MARCOS BITTENCOURT FOWLER

A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Curitiba

1997

I

MARCOS BITTENCOURT FOWLER

A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de mestre.

Curitiba

1997

MARCOS BITTENCOURT FOWLER

A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos seguintes professores:

_____

Orientador: Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni

_____

Professor Doutor

_____

Professor Doutor

Curitiba, _____ de _____ de 1997.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. ESTADO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL

2.1. Construção histórica da noção de Estado
- 2.1.1. Grécia
- 2.1.2. Roma
- 2.1.3. Idade Média
- 2.1.4. Formação do Estado moderno
- 2.1.5. Caracterização dos tipos de Estado moderno

2.2. Adequação dos modelos jurídicos aos diferentes tipos de Estado moderno
- 2.2.1. Estado de direito
- 2.2.2. Estado social de direito

2.3. Fases históricas do Direito Processual Civil
- 2.3.1. Fase sincretista
- 2.3.2. Fase técnico-científica
- 2.3.3. Fase instrumental

3. EMERGÊNCIA DA TUTELA JUDICIAL DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS E O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO PARA AGIR

3.1. Reconhecimento da necessidade de tutela
- 3.1.1. Complexificação da sociedade
- 3.1.2. Superação das dicotomias
- 3.1.3. Inadequação das concepções tradicionais

3.2. Elaboração e identificação dos instrumentos processuais adequados
- 3.2.1. Tendências iniciais
- 3.2.2. Esforço legislativo

3.3. Interesses difusos e coletivos: necessidade de conceituação para a determinação do objeto da ação civil pública

3.4. Soluções propostas: vantagens e desvantagens
- 3.4.1. Atribuição a todos os co-titulares
- 3.4.2. Atribuição a alguns dos co-titulares
- 3.4.3. Atribuição a órgãos estatais
- 3.4.4. Soluções intermediárias

4. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

4.1. Estado e Ministério Público
- 4.1.1. Consolidação histórica do Ministério Público
- 4.1.2. O Ministério Público no direito comparado
- 4.1.3. Significado e alcance de sua atuação no processo civil

4.2. Opção pelo Ministério Público como legitimado para a ação civil pública
- 4.2.1. Resposta às críticas
- 4.2.2. Vantagens da opção
- 4.2.3. Legitimação ordinária

4.3. Ampliação do objeto da ação civil pública
- 4.3.1. Direitos e interesses coletivos e difusos
- 4.3.2. Direitos individuais homogêneos

4.4. Possibilidades e limites atuais da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos
- 4.4.1. Atuação dos novos instrumentos
- 4.4.2. Resistência à utilização da ação civil pública
- 4.4.3. Declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública

5. CONCLUSÕES

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Dentre os temas atuais com que se ocupa o Direito Processual Civil, um dos mais debatidos, sem sombra dúvida, tem sido o pertinente à tutela judicial dos interesses difusos e coletivos. Não só pela relativa novidade, mas principalmente pelas profundas repercussões que o seu reconhecimento trouxe a toda a ciência processual, tudo aconselhou uma reflexão mais acurada acerca de vários de seus institutos.

Ganha destaque, então, o problema da legitimação para agir, que logo se tornou o foco da atenção dos estudiosos, tendo em vista a construção legislativa que se anunciava e a conseqüente necessidade de opção por um dos vários caminhos possíveis.

O legislador brasileiro, a partir das perspectivas observáveis nos sistemas jurídicos estrangeiros, assumiu a alternativa mista ao criar a ação civil pública, atribuindo legitimidade para a sua propositura tanto a órgãos públicos, quanto a entidades privadas.

Exatamente aqui nascem problemas de ordem prática. Se, para a concepção liberal de Estado, o direito atua como instrumento de garantia das liberdades civis, num sentido de bloqueio da ação estatal, para a concepção social, o direito muda radicalmente de perfil, passando a operar como meio de promoção social, através do asseguramento de políticas públicas necessárias a concretizar os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Contrapostas as concepções, vai a ação civil pública, instrumento por excelência para a obtenção da tutela judicial dos interesses difusos e coletivos, sofrer o influxo do embate, especialmente no aspecto relativo às suas condições.

Como o Ministério Público, apesar de ser apenas um dos co-legitimados para a sua propositura, assume posição destacada pelo grande número de demandas dessa natureza que ajuiza, contra ele se voltam as forças de reação, surgindo problemas quanto à aceitação de sua legitimidade em vários casos concretos.

Para tentar, então, desvelar esse conflito, que apenas se entremostra em seus reflexos concretos, propô-se a realização do presente trabalho, cujo objetivo é contribuir para a maior clareza da discussão.

Por evidente, não se irá fazer a análise aprofundada de cada uma das posições antagônicas, para lhes revelar os erros e acertos e sugerir alternativas, mas sim apontar a influência que exercem na determinação da legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública.

Sob diverso aspecto, nota-se modernamente a teoria jurídica se tem preocupado em demonstar a falácia da busca de conceitos dotados de validade universal. "Esta tendência para atingir-se a 'essência' dos conceitos jurídicos, como se estes fossem arquétipos platônicos, eternos e universais, o empenho em construir-se a teoria jurídica sob a forma de uma pirâmide de conceitos científicos, a busca de definições jurídicas essencialistas, tudo isso já foi suficientemente profligado como tentativa inútil e vã".[1]

Todavia, ainda prevalece entre os operadores do direito em nosso país as concepções conceitualistas dedutivas, a exigir a prévia criação legislativa, para tornar possível a posterior concretização do instituto.[2]

---

[1] AUGUSTO FILHO, João. Apud. BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Processo**, n.23, p. 36-44, ano 6, jul/set, 1981.

[2] KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem - conceito e pressupostos de validade.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1996, p. 2.

É proveitoso, por conseguinte, para melhor compreensão do conteúdo do presente trabalho, em se tratando de tema não de todo doutrinariamente acomodado, fixar-se o significado de alguns termos de relevância para o desenvolvimento proposto e que possuam acepções diferenciadas conforme a época e o ramo jurídico em que transitem.

Primeiramente, é de se ver que a classificação das ações reporta-se à titularidade do direito de agir, dividindo-se em: privadas, populares e públicas, as quais seriam propostas pelos órgãos estatais ou paraestatais. O Código Civil não vetou as ações populares, mas só as populares civis, ou seja, "aquelas nas quais o particular como se substitui ao Estado, fazendo valer direitos, que a este pertençam".[3]

Inicialmente, as ações populares foram atribuídas ao Ministério Público, na qualidade de órgão de tutela do interesse coletivo, englobando as ações populares civis e as ações civis públicas. Antes da edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, conceituava-se a ação civil pública como "o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional".[4]

Era, portanto, a expressão de um dever imposto ao Ministério Público, em todas as hipóteses em que bens ou interesses de ordem pública estivessem em jogo. Podiam ser referidas, por exemplo, uma série de situações que davam origem à propositura de ações pelos agentes ministeriais: declaração de nulidade de casamento; dissolução de sociedade civis por atividades ilícitas, imorais ou nocivas ao bem público; nulidade o registro de marca de indústria

---

[3] ALMEIDA, Náide Azevedo. Ações populares - ações civis públicas. XII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO. São Paulo, 1986.

[4] MILARÉ, Édis. Ministério Público - ação civil pública. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, p. 270, 1986; ALMEIDA, Náide Azevedo. Ações populares - ações civis públicas. XII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO. São Paulo, 1986; NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil pelo dano ecológico. 1º SEMINÁRIO DE DIREITO ECOLÓGICO DA FRONTEIRA-OESTE Rio Grande do Sul, **Do Monólogo ao Diálogo**, 1985, p. 57.

e comércio; suspensão de direitos políticos, reparação do dano decorrente do ilícito criminal, e assim por diante.[5]

Integravam, portanto, "o conceito de ação civil pública todas as providências judiciais para as quais a lei conferiu legitimidade de agir ao Ministério Público, abrangendo, portanto a ação e os procedimento de jurisdição voluntária".[6]

Com a ampliação da legitimação para a ação civil pública, o seu conceito passou a ser outro: "ação civil pública é a que compete, em caráter excepcional, ao Ministério Público, à União, aos Estados e Municípios e às autarquias, às entidades paraestatais e associações, de destinação específica, discriminada em lei, contra a Administração Pública, contra terceiros, ou ainda, contra estes e aquela, em defesa de direitos chamados difusos violados ou que reclamem afirmação".[7]

A ação civil pública se assemelha à ação popular no sentido de reintegração de direitos públicos lesados e se diferencia por se constituir em forma de intervenção estatal na ordem jurídico-privada.

Ressalve-se, no entanto, que essa denominação, apesar de consagrada em lei e na doutrina, contém certa imprecisão técnica, já que não é pública nem pelo seu pólo ativo, que pode ser preenchido por entidades privadas, nem pelo seu objeto, posto que o interesse público não se confunde com o difuso, coletivo ou individual homogêneo.[8]

---

[5] DOTTI, René Ariel. A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, p. 66,1986.

[6] FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo et al. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

[7] ALMEIDA, Náide Azevedo. Ações populares - ações civis públicas. XII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO. São Paulo, 1986.

[8] BENJAMIM, Antônio Herman V.. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico - apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 70-151.

Em segundo lugar, muito embora o objeto de estudo acerca da legitimidade do Ministério Público para agir esteja centrado no âmbito jurídico, convém ressaltar que não se pode confundi-la com o conceito sociológico e político dado ao termo.

Sob a ótica da sociologia e da política, o espectro se mostra mais abrangente. Segundo Max Weber, a legitimidade está vinculada ao fenômeno da dominação, onde a vontade de um indivíduo se sobrepõe à do outro ou à da coletividade, seja por motivos materiais, afetivos ou racionais, como também pela crença na legitimidade. Contudo, fixa-se apenas na probabilidade de exercer influxo sobre os demais.[9]

Ela se caracteriza como uma qualidade que se agrega ao exercício do poder e aos seus destinatários, considerando sobremaneira a origem e o *status* do poder. Neste sentido, busca o apoio, o reconhecimento e a aceitação dos indivíduos que a ela estão submetidos, encarando-a como algo autêntico, genuíno e legal.

Identifica Max Weber três tipos puros de dominação legítima, tendo como fundamento primário de sua legitimidade: **a**)o caráter tradicional, assentado na crença e respeito às tradições repassadas através do tempo, sendo a tradição a garantidora da legitimidade do exercício da autoridade; **b**) o caráter carismático, baseado no carisma do indivíduo e implicando na aceitação e no reconhecimento de suas qualidades subjetivas e no ordenamento por ele estabelecido; como explora elementos muito mais emotivos do que lígicos, justifica a sua aceitabilidade de maneira quase que incondicional; **c**) o caráter racional, conhecido através da crença na legalidade das ordenações e normas instituídas

---

[9] WEBER, Max. **Economia Y sociedad**. 2ª ed.. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica., 1992, p. 170-173.

constitucionalmente ou de outros procedimentos formais; assegurando o direito de mando da autoridade legalmente estabelecida, expressa a legitimidade no campo jurídico.

Já o Código de Processo Civil, em seu art. 3°, estabelece a legitimidade como uma das condições para a propositura ou contestação da ação. Tradicionalmente, pode-se conceituá-la, segundo Barbosa Moreira, como "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 porcessual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende".[10] Ou, como a vê Donaldo Armelin, "uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo".[11]

Justamente para tratar da evolução do conceito, a partir da introdução em nosso ordenamento jurídico, é que se abriu tópico específico, no presente trabalho.

Preferiu-se, então, a utilização do termo *legitimação* ao invés de *legitimidade*, por aquele expressar mais adequadamente a idéia que permeia este trabalho, centrada no processo de legitimar e não na qualidade de quem é legitimado.

Em terceiro, para nominar o fenômeno de reconhecimento jurídico dos bens, direitos e interesses difusos e coletivos foram utilizadas várias expressões: metaindividualidade, supraindividualidade, pluriindividualidade, superindividualidade e transindividualidade. Tais expressões, muito embora tenham prefixos diversos, cujos significados são precisos,[12] são

---

[10] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista dos Tribunais, nº 404. São Paulo: 1969, p. 9-10.

[11] ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

12 Trans equivale a "movimento para além de"; pluri é "muitos, vários"; supra significa "citado ou mencionado acima ou anteriormente"; meta quer dizer "mudança, posterioridade, além ou transcendência"; super expressa "excesso, aumento, posição acima, em cima ou por cima, superioridade"

empregadas indistintamente, sempre com a intenção de as contrapor à idéia da individualidade.[13]

Serviriam, assim, para identificar os interesses e direitos que não são individuais, segundo a clássica concepção dos direitos subjetivos, por serem dotados de titularidade plúrima, com características próprias e diferenciadas.[14]

No presente trabalho, por falta de critério seguro de distinção, serão usadas algumas das referidas expressões, sem preferência por nenhuma delas, mas sempre com o escopo de as contrapor aos direitos subjetivos inidividuais.

De outro lado, o objeto de análise se circunscreve à explicitação do processo pelo qual se atribuiu, em nosso direito, a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública.

Enquanto opção exercida pelo legislador, entre as diferentes soluções possíveis, a partir de dados da nossa realidade e da experiência estrangeira, tentar-se-á revelar as diversas abordagens teóricas do tema, desde o reconhecimento da necessidade de serem juridicamente protegidos os interesses difusos e coletivos, até os desdobramentos interpretativos das normas elaboradas.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

[13] BENJAMIM, Antonio Herman V..A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico - apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83.

[14] Ver, a respeito das características dos interesses coletivos e difusos, o capítulo III, letra "c", n. 1, infra.

Restringe-se, assim, à evolução legislativa e às suas repercussões doutrinárias no âmbito do direito interno e atual, sem que se fizessem incursões ao direito alienígena ou à jurisprudência, o que extrapolaria os limites estabelecidos.

Para exposição, dividiu-se o tema em três partes. A primeira destinada a apresentar a evolução histórica da noção de Estado e a sua vinculação com o âmbito jurídico, especialmente no campo do processo civil. A seguir, tratou-se do reconhecimento da necessidade de se conferir tutela jurisdicional aos direitos e interesses metaindividuais e a incorporação ao nosso ordenamento jurídico dos instrumentos adequados a assegurá-la. Por fim, cuidou-se da legitimação do Ministério Público para a ação civil pública, meio por excelência para a efetivação da referida proteção jurídica.

2. ESTADO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

2.1 Construção histórica da noção de Estado

A primeira vez em que se utiliza a expressão "Estado", com o sentido que modernamente se lhe dá, foi em 1513, por Maquiavel, em sua obra "O Príncipe".[15] Mais ou menos na mesma época, ingleses, franceses e espanhóis passam a adotá-la em igual sentido. Por esse motivo, autores há que não aceitam a utilização do termo para realidades anteriores ao século XVI. "A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedade políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros".[16]

Se o tomarmos em sentido mais abrangente, como um poder institucionalizado, o Estado pode revelar origens antiquíssimas, remontando às primeiras civilizações humanas. Contudo, torna-se relevante para esta análise aquelas formas que surgiram a partir do período clássico da antigüidade, pela grande influência que exerceram no pensamento do homem moderno. O estudo dos elementos da herança deixada pela civilização ocidental se faz importante, na medida em que o Estado democrático reformula estes elementos.

Apesar de serem empregadas algumas variações, grosso modo os estudiosos, para efeito de análise e exposição, observam a seguinte seqüência cronológica de

---

[15] "Todos os Estados, todos os domínios que tiveram ou têm império sobre os homens, forma e são ou repúblicas ou principados" . MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Círculo do Livro S. A., s/d. p. 37.

[16] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 43.

desenvolvimento da idéia estatal, também observada neste trabalho: Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.[17]

2.1.1 Grécia.

Entendem os gregos que a cidade-estado é a única forma possível de sociedade política. Para Platão, há identidade entre a cidade e a alma: "o Estado não é senão o engrandecimento de nossa alma, uma espécie de gigantografia que reproduz, em vastas dimensões, tudo aquilo que existe em nossa *psyché*".[18] Mas ele nasce da incapacidade do homem em atender a todas as suas necessidades de forma isolada, "autárquica", pois nunca prescinde de constantes serviços e apoio alheios: a) dos lavradores, artesãos e comerciantes para proverem as necessidades materiais; b) dos guardas para a defesa e proteção da cidade; c) dos governantes para, com sabedoria, realizar o bem e a justiça.

Porém, ao diverso de estados ideais, os estados reais necessitam de constituições escritas e do império da lei, dado que nem sempre se encontram homens dotados de virtude e ciência suficientes para os colocar acima da lei. Como formas de governo reais, Platão elenca a timocracia, oligarquia, democracia e tirania e, como ideais, a monarquia e a

---

[17] "A JELLINEK se deve a consideração dos 'tipos fundamentais de Estado', apontando-os como tipos de Estado com relação histórica com o Estado actual - ou porque os unam uma imediata continuidade histórica, ou porque o conhecimento de uns tenha influído sobre os outros".MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. vol I. 4.ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p.50. Não se deve esquecer, porém, a advertência de Foucault, fundado em Nietzsche, segundo a qual "a genealogia não pretende recuar no tempo para restabelecer uma grande continuidade para além da dispersão do esquecimento; sua tarefa não é a de mostrar que o passado ainda está lá, bem vivo no presente, animando-o ainda em segredo... essa herança não é uma aquisição, um bem que se acumula e se solidifica: é antes um conjunto de falhas, de fissuras, de camadas heterogêneas que a tornam instável, e, do interior ou de baixo, ameaçam o frágil herdeiro". FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 11.reimp. Rio de Janeiro: Graal, 1995, p. 21.

