de pacificação social, de afirmação da cidadania<sup>1</sup>, de acesso à justiça<sup>2</sup> e, enfim, de proteção e efetivação jurisdicional do Estado Democrático de Direito<sup>3</sup>. Possibilita que sejam levadas à apreciação do Judiciário ofensas e ameaças a direitos que, tradicionalmente, sob a ótica individualista que sempre reinou em nosso processo<sup>4</sup>, quedariam desprotegidos.

A despeito do atual avançado estágio de desenvolvimento da legislação pátria em matéria de tutela coletiva – a qual, inclusive, tem servido frequentemente como fonte de inspiração para demais países<sup>5</sup> -, não há, ainda, propriamente, uma unidade codificada. Destarte, o processo civil coletivo nacional é regulamentado por leis esparsas, dentre as quais se destacam, principalmente, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e o já mencionado Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.090/1990). O conjunto desses diplomas normativos vem a formar o chamado microssistema<sup>6</sup> da tutela coletiva no Brasil, destinado a prover meios de proteção aos direitos denominados difusos, coletivos e individuais homogêneos.

<sup>1</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108-111.

<sup>2</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 33-36.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 146-147.

<sup>4</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 32.

<sup>5</sup> É notável a forte influência da legislação brasileira no “Código modelo de processos coletivos para Ibero-América”, conforme destacado na Exposição de Motivos. BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. **Código modelo de processos coletivos para Ibero-América: exposição de motivos**, 2004. Disponível em: [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf).

Acesso em 24/08/2013. Ademais, conforme destaca Ada Pellegrini Grinover, as normas de tutela coletiva brasileira exercem influência sobre os ordenamentos da Argentina e do Uruguai. Especificamente no tocante aos direitos individuais homogêneos, a autora reporta-se ao Acórdão nº 97B503 do Supremo Tribunal de Justiça português, no qual, com base na doutrina e legislação brasileiras, estendeu-se a aplicação da Lei nº 83/95 a essa categoria de direitos. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos** In: **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 17-23.

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo** In: DIDIER JR., Fredie. (coord.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p.27.

Acerca de cada uma dessas categorias de direitos, adiante tecer-se-ão comentários mais aprofundados.

Evidentemente, tamanho grau de desenvolvimento das possibilidades e dos âmbitos de proteção da tutela coletiva não foi adquirido pelo ordenamento jurídico brasileiro a um só tempo. Ao contrário, é consequência de longo processo de evolução e aperfeiçoamento, durante o qual diversos conceitos e institutos foram paulatinamente criados ou importados e adaptados, principalmente do sistema norte-americano das *class actions*.<sup>7</sup>

Não há verdadeiro consenso doutrinário quanto às origens históricas da tutela coletiva no mundo. Alguns autores identificam, como seu antecedente mais remoto, a ação popular romana. Por certo, as semelhanças daquele instituto com os atuais devem ser observadas respeitando-se as necessárias ressalvas típicas do estudo da história do direito, atentando-se para as diferenças nos contextos históricos de cada sociedade, de modo que “não é possível estabelecer ‘pontes’ temporais imaginárias que tenham o condão de firmar liame direto entre fenômenos que se verificam na atualidade e outros que tenham ocorrido no passado”.<sup>8</sup> Pertinente exemplo de diferença dessa natureza é a visão sincretista do processo no direito romano, que carregava função de “simples apêndice do direito material”,<sup>9</sup> diametralmente oposta à atual perspectiva instrumental.<sup>10</sup>

Feita a ressalva, Ricardo de Barros Leonel narra que a *actio popularis* romana legitimava o cidadão comum para a defesa, em âmbito predominantemente penal, “das coisas públicas e de caráter sacro”.<sup>11</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, observa que o móvel da ação popular “não residia nem no interesse privado, manejado pelos *cives*, nem propriamente no interesse público, a cargo do estado, mas situava-se num campo intermédio, que hoje se diria ocupado pelos interesses difusos”.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 784.

<sup>8</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 39.

<sup>9</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Idem*, p. 21-25.

<sup>10</sup> Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22-25

<sup>11</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. Cit.*, p. 43-44.

<sup>12</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 44.

Não obstante a experiência romana, contudo, as primeiras formas modernas de tutela coletiva floresceram no direito inglês.<sup>13</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aponta para as primeiras ocorrências de litígios de grupos ainda no medievo, com crescente popularização nos séculos XIV e XV.<sup>14</sup> Inicialmente, não havia debates quanto à legitimação: os juízos de admissibilidade e de representação eram feitos de forma inconsciente, aceitando-se que poucas pessoas pudessem responder pelos interesses da comunidade.<sup>15</sup> Neste aspecto, faz-se notável o caráter pragmático inerente aos sistemas de *common law*.

Ainda no direito inglês, o século XV representou a transição da competência para julgamentos de litígios coletivos das cortes locais para a *Court of Chancery*, bem como a adoção da equidade (*equity*) para solucioná-los, em lugar da *common law* e da *manorial law*.<sup>16</sup> Finalmente, nos séculos XVI e XVII, os litígios de grupos passam a tramitar por procedimento especial, concedido através de um *bill of peace*<sup>17</sup>, que condicionava seu processamento à existência de interesses comuns entre um elevado número de pessoas e as vinculava aos efeitos da coisa julgada.<sup>18</sup> Esta seria a base fundamental da moderna tutela coletiva, derivada de uma espécie de “mutação do regime processual do litisconsórcio”.<sup>19</sup>

Superada a fase inicial do direito inglês, foi o direito norteamericano, por intermédio das *class actions*, o que melhor desenvolveu a tutela coletiva de direitos e o que maior influência exerceu sobre o atual microssistema brasileiro.<sup>20</sup>

A primeira norma escrita, naquele ordenamento, a prever o instituto da *class action* foi a *Equity Rule 48*, de 1842<sup>21</sup>, que possibilitou a tutela coletiva em casos nos quais eventual litisconsórcio pudesse causar manifesta inconveniência ou atrasos

<sup>13</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 141.

<sup>14</sup> Segundo o autor, “o primeiro caso teria ocorrido em torno do ano 1199, quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responderem por todos”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 48.

<sup>15</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Idem*, p. 48-49.

<sup>16</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Idem*, p. 49.

<sup>17</sup> Márcio Flávio Mafra Leal define *bill of peace* como “autorização para processamento coletivo de uma ação individual (...) concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estavam envolvidos no litígio”. LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 22-23.

<sup>18</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>19</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 143-144.

<sup>20</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 144.

<sup>21</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. Cit.*, p. 65.

opressivos. Em 1912, seu conteúdo foi alterado, resultando na *Equity Rule 38*.<sup>22</sup> O uso das *class actions*, no entanto, permaneceu infrequente até a edição das *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938<sup>23</sup>. A partir daquele momento, com o advento da *Rule 23*, o instituto foi definitivamente disciplinado e tornado disponível também para processos calcados no direito, e não mais apenas para aqueles baseados na equidade.<sup>24</sup>

A redação original da *Rule 23* dividia as *class actions* em três categorias – *true*, *hybrid* e *spurious* – e foi considerada um tanto obscura, de difícil aplicação para o operador do direito.<sup>25</sup> Com a alteração promovida em 1966, a norma ganhou seus contornos atuais, abolindo-se a distinção entre as espécies.<sup>26</sup> Seus atuais requisitos de admissibilidade são: a necessidade de a parte representativa integrar a classe; a numerosidade e inviabilidade do litisconsórcio; a existência de questões comuns de fato ou de direito; a identidade de pretensões ou defesa entre o representante; e a classe e a representação adequada.<sup>27</sup> Além disso, outros elementos são necessários para o prosseguimento da demanda de forma coletiva, ou seja, para que a ação seja mantida como *class action*. De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, são eles:

a) o fato de o prosseguimento da ação como demanda individual poder criar o risco de julgamentos inconsistentes ou contraditórios em face de membros da classe que criam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe, ou decisões que permitissem a um dos membros da classe dispor de seu direito e, com isso, influenciar o direito dos demais membros, de modo a dificultar-lhes ou impedir-lhes a proteção dos interesses destes; ou b) o sujeito que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em termos geralmente aplicáveis à classe, tornando apropriada a concessão de uma ordem injuncional (*injunctive relief*) ou um provimento declaratório correspondente em relação à classe considerada como um todo; ou ainda c) o tribunal entender que as questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões envolvendo apenas os sujeitos individuais, e que esta espécie de demanda (*class action*) se mostra superior a qualquer outro método para a solução da controvérsia.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 67.

<sup>23</sup> PASTOR, Nikita Malhotra. **Equity and settlement class actions: can there be justice for all in Ortiz v. Fibreboard**. American University Law Review vol. 49, issue 3, article 5, 2000, p. 785.

<sup>24</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 67.

<sup>25</sup> PASTOR, Nikita Malhotra. Op. Cit., p. 786.

<sup>26</sup> PASTOR, Nikita Malhotra. Idem, Ibidem.

<sup>27</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 73-81.

<sup>28</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 146.

## 2.1 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: DA AÇÃO POPULAR À PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

No ordenamento jurídico nacional, o primeiro instrumento de tutela coletiva a ser introduzido foi a ação popular. Rodolfo de Camargo Mancuso identifica a existência de algumas espécies de ações ditas populares, com fundo romano e destinadas a proteger algumas espécies de interesses coletivos (em sentido lato), desde o século XIX.<sup>29</sup> No entanto, a primeira aparição constitucional expressa do instituto ocorreu somente no Texto de 1934<sup>30</sup>, especificamente no item 38 do artigo 113, o qual previa que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos actos lesivos do patrimonio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

A ação popular foi suprimida pela Constituição do Estado Novo, em 1937, e ressurgiu na Carta de 1946, com texto muito semelhante ao anterior, mas passando a ser admitida, também, em face de atos da administração indireta.<sup>31</sup> Embora, até aquele momento, inexistisse lei infraconstitucional a regulamentá-la, Mancuso aduz que a jurisprudência da época considerava-a norma autoaplicável.<sup>32</sup> Poder-se-ia dizer, destarte, que se tratava de uma norma constitucional de eficácia plena e, não, limitada.<sup>33</sup>

O exercício do instituto foi regulamentado com o advento da Lei nº 4.717/1965. Referido diploma normativo serviu ainda a definir o conceito de patrimônio público<sup>34</sup>: bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Em âmbito constitucional, a previsão da ação popular foi mantida na Carta de 1967, bem como na Emenda Constitucional nº 1/69. Finalmente, a Constituição Federal de 1988 ampliou seu rol de objetos, passando a incluir,

---

<sup>29</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 58-60.

<sup>30</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, p. 61.

<sup>31</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, p. 63.

<sup>32</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, *Ibidem*.

<sup>33</sup> Nesse aspecto, cabe rememorar a clássica divisão das normas constitucionais, de acordo com seus critérios de aplicabilidade, em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada: as primeiras produzem, de pronto, todos os efeitos previstos; as segundas são também imediatamente autoaplicáveis, mas podem ter abrangência restringida pelo legislador infraconstitucional; e as terceiras, enfim, somente passam a produzir efeitos quando disciplinadas por lei infraconstitucional. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 80-82.

<sup>34</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 108.

expressamente, a defesa da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.<sup>35</sup> Isto, contudo, na prática, significou apenas a constitucionalização do que já era prática corrente na jurisprudência da época.

Ainda que se considere relevante a evolução da ação popular, o instituto não foi suficiente para assegurar uma efetiva tutela dos interesses metaindividuais.<sup>36</sup> Trata-se de uma espécie de ação coletiva tímida, severamente limitada: é voltada à proteção somente das determinadas espécies de direitos difusos taxativamente enumerados.<sup>37</sup> Ademais, em se tratando de tutela coletiva, a legitimação individual – como é a da ação popular – é passível de críticas, vez que “o cidadão normalmente não tem condições (econômicas, jurídicas e mesmo interesse efetivo) de postular, perante o Judiciário, em oposição à Administração Pública ou a grandes empresas”.<sup>38</sup> Este é, inclusive, o motivo de considerar-se que a ação popular não logrou o êxito esperado em nosso ordenamento e de as demais ações coletivas que posteriormente vieram a ser criadas não repetirem esse modelo de legitimação.<sup>39</sup>

O segundo ponto marcante da formação do microssistema nacional de tutela coletiva foi a edição da Lei nº 7.347/1985, que, definitivamente, criou e regulamentou a denominada ação civil pública. A nomenclatura surgiu em contraposição à ação penal pública, haja vista a legitimação do Ministério Público para promovê-la<sup>40</sup>, ainda que outras entidades também tenham sido legitimadas (inicialmente, legitimaram-se, além do *Parquet*: União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e associações constituídas há, pelo menos, um ano).<sup>41</sup>

A ação civil pública, em seu estágio inicial, era admitida somente para a tutela de direitos difusos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esse rol, antes taxativo, foi estendido com o advento da Constituição de 1988, que, além de prever

<sup>35</sup> Art. 5º, LXXIII.

<sup>36</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **Evolução das ações coletivas no Brasil**. Revista de processo, ano 20, vol. 77, 1995, p. 227.