[18] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. vol I. São Paulo: Paulus, 1990. p.162

aristocracia. Já Aristóteles, depois do estudo de inúmeras constituições, contrapõe formas puras e corrompidas de governo: a) monarquia, em que o poder cabe a um só e cuja corrupção degenera na tirania; b) aristocracia, na qual são vários os homens que governam e que pode degenerar em oligarquia; c) democracia, em que a totalidade do povo governa, mas pode originar a demagogia.[19]

2.1.2 Roma.

Não parece apropriado falar de um Estado Romano, único e bem definido, se se tem em vista o largo período de tempo decorrido e a variabilidade e amplitude de suas conformações, desde a sua fundação, em 754 a.C., até a morte de Justiniano, em 565 d. C.. Todavia, as suas características básicas se mantiveram, o que possibilita a consideração uniforme.

Viviam os romanos "numa democracia militar baseada nas gens, nas fratrias e nas tribos, e desenvolvida a partir delas".[20] Daí os privilégios concedidos aos patrícios, descendentes dos fundadores de Roma, e o tratamento dispensado aos povos que foram sendo gradativamente conquistados e incorporados ao Estado.

> Todos estes novos súditos do Estado (deixando de lado a questão dos clientes) viviam fora das antigas gens, cúrias e tribos e, por conseguinte, não faziam parte do *populus romanus*, do povo romano propriamente dito. Eram, pessoalmente, livres; podiam possuir terras, estavam obrigados a pagar impostos e sujeitos ao serviço militar. Não podiam, todavia, exercer qualquer função pública, ou tomar parte nos comícios das cúrias, ou beneficiar-se da distribuição das terras conquistadas pelo Estado. Constituíam a plebe, excluída de todos os direitos públicos.[21]

---

[19] BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Brasília: UNB, 1980.p. 37-54.

[20] ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. p. 143.

Como características básicas do Estado romano, podem ser apontadas: a) a noção de poder político supremo e uno; b) a separação entre o poder público, pertencente ao Estado, e o poder privado, exercido pelo *pater familias*; c) o reconhecimento de alguns direitos fundamentais do cidadão romano, tais como o de eleger, de ser eleito, de casar, de celebrar contratos, e assim por diante; d) a progressiva atribuição de direitos aos estrangeiros, com a formação do *jus gentium*; e) a gradativa expansão territorial da cidadania, que culmina com o édito de Caracala, em 212 d. C., que a concedeu a todos os povos integrantes do Império.[22]

Na contribuição romana entende-se o direito como legítimo apenas quando há apoio e alguma aprovação advinda do povo, embora praticamente isto não tenha sido exigido na época imperial. Relevante foi a doutrina da lei da natureza, a partir da qual se formulou o referido *jus gentium*, que regulava relações entre homens de povos diferentes, formando uma espécie de civilização comum, uma comunidade maior com princípios comuns do direito mais universais que o Estado. Pode-se dizer que o *jus gentium* foi um desdobramento de uma lei da natureza que lhe autorizou.[23]

---

[21] Idem, ibidem, p. 143. "O sistema político antigo aparece como um sistema de desigualdades e de exclusão recíproca. Da perspectiva de cada Estado, o direito político subjetivo dispõe-se em círculos concêntricos e escalonados, tanto mais largos e mais fixos quanto a quantidade de direitos políticos é menor até ao não-direito; e a igualdade só existe no interior de um mesmo círculo". Fora do círculo, estariam os hostis; dentro do círculo mais amplo, estariam os hostis submetidos: servos, súditos; um pouco mais restrito seria o círculo dos aliados (socius ou amicus); mais circunscritos seriam os civis, que participam da assembléia do populus; mais no interior, estariam os *nobilis*; e, no centro, os *magistratus*. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. vol I. 4.ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 55 e 56.

[22] MIRANDA, p. 56 e 57.

[23] LINDSAY, Alexandre Dunlap. **O Estado Democrático Moderno.** Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 08- 34.

2.1.3 Idade Média.

A sociedade política medieval foi marcada pelo influxo de questões oriundas da conjugação entre o cristinanismo e o feudalismo, no decorrer de seus dois grandes períodos: o das invasões e o da reconstrução. Bem por isso, em nenhum deles, pode ser identificado um Estado com as características que em geral lhe são atribuídas.[24] Há quem diga, até, que "no curso da filosofia política medieval nada há de genuinamente fundamental para o desenvolvimento das teorias das formas de governo".[25]

A explicação para tanto estaria, de um lado, no desconhecimento da obra de Aristóteles, só reencontrada no século XIII, e, de outro, na visão negativa que se tinha do Estado, decorrente da concepção degradada da natureza humana: "a finalidade do Estado não é promover o bem, mas exclusivamente controlar, com a espada da justiça, o desencadeamento das paixões que tornariam impossível qualquer tipo de convivência pacífica".[26]

Para a recuperação da sua má natureza, o homem deveria, assim, recorrer à Igreja, e não ao Estado, pois a Cristandade envolve completamente a vida medieval e vai se inserir também no plano político. Em São Tomás de Aquino aparece a distinção entre a lei divina, que orientaria a ação humana na consecução de seu fim sobrenatural, a lei natural, que

---

[24] MIRANDA, p. 58.

[25] BOBBIO, p. 67.

[26] BOBBIO, p. 68.

regeria a conservação da vida, a geração e educação dos filhos, etc., e a lei humana, criada pelo homem com base na lei natural e dirigida à utilidade comum.[27]

Nessa perspectiva, defendia-se a superioridade das leis da natureza sobre as leis positivas, ou seja, os atos e leis dos governos dependiam e deviam ser limitados por um direito universal mais forte. O Estado medieval, portanto, subordinava a organização política a um imperativo moral, incumbindo às leis da natureza ditar a atuação das autoridades políticas.

Da reunião desses diferentes elementos resultou um Estado mais desejado do que real, em que havia um poder superior, exercido pelo monarca, frente a uma infinita multiplicidade de poderes menores, não hierarquizados[28] e materializados em incontáveis ordens jurídicas, desde a ordem imperial, até a eclesiástica, as monarquias inferiores e assim por diante.[29]

2.1.4 Formação do Estado moderno.

Essas dificuldades próprias do Estado medieval acabaram por determinar as principais características do Estado moderno, mediante a esperada unificação, já aspirada desde o Estado romano.[30] As significativas transformações ocorridas a partir do século XV fizeram com que o campo de atuação do Estado aumentasse consideravelmente, e desta forma,

---

[27] MATTOS, Carlos Lopes de. São Tomás de Aquino - vida e obra. In: **São Tomás de Aquino**. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996, p. 13.

[28] Havia "uma infinita multiplicidade de centros de poder, como os reinos, os senhorios, as comunas, as organizações religiosas, as corporações de ofícios, todos ciosos de sua autoridade e sua independência, jamais se submentendo, de fato, à autoridade do Imperador". DALLARI, p. 57

[29] Id.ibid, p. 59.

[30] Id.ibid, p. 59.

a força de governo igualmente se ampliasse, chegando a ser, em alguns momentos, superior à lei.

Para a sua consolidação, contribuíram significativamente uma série de fatores, todos inter-relacionados e que atuaram por vezes concomitantemente, por vezes alternadamente. Podem ser elencadas condições espirituais ("o Renascimento, a Reforma e a Contra-Reforma [...] do humanismo ao racionalismo e do racionalismo ao romantismo e ao realismo; o espírito científico e a rebeldia contra o espírito religioso; o progresso técnico e o aproveitamento [...] da natureza; a difusão da cultura")[31], sociais e econômicas ("a decadência da nobreza e da aristocracia rural e a ascensão da burguesia [...] o desenvolvimento do capitalismo [...] a revolução industrial")[32] e internacionais ("descobrimentos marítimos [...] expansão colonial [...] e o sistema de Estados").[33] Destes, como fatos mais significativos para o presente trabalho, serão tratados à seguir a consolidação da ideologia capitalista, a ascensão da burguesia e a unificação dos Estados nacionais europeus.

2.1.4.1 Hegemonia da ideologia capitalista.

Ao procurar uma nova visão para enfrentar o problema da sobrevivência, diferente da tradição, em que as tarefas eram transmitidas de geração a geração, bem como da imposição pela força, mediante regras autoritárias determinantes da realização das tarefas necessárias, criaram os economistas um arranjo denominado de sistema de mercado, no qual

---

[31] MIRANDA, p. 73.

[32] Id.ibid., p. 73 e 74.

[33] Id.ibid., p. 74.

cada um faz aquilo que economicamente lhe for mais vantajoso.[34] Como fator de motivação, introduz-se a idéia de ganho, de lucro, absolutamente estranha, até então, às populações dos mais diferentes países. Observada a história registrada, antes do medievo, ausente se encontra o princípio segundo o qual os trabalhadores não apenas podem, mas sim devem melhorar constantemente a sua vida material.[35] Os poderosos queriam riquezas e ampliar os seus domínios, empreendendo guerras de conquista; porém, a grande maioria dos indivíduos, composta por servos, artesãos, funcionários, etc., preferia ser deixada livre para viver do mesmo modo como seus pais tinham vivido e seus filhos iriam viver.[36]

Ao início da época moderna, os grandes agentes da produção capitalista - terra, trabalho e capital - ainda não haviam sido utilizados dentro da ideologia capitalista. Mercado de trabalho não havia, a terra constituía a base da estrutura militar, judicial e administrativa da sociedade, e o capital existente não era empregado no sentido de aperfeiçoar a produção de bens e serviços. Foi preciso a conjugação de uma série de condições propícias à inauguração de uma nova forma de sociedade, ocorridas ao longo de séculos da nossa história.

Basicamente, podem ser referidas: a) a unificação dos países europeus; b) a decadência do espírito religioso sob o impacto das visões céticas, perscrutadoras e humanistas do renascimento; e c) a intensa melhoria das condições materiais de vida dos cidadãos europeus.[37]

---

[34] HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 23.

[35] Id.ibidem, p. 27.

[36] Id.ibid, p. 28 e 29.

[37] Id.ibid., p. 36-38.

2.1.4.2 Unificação dos estados nacionais.

Durante a Idade Média, como se vê supra, ausente se encontrava a idéia de Estado, tanto em função, do ponto de vista interno, da força dos vínculos feudais e da descentralização do exercício do poder, quanto, externamente, da subordinação ao Papa.[38] Fala-se, inclusive, numa *Respublica Christiana*, que abarcaria todo o ocidente dentro de uma unidade política, social e espiritual.[39]

Somente após a crise do sistema medieval é que irão nascendo, num processo que se prolonga durante séculos, as nações européias.[40] Essa formação se dá a partir da acentuação de um sentimento de destino comum, pelo pertencimento a uma nação com língua, origem, vivência religiosa, heróis e interesses comuns. A comunidade toma consciência de si mesma e passa a se atribuir um nome, diferenciando-a dos outros povos.[41]

Para consolidar o Estado, então, desenvolvem-se esforços no sentido de superação dos referidos vínculos internos e externos, através da centralização do poder, antes

---

[38] "A história do surgimento do Estado moderno é a história desta tensão: do sistema policêntrico e complexo dos senhorios de origem feual se chega ao Estado territorial concentrado e unitário através da chamada racionalização da gestão do poder e da própria organização política imposta pela evoluçã das condições históricas materiais". SCHIERA, Pierangelo. Estado moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 426.

[39] MARTIN, Antonio Pérez. **La "Respublica Christiana" Medieval: Pontificado, Império y Reino**. In:_____et al. El Estado Español en sua dimensión historica. Barcelona, 1984. p. 59 e segs.

[40] Na Península Ibérica, a dualidade Portugal-Espanha nasce ao fim do século XV; a Inglaterra surge mais cedo, antes disso; a França, por sua vez, emerge lentamente, entre os séculos XIV e XV; a Rússia, a Polônia e a Hungria definem-se nos séculos XVI e XVII; Itália e Alemanha só irão se consolidar nos séculos XVIII e XIX. "O processo de criação dos Estados europeus culmina no tratado de Vestefália (1648)" e "à Respublica Christiana sucede, assim, um sistema de Estados soberanos e iguais". MIRANDA, p. 70 e 71.

[41] Id.ibid., p. 67.

disperso pelos senhores feudais, e da emancipação política frente ao Papa.[42] A forma encontrada foi a instituição do Estado absolutista, que a seguir será melhor caracterizado, o qual consolida a autoridade: "o príncipe não encontra mais limites para o exercício de seu poder nem dentro nem fora do Estado nascente. Ele não é mais súdito de ninguém e reduziu a súditos todos aqueles que estão debaixo de suas ordens".[43] Assim se delineia o princípio da soberania, cuja sistematização teórica definitiva se deve a Jean Bodin.

Também significa "separação da política da teologia e a conquista da autonomia daquela, dentro de esquemas de compreensão e de critérios de juízo independentemente de qualquer avaliação religiosa ou moral".[44] Para tanto, muito auxiliaram a Reforma Protestante e Maquiavel, embora a sua obra mais importante (O Príncipe) seja um tratado sobre o poder e não sobre o Estado. Há, todavia, correspondência entre o seu príncipe e o absolutismo, "em função da única coisa que no fundo lhe interessa: elevar o poder até o ponto central se não único da experiência política e elaborar critérios e normas de comportamentos políticos avaliados segundo estes fins, eliminando nele qualquer elemento que manche a pureza da relação que deriva da obrigação política rigorosa, formulada em seus termos terrenos, concretos, efetivos e reais".[45]

2.1.4.3 Ascensão da burguesia.

A origem do termo é latina (burgensis), que designava os habitantes do burgo, da cidade. Com a Idade Moderna, passa nomear a classe social que irá iniciar o acúmulo de

---

[42] Id.ibid., p. 68.

[43] SCHIERA, p. 3.

[44] Id.ibid., p. 4.

[45] Id.ibid., p. 4.

capital necessário para a implementação, no séclo XVIII, da Revolução Industrial. A contraposição, portanto, do mundo burguês ao feudalismo até então dominante foi fundada na economia.

Em sua fase incipiente, o capitalismo burguês exaltava o trabalho como sendo a base da existência social e da vida religiosa, já que era o meio de produção da riqueza material (signo do sucesso humano) e da evolução moral de cada cidadão, para a obtenção da paz interior. Foi a ética protestante, segundo Max Weber, que possibilitou o avanço da nova classe, posto que induzia a considerar os seguintes pressupostos: tempo é dinheiro; o dinheiro é fecundo e produtivo por natureza; a pontualidade nos pagamentos torna o devedor dono da bolsa de todos; modifica-se o conceito de usura e se passa a obrigar os homens a ganhar dinheiro; e assim por diante.[46]

Posteriormente, passando da economia para a política, a afirmação das classes burguesas se amplia e se espraia por todos os outros campos da vida social. Nesse sentido, enquanto classe, "a Burguesia busca resumir em si as necessidades e as tendências da sociedade inteira, identificar-se com ela na sua totalidade, apresentar-se como algo de 'absoluto' que, por si mesmo atingida a perfeição intena, permanece do mesmo jeito, sem modificações, no tempo e no espaço".[47] Pela vez primeira na história, a hegemonia e o predomínio não pertence a indivíduos, mas sim a toda uma classe social: "condições ambientais favoráveis, uma notável capacidade empresarial acompanhada por conhecimentos técnicos e profissionais, uma boa disponibilidade de capitais acumulados anteriormente, a

---

[46] BRAVO, Gian Mario. Burguesia. In: BOBBIO, Norberto MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, Brasília: Editora UnB, 1986, p. 120.

[47] Id.ibid., p. 121.

aceitação da livre concorrência como fator determinante da produção e portanto da afirmação do homem, tornaram a Burguesia a classe docimente da nossa época".[48]

2.1.5 Caracterização dos tipos de Estado moderno.

Para além das características de todos os Estados, a modernidade traz por peculiaridades a adoção da idéia de nação como fator de unificação política, a secularização, através da nítida separação entre as esferas temporal e espiritual, e a soberania, enquanto poder superior e aparentemente ilimitado.[49]

Sob diferentes perspectivas podem ser agrupados os Estados na modernidade: a) sob o ponto de vista cultural, podem ser reconhecidos os Estados relativos ao Renascimento, à Ilustração e ao Romantismo: b) sob a ótica político-jurídica, os Estados absolutistas, liberais e sociais; c) pelo viés econômico, identificam-se os Estados comerciais capitalistas, os liberais e nacionais.[50] Por melhor atender às exigências deste trabalho, será adotada a segunda perspectiva, com a indicação da influência das demais, sempre que útil.

Ressalte-se que essa tipologia, a exemplo do que acontece com a definição de cada um dos seus tipos, "não pode deixar de parecer 'externa', convencional e relativa, passível, portanto, de ser avaliada só em função do grau de clareza que pode introduzir na compreensão - no plano histórico e, como conseqüência, também no categorial - de um aspecto imprescindível da experiência política, que é o poder".[51]

---

[48] Id.ibid., p. 121.

[49] MIRANDA, p. 62 e 63.

[50] Ver, com alguma modificação, MIRANDA, p. 74-75.

[51] SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 1

2.1.5.1 Estado absolutista.

Como visto supra, o primeiro efeito da decomposição da síntese medieval foi a ascensão do absolutismo. Inicia, desse modo, com a afirmação do Estado moderno, no século XVI e se encerra com a Revolução Francesa, apesar de não serem homogênas as suas experiência políticas européias. Com o advento da monarquia, a questão central se tornou a soberania, que agora deixa de sofrer limitações com as leis da natureza para se afirmar como soberania nas mãos do rei.