<sup>37</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 109.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 306.

<sup>39</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 169-172.

<sup>40</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 159.

<sup>41</sup> Embora, em sentido divergente, Mancuso aduza que a nomenclatura “pública” está relacionada não ao Ministério Público, mas à relevância social dos valores protegidos pela ação. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 22.

a ação civil pública a nível constitucional pela primeira vez, introduziu a categoria dos direitos coletivos e, ainda, passou a admiti-la para a defesa de quaisquer interesses metaindividuais, sejam eles difusos ou coletivos.<sup>42</sup>

A seguir, agregando-se à Lei nº 7.347/1985 e consolidando o microssistema, editou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Para além das importantíssimas normas de direito material consumerista, esse diploma, com suas normas de direito processual coletivo, foi responsável por conferir à tutela coletiva seus contornos atuais. Dentre suas inovações mais relevantes, cabe destacar a previsão, de forma ampla, pela primeira vez, do cabimento de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos<sup>43</sup>, bem como a definição, ainda que vaga, dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, contribuindo para eliminar considerável parte da incerteza científica.<sup>44</sup>

Ademais, o CDC alterou a Lei nº 7.347/1985, a fim de assegurar a integração entre os diplomas - procurando eliminar possibilidades de interpretação no sentido de que suas normas poderiam destinar-se somente à tutela do consumidor<sup>45</sup> -, bem como de garantir, pela via da ação coletiva, a proteção a todas as espécies de direitos metaindividuais.<sup>46</sup>

Importante mencionar que parcela considerável da doutrina sustenta que a ação voltada para a defesa de direitos individuais homogêneos não se trataria propriamente de uma ação civil pública, mas de espécie distinta de ação coletiva, de modo que a ação civil pública seria voltada somente para a tutela de direitos difusos

---

<sup>42</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 135.

<sup>43</sup> Embora a primeira lei a dispor sobre a proteção de um direito individual homogêneo tenha sido a Lei nº 7.913/89, que conferiu ao Ministério Público legitimidade para pleitear a reparação de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado. LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 121.

<sup>44</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Idem*, p. 127.

<sup>45</sup> O art. 117 do CDC acrescentou, à Lei da Ação Civil Pública, o art. 21, com a seguinte redação: "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". A despeito disso, como anota Elton Venturi, são ainda comuns interpretações equivocadas do texto legal no sentido de restringir a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos apenas àqueles decorrente de consumo. VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75.

<sup>46</sup> O art. 110 do CDC acrescentou ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública o inciso IV, que fora originalmente vetado, garantindo a possibilidade de proteção de "qualquer outro direito difuso ou coletivo", além dos enumerados no artigo.

e coletivos – expressamente previstos na Lei nº 7.347/1985.<sup>47</sup> A distinção, porém, segundo Elton Venturi, é desarrazoada, vez que “a intrínseca ligação entre os regimes dos referidos diplomas legais [LACP e CDC] desautoriza tipificações como tais”.<sup>48</sup> Ademais, considerando que são cabíveis, concomitantemente, pedidos e tutelas difusas, coletivas e individuais homogêneas em uma única ação<sup>49</sup>, não vemos razão para a distinção. Portanto, e tendo-se ainda que, apesar das críticas doutrinárias<sup>50</sup>, o termo ação civil pública é tradicionalmente o mais utilizado na práxis forense, utilizar-se-ão, no presente trabalho, ambos os termos, indistintamente.

Enfim, é evidente que, para além da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, há varias outras normas que disciplinam aspectos específicos da tutela coletiva e que, complementando-se reciprocamente, também compõem seu microsistema<sup>51</sup>. São os casos, por exemplo, da Lei de Apoio às Pessoas Portadoras de Deficiências (Lei nº 7.913/1989), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), e da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), dentre outras.<sup>52</sup> No entanto, objetivou-se aqui, brevemente, discorrer acerca das leis que, por sua importância, marcaram o desenvolvimento da tutela coletiva no país, efetivamente viabilizando-a e que, por isso, compõem o núcleo do microsistema, juntamente com a Constituição Federal e com o Código de Processo Civil. As demais leis esparsas gravitam em torno desse núcleo, complementando-o.<sup>53</sup>

Cabe ainda destacar que a doutrina especializada tem se esforçado pela unificação das normas de processo coletivo em torno de um código: até o ano de

<sup>47</sup> Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista de processo, ano 20, vol. 78, 1995, p. 42.

<sup>48</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

<sup>49</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 63.

<sup>50</sup> São frequentes críticas ao termo “ação civil pública”. De qualquer modo, José Marcelo Menezes Vigliar, referindo-se à crítica de Cândido Rangel Dinamarco no sentido de que a associação do instituto processual da ação com o direito material a ela relacionado é um equívoco, aduz que a adjetivação “civil pública” nada mais representa hoje em dia. Mantém-se, portanto, a utilização do termo “ação civil pública” por mera tradição, ainda que a utilização seja tecnicamente equivocada, vez que, nas palavras do autor, “ação não tem nome”. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública ou ação coletiva?** In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2002, p. 441-457.

<sup>51</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 140.

<sup>52</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 267-268.

<sup>53</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 23-24.

2008, segundo Antonio Gidi, quatro anteprojetos foram publicados no Brasil.<sup>54</sup> Em 2009, o Ministro da Justiça Tarso Genro nomeou Comissão Especial para elaborar uma nova Lei da Ação Civil Pública: os trabalhos resultaram no Projeto de Lei nº 5.139/2009, o qual, todavia, recebeu votação contrária ao mérito na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.<sup>55</sup> O Projeto foi reapresentado em 2012, com o novo número de 4.484/2012, e pende de apreciação pela mesma Comissão.

## 2.2 OS DIREITOS/INTERESSES PROTEGIDOS PELA TUTELA COLETIVA

O atual microssistema da tutela coletiva nacional permite a proteção, pela via coletiva, dos direitos ou interesses denominados difusos, coletivos e individuais homogêneos, consoante disposto nos três incisos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Absolutamente pertinente, portanto, a conceituação de cada uma dessas categorias.

O primeiro aspecto a ser notado é o fato de o legislador ter qualificado as pretensões tuteláveis como “direitos” ou “interesses”. Essa terminologia foi adotada somente no Código de Defesa do Consumidor, de modo que, tanto na Constituição da República como na Lei nº 7.347/1985, consta somente o termo “interesses”.

Kazuo Watanabe esclarece que ambos os termos, no âmbito do CDC, foram utilizados como sinônimos, na medida em que os interesses, quando amparados pelo direito, “assumem o mesmo status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.<sup>56</sup> Assim, a intenção do legislador, com a utilização de ambos os termos, foi a de eliminar possível reducionismo interpretativo que poderia incidir sobre o termo “interesses”.<sup>57</sup> A conceituação das pretensões transindividuais inicialmente apenas

---

<sup>54</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-6.

<sup>55</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 200-202.

<sup>56</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 800.

<sup>57</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

como “interesses” decorre da “estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica”.<sup>58</sup> O problema, no entanto, conforme exposto, encontra-se atualmente superado.

Os direitos ou interesses difusos, assim como os coletivos, são considerados transindividuais (ou metaindividuais, supraindividuais ou, ainda, coletivos *lato sensu*), vez que são compartilhados por uma coletividade de pessoas. Esses interesses estão situados em um plano intermediário entre o interesse público e o interesse privado.<sup>59</sup> Já os direitos ou interesses individuais homogêneos são nada mais que direitos individuais que, por diversas razões, são coletivamente tutelados<sup>60</sup>, conforme exposto a seguir.

## 2.2.1 Direitos ou interesses difusos

Atentando-se para o alerta de Ricardo de Barros Leonel acerca da impossibilidade de que definições resumam de forma definitiva e estanque os fenômenos sociais<sup>61</sup>, verifica-se que o legislador do Código de Defesa do Consumidor, ao conceituar as espécies de direitos ou interesses protegidos pela via coletiva, estabeleceu três critérios de distinção, conforme destaca Gregório Assagra de Almeida: o critério subjetivo, o critério objetivo e o critério origem. O primeiro diz respeito à titularidade do direito, o segundo, à divisibilidade, e o terceiro, à própria origem.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 800.

<sup>59</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 50-53.

<sup>60</sup> Embora, em sentido diverso, doutrinadores relevantes como Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior qualifiquem os direitos individuais homogêneos também como direitos coletivos *lato sensu*. CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **Evolução das ações coletivas no Brasil**. Revista de processo, ano 20, vol. 77, 1995, p. 233-234. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 75.

<sup>61</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 92.

<sup>62</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 485.

Os direitos ou interesses denominados difusos são definidos, no âmbito da lei, como “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. No aspecto subjetivo, portanto, esses direitos têm como titulares pessoas não apenas indeterminadas, mas verdadeiramente indetermináveis, como prefere Hugo Nigro Mazzilli.<sup>63</sup> Por isso, inexistem grupos, classes ou categorias de titulares determináveis e, conseqüentemente, para esses direitos, a coisa julgada tem efeito *erga omnes*, ainda que *secundum eventum litis*, vez que, em caso de improcedência por insuficiência probatória, estão os legitimados habilitados a propor nova ação.<sup>64</sup>

No critério objetivo, esses direitos são marcados pela indivisibilidade de seu objeto. Assim sendo, não são passíveis de apropriação por um único indivíduo.<sup>65</sup>

Finalmente, no aspecto origem, reside a natureza do vínculo entre os titulares do direito, qual seja, circunstâncias de fato. Consoante destaca Mazzilli, não significa isso que inexistam qualquer relação jurídica entre os lesados que compartilhem o interesse difuso. Significa, de outro lado, simplesmente que “a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante”.<sup>66</sup>

Sem se ignorar a premissa de que um mesmo fato pode dar ensejo, concomitantemente, a lesões de naturezas difusa, coletiva e individual<sup>67</sup>, pode ser citado como exemplo clássico de direito difuso o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal).

## 2.2.2 Direitos ou interesses coletivos

O Código de Defesa do Consumidor conceitua os direitos ou interesses coletivos (em sentido estrito) como “transindividuais, de natureza indivisível, de que

<sup>63</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 53-55.

<sup>64</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **Evolução das ações coletivas no Brasil**. Revista de processo, ano 20, vol. 77, 1995, p. 232-233.

<sup>65</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 93.

<sup>66</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit., p. 53.

<sup>67</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 802.

seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Aplicando-se-lhes os mesmos três critérios, Gregório Assagra de Almeida anota que, no que diz respeito ao aspecto subjetivo, esses direitos ou interesses são pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, porém, determináveis.<sup>68</sup> Há, portanto, entre os titulares do direito, uma relação jurídica base pré-constituída, pré-existente ao dano<sup>69</sup> - o que torna o conceito de “classe” mais definido do que na hipótese dos direitos difusos.<sup>70</sup> Nesse ponto, precisamente, reside a distinção básica entre os direitos coletivos e difusos.<sup>71</sup>

Em virtude desse vínculo entre os titulares, a coisa julgada, para direitos coletivos, tem eficácia *ultra partes*, atingindo todos os integrantes do grupo, classe ou categoria.<sup>72</sup>

O aspecto objetivo dos direitos coletivos é idêntico ao dos direitos difusos, vez que ambas as categorias são marcadas pela indivisibilidade.<sup>73</sup> Por fim, o aspecto origem diz respeito justamente no grupo, categoria ou classe de indivíduos. Novamente, cabe a advertência de Mazzilli, no sentido de que, inevitavelmente, a relação jurídica entre os indivíduos disciplinará uma hipótese fática; contudo, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente dela, mas “da própria relação jurídica viciada que une o grupo”.<sup>74</sup>

Exemplos de interesses qualificáveis como coletivos são os de grupo de beneficiários de determinado plano de saúde ou de alunos do ensino fundamental de determinado município.<sup>75</sup>

---

<sup>68</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 489.

<sup>69</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 803.

<sup>70</sup> GIDI, Antonio. **Class actions in Brazil: a model for civil law countries**. The America Journal of Comparative Law, v. 51, p. 311-408, 2003. Disponível em: <http://www.temple.edu/lawschool/iilpp/images/PDFs/GidiGidiClassActions.pdf>. Acesso em: 13/09/2013, p. 356.

<sup>71</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **Evolução das ações coletivas no Brasil**. Revista de processo, ano 20, vol. 77, 1995, p. 229.

<sup>72</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Idem*, p. 231.

<sup>73</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. Cit.*, p. 489-490.

<sup>74</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 55.

<sup>75</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57-58.

### 2.2.3 Direitos ou interesses individuais homogêneos

Os direitos ou interesses individuais homogêneos são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor simplesmente como “os decorrentes de origem comum”. Distintamente das definições dos direitos difusos e coletivos, nas quais o legislador logrou êxito em expressar, objetivamente, suas principais características, a definição dos direitos individuais homogêneos é considerada não apenas demasiadamente simples, mas, verdadeiramente, imprecisa.<sup>76</sup> Essencialmente em virtude dessa deficiência conceitual é que exsurtem diversos problemas relativos à sua tutela<sup>77</sup> – muitos dos quais relacionados à legitimação, que serão melhor examinados adiante.

Consoante já exposto, os direitos individuais homogêneos, a despeito de relevantes posicionamentos em sentido diverso<sup>78</sup>, não se tratam de direitos metaindividuais (como os difusos e coletivos), mas são, de outro lado, simplesmente direitos individuais que, por variadas razões – e.g. facilitação de acesso ao Poder Judiciário, tratamento uniforme de situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa e racionalização da prestação jurisdicional<sup>79</sup> - , merecem tutela pela via coletiva. Tratam-se, assim, de direitos marcados pelo aspecto coletivo somente na forma de tutela, mas cujas essências são individuais.<sup>80</sup>

Nesse sentido, fazem-se pertinentes as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

É sabido que a grande novidade do Código de Defesa do Consumidor, em termos de tutela jurisdicional, foi a criação da categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos, que são na verdade direitos subjetivos tradicionais, passíveis, ainda hoje, de tratamento processual individual, mas também, agora, de tratamento coletivo, em razão de sua homogeneidade e de sua origem comum.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 47.

<sup>77</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 48.

<sup>78</sup> Vide Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior. CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **Evolução das ações coletivas no Brasil**. Revista de processo, ano 20, vol. 77, 1995, p. 233-234. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 75.

<sup>79</sup> Conforme ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 123-127. Os escopos da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos serão melhor abordados no capítulo subsequente.

<sup>80</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 53.

<sup>81</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade** In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2002, p. 19.

Justamente por se tratarem apenas de direitos individuais, destaca Sérgio Cruz Arenhart que “não se deve buscar no campo do direito material a figura dos interesses individuais homogêneos”<sup>82</sup>. Assim, sua definição está inserida no plano processual, de modo não se trata de uma nova categoria de direitos substanciais, como os difusos e coletivos.<sup>83</sup>

A maior dificuldade concernente aos direitos individuais homogêneos reside em verificar qual é, ou quais são, os elementos que permitam a tutela pela via coletiva, ante a vagueza do conceito de “origem comum”<sup>84</sup> e ante sua insuficiência.<sup>85</sup>

No modelo norteamericano, como já exposto, os requisitos de admissibilidade estão expressamente previstos na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*. Para além daqueles requisitos já listados no primeiro capítulo<sup>86</sup> - aplicáveis a todas as espécies de *class actions* – há, ainda, dois outros, aplicáveis especificamente às *class actions for damages*, figura assemelhada à ação coletiva brasileira para defesa de direitos individuais homogêneos.<sup>87</sup> Nos termos da alínea “a” do inciso b3 da *Rule 23*, são eles: “a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais” e “a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença”.<sup>88</sup> Há, assim, nos Estados Unidos, um sistema de controle judicial sobre a legitimação e a representatividade adequada.

No sistema brasileiro, por outro lado, inexistem previsões legais expressas que permitam delinear com clareza em que hipóteses a tutela de direitos individuais é admissível pela via coletiva. Quatro são os critérios geralmente apontados pela

<sup>82</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 133.

<sup>83</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, *ibidem*.

<sup>84</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 134.

<sup>85</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70.

<sup>86</sup> Impossibilidade de reunião de todos os membros da classe, questões de direito ou de fato comuns, demandas típicas de classe e representação justa e adequada dos interesses da classe. Somam-se a esses requisitos, para prosseguimento da ação, os seguintes (denominados requisitos vestibulares – *threshold requirements*): o risco de o prosseguimento de ações separadas gerar julgamentos contraditórios ou julgamentos dispositivos dos interesses de outros membros do grupo; a parte que se opõe à classe ter agido ou se recusado a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral; e a superioridade prática da tutela pela via coletiva. GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 855-857.

<sup>87</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade** In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2002, p. 23-24.

<sup>88</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Idem*, p. 24.

doutrina e pela jurisprudência para identificar as hipóteses em que direitos individuais podem ser coletivamente tuteláveis, de acordo com Sérgio Cruz Arenhart<sup>89</sup>. O primeiro deles – e, segundo Elton Venturi, o mais adequado – baseia-se na *Rule 23* norte-americana e diz respeito à prevalência ou preponderância das questões de fato e de direito comuns sobre as individuais.<sup>90</sup> Nesse sentido, a preocupação principal desse critério é verificar se, no caso concreto, a tutela coletiva traria alguma vantagem para as pretensões individuais, em relação à tutela individual. O aspecto negativo, no entanto, reside na larga margem de discricionariedade deixada à autoridade julgadora.<sup>91</sup>

O segundo critério frequentemente utilizado é meramente quantitativo – baseia-se no volume de pessoas atingidas.<sup>92</sup>

O terceiro critério diz respeito à viabilização do acesso à justiça e tem como escopo permitir que sejam levadas ao Judiciário questões que, pela via individual, não seriam levadas.<sup>93</sup> Considerações especificamente acerca do acesso à justiça serão tecidas no capítulo subsequente.

Por fim, há o critério da homogeneidade da tutela, segundo o qual se deve identificar a possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais “a partir da verificação das situações que estariam em condição de valer-se de uma mesma decisão judicial”<sup>94</sup>, de modo a assegurar que tais situações não recebam tratamento judicial diferenciado.<sup>95</sup>

Em busca de uma nova definição dos direitos individuais passíveis de tutela pela via coletiva, Arenhart sintetiza os critérios supraexpostos em três novos critérios, que devem sempre ser analisados sob a lente do princípio da proporcionalidade pan-processual.<sup>96</sup> São eles: a inviabilidade da formação de

---

<sup>89</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 135-141.

<sup>90</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70.

<sup>91</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 135-138.

<sup>92</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Idem, p. 138-139.

<sup>93</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Idem, p. 139-141.

<sup>94</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Idem, p. 141.

<sup>95</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Idem, p. 141-142.

<sup>96</sup> O autor define “proporcionalidade pan-processual” como o critério capaz de harmonizar e permitir diálogo entre os três lados do problema jurisdicional: legislativo (relativo à adequação das leis e a sua capacidade de oferecer respostas adequadas e modernas às demandas da sociedade), estrutural (relativo à suficiência de recursos humanos e materiais do Poder Judiciário) e cultural (relacionado à qualidade tanto da demanda como da resposta do Judiciário). ARENHART, Sérgio Cruz. Idem, p. 31-45.

litisconsórcio, a afinidade de questões e a existência de utilidade na utilização da tutela coletiva para as partes e para o Judiciário<sup>97</sup>. O primeiro parte do pressuposto de que a tutela coletiva é algo excepcional em nosso ordenamento, a ser utilizada quando as soluções processuais clássicas – tais como o litisconsórcio – não foram passíveis de utilização. O segundo refere-se à presença de um ponto comum de fato ou de direito entre as situações individuais. O terceiro, por derradeiro, diz respeito à análise dos custos, vantagens e dificuldades do tratamento coletivo da questão sobre o tratamento individual, para, a partir dessa avaliação, concluir-se se a via coletiva é a maneira mais efetiva de solução dos litígios.<sup>98</sup>

Enfim, todo o exposto serve a evidenciar a dificuldade no trato dos direitos individuais homogêneos enfrentada no país. Denota, também, a importância da compreensão do conceito, para que se obtenha uma prestação jurisdicional adequada.

---

<sup>97</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 145.

<sup>98</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 145-153.

### 3. O PAPEL CONTEMPORÂNEO DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

É inevitável o reconhecimento do fundamental papel adquirido pela tutela coletiva no Brasil, nos últimos anos. Importante também, por outro lado, é reconhecer as deficiências e limitações do sistema, as quais, por diversas razões, impedem a máxima efetividade na consecução de seus objetivos.

Consoante já exposto, é fato que o processo civil nacional vivencia, hoje, o momento metodológico do instrumentalismo. Abandonaram-se, há tempos, as fases sincretista - que confundia os campos material e processual - e autonomista, na qual se passou a reconhecer o caráter autônomo do processo, mas sem se reconhecer uma finalidade a ele atrelada.<sup>99</sup>

A perspectiva instrumental do processo significa, em síntese, “a conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”<sup>100</sup>, ou seja, trata-se da concepção segundo a qual o processo é mero instrumento para o cumprimento de suas finalidades.

No processo coletivo, particularmente, o instrumentalismo ganha ainda uma nova e mais acentuada dimensão. É que, em virtude das funções de natureza política e democrática dessa categoria de processo, há evidente necessidade de redimensionar os institutos originários do processo individual, tais como a legitimação e a extensão da coisa julgada, para aplicá-los ao processo coletivo.<sup>101</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “é preciso, pois, para bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos, evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à tutela individual para solucionar questões atinentes à tutela coletiva”.<sup>102</sup> E isto, por certo, não é facilmente alcançável, haja vista a longa tradição individualista de nosso direito processual, calcada em ideologias liberais.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17-33.

<sup>100</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

<sup>101</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 29.

<sup>102</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 304

<sup>103</sup> Nesse sentido, VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24-35.

Tendo isso em vista, Elton Venturi, ao tratar do instrumentalismo no processo coletivo, menciona a existência de um “princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva”, assim definido:

Pela absoluta instrumentalidade da tutela coletiva, pois, compreende-se o amplo manuseio das ações coletivas, ao lado das eventuais demandas individuais, para a proteção mais adequada possível dos direitos metaindividuais, mediante o emprego das técnicas e procedimentos mais idôneos para propiciar a tão almejada efetividade da prestação jurisdicional.<sup>104</sup>

Deste modo, sob a perspectiva da absoluta instrumentalidade, não são cabíveis imposições de limitações injustificadas à admissibilidade de ações coletivas.<sup>105</sup> Não é o que se verifica, porém, na práxis forense e legislativa: infelizmente, são bastante comuns investidas, mormente políticas, contra a tutela coletiva, principalmente em se tratando de direitos individuais homogêneos.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart, “tratar (...) da instrumentalidade, isoladamente de alguma finalidade pré-determinada, é tratar do vácuo, do vazio, já que nada representa”.<sup>106</sup> Assim, e especialmente em se tratando de tutela coletiva, considerando-se suas particularidades, indagação pertinente é: quais seriam esses fins perseguidos pelo processo?

No processo individual, a doutrina, geralmente, calcando-se nas concepções de Goldschmidt, Chiovenda e Carnelutti, aponta como respostas: a aplicação do direito e a pacificação social, mediante justa composição da lide.<sup>107</sup> No processo coletivo, por outro lado, dadas suas características, seus escopos são significativamente mais amplos. Sua finalidade mais importante trata-se, sem dúvida, da promoção do acesso à justiça.

O problema do acesso à justiça é enfrentado com dificuldades não somente pela ordem jurídica brasileira. Identificam-se diversas questões fáticas que, muitas vezes, impedem o efetivo exercício da atividade jurisdicional, e a conseqüente concretização da justiça, tais como: o alto custo para acionar o Judiciário (que, frequentemente, não é compensado em virtude dos baixos valores envolvidos no

---

<sup>104</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 153-154.

<sup>105</sup> VENTURI, Elton. Idem, p. 154.

<sup>106</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 35.

<sup>107</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Idem, p. 36-37.

litígio), o longo tempo de trâmite dos processos, as vantagens naturais de que goza a parte dotada de melhores recursos financeiros (tanto em termos de melhor assistência jurídica como em termos de condições para suportar a demora do trâmite processual) e a inaptidão do cidadão comum para reconhecer seus direitos e para litigar adequadamente.<sup>108</sup> No caso dos direitos metaindividuais, soma-se a isso, ainda, a ausência de legitimidade do indivíduo para defendê-los por conta própria.<sup>109</sup>

Em se tratando dos direitos individuais homogêneos, há, também, outros fatores que impedem o efetivo acesso à jurisdição pelos meios individuais tradicionais. Um dos mais importantes é, sem dúvida, a questão dos danos de pequena expressão econômica, nos quais os custos e a demora do processo individual não compensariam, individualmente, a litigância judicial<sup>110</sup>. Nesse sentido, Kazuo Watanabe menciona pertinente exemplo de fabricante de óleo comestível que esteja lesando consumidores em pequena quantidade, se individualmente considerada; sob a perspectiva coletiva, por outro lado, estará certamente lesando quantidade significativa de pessoas.<sup>111</sup> Situações como essa, se individualmente consideradas, nunca ou raramente sequer chegam ao conhecimento do Judiciário. Somente pela via coletiva dano dessa natureza pode ser judicialmente reparado e, principalmente, o infrator devidamente sancionado: doutro modo, haveria verdadeiro estímulo indireto à prática ilícita.<sup>112</sup>

Seguindo-se no âmbito dos direitos individuais homogêneos, outra situação relevante refere-se à dificuldade probatória. Há lesões nas quais, se consideradas individualmente, há perceptível dificuldade para que o autor comprove o dano sofrido; porém, se houver uma soma expressiva de lesados, a demonstração do prejuízo torna-se mais evidente – é o caso, por exemplo, de danos à saúde decorrentes de consumo de produto estragado.<sup>113</sup>

Conforme destaca Luiz Guilherme Marinoni, o acesso à justiça, entendido como direito tanto de acesso ao Poder Judiciário quanto de técnica processual

<sup>108</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15-26.