A exemplo do que ocorre com os demais tipos, trata-se de um conceito artificial e, no mais das vezes, utilizado como contraposição a princípios de caráter liberal. Para discerní-lo da tirania e do despotismo, pode-se defini-lo como a "forma de Governo em que o detentor do poder exerce este último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores". Por conseguinte, é constitucional, não arbitrário e de tradições seculares e profanas.[52]

O teórico mais expressivo do absolutismo foi Hobbes, que, de forma aparentemente contraditória, tinha uma visão contratualista do Estado. Não se trata, naturalmente, de um pacto que se tenha de fato estabelecido, mas sim de um princípio lógico ou de um fundamento ético utilizado para a explicação do nascimento do ente estatal.[53]

Hobbes considerava os homens primitivos no estado natural, destruindo-se uns aos outros na busca de poder, riquezas e propriedades. É dele a célebre frase: "o homem é

---

[52] Id.ibid., p. 2.

[53] MIRANDA, p. 11.

lobo do homem". Para superarem este estágio precário estabelecem entre si um acordo, um contrato.[54] Transfere-se pelo pacto social o direito natural absoluto que cada um tem sobre todas as coisas a um príncipe ou a uma assembléia, surgindo assim o Estado, ao qual todos devem se sujeitar, único poder capaz de defender e dirigir os homens, reduzindo à unidade uma pluralidade de vontades. Assim, através de um só e mesmo ato os homens instituem a comunidade e aceitam se submeter a um soberano ou a uma assembléia.[55] Neste contrato instituem um Estado absoluto, de poder absoluto, a fim de refrear a conduta dos homens.[56] Bem se nota, aqui, o caráter mercantil, a comercialidade das relações sociais burguesas, ínsita nesta noção contratual do ente estatal.[57]

Surge, então, a discussão a respeito da validade da obrigação política, pois se o Estado era considerado fundamentado sobre a lei, a autoridade da lei era indiscutível. Para se

---

[54] "Porque as leis da natureza (como a justiça, a eqüidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ningué. Portanto, apesar das leis da natureza (que cada um respeita quanto tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros. Em todos os lugares onde os homens viviam em pequenas famílias, roubar-se e espoliar-se uns aos outros sempre foi uma ocupação legítima, e tão longe de ser considerada contária à lei de natureza que quanto maior era a espliação conseguida mair era a honra adquirida". HOBBES, Thomas. **Leviatan, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 103.

[55] MIRANDA, p. 12.

[56] "A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garndindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e granças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos a uma só vontade... é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*". HOBBES, p. 105.

[57] GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**. Porto Alegre: L & PM, 1980, p. 13.

solucionar isto apareceu a teoria do direito divino dos reis, na qual a autoridade religiosa que havia atrás do direito e da Igreja foi transferida para o rei. A sua aceitação exigia uma omissão de uma crítica racional, mas conseguiu resultados com uma certa consciência de nacionalidade e uma obediência com senso de obrigação.

Por outro lado, as exigências econômicas chegavam e se impunham de forma cada vez mais intensa. A monarquia absoluta, sem qualquer chance de impedir a expansão capitalista da primeira idade do Estado moderno, acaba por aderir a esta expansão, adotando uma política mercantilista. Com isto, conseqüentemente, ampara os interesses da classe burguesa e acelera com rapidez o processo revolucionário do "terceiro estado".

> Se a monarquia absoluta fora o poder político suspenso entre duas classes antagonistas, mantendo-as no equilíbrio instável de uma paz social aparente e enganadora, se o seu coração batia para o passado e para a Idade Média, para as vagas tradições daquele mundo morto, que a história da nova monarquia não conseguiu ressuscitar, o Estado democrático-liberal veio, desde a Revolução Francesa, inaugurar o poder político da burguesia como classe.[58]

2.1.5.2 Estado liberal.

Ao seu início, o liberalismo se constituiu em ponto de encontro entre a nascente burguesia capitalista e os segmentos da população mais empobrecidos em revolta e resistência contra o absolutismo, uma vez que propunha a transformação completa da sociedade. Brandindo lemas como "liberdade, igualdade e fraternidade", reuniu todos os excluídos das vantagens da monarquia absolutista e provocou revoluções em diferentes países.[59] Todavia,

---

[58] BONAVIDES, p. 92.

[59] "Ponto culminante é a Revolução Francesa (1789-1799), mas não pouca importância assumem nessa mudança a Inglaterra (onde a revolução se desencadeia um século antes e onde se inicia a "Revolução Industrial"), os Estados Unidos (com a primeira ou, olhando às colônias de que se formou, com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno) e a Alemanha (por causa das especulações filosóficas e jurídicas)". MIRANDA, p. 82.

com o desenvolvimento capitalista e a assunção, pela alta burguesia, da hegemonia econômica e política, passa-se a aplicar seletivamente os princípios defendidos nas revoluções vitoriosas, negando-se a distribuição eqüitativa da riqueza social e vedando-se o acesso ao governo das camadas populares.[60]

Assim, se o primeiro Estado defensor das liberdades individuais atinge sua experimentação histórica na Revolução Francesa, logo se observou profunda contradição na sua dialética: a burguesia formulou os princípios filosóficos da revolta como comuns a todos, mas, apoderando-se do poder, sustenta-os só de maneira formal. Mais tarde, já no século XIX, fez-se sentir as conseqüências da ineficiência de seus planos, com o necessário aparecimento dos primeiros princípios democráticos formais, como a representação e a soberania popular. Este Estado burguês de direito, vitorioso com seu formalismo, obteve êxito em sua técnica fundamental de proteger os direitos da liberdade exclusivamente burguesa e esquecendo o restante da população.[61]

Para a sua formulação teórica, o Estado liberal recebeu a contribuição de significativo número de autores, dentro das correntes do contratualismo, do individualismo e do iluminismo, com especial destaque para Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant. Não deixou, entretanto, de receber o influxo das teses que lhe são antecedentes, desenvolvendo as características de institucionalizar constituições escritas, de defesa da soberania nacional e de

---

[60] WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 115.

[61] Apresenta-se como um Estado "imbricado ou identificado com os valores e interesses da burguesia". "Daí o realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada a par das liberdades; a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação... e desvios aos princípios democráticos (apesar da sua proclamação formal), nomeadamente, através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos, únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidaes políticas".MIRANDA, p. 86.

considerar o povo como conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres. A estas agregou o princípio da legalidade, as declarações universais de direitos, a teoria da separação dos poderes e a representação política.[62]

A seguir, sucintamente serão examinados os principais pontos defendidos por estes pensadores.

Em primeiro lugar, para Locke, o homem sente necessidade de limitar a sua própria liberdade, que é plena no estado natural, a fim de criar as condições necessárias à garantia da propriedade. É por isso que os homens se juntam em sociedades políticas e se submetem a um governo, através de um contrato que origina a sociedade e o Estado. Contudo, se, em Hobbes, tal contrato dá ensejo à formação de um Estado absoluto, em Locke o acordo de vontades pode ser desfeito quando desrespeitado, ou seja, quando o governo não garante certas liberdades, tais como a liberdade de iniciativa econômica e outras dela decorrentes. Desta forma, o governo de Locke é baseado no consentimento, na disposição de aceitar a decisão da maioria, como uma necessidade de ordem prática. Todas as vezes, porém, em que um dado governo deixar de atender ao bem comum e à preservação da segurança, é direito do povo alterar, abolir e instituir uma nova sociedade política, confirmando a idéia de mais limitar do que estimular os governos. Por conseguinte, todo o fundamento da autoridade do Estado soberano advém apenas de seu contrato originário, e não de outra autoridade ou poder. Este típico individualismo burguês afirma o indivíduo antes da sociedade, o que, diante de uma análise histórica, não passa de pura projeção ideológica.

À sua vez, Emmanuel Kant também é pactista social, mas para ele o pacto deixa de ser *factum* para se converter numa idéia de todo racional, isto é, racionaliza-o, transfere-o

---

62 Id., ibid., p. 82-83.

para a esfera normativa. O pacto social serve para legitimar e dar medida para o Estado-idéia, o Estado em sua abstração genérica. Consegue retirar o pacto das considerações empíricas e abordá-lo como princípio regulativo. A passagem do *status naturalis* ao *status civilis*, representativo de um estado jurídico, significou um momento decisivo para o aparecimento do Estado e a garantia do direito, enquanto princípio racional e genérico. Além disso, traduz momento racionalmente decisivo para a implantação da liberdade na ordem da coexistência dos indivíduos. Segundo Kant, "o Estado é, portanto, construção *a posteriori*, que serve a uma necessidade racional da convivência humana. É dado ético e não empírico. Como Estado-idéia, ele está para os Estados-históricos, revestidos de conteúdo material, assim como o *'noumenon'*, ou seja, a coisa em si, está para o 'fenômeno', para o mundo da realidade externa e da experiência".[63]

Kant vê, ainda, um silogismo na ordem estatal com relação à separação de poderes, que devem estar em relação de coordenação entre si, decompondo a vontade geral una nos poderes legislativo (poder soberano, pois representa a vontade unida do povo), executivo (poder governante e premissa menor) e judiciário (como conclusão). Neste momento, Kant emite um juízo valorativo do ordenamento estatal, recebendo críticas por sua concepção de Estado que possui como encargo único a proteção jurídica. Surge em contraposição ao Estado jurídico, o Estado eudemonístico, pregando a idéia do "tudo para o povo, nada, porém, pelo povo", e significando um interesse da ordem capitalista em impedir o avanço de doutrinas que conduzissem a uma mudança social.

Montesquieu, por seu turno, preocupa-se em conter a soberania mediante a dissociação do poder, decompondo-os através da formulação da teoria tripartida de poderes, em que estes estariam separados e mutuamente contidos, de acordo com a idéia de que o

---

[63] BONAVIDES, p. 104

poder detém o poder. Essa decomposição da soberania na pluralidade dos poderes deveria salvar a liberdade, numa posição que afastava o despotismo do rei e não entregava o poder ao povo. A burguesia se ampara nisto destacando-se do povo e governando politicamente a Europa no século XIX.

Note-se que existem algumas diferenças entre Locke e Montesquieu no que diz respeito à decomposição da soberania. Locke, mais otimista, afirma ser o poder limitado pelo direito natural, pela virtude dos governantes, conferindo ao monarca a chamada prerrogativa, consistente em uma terceira esfera de poder (poder de fazer o bem público na ausência da lei). Montesquieu, mais pessimista em relação ao Estado, afirma ser o poder limitado pela técnica de sua organização, e nele a divisão corresponde a uma distribuição mais efetiva do poder entre titulares não confundidos.

As idéias e concepções do liberalismo foram questionadas, principalmente quanto à questão da liberdade. Autores a apontaram como sendo apenas formal, encobridora das desigualdades de fato, tornando-se meio para oprimir os fracos. Isto se fazia sentir na primeira fase da revolução industrial, quando a liberdade se traduzia em exploração econômica. Chegou-se, enfim, à conclusão de que deveria haver uma superação do conceito clássico de liberdade, buscando-se um liberalismo que se identificasse mais com a justiça e o direito.

De outro lado, o dogma da separação de poderes do liberalismo foi sendo paulatinamente superado, pois o constitucionalismo moderno priorizou novas áreas da realidade social, o conteúdo ao invés da forma, preocupando-se com a participação do homem na formação da vontade do Estado, e não só o resguardo dos direitos fundamentais. A prática constitucional trouxe alguns corretivos à técnica separatista, como o sistema de freios e

contrapesos, que podem assinalar formas de equilíbrio ou de interferência. Na realidade constitucional contemporânea, muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes.

Segundo Jellineck, a teoria da divisão dos poderes era contraditória à preservação da unidade do poder, "pois o poder não se divide subjetivamente nem mesmo como atividade; o que se divide é o objeto do poder, ao qual se dirige a atividade estatal. Quando muito há divisão de competências".[64] Já Bluntschli prega uma separação relativa dos poderes, com supremacia do legislativo. Admite a coexistência da liberdade com a autoridade, mediante um Estado ligado à lei, como organismo jurídico.

Por fim, em arbitrária e artificial síntese, adotada para fins expositivos, o Estado liberal apresenta o seguinte perfil: a) é organizado segundo uma concepção individualista da sociedade; b) a cidadania é vinculada à posição do indivíduo no mercado, restringindo-se aos proprietários; c) prevalece a tutela legal dos direitos individuais; d) privilegia-se como ator político o partido e toma-se por princípio básico o mercado; e) tem por base a lei, para a preservação do Estado de Direito e a manutenção da liberdade jurídica; f) a sua racionalidade é formal, sua natureza é instrumental e seu sistema de normas é hierarquizado estruturalmente; g) a interpretação jurídica é de bloqueio da ação estatal e a primazia é do direito privado.[65]

Há uma igualdade apenas formal entre os indivíduos e o direito procura garantir basicamente o valor segurança jurídica, tornando previsíveis e controláveis os atos emanados das autoridades públicas. Essa teoria liberal do poder traz, para o plano político, as dicotomias "Estado x sociedade, vida pública x vida privada e direito objetivo x direito subjetivo, interesse

---

[64] Id., ibid., p. 56.

[65] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994, p. 45.

individual x interesse coletivo" e a concepção do Estado dividido "em poderes independentes, autônomos e soberanos, cuja separação e equilíbrio recíproco garantiriam o livre desenvolvimento da vida social, política e econômica".[66]

2.1.5.3 Estado social.

Tendo a sua possível origem na Inglaterra, esta expressão tornou-se amplamente difundida depois da Segunda Guerra Mundial. Por social se procurava descrever o Estado que, não assumindo o caráter de "Estado do vigia noturno" preponderante no século XIX, cuja preocupação básica era a proteção da propriedade, nem o de "Estado-potência" instaurado no século XX, e que almejava a vitória total,

> [...] utilizaria o aparato do governo para conceber, implementar e financiar programas e plano de ação destinado a promover os interesses sociais coletivos de seus membros [...] O estado, no futuro, interviria deliberadamente para limitar ou modificar as conseqüências da livre operação das forças de mercado em circunstâncias nas quais indivíduos e famílias fossem confrontados com contingências sociais consideradas como demasiadamente fora de seu controle, em especial o desemprego, a doença e a velhice [...]. Esse estado ofereceria de forma abrangente, a todos os cidadãos, os melhores serviços que estivessem disponíveis, sem distinção de status ou classe. Através dos impostos, haveria nisso, portanto, um aspecto redistributivo.[67]

A sua primeira fundamentação ideológica se deve a Rousseau, representando uma posição intermediária entre o liberalismo e o marxismo, pois sustentava a democracia enquanto ação política, sem distinção de classes e integrada na *volonté générale*. Ao diverso do liberalismo, cuja tese central era a limitação do poder, Rousseau preocupava-se com o seus

---

[66] FARIA, José Eduardo. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: _____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 22.

[67] BRIGGS, Asa. Estado de bem-estar. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 260 e 261.

destinatários, reconhecendo o povo o seu legítimo portador e tentando integrar a liberdade com o poder (essência do seu contratualismo).[68]

Convém lembrar que há três interpretações da obra de Rousseau: a posição de direita, que vê na totalidade geral a idéia de integração política, de onde provém o Estado totalitário das modernas variantes conservadoras e reacionárias; a de centro, que aponta incoerências e contradições com a teoria democrática como produto acabado; e a de esquerda, na qual são associadas dialeticamente a doutrina de Rousseau com a evolução do moderno pensamento político.

Como contribuição doutrinária de Rousseau ao moderno Estado Social, tem-se toda a instrumentação política, de bases populares, fundadas no consentimento de todos os cidadãos. A sua democracia implica, portanto, na universalidade do sufrágio, diferenciando-se do liberalismo, que restringia a participação política.

Por seu turno, Marx considerava insuficiente contra a onipotência burguesa este sufrágio, conclamando os trabalhadores a uma solução de força. Enquanto Rousseau queria a libertação política do homem contra os males sociais, Marx queria a libertação econômica, o que os leva a buscar uma sociedade igualitária, mas por vias distintas.

---

[68] "Como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não têm eles outro meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto". Constituem, assim, o contrato social, que pode ser reduzido aos seguintes termos: "cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemso, enquanto corpo, cada membro como parte indivísivel do todo. Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um copor moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de cidade e, hoje, o de república ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quanto passivo, soberano quando ativo, e potência quando comparado a seus semelhantes. Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de povo e se chamam, em particular, cidadãos, enquanto partícipes da autoridade soberana, e súditos enquanto submetidos às leis do Estado" ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 31 a 34.

O Estado, na doutrina marxista, não constitui o Estado jurídico ou ético, uma vez que os seus pressupostos político-sociais implicam em uma nova teoria, fundamentalmente econômica, em que o social, substitui, em definitivo, o individual. Discorda Marx profundamente de Hegel ao ver no Estado uma ordem exterior à sociedade, mas da qual é derivada. A sua concepção é mecanicista, enquanto a de Hegel é orgânica. "Em Hegel o Estado é um fim em si mesmo, totalidade racional ou ética; em Marx, instrumento de poder, arma temível e poderosa em mãos de determinada classe, utilizada, segundo ele, não a favor da sociedade, mas da classe forte e privilegiada, contra as classes fracas e oprimidas".[69]

Para Marx, o Estado surge apenas aparentemente do interesse geral, porquanto, em verdade, constitua meio para a preservação dos interesses particulares da classe que domina a sociedade e seja utilizado como um instrumento de dominação, através de seus aparelhos. Na mecânica social do marxismo, a luta de classes, que dar-se-á até o momento de sua completa superação, com o desaparecimento destas e a extinção dos aparelhos estatais, regula a natureza e os fins do Estado.