<sup>109</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Idem*, p. 26-28

<sup>110</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 124.

<sup>111</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 819-820.

<sup>112</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ação civil pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985**. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010, p. 65.

<sup>113</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 125.

idônea à tutela do direito material, é “imprescindível para uma organização justa e democrática”.<sup>114</sup>

No Brasil, especificamente, em vista de seus marcantes problemas sociais, a questão do acesso à justiça ganha ainda maior relevo. “O baixo grau de instrução do povo brasileiro em geral e o pequeníssimo nível de conhecimento a respeito de seus direitos é algo de conhecimento geral e que, sequer, exige demonstração”.<sup>115</sup> Assim, a via do processo coletivo exerce esse fundamental papel, ao possibilitar ao Ministério Público e às demais entidades colegitimadas a defesa, em juízo, de direitos que, caso fossem deixados ao processo individual, não teriam qualquer tipo de tutela. Nesse preciso sentido, Petrônio Calmon aduz que “o processo individual (...) não foi suficiente para a atuação da sociedade no controle da iniciativa privada. A ação civil pública supre essa lacuna e se constitui em um instrumento eficaz”.<sup>116</sup>

Nessa mesma perspectiva de acesso à justiça, Gregório Assagra de Almeida considera o processo coletivo verdadeiro instrumento de proteção e de efetivação do Estado Democrático de Direito e de transformação da realidade social. Segundo o autor, “não existe efetivamente Estado Democrático de Direito sem instrumentos eficazes de tutela dos interesses e direitos coletivos”.<sup>117</sup> Elton Venturi aponta para os fins resposta aos anseios de prestação de justiça social, de pacificação social e afirmação da cidadania.<sup>118</sup>

Para além da promoção do acesso à justiça e de suas naturais consequências, há, ainda, outras funções de relevo exercidas pelo processo coletivo no Brasil, especialmente em se tratando de direitos individuais homogêneos. Uma delas é o tratamento uniforme de situações idênticas.<sup>119</sup> Havendo uma coletividade lesada, se cada indivíduo optasse por ajuizar ação individual, evidentemente, abrir-se-ia ensejo a julgamentos distintos e, até mesmo, contraditórios, por diferentes magistrados, ante a ausência de sistema vinculativo de precedentes em nosso

<sup>114</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 473-474.

<sup>115</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 61.

<sup>116</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da ação civil pública**. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 518.

<sup>117</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 144.

<sup>118</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 100-111.

<sup>119</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 125.

sistema de *civil law*.<sup>120</sup> Assim, ferir-se-ia a garantia constitucional da isonomia e gerar-se-ia incerteza jurídica, bem como estimular-se-ia o ajuizamento de demandas temerárias, confiantes em erro judiciário.<sup>121</sup>

Não menos importante, há, ainda, a função de economia judicial e processual: a proliferação de demandas individuais que poderiam ser resolvidas pela via coletiva gera, inevitavelmente, desperdício de tempo e de recursos financeiros do Judiciário<sup>122</sup>, bem como contribui para a mecanização das decisões.<sup>123</sup>

Enfim, diante das importantíssimas funções adquiridas pelo processo coletivo no Brasil e da perspectiva instrumental, faz-se possível visualizar os motivos pelos quais não se deve ter por aceitáveis limitações infundadas a ele impostas. E um dos principais alvos de investidas limitadoras tem sido, justamente, a legitimação para o ajuizamento dessas demandas. No caso dos direitos individuais homogêneos, por exemplo, podem-se citar as frequentes exigências de características como relevância social ou indisponibilidade. Cite-se, ainda, o cerceamento à possibilidade de ajuizamento de ações civis públicas que versem sobre tributos, contribuições previdenciárias e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Análise acurada nesse sentido constitui o foco principal deste trabalho e será objeto do capítulo seguinte.

Adianta-se, porém, que essas investidas parecem ter como pano de fundo, muitas das vezes, interesses mais políticos que jurídicos, haja vista o alto potencial de efetividade do processo coletivo na coibição de atos ilícitos; mas também se fundamentam, em grande parte, no despreparo do Judiciário para lidar com essas questões, decorrente de dificuldade tanto na compreensão dos conceitos legais<sup>124</sup>, como no rompimento dos tradicionais dogmas do individualismo e da aceitação do novo paradigma processual, no qual está inserida a tutela coletiva.<sup>125</sup> Conforme destaca Arenhart, “muito da dificuldade do Judiciário em lidar com a tutela coletiva

<sup>120</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ação civil pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985**. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010, p. 64.

<sup>121</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 125-126.

<sup>122</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 126.

<sup>123</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>124</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 66-67.

<sup>125</sup> GIDI, Antonio. **Class actions in Brazil: a model for civil law countries**. *The America Journal of Comparative Law*, v. 51, p. 311-408, 2003. Disponível em: <http://www.temple.edu/lawschool/iilpp/images/PDFs/GidiGidiClassActions.pdf>. Acesso em: 13/09/2013, p. 363.

deve ser tributado à dificuldade em se livrar das amarras postas pelo pensamento que informa a tutela individual e seus institutos”.<sup>126</sup>

Quer-se, enfim, expressar que o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de tutela coletiva, já evoluiu suficientemente a ponto de permitir, de maneira ampla, adequada proteção a direitos metaindividuais e individuais homogêneos. É certo que não atingiu, ainda, um patamar que se possa considerar ideal; todavia, para que a proteção a esses direitos possa tornar-se ainda mais efetiva na prática, é necessária alteração principalmente paradigmática do operador do direito, na perspectiva sob a qual é vista a tutela coletiva, de modo a eliminar as barreiras injustificadas que impedem seu pleno exercício. Nesse preciso sentido, pertinentes, para concluir, as palavras proferidas por Alexandre Gavronski, ao referir-se à rejeição do Projeto de Lei nº 5.139/2009.

(...) a tutela coletiva brasileira já dispõe de instrumental suficiente para adequá-la ao novo paradigma que se apresenta para o direito neste século. A rejeição da principal alternativa de alteração legislativa não pode, pois, servir de justificativa para se abandonar a necessária mudança de mentalidade capaz de adequar nossa tutela coletiva aos crescentes desafios do século XXI. Urge, ao contrário, potencializar os instrumentos de tutela coletiva disponibilizados em nosso sistema jurídico como verdadeiras técnicas capazes de fazer frente a esses desafios.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia**, p. 2. Disponível em: <http://www.academia.edu/214089>. Acesso em: 12/09/2013.

<sup>127</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **A tutela coletiva no século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente**. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010, p. 59.

#### 4. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

O Código de Processo Civil nacional caracteriza a legitimidade das partes como uma das condições da ação, ao lado da possibilidade jurídica do pedido e do interesse processual. Nesse sentido, pode-se dizer que o ordenamento processual pátrio é adepto dos ensinamentos de Liebman<sup>128</sup> acerca do tema, vez que o delineamento desses pressupostos é atribuído ao autor italiano.<sup>129</sup>

As condições da ação são caracterizadas como verdadeiros “filtros à admissão e à apreciação de pretensões”.<sup>130</sup> Deste modo, a legitimidade funciona como um desses filtros, juntamente com os outros dois. A falta de qualquer um deles, nos termos do art. 267, VI, do Código, dá ensejo a extinção do feito sem resolução de mérito – tanto em ações individuais como em ações coletivas, vez que não há distinção entre ambas as espécies no que toca às condições da ação.<sup>131</sup>

A legitimidade para agir, segundo Fredie Didier Júnior, caracteriza-se como “um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que está sendo afirmada”<sup>132</sup> Adiante, com propriedade, prossegue o doutrinador:

A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os “pressupostos processuais” subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo.<sup>133</sup>

Nesse preciso sentido, já, há décadas, doutrinava Barbosa Moreira. Segundo o autor, a lei cria situações jurídicas legitimantes ativas e passivas, ou seja, esquemas subjetivos abstratos que representam modelos ideais de situações

<sup>128</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Vol. 1. 3. ed. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153-161.

<sup>129</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 174-177.

<sup>130</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 163.

<sup>131</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 151.

<sup>132</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 185.

<sup>133</sup> DIDIER JR. Fredie. *Idem*, p. 185-186.

jurídicas. A legitimação seria, precisamente, o enquadramento da situação jurídica da pessoa, no caso concreto, ao predisposto em lei.<sup>134</sup> Nas palavras do autor:

Denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir.<sup>135</sup>

Enfim, conceituada a legitimidade e levando-se em consideração sua natureza de condição da ação em nosso sistema processual civil, é evidente que a falta dela, para qualquer das partes, obsta o prosseguimento e o julgamento da demanda. Ante as particularidades e excepcionalidades inerentes ao processo coletivo – em especial no tocante aos direitos individuais homogêneos -, importa averiguar as características específicas da legitimidade ativa para essas espécies de ações.

#### 4.1 A NATUREZA DA LEGITIMIDADE ATIVA NA TUTELA COLETIVA

Da integração entre o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, depreende-se que são hoje legitimados, em nosso sistema, para a propositura de ações coletivas: o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista, a Defensoria Pública e as associações constituídas há mais de ano que tenham como finalidade institucional a proteção do direito material pleiteado, ressalvada a hipótese de dispensa da pré-constituição, no caso de direitos individuais homogêneos, caso haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Observando-se o rol de legitimados, verifica-se que o ordenamento nacional optou por adotar uma “solução mista ou pluralista para a representação de interesses transindividuais em juízo, cumulando as soluções de representantes

---

<sup>134</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista dos Tribunais, vol. 404, ano 58, 1969, p. 10.

<sup>135</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Idem*, p. 9-10.

adequados públicos e privados”.<sup>136</sup> Alternativa diversa, adotada por países como Alemanha, França, Itália, Japão, Suíça e, principalmente, Estados Unidos, legitima exclusivamente pessoas físicas e/ou entes privados.<sup>137</sup>

Reforçando essa concepção mista, Marinoni e Arenhart aduzem que o direito pátrio seguiu tanto o modelo de legitimação norteamericano, ao outorgar legitimidade às associações, como igualmente legitimou agentes públicos.<sup>138</sup>

O direito estadunidense, cabe destacar, foi, além de precursor, o que melhor desenvolveu a tendência de mitigação da concepção de “justa parte”, pela criação do conceito de um representante ideológico (*ideological plaintiff*) da coletividade<sup>139</sup>, baseado na representatividade adequada (*adequacy of representation*).<sup>140</sup> Naquele sistema, conforme doutrina Linda Mullenix, o juiz deve verificar, no caso concreto, a existência de representatividade adequada para “certificar” (*certify*) a classe e, somente então, dar prosseguimento à demanda, nos termos da já mencionada *Rule* 23. Assim, os representantes são verdadeiros “guardiões” do interesse da classe.<sup>141</sup> No sistema brasileiro, de outro lado, não há controle judicial sobre a representatividade adequada na ação.<sup>142</sup>

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a opção adotada em nosso ordenamento é a mais adequada, vez que “a legitimação mista responde ao anseio do mais amplo acesso à justiça e ao princípio da universalidade da jurisdição”.<sup>143</sup> A justificativa para a adoção, em outros sistemas, de legitimação exclusivamente privada seria o receio de abusos. Estes, contudo, são evitáveis graças à existência de instrumentos tais como o controle de órgãos públicos e os encargos para a litigância de má-fé.<sup>144</sup>

Retomando-se os conceitos de legitimação propostos por Barbosa Moreira, tem-se que, no processo civil, como regra geral, “a situação legitimante é definida pela própria situação jurídica que se submete ao órgão judicial como objeto do

<sup>136</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 177.

<sup>137</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 234.

<sup>138</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 311-312.

<sup>139</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 176-177.

<sup>140</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Op. Cit. p, 281.

<sup>141</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Idem, p. 281-282.

<sup>142</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana**. Revista de Processo, vol. 130, 2005, p. 131.

<sup>143</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Op. Cit., p. 281-282.

<sup>144</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Idem, *ibidem*.

Juízo”.<sup>145</sup> É o que se depreende do art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni aduz que, enquanto a legitimação trata de indicar as justas partes, ou seja, as partes legítimas da ação, é legitimado ativo o titular do direito material, exceto em hipóteses excepcionais.<sup>146</sup>

Tem-se, portanto, que, em regra, a legitimação é ordinária, ou seja, “a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo”.<sup>147</sup> O problema teórico surge, no entanto, quando se trata de tutela coletiva, tanto para pretensões supraindividuais como para pretensões individuais homogêneas. De acordo com Mancuso, em se tratando de direitos difusos, a relação de titularidade entre autor e pretensão não é suficiente para se determinar a parte legitimada, ante a indeterminabilidade dos sujeitos e a fluidez do objeto.<sup>148</sup> Semelhante ocorre com os direitos coletivos - com o distintivo de que, para esses, ao menos, há um “representante natural”, que é a própria entidade organizada, portadora desses direitos<sup>149</sup> - e com os direitos individuais homogêneos.