A partir da crítica dos socialistas, concebeu-se o Estado social como forma de superação ideológica do antigo liberalismo, no qual a liberdade política como liberdade restrita era inoperante, além de não resolver, ou melhor, agravar o problema social das camadas proletárias.

Seus primórdios podem ser encontradas na criação dos chamados "serviços sociais" na Alemanha de Bismarck e na Grã-Bretanha do início do século XX. Foi, porém, com o advento da IIª Grande Guerra que esses serviços deixaram de ser considerados como forma de ajuda aos pobres e passaram a ser vistos como garantia do bem-estar dos cidadãos em geral.

---

[69] BONAVIDES, p. 56.

Mesmo o Partido Conservador inglês, em um manifesto de 1949 (The Right Road for Britain), declarava esses serviços como "um sistema cooperativo de ajuda mútua e de auto-ajuda proporcionado pelo todo da nação e destinado a proporcionar a todos o mínimo básico de segurança, habitação, oportunidade, emprego e padrões de vida abaixo dos quais somos impedidos pelo nosso dever uns para com os outros de permitir que alguém desça".[70]

Segundo T.H. Marshall, este estado de bem-estar culmina um longo processo que se havia iniciado com o reconhecimento dos direitos civis, passando pela luta pelos direitos políticos e concluindo pela identificação e estabelecimento de direitos sociais, econômicos e políticos. Assim, muito mais do que estender o âmbito de poder do estado, a ascensão do Estado de bem-estar traduz a ampliação do ideal de cidadania.[71]

Os direitos sociais acrescentam considerável aumento de complexidade, posto que o sistema de garantias liberais era muito seletivo e resistente a considerações de ordem substantiva. O Estado social, à sua vez, procura compensar os déficits e desigualdades provocadas pela própria legislação, introduzindo a idéia de uma seletividade de inclusão.[72]

As suas características fundamentais seriam: a) organização conforme uma visão classista; b) cidadania assentada em uma relação mais equilibrada com o mercado, através da expansão da esfera pública; c) ampliação da cidadania através da garantias normativas dos direitos dos trabalhadores; d) ter como ator privilegiado o sindicato e como princípio básico o Estado; e) ter por referência o ordenamento, o direito como instrumento de mudança e a eqüidade como valor jurídico básico; f) ter por racionalidade prevalente a

---

[70] BRIGGS, p. 261.

[71] Apud. BRIGGS, p. 261.

[72] CAMPILONGO, p. 47.

material, natureza teleológica e sistema hierarquizado funcionalmente; g) ter por base, na interpretação jurídica, a idéia de legitimação e de primazia do direito público.[73]

Justamente por ser visto como instrumento de direção e promoção social, o direito passa a ter por objetivo:

> [...] a consecução de um equilíbrio material entre os diferentes setores, grupos e classes sociais, a idéia de 'justiça' inerente ao sistema legal acaba sendo pensada como um princípio de 'balanceamento' de interesses irredutíveis a uma medida universal e geral. Esta é a razão pela qual esse sistema destaca-se por suas normas com propósitos compensatórios, redistributivos e protetores, rompendo com o princípio da igualdade forma de todos os sujeitos de direito no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico.[74]

Já a partir dos anos 50, no entanto, nos países centrais, iniciou-se um processo de crítica, especialmente do ponto de vista econômico, quanto ao seu alcance.

> Durante os dez anos que se seguiram (a 1958), a crítica tando ao conceito quanto à prática foi aguçada, à medida que se destacavam questões gerenciais e a base econômica de gastos com um bem-estar abrangente era ameaçada. A ameaça transformou-se em reação durante os anos 70, quando a inflação fez subir as despesas e se realizaram esforços para cortar os gastos públicos. O resultado foi a chamada 'crise do estado de bem-estar', uma crise tanto de valores quanto de finanças ou gerenciamento.[75]

A dúvida é se se trata de crise superável ou se verdadeiro desmoronamento do Estado de bem-estar social.[76]

---

[73] Id.ibid., p. 45 a 48.

[74] FARIA, p. 23.

[75] BRIGGS, p. 262.

[76] "Terá se esboroado para sempre o magnífico sonho da assistência social universal, que o partido Labour instituiu como o Welfare State - o Estado do bem-estar social? Os indícios de que sim são gerais: na França, com o crescimento demográfico e sinistro do fascismo de Le Pen, os remédios não são mais ressarcidos pelo INSS de lá, como antigamente. Agora correm po conta do ex-doente. Na Alemanha, uma lei divide o país de ponta a ponta: cada dia que o trabalhador estiver doente, em vez de 100% recebe só 80% do salário, justamente quando os gastos com hospital e com medicamentos não são mais cobertos totalmente pelas *Krankenkassen* (seguros de saúde). Nos Estados Unidos, 35 milhões de pessoas não têm qualquer proteção se ficarem doentes, são o que os médicos chamam na França de *insouciance,* isto é, 'clinicamente indigentes'". RIBEIRO, Leo Gilson. A armadilha da globalização. **Revista Caros Amigos**, São Paulo, n.1, abr.1997, p. 27.

2.2 ADEQUAÇÃO DOS MODELOS JURÍDICOS AOS DIFERENTES TIPOS DE ESTADO MODERNO.

A atual crise de identidade da epistemologia jurídica provoca o embate de duas concepções distintas: **a)** a primeira, que considera o direito sob o prisma de uma simples técnica de controle e de organização social, a qual requer um conhecimento jurídico meramente informativo e despolitizado, com apoio em um sistema legal completo, lógico e formalmente coerente; **b)** a segunda, que o concebe como um instrumento de direção e de promoção social, sob uma perspectiva histórica e concreta, valorizando-o mais como um método para a correção de desigualdades e o alcance de padrões mínimos de equilíbrio sócio-econômico, do que como uma técnica para a obtenção de certeza e segurança jurídica.[77]

Dentro destas perspectivas, denotativas da tensão ainda presente na atuação dos operadores jurídicos, far-se-á a análise restrita a estes modelos jurídicos contrapostos, não se apreciando o modelo concernente ao Estado absolutista, o qual, por não mais ter reflexos na realidade atual, mostra-se sem interesse para o presente trabalho.

2.2.1 Estado de direito.

Sob o influxo das concepções individualistas e liberais, constituiu-se o nosso direito material e processual. Prova disso se encontra no que dispõe o art. 76, do Código Civil, segundo o qual, "*para propor ou contestar uma ação é necessário ter interesse econômico ou moral*". Em

---

[77] FARIA, José Eduardo. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: _____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 20.

sentido similar, dispõe o art. 6°, do Código de Processo Civil: "*ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*".

A cultura jurídica liberal tem por características ser: **a)** utilitarista, pois supõe que todas as questões são resolvidas mediante um sistema de trocas recíprocas de benefícios comensuráveis em valores econômicos, cuja medida universal é o dinheiro[78], já que, entre os princípios emergentes, predominam o do livre mercado, o da estabilização macro-econômica e o do lucro; **b)** individualista, na medida em que traz em sua essência a maximização da liberdade individual. É um individualismo, portanto, de base e de método, a partir da idéia de que a parte precede o todo: o direito individual está acima do direito comunitário, mesmo porque a comunidade foi substituída pelo mercado, que oferece a todos igualdade nas oportunidades.[79] Constituindo-se a sociedade na mera soma das ações individuais, a litigiosidade é sempre interindividual, nunca coletiva; **c)** formalista, porquanto tome por base a norma para a preservação do Estado de direito e para a manutenção da liberdade jurídica, com a primazia do direito privado; **d)** instrumentalista, por fazer da fidelidade à lei na aplicação das normas a sua finalidade primeira.

O sistema de valores, portanto, prevalente junto ao Poder Judiciário no Estado liberal, é orientado pela ideologia de fidelidade estrita à lei. Delimitam-se as funções do sistema judicial, separando-as rigidamente das funções administrativa e legislativa, para reforçar a imagem da tecnicidade na atuação do juiz, estéril do ponto de vista político e que faz da

---

[78] LOPES, José Reinaldo de Lima. A crise da norma jurídica e a crise do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 82.

[79] Id. Ibid. p. 82.

adjudicação o silogismo capaz de assegurar a certeza do direito.[80] Essa tipificação estereotipada já foi chamada de folclore judicial.

A hermenêutica jurídica no Estado liberal, exclusivamente preocupada com a preservação da liberdade jurídica, orienta-se por uma interpretação de bloqueio, conforme os princípios de legalidade e de estrita legalidade, peças fundantes da constitucionalidade. O juiz liberal é o que circunscreve e delimita as atividades do Estado e as funções do próprio judiciário.[81]

Não se questionam, portanto, os dogmas, até por desnecessidade, já que o direito se reduz a um sistema de normas, em que se despreza o debate acerca da natureza e das implicações éticas da legislação, valorizando-se tão-somente os seus aspectos técnicos e procedimentais. O importante, aqui, é o estabelecimento de conceitos unívocos e sem ambigüidades internas, de maneira tal que o saber jurídico acaba conformando os seus critérios de ordem a partir da própria racionalidade formal do sistema normativo.[82] Promove, assim, a necessária atomização, autonomização e individualização dos conflitos de interesses e exige a atuação de um conjunto de categorias abstratas aptas a conduzir a dogmática jurídica a uma situação distanciada e, portanto, despolitizada, da conflituosidade real.[83]

Corresponde, por conseguinte, ao modelo adequado ao Estado liberal, em que as relações são formalmente igualitárias entre os sujeitos de direito. Garante-se, assim, o valor

---

[80] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça** São Paulo: Malheiros, 1994, p.45.

[81] Id. ibid. p. 45.

[82] FARIA, p. 21.

[83] Id. Ibid. p. 21.

da segurança jurídica e, ao mesmo tempo, torna previsíveis e controláveis os atos emanados das autoridades responsáveis pelos órgãos decisórios do sistema legal.[84] Apesar da desigualdade real, os cidadãos são considerados iguais pelo prisma jurídico, a partir das seguintes premissas ideológicas: **a)** paridade das partes na relação; **b)** correspondência e simetria entre obrigação e pretensão; **c)** irrelevância da qualidade ou da natureza do sujeito a quem é atribuída a pretensão; **d)** prevalência absoluta da esfera patrimonial individual como objeto de tutela; **e)** absorção do interesse coletivo ou difuso pelo interesse público genérico, do qual é gesto a administração pública; **f)** delegação absoluta e em branco à administração pública para identificar, delinear a satisfazer as necessidades e os interesses da comunidade.[85]

Essa teoria liberal do poder político traz, para o plano da dogmática jurídica, a distinção entre ser e dever-ser, entre validade e efetividade, entre valor e fato e entre abstração e concreção. No plano político, constroem-se as dicotomias Estado e sociedade civil, vida pública e vida privada, direito objetivo e direito subjetivo, interesse individual e interesse coletivo, bem como a concepção do Estado dividido "em poderes independentes, autônomos e soberanos, cuja separação e equilíbrio recíproco garantiriam o livre desenvolvimento da vida social, política e econômica."[86]

Tendo em vista, porém, uma sociedade tão complexa como a brasileira, como tornar possível a separação do direito positivo, conceitualmente encarado na perspectiva de um sistema coerente, abstrato e universal, de todas as implicações políticas, econômicas, sociais e

---

[84] FARIA, p. 21.

[85] RUSSO, Ennio. **Interessi diffusi e teoria delle situazioni soggettive**, p. 66-67.

[86] FARIA, p. 22.

culturais inerentes ao seu real funcionamento?[87] A falta de resposta consistente e responsável para a questão acarretou a assunção, pelo legislador constitucional brasileiro, de um modelo social para o direito, através da garantia expressa de uma série de direitos e interesses sociais, a serem implementados pela ação do Estado. Colocou-se, mesmo, como objetivos fundamentais do Estado a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária", a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".[88] Isto implica em fundamental alteração da natureza dos instrumentos jurídicos, atribuindo, em face da constatação de situação típicas de desigualdade, uma maior ou mais intensa tutela ao sujeito mais débil.[89]

Ademais, o conceito unitário de direito subjetivo vem a se desintegrar numa multiplicidade de situações protegidas: as categorias dogmáticas tradicionais se vêem em dificuldades e as operações de absorção ou de subsunção se tornam sempre mais difíceis. A tutela jurídica passa a ser comensurada segundo a qualidade, a natureza e a posição do sujeito na relação e, portanto, conforme avaliação não mais geral e abstrata, mas, sim, específica e concreta.[90]

2.2.2 Estado social de direito.

---

[87] FARIA, p. 22.

[88] Art. 3º, incs. I, III e IV, da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

[89] RUSSO, p. 68.

[90] Id. Ibid. p. 68.

Depois de superadas as formas autoritárias de governo e as concepções liberais de sociedade, inicia-se o processo de consolidação do Estado social de direito. Neste, o Estado se transforma em agente do processo econômico e social, assumindo a tarefa de organizar e recompor diretamente o todo social, mediante a redistribuição da mais-valia a camadas cada vez mais amplas da população.[91]

No que se refere à relação entre o indivíduo e a sociedade, deixa de vigir tanto o princípio absolutista, quanto o liberal, ou seja, deixa-se de considerar a pessoa tanto como súdito, em que o Estado desconhece a sua esfera de autonomia, quanto como indivíduo autolegislador, formalmente autônomo e excludente de qualquer outro critério de valoração ética.[92] O Estado deixa de exercer o poder de forma autoritária ou simplesmente protetiva da liberdade individual, passando a impulsionar a vida em comunidade no sentido do asseguramento da livre realização ética de todos e de cada um.

No âmbito exclusivamente jurídico, faz-se a contraposição ao instituto que melhor enfeixou as características do sistema jurídico clássico de cunho burguês: o direito subjetivo. Este manifestava a igualdade formal, ao tempo em que legitimava a desigualdade substancial, ou seja, através da expressão da liberdade formal, legitima a sujeição substancial. Enquanto símbolo da convivência pacífica, legitima agressões e prejuízos à esfera privada alheia.[93] Daí a inadequação da sua estrutura, cujo núcleo é o indivíduo, para a promoção da tutela de interesses difusos, que irão compor o centro do sistema social de direito.

---

[91] GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Processo**. São Paulo, n.14/15, , abr./set. 1979. p.25.

[92] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 69.

[93] GRINOVER, p. 25.

Ressalte-se o desejo dos detentores do poder econômico e político em restringir a proteção desses interesses, controlando e absorvendo os conflitos meta-individuais. E isso porque, "reconhecer a existência dos interesses difusos, pretender sua tutelabilidade e, ainda, criar o instrumental necessário à sua efetiva proteção significa, evidentemente, acolher novas formas de participação, com instrumentos de racionalização do poder."[94]

Um dos mecanismos de atingir esse desiderato é promover a institucionalização das formas de participação[95], mediante procedimentos que promovam o controle sobre as iniciativas subversivas, constrangendo os participantes a aceitar a lógica do sistema[96]. A intenção é manter a harmonia e a estabilidade na condução política, econômica e social da comunidade e, em caso de necessidade, obstruir a mobilização e organização dos contrários. A estratégia comumente utilizada é a canalização dos conflitos para um único espaço, a fim de os melhor controlar.

Como já mencionado, a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, superou o individualismo do regime anterior, que dava legitimidade apenas para o titular do direito subjetivo individual, legitimando os entes coletivos nas ações de entidades associativas em benefício de seus filiados, no mandado de segurança coletivo e nas ações de inconstitucionalidade.[97] A sua litigiosidade, portanto, passa a ser centrada no coletivo.

---

[94] GRINOVER, p. 28.

[95] Sobre esta concepção, Niklas Luhmann fala em institucionalização do ato de institucionalizar, como uma das formas de redução de complexidade, a qual, entretanto, nesse caso, constitui uma forma de restrição dos interesses difusos que podem ser tutelados.

[96] DENTI, Vittorio. **Relazione introduttiva**. Le azioni a tutela di interesse collettivi. In: Atti del Convegno di Studio. Pádua: Cedam, 1976, p. 10.

[97] LACERDA, Galeno. Eficácia da prestação jursdicional no atendimento às demandas sociais. **AJURIS**, n.59, nov. 1993. p. 57.

Esse uso do direito enquanto instrumento de direção e promoção social tem por meta a realização de um equilíbrio material entre os diferentes setores, grupos e classes sociais. A própria idéia de justiça, inerente ao sistema legal, passa a ser pensada segundo critérios de eqüidade, como um princípio de balanceamento dos interesses irredutíveis a um medida universal e geral. Por este motivo o modelo social de direito se caracteriza por normas de cunho compensatórios, redistributivos e protetores, através do rompimento com o princípio da igualdade formal de todos os sujeitos de direito. Aqui, a lei já não é mais tratada como sinônimo de direito, ou seja, como se ele se reduzisse somente aos textos legais. A lei passa a ser encarada como mais uma peça, importante, é certo, mas paralela a outras, do processo de realização das instituições jurídicas. As normas jurídicas, por conseguinte, só podem ser legitimamente aplicadas se conectadas, no processo hermenêutico, com a realidade social e econômica, enquanto parte necessária do sistema legal.[98] Deve-se incluir, necessariamente, o reconhecimento da cidadania assentada em uma relação mais equilibrada com o princípio de mercado, através de sua expansão para a esfera política e de participação social

Esse modelo, ao destacar o papel instrumental do direito na implementação e execução de determinadas ações e serviços governamentais voltados à promoção da justiça social, vê o ordenamento jurídico sob a ótica de um projeto político-normativo, cujos dispositivos, ao serem aplicados, exigem interpretação consentânea ao contexto sócio-econômico.[99] O direito passa a ser visto como instrumento de transformação e redistribuição, fundado numa racionalidade material. O valor jurídico básico vem a ser expresso na eqüidade, cuja referência passa a ser todo o ordenamento, e não mais a norma, isoladamente. Concebe-

---

[98] FARIA, p. 23.