Diante dessa situação, tem-se por evidente que a legitimação, no âmbito do processo coletivo, assume algumas particularidades em relação à legitimação no processo individual. Nesse sentido, Marinoni e Arenhart destacam:

A ideia de legitimidade para a causa não tem nada a ver com a titularidade do direito material, até porque não se pode dizer, por exemplo, que alguém é titular do direito à higidez do meio ambiente (direito difuso cuja titularidade é indeterminada). Na verdade, nesses casos, a legitimidade para a causa não é concebida nos moldes do processo individual, mas sim para adequar-se ao chamado processo coletivo.<sup>150</sup>

No que diz respeito à natureza da legitimidade para a tutela de direitos individuais homogêneos, a corrente majoritária posiciona-se no sentido de que se trata de uma legitimação extraordinária, ou substituição processual. Assim se

<sup>145</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista dos Tribunais, vol. 404, ano 58, 1969, p. 10.

<sup>146</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 179.

<sup>147</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>148</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 177.

<sup>149</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, p. 184.

<sup>150</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 69.

posicionam, por exemplo, Ricardo de Barros Leonel<sup>151</sup>, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>152</sup>, Cândido Rangel Dinamarco<sup>153</sup>, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.<sup>154</sup>, dentre outros.<sup>155</sup>

A legitimação extraordinária, para Barbosa Moreira, caracteriza-se precisamente pela ausência de coincidência entre a situação legitimante e a situação deduzida em juízo.<sup>156</sup> Assim, segundo Didier Jr., “legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito”.<sup>157</sup> Na legitimação extraordinária, “confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo”.<sup>158</sup>

A razão para se considerar que a natureza da legitimação para a defesa de direitos individuais homogêneos seria extraordinária reside na própria definição dessa categoria de direitos. Por serem direitos individuais – e, portanto, perfeitamente atribuíveis aos seus titulares e por eles individualmente defensáveis -, os legitimados da LACP e do CDC o defenderiam em verdadeira substituição dos titulares, ou seja, defendendo, em nome próprio, direito alheio.<sup>159</sup>

A questão ganha contornos ainda mais problemáticos ao se tratar de direitos difusos e coletivos, vez que, por serem esses interesses transindividuais e de natureza indivisível, os legitimados a defendê-los em juízo postulam, ao mesmo tempo, direito que tanto lhes é próprio como também lhes é alheio e indivisível.<sup>160</sup> Direito que lhes é próprio porque está necessariamente relacionado aos seus interesses institucionais.<sup>161</sup> Direito que lhes é alheio porque, evidentemente, a titularidade pertence à coletividade.

<sup>151</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 158-159.

<sup>152</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil anotado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1414.

<sup>153</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 219.

<sup>154</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 204.

<sup>155</sup> Pedro Lenza cita, ainda, como adeptos dessa corrente: Ada Pellegrini Grinover, Flávio Luiz Yarshell, Teori Albino Zavascki, José Marcelo Menezes Vigliar, Pedro da Silva Dinamarco e Ephraim de Campos Júnior. LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 186-187.

<sup>156</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista dos Tribunais, vol. 404, ano 58, 1969, p. 10.

<sup>157</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 187.

<sup>158</sup> DIDIER JR., Fredie. Idem, ibidem.

<sup>159</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Op. Cit., p. 158-159.

<sup>160</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Idem, p. 157.

<sup>161</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 191.

Ante a complexidade do tema, há, como é de se imaginar, variadas correntes. Pedro Lenza<sup>162</sup> e Diogo Campos Medina Maia<sup>163</sup> sustentam que toda legitimação para tutela coletiva é extraordinária, vez que sempre haverá substituição da coletividade. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem que a dicotomia clássica entre legitimação ordinária e legitimação extraordinária não é aplicável ao processo coletivo.<sup>164</sup> Elton Venturi aduz que a legitimação teria “natureza especial, nem ordinária, nem extraordinária”<sup>165</sup>, de modo que, segundo o autor, a legitimação deveria ser avaliada sob a perspectiva da efetividade da tutela jurisdicional.<sup>166</sup> Luiz Manoel Gomes Júnior também sustenta a inaplicabilidade dos conceitos de legitimação do processo individual, mas menciona a existência de uma “legitimação processual coletiva”.<sup>167</sup> Antonio Gidi<sup>168</sup> e Gregório Assagra de Almeida<sup>169</sup> defendem a existência de uma legitimação autônoma, tanto para direitos metaindividuais quanto para direitos individuais homogêneos: para esses, segundo os autores, seria inviável a caracterização como legitimação extraordinária tendo em vista que as vítimas do dano, a despeito de eventual improcedência da ação coletiva, podem pleitear seus direitos em ação individual – o que não é possível na legitimação extraordinária, vez que o titular do direito é necessariamente atingido pela coisa julgada material.<sup>170</sup> Ricardo de Barros Leonel admite a legitimação autônoma em se tratando de direitos metaindividuais, mas sustenta que, para direitos individuais homogêneos, a legitimação permanece sendo extraordinária.<sup>171</sup> Para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>172</sup>, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti

<sup>162</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 193.

<sup>163</sup> MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 49.

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 311.

<sup>165</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 177.

<sup>166</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, *ibidem*.

<sup>167</sup> GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 84-85.

<sup>168</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44.

<sup>169</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 499-500.

<sup>170</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Idem*, *ibidem*.

<sup>171</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 158-159.

<sup>172</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 27-30.

Júnior<sup>173</sup>, a legitimação é sempre extraordinária, seja para direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ada Pellegrini Grinover anota que, para direitos individuais homogêneos, a legitimação é extraordinária.<sup>174</sup> Por fim, há, ainda, a posição de Acelino Rodrigues Carvalho, que propõe um novo paradigma: sustenta que a legitimação em tutela coletiva dá-se por substituição processual, mas que, não obstante, deve ser chamada de legitimação ordinária, vez que, em matéria de processo coletivo, este seria o modelo padrão de legitimidade.<sup>175</sup>

Outra particularidade relevante da legitimidade ativa em tutela coletiva – esta menos controversa – é o fato de ela ser concorrente: a lei estabelece, conforme exposto, um rol de múltiplas entidades legitimadas. Todos os legitimados podem ajuizar a ação coletiva – conjunta ou separadamente – e, portanto, “concorrem com a mesma legitimidade ativa”.<sup>176</sup>

Além disso, a legitimidade ativa tem natureza disjuntiva, porque, quando do ajuizamento de uma ação por um dos legitimados, não há necessidade da presença de outro(s) legitimado(s) ativo(s).<sup>177</sup> Assim, “a atuação de um legitimado independe do concurso de outro”.<sup>178</sup>

Exatamente em virtude da natureza concorrente e disjuntiva da legitimação ativa, alguns fenômenos tornam-se possíveis em ações coletivas: se uma associação legitimada ajuíza a ação e, posteriormente, desiste dela ou a abandona, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa, nos termos do § 1º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Por certo, observando-se o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1º), poderá também o *Parquet* optar por não assumi-la.

Ademais, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu<sup>179</sup> que deve ser conferida ao Ministério Público a possibilidade de assumir a titularidade da demanda também em caso de vício de representação da associação autora. A

<sup>173</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 208.

<sup>174</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 869.

<sup>175</sup> CARVALHO, Acelino Rodrigues. **A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática**. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59-60.

<sup>176</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 501.

<sup>177</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Idem*, *Ibidem*.

<sup>178</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 160.

<sup>179</sup> BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.372.593-SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2013.

decisão é importante, vez que, ao evitar que se proceda diretamente à extinção dessas demandas – como interpretação literal do art. 13 do Código de Processo Civil poderia vir a ensejar – atenta para as relevantes finalidades exercidas pela tutela coletiva.

#### 4.2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA COLETIVA

O microsistema brasileiro de tutela coletiva, como *supra* exposto, adota uma legitimação mista para a tutela coletiva<sup>180</sup>, permitindo que entes tanto públicos quanto privados ajuízem ações pretendendo a defesa de direitos metaindividuais e individuais homogêneos.

A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas é encarada com reservas por considerável parte da doutrina estrangeira.<sup>181</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso aponta para três motivos, sobre os quais as principais críticas gravitam: o primeiro deles seria a vocação tradicional do *Parquet* de atuação na persecução penal, que influenciaria negativamente seu desempenho em ações que tenham por base ilícitos cíveis; o segundo motivo seria suposta falta de liberdade e de independência do *Parquet* em virtude de sua ligação estrutural e funcional à Administração Pública; o terceiro seria a carência de instrumental técnico e de infraestrutura adequados.<sup>182</sup> No mesmo sentido, Gregório Assagra de Almeida aponta para argumentos como a falta de independência e a falta de especialização da instituição.<sup>183</sup> Ricardo de Barros Leonel acrescenta, ainda, uma “inadequação psicológica de seus membros para o exercício das novas funções”.<sup>184</sup>

Referidas críticas, no entanto, não se aplicam ao Ministério Público brasileiro.<sup>185</sup> É que “a opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público, quase o erigindo a um *quarto*

<sup>180</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 177.

<sup>181</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 110.

<sup>182</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, *ibidem*.

<sup>183</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 501.

<sup>184</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 180.

<sup>185</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 111.

poder”.<sup>186</sup> Assim, por força constitucional, nosso *Parquet* é instituição dotada de alto grau de independência, administrativa e financeira, em relação aos Três Poderes.<sup>187</sup>

A outorga de legitimidade ativa ao Ministério Público foi, no Brasil, a solução técnica encontrada “para assegurar a reparação da ordem quando ferido o interesse público primário (...) superando a condicionalidade da sanção”.<sup>188</sup>

A natureza institucional do *Parquet*, com sua vocação democrática, o deslocou da sociedade política para a sociedade civil, consoante anota Gregório Assagra. A instituição, no Brasil, é – ou, ao menos, tem a pretensão de ser – legítima e autêntica defensora da sociedade, da democracia e das instituições democráticas, constitucionalmente dotada de autogestão administrativa e funcional.<sup>189</sup>

Verifica-se, portanto, no *Parquet* brasileiro, um perfil absolutamente distinto daquele dos Ministérios Públicos europeus<sup>190</sup>: seus membros estão acostumados à atuação cível e gozam de garantias e de instrumentos adequados<sup>191</sup> ao bom desempenho de suas funções no âmbito da tutela coletiva.

Tudo isso não significa, no entanto, que a instituição seja imune a críticas. Como bem coloca Sérgio Cruz Arenhart, algumas questões de ordem estrutural ainda impedem um melhor desempenho do *Parquet* nessa área. Segundo o autor, a estrutura organizacional interna é por demais semelhante à do Poder Judiciário: os membros que ajuízam a causa não a acompanham nas instâncias recursais, nem sempre trabalham nas áreas em que são especializados e atuam isoladamente uns dos outros. O autor critica, ainda, a passividade de alguns Promotores de Justiça e Procuradores da República diante das causas e conclui que o Ministério Público

---

<sup>186</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 66.

<sup>187</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 177-178.

<sup>188</sup> PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 141.

<sup>189</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 509.

<sup>190</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 180

<sup>191</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 68.

deveria procurar espelhar-se mais em escritórios de advocacia – assumindo, efetivamente, a posição de “advogado da sociedade”.<sup>192</sup>

De qualquer modo, fato é que, dentre os legitimados à tutela coletiva, o Ministério Público é – de longe – o mais atuante. Apenas a título de exemplo, dados estatísticos colhidos por Pedro Lenza indicam que, no ano de 2001, no Estado de São Paulo, das 7.979 ações civis públicas em trâmite, 7.409 haviam sido propostas pelo *Parquet*, o que representa um percentual de 92,85%.<sup>193</sup> Ainda que inexistisse referida estatística, a prática forense facilmente demonstra que a quantidade de ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público é vultuosamente superior à quantidade de ações propostas pelo demais colegitimados.

O objetivo do legislador, por certo, não era esse. Consoante destaca Pedro Lenza, montou-se verdadeiro arsenal jurídico com o escopo de promover-se a organização da sociedade civil – com instrumentos que vão desde os preceitos constitucionais de liberdade de associação ao incentivo a sua criação e desenvolvimento previstos no art. 4º, II, b, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>194</sup> Por terem maior capacidade de representar os interesses da sociedade, as associações, na visão de Sérgio Arenhart, são os principais legitimados.<sup>195</sup>

O projeto, no entanto, fracassou, em virtude, principalmente, da histórica desmobilização da sociedade civil no país. Nesse sentido, anota Arenhart:

O grande problema, porém, da atuação dessas entidades é o fato de que elas não estão suficientemente organizadas para o exercício dessa atividade. Há poucas entidades destinadas a esse fim, e muitas das que existem não estão adequadamente aparelhadas para a atuação jurisdicional. Prestam-se, no mais das vezes, para levar o problema existente ao conhecimento do Ministério Público ou de algum outro legitimado, mas não têm capacidade para, sozinhas, exercer a tutela judicial dos direitos de massa.<sup>196</sup>

Há, evidentemente, outros motivos para a concentração do ajuizamento das ações coletivas no Ministério Público. Pedro Lenza cita diversas razões de ordens

<sup>192</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **O Ministério Público e a tutela coletiva: o advogado que queria ser juiz**. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v.3, p. 55-56, jan./mar., 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/726> Acesso em: 23/08/2013.