[99] Id. Ibid, p. 24.

se, portanto, a interpretação e aplicação do direito como processo de contínua atualização do sistema legal,[100] relativizando a noção de certeza jurídica, na medida em que as normas passam a ser instrumento de gestão e direção nas mãos de um Estado que tende cada vez mais a se reger, na sua dinâmica decisória, por imperativos de eficiência funcional.[101]

> A presença do Estado no domínio econômico confere à ordem jurídica um caráter indisfarçavelmente político. A literatura sobre as novas "funções do direito" - redistributivas, transformadoras, legitimadoras, etc. - traz consigo o questionamento a respeito dos novos papéis do juiz. Sem abandonar a tradicional função de adjudicação da conflituosidade interindividual, o magistrado atua, no Estado social, como um garantidor da estabilidade e da dinâmica institucionais. Os direitos sociais agregam ao Estado de Direito um considerável aumento de complexidade. O sistema legal de garantias liberais era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais. O modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva. O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais era, e continua sendo, conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa "seletividade inclusiva".[102]

Entende-se por inclusão a ruptura com a desigualdade social, consistente na consolidação da produção, gestão e usufruto de ações, bens e serviços em todas as esferas institucionais, aptas a trazer oportunidades de vida digna, em patamares mais justos e eqüitativos, na educação, no trabalho, nos espaços de consumo, no acesso aos serviços sociais, nas relações domésticas e assim por diante.

Em suma, o direito promocional persegue dois objetivos: **a)** explicar a mútua e recíproca influência entre as formas jurídicas e a organização de um determinado tipo de

---

[100] Id. Ibid., p. 24.

[101] Id. Ibid. p. 25.

[102] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça** São Paulo: Malheiros, 1994, p. 47.

relações de produção econômicas e políticas; **b**) demonstrar o ocultamento de muitos conflitos sócio-econômico-políticos, em razão da pretensão de objetividade e neutralidade do positivismo normativista. "Parte-se, aqui, da tese de que as funções de organização, reprodução e consenso cumpridas pelas leis e códigos não podem ser concebidas à margem do saber que as constitui".[103]

Confere, então, o Estado social de direito as condições adequadas para o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da existência dos interesses coletivos e difusos e da concomitante necessidade de construção de intrumentos processuais apropriados à respectiva tutela judicial.

No próximo capítulo será abordada essa questão, segundo a ótica do direito brasileiro.

2.3 Fases históricas do Direito Processual Civil.

A reelaboração dos conceitos básicos na Teoria Geral do Processo confirma que "é inútil isolar um ou outro fenômeno processual para arrancar-lhe uma definição específica, uma classificação absoluta e um enquadramento irredutível".[104]

O processo, bem como o procedimento, representa de modo transparente a luta política que se desenrolou em cada uma das diferentes sociedades, ao longo do envolver histórico, sendo sempre o produto final de um processo de escolha do legislador, que aquiesce ao poder exercido pelos grupos sociais hegemônicos.[105]

---

[103] FARIA, p. 25.

[104] CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 57, p.39.

[105] Id.ibid., p. 39.

A doutrina do processo penal sempre teve como certa a estreita ligação entre o direito processual e o Estado em que ele vige, fixando o modelo de persecução penal conforme o modelo de Estado preponderante.

> As soluções concretas dos problemas básicos do direito processual penal dependem fundamental-mente do estádio de evolução e desenvolvimento social e cultural de uma certa comundiade, do grau de maturidade logrado pela sua consciência jurídica, das concepções políticas de base e das concretas formas de actuação estadual que aí vigoram, enfim, da tradição histórica nela vivente: '*anderer Staat, anderer Strafprozess*' , concluía EXNER com evidente razão[106]. Assim, o Estado totalitário, marcado pela ditadura, teria um processo penal de feição inquisitória, ao passo que o Estado liberal teria por modelo processual o acusatório, com todas as conseqüências daí decorrentes.[107]

O processo civil, bem ao diverso, procura camuflar a sua vinculação ao tipo de Estado em que se insere, sob o pretexto da prevalência de critérios técnico-científicos na sua elaboração. Esta, contudo, é a marca de determinada fase de seu desenvolvimento histórico, mas que, por coincidir com a sua autonomia científica, deu a entender que seria parâmetro permanente dessa disciplina jurídica. Em realidade, há uma inegável e íntima unidade entre as opções assumidas pelo legislador processual e seus aplicadores e as concepções jurídico-políticas de Estado e, por conseguinte, do sistema de direito nele vigente.

Particularmente no campo que aqui interessa, não há como esconder o caráter jurídico-político da tomada de posição frente a problemas relativos ao acesso à justiça, ao ingresso em juízo, às condições da ação, etc.. É natural que um Estado de cunho autoritário restrinja o acesso a juízo, seja pela inserção de grande número de exigências formais a serem superadas pelos interessados, seja pela pura e simples desestruturação e desaparelhamento dos organismos exclusivamente encarregados de recepcionar as demandas. O Estado orientado por

---

[106]DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 60.

[107]BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e Processo Penal**. Coimbra : Coimbra Editora, 1974, p.211.

diretrizes democráticas, ao inverso, diminuirá essas barreiras, restringindo as formalidades e ampliando as possibilidades de ingresso.

Se, para o processo penal, constitui garantia do direito de liberdade do cidadão o condicionamento preciso do exercício da ação penal, para o processo civil é princípio de consolidação da cidadania a ampla possibilidade de acesso à justiça.[108]

Com o escopo de reconhecer algumas das mútuas implicações entre os diferentes tipos de Estado moderno, modelos jurídicos adotados e caminhos do direito processual, serão apresentadas as fases históricas mais relevantes de seu desenvolvimento moderno. Advirta-se que as fases a seguir expostas são apenas esquemáticas e voltadas à finalidade didática de melhor as compreender, uma vez que a realidade histórica sempre conduz a particularidades irredutíveis a modelos abstratos.

Por evidente, o processo civil, enquanto ramo do direito, possui um desenvolvimento histórico, cujo conhecimento é indispensável para a compreensão do atual delineamento de seus institutos. Visando uma análise da evolução histórica da ciência processual, Cândido Rangel Dinamarco a divide em três diferentes fases.

A primeira delas, denominada de fase sincretista, é caracterizada pela ligação visceral entre o processo e o direito material, fase esta que vai do nascimento dos institutos processuais até a obra de Oskar von Bülow, datada de meados do século passado. A segunda fase, a partir daí iniciada, é denominada de técnico-científica, já que é marcada pela busca da autonomia científica do direito processual, momento em que são desenvolvidos mais profundamente seus conceitos e são construídas categorias dogmáticas dentro de um sistema

---

[108] **cf.** CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. **Rivista di Diritto Processuale**, n.2, abr./jun. 1982.

rigorosamente coerente do ponto de vista interno. A terceira, coincidente com os últimos decênios, é a da instrumentalidade do processo, em que se deu conta de ser o sistema processual instrumento para a consecução de escopos que lhe são externos, não só jurídicos, mas também sociais e políticos.

2.3.1 Fase sincretista.

É da análise do direito romano que se encontra explicação para a primeira fase do processo civil moderno. O direito romano não distingüia bem os planos substanciais e formais, o que fica claro na explicação de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, ao comentar o instituto da ação no direito romano: "*Actio e ius* são termos coincidentes. Geralmente se afirma que os romanos consideram o direito à luz da ação. Com efeito, o sujeito tem direito se tem ação correlativa; as normas de direito privado são normas de direito processual; os institutos jurídicos se constroem e desenvolvem em virtude de disposições que resguardam os modos de conseguir a observância e a tutela jurídicas".[109]

Apenas durante o período do direito justiniano é que se passa a perceber uma tênue diferenciação entre ação e direito, entendendo-se a ação como o meio pelo qual se tutela e se faz atuar os sistemas dos direitos. Tanto é clara a correlação entre a ação e o direito, que em Roma as ações tinham nomes correspondentes aos direitos a serem tutelados, assim, "Tinha-se até então a remansosa tranqüilidade de uma visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela de direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluem a ação no sistema do exercício dos direitos ('jus quod sibi debeatur, judicio persequendi')".[110]

---

[109]Apud. ALVIM, Arruda. **Direito Processual Civil**. São Paulo : RT, 1972, p.55.

[110]DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo : Saraiva, 1996, p.18.

Caracteriza-se esta fase por uma nebulosa indefinição daqueles que iriam se tornar os pilares da teoria geral do processo civil, conferindo-lhe cientificidade. O caráter privatístico e incipiente da jurisdição, sendo simplesmente um sistema de tutela de direitos, o juiz como árbitro de conflitos privados, o procedimentalismo destituído de maiores considerações a respeito da efetividade dos direitos e, sobretudo, a genealogia da ação, denunciavam a ligação ainda umbilical ao direito civil.

Este panorama foi herdado pelo direito comum germânico, que logo se mostrou pouco ágil às novas necessidades econômico-sociais, proporcionando a primeira reação de afastamento em relação ao direito romano, mediante a criação de procedimentos especiais, tais como o procedimento sumário, menos formalista, atuando *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudiciis*. Aliando-se essa disposição a uma postura cientificista, que exaltava a precisão no isolamento de institutos, foram lançadas as condições que iriam proporcionar o surgimento da chamada fase técnico-científica do processo, também denominada de autonomista.

2.3.2 Fase técnico-científica.

Esta fase foi expressão de uma grande ruptura epistemológica quando o Direito Processual, distanciando-se de certos pressupostos do direito romano, passou a possuir um caráter científico.

Dois fatores proporcionaram a ruptura: a Revolução Francesa e a intensa elaboração conceitual empreendida no âmbito do direito alemão. Ressalta-se, óbviamente, o caráter traumático do evento político ocorrido na França e, por outro lado, o contexto epistemológico da ruptura promovida na Alemanha.

O sistema francês, desde logo, desvinculou-se das influências romanas, adequando o seu sistema jurídico às necessidades do trânsito econômico compatível com os interesses da classe burguesa emergente. A transformação ali ocorrida teve como mote questões pragmático-políticas, não havendo qualquer amadurecimento teórico próprio ao direito processual.

Apesar do sistema processual francês não se ter disseminado rapidamente pelo continente europeu, inegável foi sua importância[111], seja pelos princípios vitoriosos na Revolução, seja pela ulterior promulgação do *Code de Procédure Civile*, em 1807. Inicia-se, então, o direito processual moderno, com a influência que será exercida pela codificação francesa, na primeira metade do século XIX, nos países continentais europeus. Destacam-se as características da oralidade, da publicidade e da disponibilidade, embora esta com os temperamentos resultantes da posição do juiz como órgão do Estado. O procedimento é descomplicado e mais racional, com a eliminação das formalidades inúteis e excessivas, abundantes no processo de matriz romano-canônica[112].

Foi, no entanto, a lenta e exaustiva formulação teórica alemã que conferiu a roupagem moderna ao processo civil. A escola pandectista e sua profunda análise do direito romano originou o chamado "usos modernos" das fontes romanas.

---

[111]"Nella formazione dei processi moderni (e con ciò vogliamo riferisci a quelli regolati dai codici del secolo scorso) é stata poi decisiva l' influenza del diritto francese. Malgrado le differenze notevoli che si possono riscontare nelle leggi processuali delle maggiori nazioni del continente, esse sono tutte strettamente imparentate tra loro e si distaccano profondamente da diritto comune, avendo risentito molto piú di quel che si retenga comunemente l' influenza del code de procédure civile" LIEBMAN, Enrico Tullio. Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile. In: **Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile**. Cedam : Padova, 1953, p.311.

[112]MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**, 8.ed, São Paulo : Saraiva, 1981, p.41.

A ruptura processual determinada pela escola alemã, apesar de não conter a urgência pragmática própria de uma revolução, também procurou se adequar às necessidades do mercado nascente, como explica Liebman: "Pur richiamandosi continuamente all'autoritá delle fonti romani, la dottrina e la prassi giudiziaria costruirono un processo sostanziale nuovo, in cui la struttura del procedimento e i principi fondamentali erano tratti dal diritto giustinianeo, ma adattati alle necessità e all'organizzazione giudiziaria del loro tempo".[113]

Importante também foi o trabalho minucioso dos pós-glosadores da Escola de Bolonha, que, preocupados com a compatibilização dos ensinamentos romanos às necessidades modernas, contribuíram na formação das bases do moderno processo civil. Ainda que antes dos processualistas alemães do século XIX fosse entendido como mero conjunto de formalidades para a aplicação do direito material, já se desenvolvia o processo civil, de forma incipiente, mas com caráter de ciência jurídica, através do impulso inicial que recebeu da chamada Escola de Bolonha, responsável pelo ressurgimento do direito romano no continente europeu.[114]

O grande marco da segunda fase do processo civil moderno foi dado pela obra do alemão Oscar Von Bülow, "Exceções Processuais e Pressupostos Processuais", que promoveu o que seria a definitiva separação científica do processo civil em relação ao direito civil, definindo a relação de direito processual como diversa da relação de direito material. Ele inicia seu livro com a seguinte afirmação: "*Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las faculdades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera,*

---

[113]LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano : Giuffrè, 1968.

[114]MARQUES, p.39.

se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decidir, una relación jurídica".[115]

Ressalta, além disso, que a relação processual possui caráter público, uma vez que "*los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a ls partes se las toma en cuenta únicmente en el aspecto de su vinculación y cooperacioón con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho publico y el processo resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública".*[116]

A partir da diferenciação da relação de direito processual e sua conseqüente autonomia frente à relação de direito privado, o processo civil alcançou o status de cientificidade, compondo a sua trilogia fundamental: ação, jurisdição e processo. A base metodológica e científica, portanto, do estudo do processo, encontra-se nos conceitos de jurisdição, ação e processo, que devem ser considerados unitária (se interpenetram e se confundem) e subsidiariamente (dependência mútua).

Dos três, o que sofreu maior modificação foi a ação, a partir do desenvolvimento das correntes que defendiam a teoria da ação como direito autônomo e concreto, a teoria da ação como direito autônomo e abstrato e a teoria eclética.

Na doutrina alemã do século passado, observam-se duas orientações para a compreensão da ação: a pessoal, consistente no direito do autor contra o obrigado, e a estatal, representada pelo direito do autor contra o Estado e frente ao obrigado. Sustentam diferentes definições Dernburg (direito do autor a uma sentença favorável frente ao demandado);

---

[115]BÜLOW, Oskar Von. **Excepciones procesales y presupuestos procesales**. Buenos Aires : E.J.E.A, 1964, p.7.

[116]Id.ibid., p.2

Hellmann (direito de obter uma sentença favorável, no campo processual, e direito a uma prestação de outrem, no campo material); Holder (pretensão que tende ao evento de uma realização mediante a ação do obrigado ou do juiz e comprende também o direito de pedir ao juiz a atuação frente ao indivíduo); Wach (direito daquele a quem é devida a tutela jurídica, ou ainda, o direito autônomo contra o Estado e contra o adversário a quem afeta a sentença) e Degenkolb (direito abstrato de agir, buscando desta forma incluir no conceito a ação infundada).[117]

À sua vez, Giuseppe Chiovenda construirá sua doutrina da ação sobre uma nova categoria de direitos, chamados de potestativos, que têm como conteúdo um puro poder jurídico e não um dever. Destarte, a ação pode ser definida como o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Nega ele o nascimento de uma obrigação material do demandado a partir da ação, mas aceita a existência de um direito material por trás da ação, que pode se constituir em uma prestação do demandado, no esclarecimento de um direito ou na declaração da inexistência de um direito ou de uma relação jurídica.[118]

A ação também pode ser entendida como direito autônomo e abstrato de agir. Segundo Degenkolb, o direito de ação é um direito público das partes frente o Estado de serem ouvidas em via legal, direito que emana do processo e se desenvolve mediante o processo.[119] Ugo Rocco critica esta teoria pelo caráter passivo atribuído ao órgão jurisdicional, preferindo a definição do direito de ação como "direito de pretender a

---

[117] PODETTI, J. Ramiro. Trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. **Revista de Derecho Procesal,** p. 134-136 (s/d).

[118] CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. In: **Ensayos de Derecho Procesal Civil I**. Buenos Aires : E.J.E.A, 1949.

[119] **apud.** PODETT, p. 137.

intervenção do Estado e a prestação da atividade jurisdicional, para o acertamento ou a realização coativa dos interesses (materiais ou processuais) tutelados em abstrato pelo direito objetivo".[120]

Tal teoria separa nitidamente o direito material do direito processual, ao conceber o direito de ação independentemente do direito material existir ou não. A ação processual é um direito autônomo, mas não apenas conferido aos detentores de um direito material, e sim a todos que invoquem a proteção do Estado. Trata-se, portanto, de um direito público subjetivo conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante para sua existência que o autor tenha ou não razão.

Nesse sentido, Eduardo Couture ressalta a ação como um direito da personalidade do individuo, totalmente desvinculado do provimento ou não do seu pedido: "La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la solución de un conflicto de interesses. Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad".[121]

Vê-se que a postura autonomista evoluiu, desde o século passado, nas indagações em torno do conceito de ação, a ponto de permitir que se chegasse à afirmação de seu caráter abstrato, ápice do movimento de proclamação de sua autonomia. Ademais, permitiu o início da exploração do campo até então pouco conhecido dos fatos e situações jurídicas do processo. Começam a surgir os grandes tratados e monografias que servirão para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece[122].

---

[120] **Apud.** PODETTI, p. 138.

[121] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 2.ed, Buenos Aires : De Palma, 1951, p.8.

[122] DINAMARCO, p.19.

Sintetizando as duas posturas opostas, construiu-se teorias de cunho eclético, cuja maior expressão, ao menos para o direito processual brasileiro, foi Enrico Túllio Liebman. Parte-se da premissa de que o direito de ação não é nem o direito a uma sentença favorável e nem um mero direito cívico de petição. É, portanto, um direito de ação contra o Estado, um direito à jurisdição.

E a jurisdição só principia ao constatar o juiz que a causa posta em julgamento está constituída em processo de forma regular (pressupostos processuais) e capaz de ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda (condições da ação). Só há jurisdição quando o juiz se manifesta sobre o mérito da causa, a favor ou não do pedido formulado.

A ação é um direito "que tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo de seu titular e identifica-se por três elementos precisos: os sujeitos (autor e réu), a *causa petendi* e finalmente o *petitum* (que é o concreto provimento judicial postulado para a tutela do direito lesado ou ameaçado".[123]

Percebe-se a ampla vinculação política deste período, uma vez que se ressalta o individualismo próprio a este período liberal, em que a conceituação dos institutos se faz a partir do enfoque de sujeitos determinados: autor e réu.

Mesmo a preocupação central que assume a ação também é marca da visão privatista do sistema processual, arquitetado e posto a slerviço do autor, como se toda a pretensão deduzida em juízo realmente fosse correta e sempre estivesse presente a lesão.

---

[123]LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro : Forense, 1984, p.151.

Constrói-se, pois, a ciência processual mediante afirmações e pressupostos publicistas, mas com surpreendentes posicionamentos remanescentes do sincretismo privatista já superado[124].

2.3.3 Fase instrumental.

A crise do direito liberal e o nascimento do Estado social não poderia deixar de se refletir no processo civil. A tentativa de superação dos direitos e garantias formais por direitos e garantias materiais, empreendida pelas constituições de caráter social, paulatinamente foi influenciando os institutos do Direito Processual Civil.

Neste contexto emerge a fase instrumental do processo, qualificada por uma nova leitura do caráter público do processo. Segundo o enfoque instrumentalista, o processo não é público apenas em razão da relação jurídica em que se traduz e pela participação do Estado na solução dos conflitos. Mais do que isso, sendo público, deve visar fins, para além dos que são colimados pelas partes, de conteúdo mais amplo e expressos nos chamados escopos processuais, sem receio de aportes extrajurídicos, que sempre enriquecem a ciência processual.[125]

Aqui, atinge-se o terceiro momento metodológico do direito processual, amparado pela consciência da instrumentalidade enquanto pólo irradiador de idéias e de iluminação dos diversos institutos, princípios e soluções. Ao estudioso com sensibilidade para os problemas jurídicos, sociais e políticos cruciais de seu tempo e com interesse em alcançar soluções adequadas para os mesmos, resta a tranqüilidade de saber que os conceitos inerentes à sua

---

[124]DINAMARCO, p.46

[125] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Dimensiolens sociales del processo civil. In:** Temas de Direito Processual, 4ª série. São Paulo : Saraiva, 1989.

ciência já atingiram patamares satisfatórios de conformação, não mais se justificando a clássica postura consubstanciada em investigações puramente conceituais e sem conteúdo teleológico.[126]

A perspectiva publicista do processo promove uma guinada na análise da trilogia fundamental da teoria geral do processo, que, tradicionalmente, vinha conferindo predominância metodológica ao instituto da ação. A jurisidição aparece aqui como o elemento central da teoria processual, a partir do qual os outros institutos devem ser analisados.

Essa postura crítica da fase instrumentalista, aliada ao momento histórico do século XX caracterizado pelas relações de massa, faz com que o processo venha a repensar institutos já perfeitamente delineados, como é o caso da ação. Surgem os direitos transindividuais, envolvendo número extenso e indeterminado de sujeitos, de que são exemplos os ambientais, os do consumidor, etc., próprios de um tipo de relação que não envolve mais o clássico exemplo de Tício e Caio. Assim, "*es menester asentar que el processo - el civil al igual que el penal - no constituye un engrenage de exclusiva utilidade privada, sino también, y en primer término, un instrumento de realización de la justicia, que es un valor eminentemente social; y por lo tanto debe servir a la sociedade no menos que a los individuos*".[127]

Os novos direitos materiais, de caráter nitidamente coletivo, dão ensejo ao que Mauro Cappelletti chama de terceira onda do processo civil, que, dentre outras fatores, procura mudar o enfoque da ciência processual dos problemas meramente teóricos para a materialidade da questão do acesso à justiça.

---

[126]Id.ibid, p.21.

[127]Id.ibid, p.26.

Como movimento de reforma, o acesso à justiça leva em linha de conta as expectativas sociais em relação ao processo civil, superando a primeira fase de crítica ao liberalismo, concernente ao tratamento da igualdade como uma conquista fútil e mantenedora do *status quo*, para compreender o acesso à justiça como análise e identificação dos caminhos para a superação das dificuldades ou obstáculos que tornam inacessíveis para expressivo número de pessoas a igualdade e as liberdades civis e políticas.[128]

Também se integra tal movimento com a defesa dos novos direitos, para cujo amparo é indispensável a reestruturação de vários institutos processuais, dando-nos conta da transformação verificada no âmbito da sociedade, de individualista para a massificada.[129] À medida em que os interesses transindividuais se tornam mais importantes, o direito processual vai sendo convocado a rever o tratamento a eles dispensado, tendo em vista o asseguramento da efetividade da tutela jurisdicional em níveis compatíveis com as necessidades contemporâneas.[130]

Por conseguinte, o reconhecimento da massificação da sociedade e da instrumentalidade do processo não consentem com a fuga da reflexão acerca dos institutos da teoria geral do processo, sob novo enfoque. Ressalta-se, nesse rumo, a recuperação do caráter constitucional da jurisdição, que mais do que promover a substitutividade e a atuação da

---

[128]CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, n.74, p.83, abr./jun. 1994.

[129]GRINOVER, Ada Pellegrini. **Le garanzie costituzionali del processo nelle azioni colletive**, p.477. (S/D).

[130]BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Dimensiones sociales del processo civil**. **In**:Temas de Direito Processual Civil, 4ª série, 1989, p.27.

vontade do direito, deve se inserir na persecução dos objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Estar-se-ia também retirando a jurisdição de seu clássico papel, para atribuir-lhe algo que foi conferido originariamente ao legislador, ou seja, a construção de normas de observância geral. Ao se atribuir ao Poder Judiciário a função de equacionar os conflitos de massa, cujas sentenças necessariamente hão de ser eficazes em face de todos o interessados, até mesmo daqueles que não tenham participado do processo, está-se subtraindo a jurisdição de sua tarefa tradicional, para lhe atribuir papel semelhante ao do legislador, na construção de normas de observância geral.[131]

De igual sorte, a clássica concepção da ação, que não permite a ninguém pleitear direito que não lhe seja próprio, é fulminada pela emergência de direitos de relevantíssimo valor, dos quais não há titularidade referida a sujeitos determinados, mas, ao mesmo tempo, não se pode negar tutela judicial.

Discute-se, também, a própria neutralidade procedimental, desvelando-se a unidade teleológica que conforma a soma dos atos interligados do processo.132 E isso porque cresce a importância da idéia de procedimento na sociedade contemporânea, seja pela racionalização do poder estatal, seja pela complexificação da sociedade por ele regulada.

> Um procedimento não pode ser considerado como uma seqüência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que uma única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações tem uma função específica. Fixam a ação esteriotipada e criam assim segurança,

---

131 REGO, Hermenegildo de Souza. Interesses difusos e conceitos tradicionais da legitimação "ad causam", interesse de agir, representação, substituição processual e limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n.43, p.260-277.

132 CINTRA, Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 11ª ed.. São Paulo : Malheiros, 1995.

independentemente das conseqüências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação[133].

Da necessidade de um compromisso entre a ação social provocada pelo processo, diante da concepção instrumentalista, é que devem ser repensados os institutos do processo frente aos novos conflitos. Justamente para tratar dessa evolução é que se irá ocupar, com maior detalhe, no capítulo seguinte, da emergência das novas formas de conflituosidade e das suas repercussões no direito processual pátrio.

3. EMERGÊNCIA DA TUTELA JUDICIAL DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS E O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO PARA AGIR.

3.1 Reconhecimento da necessidade da tutela.

3.1.1 Complexificação da sociedade.

As transformações ocorridas depois da Segunda Guerra Mundial trouxeram, juntamente como a reivindicação de novos direitos, o anseio de modificações no direito material e a subseqüente constatação da insuficiência dos instrumentos existentes, todos de caráter marcadamente individualista.[134] As mudanças do direito material, em que alguns bens, antes indiferentes ao direito, passam a ser considerados bens jurídicos propriamente ditos,

---

[133]LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília : ed. UnB, 1980, p.37

[134] "Os diversos sistemas jurídicos, tanto da 'common law', como do 'civil law', vêm sofrendo pressões cada vez maiores para alterarem sua concepção de acesso à justiça, excessivamente individualista". BENJAMIN, Antônio Hermann. A *citizen action* norte-americana e a tutela ambiental. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 62, p.62. (s/d).

deveriam ser necessariamente acompanhadas de modificações nos mecanismos processuais. Ao mesmo tempo, verificou-se um acirramento das demandas sociais a serem exigidas perante o Estado. Este acentuado aumento de reivindicações também teve necessária repercussão na esfera jurisdicional, caracterizando-se por uma verdadeira explosão de litigiosidade.

Na América Latina, por suas pecualiaridades próprias, as mudanças ocorreram em ritmo mais lento e bem mais tarde, muito em razão do descompasso com o desenvolvimento do capitalismo que aqui se verificou. Como indicativos desse período, há que se notar a desigualdade entre os litigantes, a despeito da igualdade formal conquistada pela Revolução Francesa, e a precariedade no acesso à justiça.[135]

Como visto[136], o processo civil de feição técnico-científica, baseado nas premissas do individualismo e da igualdade formal, negavam a realidade dos grupos sociais e suas reivindicações. Frente à exigência de que as situações recentes fossem protegidas pelo direito contemporâneo, passou-se a advogar o reconhecimento de bens que se submetessem às categorias de interesses e direitos difusos.

Assim, o desenvolvimento do associativismo, iniciado principalmente em decorrência da revolução industrial, a organização estruturada de trabalhadores, bem como os fenômenos de massa apontados por Mauro Cappelletti[137], como a poluição, o consumo, a fraude publicitária, a adulteração dos alimentos, o crescimento explosivo das cidades e o conseqüente surgimento de novos conflitos sociais, possibilitaram que situações, antes

---

135 ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil copntemporâneo - sua evolução ao lado do direito material. **Revista de Processo**, n.64, p. 7-23.

136 Ver, supra, Capítulo II, letra "c".

137 CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. **AJURIS**, n.33, ano XII, março, 1985.

reduzidas a meras reivindicações coletivas fluidas e isoladas, viessem a se tornar categorias jurídicas reconhecidas na forma de interesses jurídicos. Estes podem ser entendidos como "a relevância da ordem material ou também instrumental, subjetivada ou não subjetivada, conferida pelo direito positivo a determinadas situações respeitantes ao indivíduo isolado, ao grupo ou à coletividade maior".138

Tomando-se a categoria mudança como pilar básico da segunda metade deste século, apresentam-se como características da sociedade contemporânea o desenvolvimento acelerado, o surgimento de macroempresas, a sociedade teconológica em veloz transformação, as rápidas mutações das normas jurídicas, o caráter contingente da lei, o furor legisferante, a atuação estatal onímoda, a dispersão das fontes normativas e o abalo na próprias estruturas da teoria geral do direito.139

Entre as modificações a partir daí verificadas, podem ser referidas, num primeiro momento, algumas ainda de feição individualista, como a que passa a admitir a participação ativa do juiz no processo, através, por exemplo, da determinação de provas de ofício. Essa atividade judicial beneficia principalmente os co-titulares de direitos deduzidos em juízo que, exatamente pelo caráter de massificado do conflito, encontram-se impossibilitados de adentrar à sede do juízo e acompanhar pessoalmente o desenrolar da disputa.[140] Mantinha-se, no entanto, o modelo estrutural do século passado. Num segundo momento, passou-se a equacionar diretamente as várias situações sociais conflituosas, notadamente a defesa dos menos favorecidos economicamente, dos consumidores, dos titulares de bens artísticos, estéticos e assim por diante.

---

138 PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2.ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.18.

139 Id.ibid, p.13.

140 BENJAMIN, p. 65.

Num dos freqüentes parodoxos do curso histórico, justamente quando se acomodava o modelo jurídico liberal, "surgiam já os primeiros sintomas da transformação radical da vida em sociedade, pelo sistema de produção em série e o consumo de massas", iniciado com a revolução industrial.[141]

Tal complexificação, produtora de uma cada vez maior massificação, inclusive de conflitos[142], é fruto da própria evolução do Estado moderno e das concepções capitalistas nele prevalentes. "O risco dessas lesões, que afetam simultaneamente numerosos indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui um fenômeno sempre mais amplo e freqüente na sociedade industrial".[143]

Isso não significa, naturalmente, que não se pudesse identificar, em tempos mais antigos, a ocorrência de lesões a direitos metaindividuais. A novidade, sem sombra de dúvida, consiste precisamente na extensão e intensidade com que essa ordem de problemas irá afetar a sociedade moderna, abrindo perspectivas até então inexploradas pelos juristas. Tão expressivo é o fenômeno que diversos exemplos podem ser apontados, como é o caso da tutela do meio ambiente, da tutela das relações de consumo, da tutela da qualidade de vida, dentro da perspectiva das grandes cidades, e assim por diante.

Em paralelo, vem crescendo a consciência humana acerca das suas reais circunstâncias contemporâneas.

---

141 COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 614, p.15.

142 É um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e, porque não, processo de massa?. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v.61, p. 187.

143 Il rischio di siffatte lesioni, che affetano simultaneamente numerosi individui o categorie intere di personae, costituisce un fenomeno sempre più vasto e frequente nella società industriale CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Pádua, n.3, 1975, p.365.

> Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só.[144]

Nesse rumo, impossível que não houvesse reflexos na regulação jurídica das relações sociais. Manter, em consonância com a tradição individualista de cunho oitocentista, os olhos apenas sobre as situações de confronto entre indivíduos isolados "significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, precisamente no momento em que eles emergem como elementos cada vez mais essenciais à vida civil".[145]

Porquanto decorram da sociedade de massa, estão inseridos num "quadro multifário de numerosos interesses colidentes"[146], o que constitui uma característica peculiar. Vislumbra-se, aqui, um novo tipo de processo civil, baseado não mais em dualismos, como autor e réu, indivíduo e autoridade pública, mas numa multiplicidade de posições concorrentes e conflitantes, ou seja, em múltiplos antagonismos de parte coletivas.

Necessário, portanto, a superação do modelo processual clássico, baseado no direito subjetivo e na sua correlação com o interesse de agir, a fim de se criar uma nova estrutura para a tutela dos interesses difusos, cuja característica primordial é a variedade de

---

144 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Temas de Direito Processual**. 3ª série. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 173.

145 *Continuare, secondo la tradizione individualistica di stampo ottocentesco, a riferire siffatti diritti esclusivamente a singoli individui - ad esempio, al proprietario frontaliero nel caso di abusiva construzione edilizia, o all'acquirente personalmente danneggiato nel caso della frode alimentare perpetrata su larga scala da un produttore - significherebbe rendere impossibile unèffetiva protezione giuridica di quei diritti, próprio nel momento in cui essi emergono come elementi sempre più essenziale per la vita civile*"CAPPELLETTI, p.367.

146 BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Processo**, n.23, p. 36-44, ano 6, jul/set, 1981, p. 41.

conflitos. Nesse sentido, há que se tomar consciência que já não serve à tutela desses novos direitos a velha idéia da solução encontrada através de um silogismo lógico. A proteção dos interesses difusos depende de uma opção política clara que defina, entre os vários interesses colidentes, aqueles que serão tutelados. Essa escolha passa necessariamente por uma definição do modelo de Estado e de seus princípios e objetivos.

Apesar do reconhecimento generalizado da sua existência e da clareza solar da necessidade de novos instrumentos de tutela, os diversos sistemas jurídicos não têm apresentado soluções plenamente satisfatórias, esbarrando ainda nos parâmetros tradicionais das idéias de legitimação e interesse. Mais uma vez, a dicotomia entre o público e o privado aparece nas tentativas de solução, trazendo consigo o vício de se produzir um abismo entre um e outro. No direito italiano, por exemplo, são limitadas as hipóteses em que se permite um indivíduo (privado) defender em juízo direito coletivo (público).

Como levanta problemas até então inexistentes, a tutela jurisdicional dos interesses coletivos abala definitivamente a estrutura tradicional de liberal e individualista do nosso processo. Mauro Cappelletti chega a advertir para uma "radical revisão da inteira ciência do direito processual"[147]: "o processo passa a ser visto não só como instrumento para solução de lides intersubjetivas, mas também dos conflitos metaindividuais, enquanto que a ação é vista também como meio de participação política através da justiça".[148]

3.1.2 Superação das dicotomias.

---

147 **Apud** SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. O Ministério Público e a tutela jurisdiconal dos interesses coletivos. **Revista de Processo,** n.32, p.275, out./dez. 1983.