<sup>193</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 196.

<sup>194</sup> LENZA, Pedro. *Idem*, p. 195.

<sup>195</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 62.

<sup>196</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 64.

histórica, político-histórica, sociológica, econômica, institucional e legislativa.<sup>197</sup> O presente trabalho não tem, no entanto, a pretensão de adentrar detalhadamente o assunto.

Enfim, diante da inegável predominância do *Parquet* no processo coletivo e tendo em vista as funções essenciais assumidas por essa categoria de processo no Brasil – em especial no tocante aos direitos individuais homogêneos –, importa averiguar os principais óbices comumente impostos à legitimação para a defesa desses direitos em juízo.

#### 4.3 CRITÉRIOS DE LIMITAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A categoria dos direitos individuais homogêneos, como exposto em capítulo anterior, não está expressamente inserida na Constituição da República, vez que foi prevista pela primeira vez somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor, lei posterior à Carta Maior.

Para a análise a que se pretende proceder neste momento, necessário ter em vista três dispositivos constitucionais. O primeiro deles é o art. 127 da Constituição, que determina ser o Ministério Público “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”. Os outros dois são os incisos III – segundo o qual é função institucional do Ministério Público “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” - e IX – que permite ao *Parquet* “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade” - do art. 129.

Os dispositivos constitucionais mencionados, somados à vagueza do conceito de direitos individuais homogêneos no âmbito do CDC, acabaram por suscitar diversas dúvidas interpretativas relativas à legitimação, em especial do *Parquet*, para sua defesa em juízo.

---

<sup>197</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 197.

Em um estágio inicial, conforme anota Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, parte da doutrina “entendeu por bem afastar de modo peremptório a atuação do Ministério Público em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos”<sup>198</sup>, sustentando inconstitucionalidade da previsão do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse preciso sentido é o entendimento de Pedro da Silva Dinamarco.<sup>199</sup> Segundo o autor, todas as leis que conferem legitimidade ao *Parquet* para a defesa coletiva desses direitos são inconstitucionais: considerando que o art. 127 da Constituição faz menção a direitos individuais somente indisponíveis, apenas para esses estaria o Ministério Público legitimado. Nesse caso, em se tratando de direitos individuais indisponíveis, não haveria sequer necessidade de que eles fossem homogêneos, pois tem o *Parquet* legitimidade para defender até mesmo uma única pessoa, por representação, como, por exemplo, no caso de criança que não consegue se matricular em escola.<sup>200</sup>

Sustenta o autor, em relação ao teor do art. 129 da Carta, que a defesa de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público seria incompatível com suas funções institucionais, *verbis*:

Fundamento utilizado para aceitar a legitimidade abstrata concedida pelo legislador infraconstitucional consiste na invocação do art. 129, inc. IX, da Constituição, que atribui outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade. Ocorre que não existe qualquer compatibilidade de funções. Não é para a defesa dessa espécie de direitos que o *Parquet* existe. Aceitar a legitimidade significaria aceitar sempre a defesa de qualquer interesse por ele, sem qualquer tipo de limitação.<sup>201</sup>

Por esse mesmo caminho de entendimento enveredou parte da jurisprudência, durante certo tempo. Vejam-se exemplos:

Nos termos do art. 129, inc. III, da Constituição Federal, o Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos, que são os “interesses sociais” insculpidos no *caput* do art. 127. Não são direitos de índole diversa, e, muito menos, direitos patrimoniais disponíveis, como se verifica na espécie. Conceber a esfera legitimante do *Parquet* diversamente levaria à aniquilação de direitos privados (...). (PORTO ALEGRE, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. Civ. Nº 92.13468-8, Rel. Des. Araken de Assis)

<sup>198</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 247.

<sup>199</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 212.

<sup>200</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. Idem, p. 213-214.

<sup>201</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. Idem, p. 214-215.

1. A ação civil pública, pela sua própria natureza, não se presta a proteger direitos individuais disponíveis. 2. Direitos individuais afetados a determinados estamentos sociais não estão elencados como alcançados pelos efeitos da ação civil pública. 3. A homenagem que o Ministério Público sempre presta à Carta Magna não lhe autoriza a exceder as suas atribuições no tocante ao seu direito de provocar, como sujeito ativo ou substituto processual, a atividade jurisdicional. 4. É parte ilegítima o Ministério Público para a propositura de ação civil pública quando não se visa proteger interesses difusos ou coletivos. Com estes não devem ser confundidos os que, tipicamente, possuem características individuais de um grupo de determinado setor social. 5. Apelação improvida. Sentença mantida. (RECIFE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Ap. Civ. Nº 05076860-5, 1995)

Com o máximo respeito aos autores e magistrados citados, entendemos que a exegese dos dispositivos constitucionais pela total negação da tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público é equivocada. O tolhimento da atuação do *Parquet*, nesse âmbito, como bem pontua Mazzilli, é decorrente de leitura apressada do dispositivo constitucional.<sup>202</sup>

A crítica, como exposto, reside na concepção segundo a qual a defesa de interesses individuais homogêneos pelo *Parquet* caracterizaria um suposto desvirtuamento de suas missões institucionais.<sup>203</sup> Não é, todavia, o que ocorre. Como exposto, o art. 129, IX, da Constituição autoriza que o *Parquet* exerça outras funções, que não as expressamente listadas nos demais incisos, desde que sejam compatíveis com sua finalidade. Considerando que, em sua lista de finalidades do art. 127, há expressa menção à defesa do interesse social, e que o próprio Código de Defesa do Consumidor, por força de seu art. 1º, estabelece que suas normas são de ordem pública e de interesse social, está a atuação do Ministério Público para defesa desses direitos em plena consonância com suas finalidades. A possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos pelo *Parquet* não apenas é respaldada pela Constituição, como também caracteriza sua função institucional.<sup>204</sup>

Assim, há de se concluir que a lista constitucional de funções do Ministério Público é revestida de caráter meramente exemplificativo, o que não representa

<sup>202</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

<sup>203</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 181.

<sup>204</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 494-495.

óbice algum à criação de novas funções institucionais pelo legislador infraconstitucional.<sup>205</sup>

É de se ressaltar que, ainda que inexistisse o texto do art. 1º do CDC, em nada se afetaria a legitimidade do Ministério Público para a defesa desses direitos. É que, considerando as importantíssimas funções exercidas pela tutela coletiva de direitos individuais – de promoção do acesso à justiça, de economia processual e de efetivação do princípio da isonomia, dentre outras, já listadas em capítulo anterior –, a própria tutela, por si só, é suficiente a caracterizar adequação aos fins institucionais.<sup>206</sup> Deste modo, “por todos os ângulos pelos quais se possa analisar a iniciativa de tutela coletiva individual homogênea pelo Ministério Público, nenhum óbice poderia ser lícita ou legitimamente oposto à sua plena atuação”.<sup>207</sup>

Tendo isso em vista, por serem os direitos individuais homogêneos perfeitamente caracterizáveis como “interesses sociais” – e, conseqüentemente, por se enquadrarem no *caput* do art. 127 da Constituição da República –, o argumento utilizado pelo Des. Araken de Assis, na decisão supracitada, de que “conceber a esfera legitimante do *Parquet* diversamente levaria à aniquilação de direitos privados”, afigura-se plenamente equivocado.

A tutela coletiva de direitos individuais não leva à aniquilação de direitos privados e, sob qualquer perspectiva, nem poderia levar. É que, nos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, a sentença condenatória em ação visando à tutela de direitos individuais homogêneos é genérica, de modo que a liquidação e a execução são individuais, a serem requeridas pelas vítimas do dano.<sup>208</sup> Nesse sentido, não se cerceia a possibilidade de que o interessado prefira a tutela individual: o sistema brasileiro adota as características do *opt in* – segundo o qual “o particular só é atingido pelos efeitos da sentença se assim expressamente

<sup>205</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 190.

<sup>206</sup> Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida menciona a existência de um “princípio da presunção constitucional da legitimidade pela afirmação de direito”, segundo o qual basta que o Ministério Público afirme um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo para que se presuma sua legitimidade. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 515-516.

<sup>207</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 185.

<sup>208</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 884-886.

pretender”<sup>209</sup> – e da coisa julgada *secundum eventum litis* – segundo a qual os efeitos somente de sentença favorável atingem os particulares.<sup>210</sup>

Além disso, como pontua Sérgio Arenhart, em pertinente crítica aos sistemas de *opt in* e de coisa julgada *secundum eventum litis*<sup>211</sup>, o direito de ação não é individual e intransferível:

Na realidade, o direito de ação não é, ao contrário do que se possa supor, individual e intransferível. O texto constitucional em nenhum momento garante ao indivíduo o direito de, pessoalmente, pleitear a tutela de seus interesses. Garante, apenas, a tutela desses interesses, sem fazer referência ao modo ou à forma dessa proteção. Não há, portanto, garantia constitucional de que o cidadão possa apresentar-se pessoalmente para a tutela dos seus direitos. Nenhuma inconstitucionalidade haveria, portanto, para eventual previsão que estabelecesse que esta tutela se dá por meio de legitimação extraordinária, por via de tutela coletiva, salvo específica justificação que autorize o indivíduo a solicitar a sua exclusão do grupo.<sup>212</sup>

Consequência necessária disso é o entendimento de que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, pelo Ministério Público ou por qualquer outro colegitimado, não representa qualquer ameaça ao direito de ação ou a qualquer outro direito individual dos interessados. Não representa, também, de forma alguma, desvio das funções institucionais do *Parquet*, ante o extremamente relevante papel exercido pela tutela coletiva desses direitos para a sociedade.

Enfim, sob qualquer prisma pelo qual se observe, a defesa desses direitos pelo *Parquet* está de pleno acordo com os dispositivos constitucionais.

O reacionarismo que inicialmente tomou conta de parte da doutrina e da jurisprudência está, em parte, superado: ambos evoluíram<sup>213</sup>, de modo que a interpretação totalmente restritiva à legitimidade do Ministério Público, praticamente inexistente na atualidade. Diz-se, contudo, apenas *em parte* superado porque, embora se admita que pode o *Parquet* defender direitos individuais homogêneos, corrente

<sup>209</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 49.

<sup>210</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, *Ibidem*.

<sup>211</sup> Segundo o autor, que defende a aplicação do regime *opt out*, “o regime do *opt in*, embora privilegie a autonomia privada e, portanto, salvasse os interesses individuais de escolher o momento e a forma da tutela de seus direitos, apresenta um grave efeito colateral. Por não tornar o efeito da decisão coletiva impositivo sobre todos (no caso de procedência ou improcedência do pedido) favorece a multiplicação de demandas com a mesma finalidade e admitindo (ao menos potencialmente) decisões conflitantes sobre a mesma matéria (em ofensa ao princípio da igualdade)”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 50.

<sup>212</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 51.

<sup>213</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 247.

majoritária ainda condiciona essa defesa ao cumprimento de uma série de critérios ou requisitos. Como bem pontua Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, há, ainda, muitos preconceitos envolvendo esses direitos:

Os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à Justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.<sup>214</sup>

Os principais critérios suscitados pela doutrina e pela jurisprudência para limitação da legitimação do Ministério Público na defesa de direitos individuais homogêneos são, atualmente, a suposta necessidade de indisponibilidade do direito a ser tutelado e a suposta necessidade de relevância social. Ambos serão analisados a seguir.

#### 4.3.1 A questão da indisponibilidade

A limitação relativa à indisponibilidade do direito a ser tutelado pela via coletiva não foi ainda superada por parte – minoritária, ressalte-se – da doutrina e da jurisprudência. Segundo essa concepção, somente teria o Ministério Público legitimidade ativa para defender em juízo direitos individuais homogêneos quando estes forem considerados indisponíveis. O entendimento baseia-se, fundamentalmente, no disposto no *caput* do art. 127 da Constituição Federal, segundo o qual seria função do Ministério Público a defesa “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Não é tarefa árdua encontrar decisões judiciais que utilizam esse fundamento para limitar a legitimação do *Parquet*. Vejam-se exemplos:

---

<sup>214</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 220-221.

O Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação civil pública a fim de defender interesses individuais homogêneos disponíveis – identificáveis e divisíveis – os quais devem ser defendidos por seus titulares. (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no REsp nº 495915/MG, Rel. Min. Denise Arruda, 2005)

Falta ao Ministério Público legitimidade para pleitear em juízo o recebimento para particulares contratantes de DPVAT – chamado de seguro obrigatório – de complementação de indenização na hipótese de ocorrência de sinistros, visto que se trata de direitos individuais identificáveis e disponíveis, cuja defesa é própria a advocacia. (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 858056/GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2008).