148 id.ibid, p. 275.

3.1.2.1 Importância das dicotomias.

A existência de contraposições representa um modo de pensar por díades, encontráveis em todos os campos do conhecimento humano. "Não há disciplina que não seja dominada por alguma díade onicompreensiva: em sociologia, sociedade-comunidade; em economia, mercado-planificação; em direito, privado-público; em estética, clássico-romântico; em filosofia, transcendência-imanência."149 Prestam-se estas dicotomias a diferentes usos: "descritivo, para dar uma representação sintética de duas partes em conflito; valorativo, para exprimir um juízo de valor positivo ou negativo sobre uma ou outra parte; histórico, para assinalar a passagem de uma fase a outra da vida política de uma nação".150

Todavia, quando a dicotomia assume no discurso dominante caráter de ortodoxia conceitual, deixando de ser colocada em questão, como ocorre atualmente com os termos sociedade civil e Estado, direito público e direito privado, perde-se contato com a real origem e significado da oposição. A reflexão crítica reclama, então, o "desvelamento de sua historicidade", porquanto "a fixidez e a evidência com que as ortodoxias conceptuais (ou quaisquer outras) se nos apresentam tendem a obscurecer os processos históricos, mais ou menos longos e quase sempre contraditórios, da sua constituição".151

Considerado talvez o mais importante dualismo do pensamento ocidental moderno[152], não se pode perder de vista as várias concepções que ensejaram a sua formulação. Nesse rumo, apresenta-se a seguir as mais relevantes contribuições para a sua construção

---

149 BOBBIO, Norberto. **Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica**. Roma: Donzelli editore, 1994, p. 4.

150 id.ibid, p. 3.

151 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2.ed.. São Paulo: Cortez, 1996, p. 117.

[152] GAMBLE, Andrew. **An introduction to Modern Social and Political Thougt**. Londres: MacMillan, 1982, p. 45.

teórica, extremamente úteis para a melhor compreensão do sentido e finalidade com que é hoje empregado.

3.1.2.2 Significados da expressão sociedade civil e surgimento da contraposição a Estado.

Desde o seu nascimento, a sociedade civil teve vários e historicamente sucessivos significados, alguns mesmo contrários a outros.

Originariamente, contrapunha-se sociedade civil ("*societas civilis*") a sociedade natural ("*societas naturalis*"), com a idéia de que o homem, ao superar o seu estado de natureza, passaria a integrar o estado civil. Sociedade civil e Estado, portanto, eram sinônimos, cujo significado se opunha ao de sociedade da natureza. Segundo Hobbes, "em todos os lugares onde os homens viviam em pequenas famílias, roubar-se e espoliar-se uns aos outros sempre foi uma ocupação legítima, e tão longe de ser considerada contrária à lei de natureza que quanto maior era a espoliação conseguida maior era a honra adquirida".153 Somente com a transferência do direito de governo a outrem, "para assegurar a paz e a defesa comum", é que se institui o Estado, em latim *civitas*, ou sociedade civil.154

Esse modelo se repete de Hobbes a Kant, com algumas diferenças em Rousseau, que distingue o emprego do termo sociedade civil com o significado de sociedade política daquele em que significa sociedade civilizada.155 Se, para os primeiros, sociedade civil é, a um só tempo, sociedade política e sociedade civilizada, para Rousseau a sociedade civil é a

---

20 HOBBES, Thomas. **Leviatan, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 103.

154 id.ibid, p. 105 e 106.

155 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 1.207.

sociedade civilizada, que irá se tornar sociedade política com o contrato social, em que recuperará o estado de natureza e alcançará sua plenitude.156

A modernidade, assim, procurou caracterizar o Estado como o resultado e o produto da razão humana, como evolução, negação ou superação do estado de natureza para a sociedade política organizada e racional. Essa concepção foi adotada pelo liberalismo clássico, que procurava defender a sociedade civil contra interferências do Estado no livre jogo do mercado. "Aceitava-se o Estado somente na figura de guardião, deixando total liberdade (laissez faire, laissez passer) na composição dos conflitos entre emrpegados e empregadores, ao poder contratual das partes; nos conflitos entre as diferentes empresas (no âmbito nacional assim como no supra-nacional), ao poder de superação da concorrência que sempre recompensa o melhor".[157]

Nesta linha, mais tarde, vem a se inserir Hegel, que reúne as tendências realistas, em que o Estado era visto tal como efetivamente se dava na realidade[158], com as idealistas, em que se propugnavam modelos ideais de Estado[159], afirmando textualmente: "a racionalidade do Estado não é mais apenas uma exigência, porém uma realidade; não mais apenas um ideal, mas um evento da história".[160]

Constrói-se a racionalização do Estado, por via de conseqüência, mediante a utilização de um modelo de conformação dicotômica, em que o Estado é colocado como momento positivo em relação à sociedade pré-estatal ou antiestatal, degradada a momento

---

156 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 42.

157 MATTEUCCI, Nicola. Verbete "Liberalismo", In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 1.207, p. 693.

158 Ver nesse sentido, por exemplo, Maquiavel

159 Hobbes, Rousseau, Kant, entre outros.

160 apud. BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Rio de Janeiro: Graal, 1982 p. 20.

negativo.[161] Em Hegel, a racionalidade do Estado atinge seu ápice, já que a sociedade civil, além de estar contida no Estado, é por ele superada, não apenas como um aperfeiçoamento, como pensavam os idealistas, mas como uma transformação de uma universalidade formal em realidade orgânica: "a sociedade civil é uma fase de transição da evolução da 'idéia', sendo a fase final o Estado. A família é a tese, a sociedade civil é antítese e o Estado é a síntese".[162] Desse modo, não se pode sustentar aqui verdadeiramente uma contraposição de conceitos, pois se trata de estágios diferentes de evolução de uma mesma realidade, na qual a sociedade civil irá se subsumir no Estado.

Marx e Engels, por sua vez, ao conceberam o Estado como violência concentrada e organizada da sociedade, como instrumento de dominação de classe - o poder político do Estado moderno não é mais do que um comitê que administra os negócios comuns de toda a burguesia - e como subordinado à sociedade civil - a sociedade civil é que condiciona e regula o Estado - inauguraram uma visão inversa do evolver histórico racionalista: o Estado não mais como ponto de chegada, mas como momento a ser superado e suprimido em favor da sociedade civil. "O processo de pensamento que se inicia com a concepção do Estado que suprime o estado de natureza termina quando surge e ganha força a teoria segundo a qual o Estado, por sua vez, deve ser suprimido".163

Bem se vê, Marx mantém a contraposição entre sociedade civil e Estado, invertendo-a, mas não a superando. Caberá a Antônio Gramsci formular noção diversa, ao concluir que, *na realidade, sociedade civil e Estado se identificam*164. Na sua visão ampliada

---

[161] id.ibid, p. 20.

[162] SANTOS, p. 120.

163 Apud. BOBBIO, **O conceito de sociedade civil**, p. 22 e 23.

164 *Apud* BUCI-GLUCKSMANN, Christinne. **Gramsci e o Estado**. 2.ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1990, p. 176.

de Estado, há neste elementos que "devem ser vinculados à sociedade civil (no sentido de Estado = sociedade política + sociedade civil, isto é, 'hegemonia encouraçada de coerção')... que quer dizer isso, senão que por Estado deve-se entender não somente o aparelho governamental, mas também o aparelho 'privado' de hegemonia ou sociedade civil". 165

Dessa forma, se, em Marx, a sociedade civil e a estrutura se identificam, em Gramsci a sociedade civil irá integrar a superestrutura: "podem ser fixados, por enquanto, dois grandes planos superestruturais: o que pode ser chamado de 'sociedade civil', ou seja, o conjunto de organismos habitualmente ditos privados, e o da sociedade política ou Estado. E eles correspondem à função de hegemonia que o grupo dominante exerce em toda a sociedade; e à do domínio direto ou de comando, que se expressa no Estado e no governo jurídico".166

Em suma, como a idéia de sociedade civil não teve sempre uma utilização científica e rigorosa, deve-se considerar as seguintes conclusões: a) para os jusnaturalistas, *societas civilis* significava a sociedade política, ou seja, o Estado; b) a contraposição, portanto, era entre estado da natureza e estado civil, e não entre sociedade política e sociedade civil, como a tradição hegeliano-marxista irá estabelecer; c) Hegel é quem rompe o uso tradicional do conceito de sociedade civil e passa a utilizá-lo como sinônimo de sociedade pré-estatal, que até então era denominada de sociedade natural; d) para Hegel, essa sociedade era o reino da dissolução, da miséria e da corrupção física e ética, devendo ser regulada, dominada e superada pela ordem estatal; e) somente em Marx irá se operar a fixação do conceito de sociedade civil enquanto algo que se estende a toda a vida social pré-estatal, como momento do desenvolvimento das relações econômicas, que precede e determina o momento político, e, portanto, como um dos dois termos da antítese sociedade-Estado; f) Gramsci desfaz a

---

165 id.ibid, p. 98 e 99.

166 GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura.** 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p.10 e 11.

dicotomia, inserindo a sociedade civil no Estado, como parte da superestrutura, e a distinguindo da sociedade política167.

3.1.2.3 Significado atual, funções e contradições da dicotomia.

Apesar da diversidade de visões oferecidas pelos diferentes autores, cristalizou-se a separação em terrenos opostos da sociedade civil e do Estado. Prevaleceram, assim, muito embora com fins opostos, as noções do liberalismo clássico e de Marx, coincidentes ao enfatizar a dicotomia.

Entende-se, modernamente, que as sociedades formam-se, mas os Estados são feitos168, ou seja, o Estado é uma construção artificial e delimitada, ao passo que a sociedade civil é fluida e se vai consolidando ao longo do tempo. Assim, sociedade civil é "a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais".169

Ora, reside aqui a razão principal da prevalência até hoje da distinção: traz ela como conseqüências naturais "a separação entre o econômico e o político, a redução do poder político ao poder estatal e a identificação do direito com o direito estatal".170 Longe de se constituir em necessidade lógica ou de compreensão didática, este distanciamento entre Estado e sociedade civil cumpre o papel de permitir a aceitação natural da exploração econômica capitalista e

---

167 BOBBIO, **O conceito de sociedade civil**, p. 26 a 31.

168 HAYEK, F. A. **Law, Legislation and Liberty**. Chicago: University of Chicago Press, 1979, p. 140.

169 BOBBIO, Norberto. Dicionário de política, p. 1.210.

170 SANTOS, p. 117.

neutralizar o potencial revolucionário. E isso porque reservou-se compartimentos estanques, destituídos de canais comunicantes, para o exercício do poder político e do poder econômico, cada qual segundo princípios diversos: liberdade para a economia e igualdade na política.

Todavia, se, do ponto de vista político, o ideal liberal alcançou a democracia com a participação igualitária dos cidadãos na esfera pública, que, pelo menos nos países centrais, deixou de ser propriedade privada de alguns, do ponto de vista econômico, ao contrário, atingiu-se níveis de desigualdade nunca antes visto, em detrimento de extensas camadas da população.

Inobstante a sua utilidade, tem enfrentado problemas essa distinção. O primeiro, mais evidente, é que serve tanto à idéia de Estado máximo, quanto à de mínimo, conforme o interesse que anima aquele que dela se vale em determinado momento, pois a ação estatal é entendida, a um só tempo, como nociva à liberdade individual, quando interfere no domínio econômico, por exemplo, para restringir certa atividade, e como condição necessária à sua preservação e exercício, quando protege, por exemplo, o patrimônio de alguém.

O segundo consiste em que, por expressar a separação entre o econômico e o político, não permite compreender como possa o princípio *laissez faire* ser válido para alguns e não para outros interesses sociais, além de ser posto em movimento dentro da sociedade pela própria ação estatal. Em outras palavras, o Estado intervém para não intervir, posto que muitas de suas políticas são implementadas pela intervenção estatal.171

---

171 id.ibid, p. 118 e 119.

3.1.2.4 Superação.

A utilização, ainda hoje bastante difundida, de quadros conceituais construídos nos séculos XVIII e XIX para o desvendamento dos complexos processos de transformação social ora em curso só poderiam resultar em perplexidades, quando são objetos de reflexão crítica, ou em mistificações alienantes, quando superficial e acriticamente adotados.

Para a defesa da manutenção da dicotomia, fala-se num momento atual de reemergência, fortalecimento e autonomização da sociedade civil. No entanto, essa argumentação é apreendida pelo discurso dominante com vistas a sustentar a redução da intervenção estatal, muito especialmente no campo social, até o ponto de realizar o desmanche do Estado-providência172, para o substituir por um modelo privado de atendimento. Este, embora frente ao proletariado e à classe média se mostre autoritário e inflexível, tem muito maior eficácia na consecução das exigências macro-econômicas de acumulação de capital.

Em sentido diametralmente oposto, diz-se que não é possível afastar esta distinção nas sociedades periféricas, em que a sociedade civil é fraca, desorganizada e dependente. De igual sorte, essa afirmativa é falsa, na medida em que tais sociedades tem características próprias e diferenciadas, a ponto de tornar absolutamente inadequada a referida contraposição enquanto instrumento de análise.

Nos países centrais, pressupõe-se que é fácil delimitar o Estado, instituído artificialmente pela sociedade civil para atender aos seus interesses e necessidades. Nos periféricos, ao diverso, a sociedade civil é que foi produto do Estado colonial, sempre se

---

172 Cite-se, a propósito, a reforma constitucional brasileira, em que se busca retirar ou, ao menos, tornar inoperantes direitos sociais previstos na Carta Magna, e a recente reformulação da legislação social americana, em discussão, pela qual se procura extirpar benefícios antes concedidos aos usuários da seguridade social.

subordinando a ele. Daí a confusão, muitas vezes presente, entre a esfera pública e a esfera privada. Desse modo, pode-se tanto entender que a sociedade civil é fraca, se considerada sob o prisma do exercício da cidadania, quanto é forte, se forem levadas em linha de conta as lacunas que ela preenche pela ausência ou deficiência da ação estatal, chegando até a ser designada de sociedade-providência173, ao promover, pelos laços fortes de solidariedade que conserva, a ajuda recíproca entre familiares e vizinhos.

Contudo, como foi supra referido, a insistência em manter a separação entre Estado e sociedade civil decorre da adoção de um determinado conceito de poder, segundo a qual ele ocupa um lugar específico e exclusivo: o lugar do exercício do poder político é tão-somente o Estado. Com isso, busca-se afastar e alijar a população que não tem acesso ao aparelho estatal, restando-lhe apenas a subordinação, a submissão e a obediência.

3.1.2.5 Público e privado.

A dicotomia entre interesse público e interesse privado, decorrente da bipartição entre Estado e sociedade, constitui uma "postura dual herdada do jusnaturalismo racionalista pela teoria jurídica".[174] Esta separação rígida, transposta também para o direito processual, impossibilitou por muito tempo o reconhecimento de categorias intermediárias, nas quais se incluiriam os interesses difusos e coletivos.

---

173 id.ibid, p. 128.

174 PRADE, p.13.

Entretanto, a despeito do individualismo ainda reinante nos sistemas jurídicos contemporâneos, a crise do Estado liberal e a passagem para o Estado social contribuíram para a lenta superação da classificação entre interesse público e interesse privado e para a autonomia jurídico-formal dos interesses coletivos. Todavia, ainda há restrições doutrinárias, através de críticas aos corpos intermediários e às associações, bem assim à inclusão de direitos sociais nas constituições. Os primeiros passos para a autonomização dos interesses coletivos foram dados por Otto Von Gierke, no final do século XIX, ao assinalar "a contraposição do direito social, enquanto direito dos grupos intermediários, com o direito individual".[175]

Os interesses difusos e coletivos, decorrentes da sociedade de massa, estão inseridos num "quadro multifário de numerosos interesses colidentes"[176], característica que lhes é peculiar. Vislumbra-se, pois, um novo tipo de processo civil, baseado não mais em dualismos, entre autor e réu, indivíduo e autoridade pública, mas numa multiplicidade de posições concorrentes e conflitantes, ou seja, em múltiplos antagonismos.

Sustentar a separação entre direito privado e direito público significa tornar incompreensível esses interesses cujos titulares não se situariam comodamente nem em um, nem em outro, dos pólos dicotômicos. A completa separação entre público e privado é não somente artificial, mas insuficiente para a compreensão de uma realidade cada vez mais complexa e massificada.[177]

---

175 VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el Estado de Derecho**. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p.22.

176 BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no Direito Constitucional. Brasileiro. **Revista de Processo**, n.23, ano 6, jul/set, 1981.

177 CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: **Le azioni a tutela di interesse collettivi. Atti del Convegno di Studio**, Pádua: Cedam, 1976, p. 191.

Estamos habituados pensar nos seguintes termos: no processo penal, o interesse é público e, portanto, deve nele atuar o Ministério Público; ao diverso, no processo civil, como prevalecem os interesses privados, a iniciativa das ações deve ser dos indivíduos, sigularmente considerados[178]. A realidade moderna, contudo, não mais admite essa dicotomia, exigindo a introdução de mecanismos que defendam os interesses supraindividuais.