O Ministério Público Federal não tem legitimidade para propor ação civil pública quando as questões debatidas encontram-se na esfera de disponibilidade, derivada de seu caráter patrimonial (PORTO ALEGRE, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ap. Nº 2003.71.00.046888-0, Rel. Des. Álvaro Eduardo Junqueira, 2004)

Nesse teor, em sentido semelhante, Rodolfo de Camargo Mancuso defende que, para que seja aceita a legitimidade do Ministério Público, o direito individual homogêneo “há de vir qualificado pela indisponibilidade, vale dizer, da prevalência do caráter de ordem pública em face do bem da vida direto e imediato perseguido pelo interessado”.<sup>215</sup> Já Hugo Nigro Mazzilli sustenta que somente há “absoluta compatibilidade” da atuação do Ministério Público quando se tratarem de direitos individuais indisponíveis; quando disponíveis, teriam necessariamente de ser marcados pela relevância social<sup>216</sup> - critério que será abordado na seção seguinte. Nas palavras do autor:

Com a norma do *caput* do art. 127, a lei Maior quer que o Ministério Público defenda os interesses sociais todos, e os individuais só quando indisponíveis; assim, quando interesses individuais homogêneos, ainda que não indisponíveis, tiverem suficiente abrangência ou relevância, sua defesa coletiva assumirá inegável caráter social, inserindo-se, pois, nas atribuições constitucionais do Ministério Público.<sup>217</sup>

<sup>215</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 120.

<sup>216</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 108

<sup>217</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A atuação do Ministério Público nas ações coletivas – o Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos**. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 278.

Na mesma corrente, Kazuo Watanabe anota que “em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *parquet*”<sup>218</sup>, ressaltando também, porém, a questão da relevância social. Enfim, pretendem sustentar referidos autores que, em regra, o critério a ser adotado seria o da indisponibilidade, admitindo-se, excepcionalmente, o critério da relevância do direito.

Por qualquer perspectiva que se observe, o entendimento pela necessidade de indisponibilidade do direito ou interesse individual homogêneo tutelado revela-se, de todo, inadequado. Parece decorrer, principalmente, de uma interpretação equivocada do texto constitucional, vez que, no *caput* do art. 127, leva em consideração somente a expressão “individuais indisponíveis”, deixando de lado as expressões “ordem jurídica”, “regime democrático” e “interesse social”.

Cabe aqui suscitar novamente as funções exercidas pelo processo coletivo, em especial no tocante aos direitos individuais homogêneos, de promoção do acesso à justiça<sup>219</sup>– e, conseqüentemente, de superação de todas as suas implicações, especialmente no tocante aos danos “de pequena monta”<sup>220</sup>, que jamais chegariam ao Judiciário por outros meios –, de racionalização da prestação jurisdicional e de impedimento de decisões conflitantes.<sup>221</sup> Mencionem-se, ainda, as funções de resposta aos anseios de prestação de justiça social, de pacificação social, de afirmação da cidadania<sup>222</sup>, de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito e de transformação da realidade social.<sup>223</sup>

Tendo tudo isso em vista, é evidente que a tutela de direitos individuais homogêneos enquadra-se, inteiramente, nas incumbências constitucionais do Ministério Público de defesa da “ordem jurídica”, do “regime democrático” e do “interesse social”. Nesse preciso sentido, anota, acertadamente, Gregório Assagra de Almeida:

---

<sup>218</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 818.

<sup>219</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 33-36.

<sup>220</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 124.

<sup>221</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 125-126.

<sup>222</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 100-111.

<sup>223</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144.

Ora, se a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos é de interesse social, pois possibilitará a resolução de várias lides individuais em uma única demanda; além disso, evitará o surgimento de decisões conflitantes. Ainda mais, o produto da indenização poderá também ir para o fundo criado pela LACP (art. 13) conforme prevê o parágrafo único do art. 100 do CDC. Portanto, não há que se questionar se os direitos individuais homogêneos são disponíveis ou indisponíveis. Trata-se de interesse social a tutela coletiva desses direitos; para tanto, está legitimado o Ministério Público por disposição expressa da Constituição Federal (art. 127, *caput*).<sup>224</sup>

A limitação da atuação do Ministério Público é, nessa esteira, não apenas flagrantemente inconstitucional, mas verdadeira postura socialmente perversa<sup>225</sup>, vez que nega o acesso à Justiça e, conseqüentemente, a efetivação do Estado Democrático de Direito<sup>226</sup>. Ademais, não há qualquer razão legal que autorize esse entendimento, que é nada mais que verdadeira deturpação sobre a extensão da legitimidade dada ao Ministério Público.<sup>227</sup>

#### 4.3.2 A questão da relevância social

O critério da relevância social do interesse a ser tutelado é, sem dúvida, o pensamento dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Essa concepção – baseada, também, no *caput* do art. 127 da Constituição – admite a defesa de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, mesmo que disponíveis, porém, desde que marcados, de alguma forma, por relevância social.

Essa linha teórica é seguida por Ricardo de Barros Leonel, que aduz que a defesa desses direitos pelo *Parquet* “só se justifica quando [os direitos] adquirem conotação que permite qualificá-los como interesses sociais”<sup>228</sup>, de modo que, em caso contrário, a atuação seria desconforme com a vocação constitucional do Ministério Público.<sup>229</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes anota que “a

<sup>224</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 590.

<sup>225</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Idem*, p. 516.

<sup>226</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Idem*, *ibidem*.

<sup>227</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 132.

<sup>228</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 162.

<sup>229</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Idem*, *ibidem*.

jurisprudência aparentemente chancelou a distinção baseada na relevância social”<sup>230</sup> Teori Albino Zavascki sustenta que interesses individuais homogêneos nem sempre são interesses sociais e que, somente quando possam ser qualificados como “de interesse comunitário”, poderia o Ministério Público defendê-los.<sup>231</sup> João Batista de Almeida aduz que “atualmente admite a jurisprudência dos tribunais do país o uso da ação civil pública pelo Ministério Público para tutela de direitos individuais homogêneos, desde que haja interesse público e relevância social”.<sup>232</sup> Kazuo Watanabe defende que “somente a relevância social do bem jurídico tutelado ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público”.<sup>233</sup> Hugo Nigro Mazzilli faz menção à Súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, segundo a qual faz-se necessário que o direito tenha expressão para a coletividade<sup>234</sup>, e anota que “cabe ao Ministério Público defender os interesses individuais homogêneos desde que isto convenha de alguma forma à coletividade como um todo”.<sup>235</sup> Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o ajuizamento da demanda deve ter finalidade afeta à instituição<sup>236</sup>

O posicionamento jurisprudencial também é, majoritariamente, nesse sentido. Vejam-se exemplos:

O Parquet somente tem legitimidade para promover ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis em casos restritos, quando houver interesse público relevante (...). (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 683705/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, 2005)

<sup>230</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 248.

<sup>231</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2006, p. 242.

<sup>232</sup> ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 38.

<sup>233</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 818.

<sup>234</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A atuação do Ministério Público nas ações coletivas – o Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos**. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 264.

<sup>235</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 229.

<sup>236</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 346.

O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos de relevante caráter social, ainda que o objeto da demanda seja referente a direitos disponíveis. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, AgR em RE nº 401482/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2013)

O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social (...). (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, AgR em RE nº 472489, Rel. Min. Celso de Mello, 2008)

Percebe-se que o condicionamento da legitimidade ativa do Ministério Público à existência de relevância social – ou de qualquer figura assemelhada –, embora mais razoável que o condicionamento à indisponibilidade, fundamenta-se em interpretação também equivocada do art. 127 da Constituição da República. É que referido condicionamento procura a relevância ou interesse social – mencionada no texto constitucional - no direito material a ser tutelado, quando, na verdade, o interesse social é inerente à própria tutela do direito pela via coletiva<sup>237</sup>, haja vista todas as funções exercidas pelo processo coletivo, exaustivamente mencionadas neste trabalho. Olvidam-se, portanto, de que o próprio conceito de direito individual homogêneo é puramente processual, não guardando qualquer relação como o direito material – diferentemente do que ocorre aos direitos difusos e coletivos.<sup>238</sup>

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida acerta ao pontuar que “a atuação é de interesse social, e sempre que houver a afirmação de direitos individuais homogêneos, o Ministério Público poderá atuar, com o ajuizamento da respectiva ação coletiva”.<sup>239</sup> Em sentido semelhante, Ada Pellegrini Grinover aduz que processos de massa, por envolverem conflitos de massa, têm sempre relevância social.<sup>240</sup>

Jurisprudencialmente, tem-se demonstrado, ainda que de maneira tímida, a assimilação desse entendimento. São nesse teor a Súmula nº 643 do Supremo Tribunal Federal, que afirma a legitimidade do *Parquet* para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares, e

<sup>237</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil anotado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 264.

<sup>238</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 132-134.

<sup>239</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 495.

<sup>240</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública refém do autoritarismo**. Revista de Processo, vol. 96, out., 1999, p. 28.

a seguinte ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Min. Nancy Andrichi:

Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação dessa relevância. (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 635807/CE, Rel. Min. Nancy Andrichi, 2005)

Para os doutrinadores defensores da relevância ou do interesse social como critério limitador da legitimidade do Ministério Público, o segundo argumento utilizado – ao lado da interpretação do art. 127 da Constituição – é a existência de danos que afetam grupo pequeno de pessoas. Didier Jr. e Zaneti Jr. sustentam que “viola o senso crítico a possibilidade do Ministério Público tomar a iniciativa de investigar e propor ação que beneficie titulares de direitos individuais disponíveis que possam se organizar adequadamente e não dependam de sua intervenção”.<sup>241</sup> Para Mazzilli, “nos casos de interesses de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade ou sem suficiente expressão ou abrangência social, não se justificará a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público”.<sup>242</sup>

Em síntese, esses autores pretendem sustentar que o critério da relevância social do interesse é necessário para evitar que ações coletivas sejam ajuizadas pelo Ministério Público em ocasiões em que se afigure viável aos próprios interessados – em virtude de seu reduzido número – a formação de litisconsórcio para pleitear a tutela.

Para esses autores, o que se parece verificar é uma compreensão um tanto equivocada do conceito de direitos individuais homogêneos. Ora, se uma das características para que direitos individuais sejam considerados homogêneos é precisamente a inviabilidade da formação de litisconsórcio – ao lado da presença de ponto comum entre as situações individuais e vantagem do tratamento coletivo da questão<sup>243</sup> –, então, se, no caso concreto, for viável a formação de litisconsórcio, não se estará tratando de direito individual homogêneo. Será direito meramente

<sup>241</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 348.

<sup>242</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A atuação do Ministério Público nas ações coletivas – o Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos**. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 279-280.

<sup>243</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 145-153.

individual e aí residirá a falta de legitimação do *Parquet*, sem que haja qualquer relação com eventual presença ou ausência de relevância social.

Por fim, cabe ressaltar que a aplicação do critério de relevância/interesse social carece de precisão e é de difícil indicação<sup>244</sup>, vez que não há, na legislação, critérios objetivos para tanto. E, em se tratando de um país com longa tradição individualista como o Brasil, deixar tal aferição à subjetividade do juiz é, no mínimo, não recomendável.

#### 4.3.3 A limitação da Medida Provisória nº 2.180-35/2001

Desde a criação do instrumento da ação civil pública, diversas investidas políticas foram contra ela perpetradas. Como anota Ada Pellegrini Grinover, o Poder Executivo, acompanhado por um Legislativo complacente, vem tentando reiteradamente limitar o processo coletivo.<sup>245</sup> Exemplos de investidas dessa natureza são a Medida Provisória nº 1.570-5/1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/1997 – que pretendeu retirar a abrangência nacional da coisa julgada nas ações coletivas, limitando-a ao âmbito da competência territorial da autoridade julgadora<sup>246</sup> - e, principalmente, a Medida Provisória nº 2.180-35/2001. Esta, além de acrescentar dispositivos à malfadada Lei nº 9.494/1997 – limitando a abrangência da sentença e criando novos requisitos para ações coletivas propostas por associações –, acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), com a seguinte redação: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” – mesmo que as pretensões envolvam direitos individuais homogêneos.

Para tratar da limitação trazida pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, importa ressaltar que, conforme exposto, o texto da norma diz respeito ao cabimento

---

<sup>244</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 132.

<sup>245</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública refém do autoritarismo**. Revista de Processo, vol. 96, out., 1999, p. 28.

<sup>246</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 495.

da ação civil pública e não, propriamente, à legitimidade. Deste modo, a norma incide não apenas sobre o Ministério Público, mas também sobre os demais colegitimados. Contudo, embora o texto da lei cerceie o cabimento da ação civil pública de forma genérica, não dizendo respeito propriamente à legitimidade, o assunto merece análise, vez que referida limitação é frequentemente suscitada na jurisprudência como limitação à legitimação. Ou seja, quando ação civil pública que verse sobre uma dessas matérias é ajuizada, na maior parte das vezes, a justificativa utilizada pelos Tribunais para extinção do feito é “falta de legitimidade ativa”. Ademais, o efeito prático – extinção da demanda sem resolução de mérito – é o mesmo.

O STJ possui o entendimento de que o Parquet não possui legitimidade processual para, em Ação Civil Pública, deduzir pretensão relativa a matéria tributária. (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 1102503/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2011)

A limitação imposta ao cabimento de ações civis públicas que versem sobre as matérias mencionadas representa, como destaca Elton Venturi, um “duro golpe na efetividade do sistema de tutela coletiva”<sup>247</sup>, vez que elimina um dos mais eficientes meios de controle da legalidade da atividade estatal. Nesse aspecto, como destaca Gregório Assagra de Almeida, “o Governo Federal legislou em causa própria, para inviabilizar a tutela jurisdicional coletiva de direitos e impedir que sejam atingidos os seus planos econômicos e políticos”.<sup>248</sup>

Ademais, sob todos os aspectos, o dispositivo é flagrantemente inconstitucional. Primeiramente, no aspecto formal, há de se destacar que são requisitos inafastáveis da medida provisória a relevância e a urgência, nos termos do art. 62 da Constituição da República. Como destaca Ricardo de Barros Leonel, nenhum dos requisitos está presente na MP nº 2.180-35/2001: tanto porque a medida trata de matéria processual quanto porque, mesmo após doze anos de sua

---

<sup>247</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82.

<sup>248</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 99.

edição, sequer foi examinada pelo Congresso Nacional<sup>249</sup>, para eventual conversão em lei.<sup>250</sup>

Para além do vício formal, a limitação quanto às matérias veiculadas na ação civil pública, imposta pela MP nº 2.180-35/2001 traz, em si uma série de inconstitucionalidades materiais, como aponta Leonel:

b) violação do princípio da igualdade no aspecto objetivo, ao excluir a apreciação de situações de idêntica importância quanto às demais que podem ser tuteladas, e no aspecto subjetivo, ao tratar diferenciadamente brasileiros que estão em similar situação de lesados; c) violação do direito constitucional de ação (princípio da inafastabilidade da jurisdição) por inviabilizar o conhecimento judicial da lesão ou ameaça a direitos dos contribuintes que, lesados individualmente em pequeno montante econômico, não encontrarão vias reais de acesso a juízo; d) retrocesso, por truncar o caráter exemplificativo da enumeração legal dos interesses metaindividuais tuteláveis em juízo.<sup>251</sup>

Especialmente no tocante à questão previdenciária, José Maria Rosa Tesheiner e Mariângela Guerreiro Milhoranza apontam para outro agravante: segundo os autores, os direitos dos beneficiários da Previdência Social, por estarem inseridos no capítulo II do Título II da Constituição da República – Dos direitos e garantias fundamentais – são indisponíveis, embora patrimoniais.<sup>252</sup> Deste modo, ainda que se observasse o cabimento de ações coletivas sob perspectiva altamente restritiva – que, ressalte-se, entendemos equivocada – ainda assim há de se entender por cabível a tutela de direitos de natureza previdenciária.

Há, ainda, o problema da interpretação dessas limitações. Embora não seja uma questão frequentemente lembrada pela doutrina, os conceitos de “pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” não têm seus limites precisamente fixados. Em vista disso, acaba-se, por vezes, ampliando-se a limitação do cabimento

<sup>249</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 173.

<sup>250</sup> Após o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, medidas provisórias não apreciadas pelo congresso perdem a eficácia no prazo de sessenta dias. Contudo, considerando que a Medida Provisória nº 2.180-35/2001 foi editada pouco antes da Emenda, permanece em vigor até que medida provisória ulterior a revogue explicitamente ou, evidentemente, até deliberação do Congresso Nacional. Por esse motivo, mesmo após doze anos sem deliberação do Congresso, permanece em vigor a MP nº 2.180-35/2001. Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 927.

<sup>251</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Op. Cit., p. 176.

<sup>252</sup> TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direitos indisponíveis e legitimação do Ministério Público para as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos de natureza previdenciária**. Revista de Processo, vol. 172, jun, 2009, p. 9.

da ação coletiva além do âmbito predeterminado pela já inconstitucional Medida Provisória.

Exemplo disso é a ação civil pública nº 0000798-75.2011.404.7000, ajuizada pelo Ministério Público Federal no Paraná, em face da União, da Anatel e de diversas operadoras de telefonia. Em síntese, pretendia o *Parquet* impedir que fossem repassados aos consumidores, nas faturas telefônicas, os custos relativos às contribuições sociais do PIS (Programa de Interação Social) e da COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) – prática comum das prestadoras.

Para referidas contribuições, o sujeito passivo da relação jurídica tributária<sup>253</sup>, nos termos das Leis Complementares nº 7/1970 e nº 70/1991, é a pessoa jurídica de direito privado (e algumas entidades a ela equiparadas). A intenção do legislador, portanto, não foi submeter o consumidor dos serviços à contribuição, vez que a incidência da norma tributária dá-se sobre a empresa. Por isso, tentou o MPF fazer cessar o repasse do ônus ao consumidor dos serviços de telefonia.

Não obstante, a demanda foi extinta sem julgamento de mérito em primeiro grau, em virtude de suposta ilegitimidade ativa do *Parquet*. Em sede de apelação, sustentou o MPF que a demanda tratava de matéria consumerista, e não tributária: de fato, não se estava impugnando a cobrança do tributo ou pleiteando sua restituição, tampouco estava a Fazenda Pública envolvida. O repasse se tratava de relação de consumo. Os argumentos do *Parquet* foram acolhidos e deu-se provimento à apelação. Contudo, no tocante ao mérito, julgou-se improcedente.

No caso narrado, percebe-se, portanto, que o juiz de primeiro grau optou peremptoriamente por afastar a legitimidade do MPF em ação civil pública que sequer tinha natureza tributária: somente versava sobre repasse de tributo, mas era dotada de contornos evidentemente consumeristas. A decisão pela negação da legitimidade – ainda que se considerasse válida a limitação da MP nº 2.180-35/2001 – foi equivocada, fruto da indeterminação do conceito de “pretensões que envolvam tributos”.

---

<sup>253</sup> O sujeito passivo da relação jurídica tributária é definido por Paulo de Barros Carvalho como “a pessoa (...) de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, nos nexos obrigacionais; e insuscetível de avaliação patrimonial, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 367.

Não se sustentam, portanto, sob aspecto algum, as limitações decorrentes da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, até porque tais limitações, necessariamente, implicam em “exclusão da apreciação jurisdicional de milhões de pretensões que, nos exatos termos do art. 81, parágrafo único, III, do CDC, decorrem de origem comum”.<sup>254</sup>

#### 4.3.4 Demais questões

Há, por fim, outros óbices ainda observáveis na jurisprudência – minoritariamente, é verdade – à legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Um deles é a admissão da ação somente quando esta versar sobre relação de consumo, calcada em má interpretação do *caput* do art. 81 do CDC, o qual dispõe que “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”.

Tal interpretação afigura-se evidentemente equivocada, vez que, conforme anotado em capítulo anterior, a integração entre o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública permite, por essa via, a tutela de direitos de qualquer natureza, desde que difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Outro critério observável é no sentido de que somente seria cabível a tutela de direitos individuais homogêneos “quando se referissem à comunidade como um todo, e não apenas quando aludissem a uma parcela desse grupo”.<sup>255</sup> Seria requisito de admissibilidade, portanto, que os direitos tutelados fossem dotados de indivisibilidade.

Também, por certo, esta limitação se demonstra desarrazoada. Como anota Sérgio Cruz Arenhart, esse critério de limitação, assim como todos os outros, não

---

<sup>254</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82.

<sup>255</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 131.

encontra suporte legal algum.<sup>256</sup> Ademais, a característica da divisibilidade é inerente à própria classificação do direito como individual homogêneo<sup>257</sup>, classificação essa que, ressalte-se, está inserida no plano processual, e não material.<sup>258</sup>

Não há, portanto, outra conclusão viável que não pelo descabimento de qualquer limitação à legitimidade – do Parquet ou de qualquer outro legitimado – para a defesa em juízo de direitos individuais homogêneos. Todos os critérios suscitados pela doutrina e pela jurisprudência para limitá-la demonstram-se desarrazoados.

---

<sup>256</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013, p. 132.

<sup>257</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 100.

<sup>258</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 133.

## 5. CONCLUSÕES

1. A atual perspectiva da tutela coletiva é fruto de longa evolução histórica, que se iniciou pela *actio popularis* romana, ressurgiu no direito inglês e desenvolveu-se no direito norteamericano.

2. No Brasil, a legislação em matéria de processo coletivo, a despeito da ausência de codificação, atingiu relevante grau de adiantamento. Seu desenvolvimento iniciou-se pela criação da ação popular e culminou na formação de um microssistema, composto pela integração entre Constituição, Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e demais leis esparsas.

3. O processo coletivo nacional destina-se a proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Enquanto os dois primeiros – denominados metaindividuais – representam categorias de direito material, o último é categoria processual: são direitos individuais que, por variados motivos, merecem tutela pela via coletiva.

4. O conceito de direitos individuais homogêneos previsto no Código de Defesa do Consumidor é vago e impreciso, motivo pelo qual há dificuldades em identificar as hipóteses nas quais direitos individuais podem ser considerados homogêneos – e, portanto, passíveis de tutela coletiva. Os critérios mais adequados para se proceder a tal identificação parecem ser os propostos por Sérgio Cruz Arenhart: inviabilidade da formação de litisconsórcio, afinidade de questões e existência utilidade na utilização da tutela coletiva para as partes e para o Judiciário.

5. A tutela coletiva de direitos assumiu, especialmente no Brasil, diversas finalidades relevantes: principal é, indubitavelmente, a promoção do acesso à justiça. Relativamente aos direitos individuais homogêneos, acrescentam-se ainda as funções de economia judicial e de aplicação do princípio da isonomia.

6. A legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos é um dos principais alvos de investidas contra a tutela coletiva. Tais investidas justificam-se tanto por fatores políticos quanto por despreparo dos operadores do direito para lidar com o processo coletivo, fruto do paradigma individualista que tradicionalmente guiou o processo no Brasil.

7. O ordenamento jurídico Brasileiro legitimou entes públicos e privados para a propositura de ações coletivas – adotando, portanto, solução mista.

8. Não há consenso doutrinário quanto à natureza da legitimação no processo coletivo – se ordinária ou extraordinária. Corrente majoritária posiciona-se no sentido de que, ao menos para direitos individuais homogêneos, a legitimação é extraordinária. Ademais, a legitimação é também concorrente e disjuntiva.

9. Embora encarada com ressalvas no direito estrangeiro, a legitimação do Ministério Público para as ações coletivas demonstrou-se bem-sucedida no Brasil. O *Parquet* é o legitimado mais atuante.

10. O posicionamento doutrinário pela negação total da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos, ante a ausência de previsão constitucional expressa, é decorrente de equívoco interpretativo e já se encontra superado.

11. O posicionamento segundo o qual somente tem o Ministério Público legitimidade para defender direitos individuais homogêneos quando estes forem indisponíveis é também equivocado, vez que a defesa desses direitos, pelos papéis que exerce, enquadra-se nas funções institucionais do *Parquet* de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e do interesse social.

12. Embora mais aceita na doutrina e na jurisprudência, a corrente segundo a qual os direitos individuais homogêneos necessitam de relevância social para serem tutelados também se equivoca, vez que a relevância social é inerente aos próprios direitos individuais homogêneos.

13. A Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que inseriu o Parágrafo único no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, limitando o cabimento de ações civis públicas que versem sobre matéria tributária, previdenciária, relativa ao FGTS ou a outros fundos, é formalmente e materialmente inconstitucional.

14. São desarrazoadas quaisquer limitações à defesa de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia**. Disponível em: <http://www.academia.edu/214089>. Acesso em: 12/09/2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: RT, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **O Ministério Público e a tutela coletiva: o advogado que queria ser juiz**. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v.3, p. 55-56, jan./mar., 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/726> Acesso em: 23/08/2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana**. Revista de Processo, vol. 130, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. **Código modelo de processos coletivos para Ibero-América: exposição de motivos**, 2004. Disponível em: [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf). Acesso em: 24/08/2013.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **Evolução das ações coletivas no Brasil**. Revista de processo, ano 20, vol. 77, 1995.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DIDIER JR., Fredie. (coord.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antonio. **Class actions in Brazil: a model for civil law countries**. The America Journal of Comparative Law, v. 51, p. 311-408, 2003. Disponível em: <http://www.temple.edu/lawschool/iilpp/images/PDFs/GidiGidiClassActions.pdf>. Acesso em: 13/09/2013.

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

GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública refém do autoritarismo**. Revista de Processo, vol. 96, out., 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Vol. 1. 3. ed. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80-82.

MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2002.

MILARÉ, Édis; FERRAZ, Augusto Mello de Camargo; NERY JR. Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista dos Tribunais, vol. 404, ano 58, 1969.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil anotado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

PASTOR, Nikita Malhotra. **Equity and settlement class actions: can there be justice for all in Ortiz v. Fibreboard**. American University Law Review vol. 49, issue 3, article 5, 2000. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1294&context=aulr>. Acesso em: 02/09/2013.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direitos indisponíveis e legitimação do Ministério Público para as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos de natureza previdenciária**. Revista de Processo, vol. 172, jun, 2009.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista de processo, ano 20, vol. 78, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2006.