A contraposição entre a concepção tradicional, que vê o processo civil apenas e tão-somente como o instrumento de equacionamento da lide entre indivíduos, e a moderna, em se absorve as novas exigências de tutela de interesses cuja titularidade é ampla e indeterminada[179], há que ser resolvida através da quebra da *suma divisio* entre o público e o privado, proporcionada pelos direitos coletivos. "A suma divisio encontra-se irremediavelmente superada na realidade social de nossa época, a qual é infinitamente mais complexa, mais articulada e mais sofisticada do que a expressa pela simplista dicotomia tradicional. Novos direitos e novos deveres aparecem, os quais, sem serem públicos no sentido tradicional da palavra, são, todavia, coletivos".[180]

3.1.3 Inadequação das concepções tradicionais.

Apesar, então, do enunciado constante do art. 75, do Código Civil, segundo o qual "a cada direito corresponde uma ação, que o assegura", não se pode ignorar o reconhecimento de direitos cuja tutela efetiva parece não se adequar ao referido enunciado.

---

[178] id.ibid., p. 193.

[179] id.ibid., p. 197.

[180] OLIVEIRA JUNIOR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.33, 1984, p. 10.

Mas, para a identificação dos instrumentos processuais aptos a os assegurar, garantir e viabilizar concretamente, o esforço dos operadores jurídicos deve ultrapassar a análise pura e simples dos textos legais, superando a mera exegese e a fisiologia jurídicas. Partindo, nesse rumo, da filosofia do direito, passando pela teoria do Estado e se ancorando na teoria geral do direito processual, pois a indagação diz respeito tanto às relações fundamentais da cidadania, quanto à justificação racional e à realização da justiça[181], tentar-se-á iluminar os reflexos suportados por alguns dos institutos jurídicos fundamentais, notadamente aqueles que mais de perto importam para o presente trabalho.

Infelizmente, a dificuldade e o despreparo jurídico para o enfrentamento do tema parecem tão grandes quanto a gravidade das questões sociais brasileiras.[182]

3.1.3.1 Direito subjetivo e interesses.

Para Hans Kelsen, a essência do direito subjetivo, que é mais do que simples reflexo de um dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico "de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico".[183] Além disso, também para ele significa (a) não ser proibido, (b) ter autorização, (c) refletir obrigação alheia

---

[181] LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113 e 114.

[182] id.ibid., p. 114.

[183] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984, p. 195.

e (d) ter direito de ação. Para Carlos Santiago Nino, ter direito pode ser liberdade, permissão, garantia, privilégio, atribuição, faculdade, poder ou possibilidade.[184]

Verifica-se um paralelismo quase que perfeito entre o desenvolvimento do conceito de direito de propriedade, fundamental para o liberalismo, e o de direito subjetivo: John Locke, por exemplo, "articula uma teoria da propriedade como direito subjetivo: os frutos de nosso trabalho (labor de nosso corpo e a obra de nossas mãos) são nossos, enquanto houver abundância para todos. O excedente que ultrapassa o consumo pertence a terceiros".[185]

Jean Domat e Pothier, que exerceram influência decisiva na elaboração do Código Civil de Napoleão, definiram a propriedade de modo absoluto: "direito de dispor de uma coisa como bem lhe parecer, sem atentar contra o direito alheio ou as leis [...]. Assim, é com o advento da modernidade, do jusnaturalismo racionalista e da nova ordem burguesa que a propriedade vai se constituindo em categoria central do direito subjetivo; antes, vai se constituindo na própria idéia de direito subjetivo, como já apontado acima na obra de Hobbes, Locke, Grócio".[186]

De outro lado, a categoria dos interesses, não obstante se constituírem em uma das fundamentais do direito, sempre careceu de uma abordagem multidisciplinar, fato que limitou a abordagem da temática.

As necessidades, divididas em primárias e derivadas, constituem a matriz do interesse, o qual, por sua vez, pode ser definido como a "necessidade que emergiu à consciência"[187]. Contudo, vê-se que o interesse é projeção e não reprodução das necessidades, que ampliadas

---

[184] apud. LOPES, p. 116.

[185] id.ibid., p. 119.

[186] id.ibid, p.123.

[187] MOREIRA Neto. Diogo de Figueiredo. As categorias de interesses na Constituição de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 307, p.15-30, p. 14.

podem chegar a interesses antagônicos, sendo que coletivamente pode um grupo chegar a resultados que possam ser fatais ao próprio grupo.

O interesse demanda uma satisfação correspondente, provocando uma tensão quando se enfrenta a ausência de satisfação. Para a exeqüibilidade desta, é necessária a conjunção do caráter subjetivo, representado pela vontade ou impulso de agir, com o caráter objetivo, consistente na capacidade ou aptidão para a ação.[188]

A ordem jurídica identifica, classifica e hieraquiza os interesses, com a finalidade de solucionar conflitos, segundo os seguintes critérios de valor: **a)** relevância, distinguindo os interesses juridicamente relevantes dos interesses jurídicos irrelevantes; **b)** imediatidade da tutela, a qual diferencia os interesses em interesses diretamente protegidos (direitos subjetivos) e interesses legítimos (direitos reflexos); **c)** amplitude subjetiva, fazendo surgir os interesses individuais e os interesses metaindividuais ou coletivos.

A partir da noção de interesse adotada pela linguagem comum, correspondente à "procura de vantagem pessoal, de proveito"[189], vão ser construídas as suas diferentes acepções perante o direito. Ao se correlacionar interesse e necessidade, confunde-se o sentido de interesse material (que tem relação com aspectos psicológicos, econômicos, culturais) e interesse jurídico (campo restrito que só considera ângulos de conveniência que reputou juridicamente relevantes).

No Direito Civil, já segundo Rudolf von Ihering, interesse jurídico e direito subjetivo se confundem, pois o direito não passa de interesse juridicamente protegido, não podendo

---

188 id.ibid, p. 15.

189 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 775.

ser dele dissociado[190], ou seja, os interesses materiais só adquirem relevância jurídica quando tutelados pelo direito, tornando-se assim interesses jurídicos[191]. "Pode-se afirmar, dessa forma, que o interesse jurídico é sempre núcleo de direito subjetivo, este definido por Ugo Rocco como a faculdade ou o poder, reconhecido e concedido por uma norma jurídica a um sujeito individualmente determinado, de querer e agir para a satisfação de um interesse seu, pela norma tutelado, e de impor sua vontade e sua ação à vontade e à ação de outros e diversos sujeitos".[192]

Modernamente, a doutrina tem procurado distingüir os interesses juridicamente protegidos dos direitos subjetivos. Em oposição aos interesses sem relevância jurídica, todos aqueles relevantes para o direito constituem situações jurídicas subjetivas, as quais dão oportunidade da respectiva realização. Dentro das situações jurídicas subjetivas, faz-se uma gradação, conforme a proeminência do interesse para o direito: algumas recebem proteção direta, plena e específica, sendo considerados direitos subjetivos; outras são dotadas de proteção indireta, limitada e genérica, matizando-se em direitos condicionados, interesses legítimos, simples interesses, poderes e faculdades.[193]

Saliente-se que, assim como o direito subjetivo, também a noção de interesse legítimo não supera a dicotomia interesse público e interesse privado, pois seu núcleo é formado por um interesse individual.

---

[190] BASTOS, p. 37.

[191] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para tutela de interesses difusos. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, n.631, p.72, mai. 1988. Sobre os termos interesse e direito subjetivo, Kazuo Watanabe afirma que, "a partir do momento em passam a ser amparados pelo Direito, os interesses assumem o mesmo status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática para uma diferenciação ontológica entre eles" WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p.507.

[192] MIRRA, p. 72.

[193] GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Processo,** n. 14/15, abr./set., 1979, p. 26.

Da mesma forma, no processo civil, o interesse de agir ainda representa um resquício da idéia do direito de ação como mero reflexo do direito subjetivo, em que a conexão existente revela o individualismo ainda presente, apesar de oriundo de fase já ultrapassada[194]. Superar a conexão entre interesse de agir e direito subjetivo é condição para a existência das noções de interesses difusos e coletivos, pois estes têm por característica a "descoincidência com o interesse de uma determinada pessoa".[195]

3.1.3.2 Interesses difusos e coletivos.

Esclarecida, portanto, a separação levada a efeito pela doutrina tradicional entre direito subjetivo e interesse, resta investigar as razões que influíram para a adoção, a princípio unânime entre os estudiosos, do termo interesse, ao invés de direito, para nominar o fenômeno da transindividualidade, sob o enfoque jurídico.

A primeira hipótese, mais óbvia, consiste na aplicação da noção tradicional de que, por não estar ainda acolhido pelo ordenamento jurídico, estaria ainda na esfera dos interesses. Ao ser recepcionado o fenômeno pela legislação, passaria à conformação de direito, o que acabou se verificando em nosso país, com a conceituação constante do art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, a qual se refere expressamente a "interesses ou direito difusos [...] e coletivos".

---

194 Nesta fase, não se considerava que a ação fosse um direito distinto daquele direito subjetivo que ela visava a proteger. Direito subjetivo material e ação eram um único direito: seriam o verso e o reverso de uma medalha. Em linguagem poética, sustentou-se que a ação é o mesmo direito subjetivo que, violado, se arma apra a guerra BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 38.

195 BASTOS, p. 39.

A segunda, de cunho político, residiria na necessidade de se enfatizar a superação do modelo liberal clássico, em cujo centro estaria o direito subjetivo. Para delinear o afastamento dessa concepção, seria importante a fixação de outro ponto de equilíbrio do sistema, reconhecível nos interesses difusos e coletivos.

A terceira, mais rigorosa, coincidiria com a exigência de bem caracterizar as diferenças entre um instituto e outro: os interesses difusos e coletivos se destacariam do direito subjetivo por sua transindividualidade, indivisibilidade e amplo potencial conflituoso.[196]

Reunindo-se as proposições, infere-se que cada qual realça diferente aresta de um mesmo prisma, havendo correlação e interpenetração entre todas elas. No conjunto, por conseguinte, indicam a gama extensa de contribuições dentro do movimento legislativo e doutrinário de reconhecimento e garantia dos direitos difusos e coletivos.

3.1.3.3 Requisitos de admissibilidade do julgamento da lide.

Como não mais se objetiva reintegrar a parte no gozo de direito que exclusivamente lhe pertence, há que se ter maior cuidado na verificação dos requisitos processuais de admissibilidade do julgamento da lide. Isso implica, por exemplo, em uma ampliação das exigências de lealdade das partes no processo, já que os seus efeitos irão atingir pessoas que não participaram da relação processual e, bem por isso, não puderam influir na formação do pronunciamento decisório a que estarão submetidas.

Ainda, no que se refere à garantia processual das partes, especial relevância assume a correta aplicação do princípio do contraditório, necessariamente a ser repensado

---

[196] Ver, com maior detalhe, infra, capítulo III, letra "c".

frente à impossibilidade de, em sede da tutela de direitos coletivos e difusos, todos os legitimados serem ouvidos. Como adverte Mauro Cappelletti, não se trata de um abandono, mas sim de uma superação do tradicional pensamento a respeito do contraditório, articulado com o exame da adequada representação.

3.1.3.4 Direito de ação e sua condições.

Sendo a teoria da ação ainda pensada nos mesmos moldes da época em que foi elaborada, em meados do século passado e início deste, aprofunda-se a incompatibilidade entre a metamorfose social, suas demandas, e as respostas oferecidas pelo Poder Judiciário. Segundo Liebman, expressando o caráter individualista do sistema processual até então prevalente, há coincidência entre a tutela da ordem jurídica e a proteção dos direitos individuais.[197] O interesse das partes é individualista, tendo o processo civil caráter público apenas porque através dele prevalece o direito.

Assim, ação seria o direito de provocar o exercício da função jurisdicional[198], tendo por características o fato de dirigir-se ao Estado, que só é obrigado a responder quando é legitimamente estimulado, e depender dos requisitos constitutivos que se chamam condições da ação, quais sejam, o interesse de agir, a legitimação para a causa e a possibilidade jurídica do pedido.[199]

---

197 "*La tutela dell'ordine giuridico coincide praticamente com la protezione delle ragioni individualli*" LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Giuffrè: Milano, 1968, p. 11.

198 "*Azione é il diritto di provocare non già un singolo atto processuale, ma addirittura l'exercizio stesso della fuzione giurisdizionale*". id.ibid, p.38.

199 "*L'interesse ad agire, la legitimazione e la possibilità giuridica. Esse sono, come già accennato, i riquisiti di esistenza dell'azione*"id.ibid, p.40.

A ausência de um destes requisitos acarreta a carência de ação e pode ser revelada, inclusive de ofício, em qualquer estado do processo. O interesse de agir consiste na necessidade de se obter o provimento do pedido. A legitimação para agir é a titularidade, tanto ativa quanto passiva, da ação, consistindo na individualização da pessoa a quem respeita o interesse de agir.[200] A possibilidade jurídica do pedido coincide com a inexistência de proibição, pelo ordenamento jurídico, da questão ser discutida em juízo.

A partir dessas concepções, aceitas pelos estudiosos na fase técnico-científica do direito processual, pode-se falar, no limite, em verdadeira revolução, não absorvida de todo pelo sistema judicial: apesar de vivermos em uma sociedade de massa, com interesses de massas, conflitos de massa, frutos da própria complexificação social, os conflitos ainda são pensados sob a perspectiva da lide individual.[201]

Reconhecida a nova realidade, não é mais aceitável fazer atuar automaticamente institutos conformados tendo em vista conflitos de interesses de natureza diversa. Se, para o litígio interindividual, é perfeitamente admissível empreender a indagação relativa à presença ou não das condições da ação a partir da análise de uma relação de direito material controvertida e do comportamento de cada um de seus partícipes, não se tem a mesma possibilidade ao se buscar a tutela judicial de interesses coletivos ou difusos. E isso porque, na primeira hipótese, a posição de parte é facilmente reconhecível a partir da relação jurídica material, ao passo que, na segunda, dadas as características de transindividualidade e indivisibilidade, não haverá nunca coincidência entre a titularidade completa da relação jurídica

---

200 "*Il problema della legittimazione consiste nell'individuare la persona cui spetta l'interesse ad agire*" id.ibid, p. 43.

201 CAPPELLETTI, Mauro. **Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile**, p.364.

de direito material e a configuração das partes para a causa, seja por serem também órgãos públicos legitimados para a promover, como é o caso do Ministério Público, seja por apenas um dos co-titulares igualmente ser dotado dessa legitimidade para agir. Como, ainda, aferir o interesse de agir de cada um dos legitimados para a causa, segundo as concepções tradicionais? Como se falar em impossibilidade jurídica do pedido, se é o próprio ordenamento jurídico que acolheu essas novas formas de tutela judicial?

As perplexidades geradas pela transposição pura e simples de conceitos de uma para outra das modalidades hoje existentes de tutela jurisdicional de direitos e interesses aconselha prudência e maior acuidade, sob pena de se assumir posições inaceitáveis juridica, politica e socialmente.

3.1.3.5 Legitimação para a causa.

Especificamente quanto ao instituto da legitimação para agir, destaca-se a sua inidoneidade para utilização segundo os moldes tradicionais:

> Em termos de legitimação o problema é provavelmente insolúvel, porque ocorre reconhecer francamente que o conceito de legitimação está estritamente ligado a uma determinada concepção da ação, a qual, por sua vez, se modela sobre a noção de direitos subjetivos de origem codicista"... "Na realidade, nas ações públicas, a fungibilidade da iniciativa judicial e a natureza do interesse deduzido em juízo excluem a existência daquele problema de 'justa parte' que é a origem do conceito de legitimação, enquanto nem os efeitos do provimento judicial valem a determinar o círculo dos legitimados.[202]

A solução privatística, ou proprietária, parte de uma perspectiva individual, onde a legitimação para agir é de quem se afirma titular do direito que se faz valer em juízo.

---

[202] DENTI, Vittorio. Apud SOUZA, p. 275.

Corresponde à pertinência subjetiva da demanda, seja em razão da posição que ocupa no conflito de interesses deduzido em juízo, seja por expressa previsão em lei.[203] Como apenas os indivíduos legitimados para a causa poderão sofrer os efeitos decorrentes da sentença nela proferida, mostrou-se de suma importância a convergência sobre um só sujeito a qualidade de parte nos planos de direito material e de direito processual.[204] Assim, apesar do seu caráter processual, normalmente é ela definida a partir do direito material, só se permitindo, em regra, a discussão em juízo de um direito pelo seu titular.[205]

Segundo Barbosa Moreira, a legitimação para agir é "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 porcessual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende".[206]

Para Donaldo Armelin, é "uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo".[207]

---

[203] REGO, Hermenegildo de Souza. Interesses difusos e conceitos tradicionais da legitimação "ad causam", interesse de agir, representação, substituição processual e limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n.43, p.265.

[204] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Um estudo sobre a legitimação para agir no Direito Processual Civil**. Revista dos Tribunais nº 618, abril de 1987.

[205] GARBAGNATI, Edoardo. **La sostituzione processuale**. Milão: Giuffrè, 1942, p. 168.

[206] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, n.404, p. 9-10, 1969.

[207] ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

Fica muito clara, pelos conceitos expostos, a vinculação que se estabelece entre a legitimação e a titularidade do direito material, não a ponto de confundi-las, mas suficiente para revelar a íntima relação e mútua dependência.

Contudo, ao se tentar transpor para os interesses difusos estes conceitos oriundos do processo civil clássico, esquecem muitos autores que não se trata mais de pacificação de conflitos interindividuais, mas sim de enfrentar questões que envolvem coletividades. "Aquela linha de legitimação individual, válida na maioria dos casos, corresponde ao tratamento 'atômico' tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supra-individual que eles podem muitas vezes apresentar; sucede-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da 'molecularização' do direito e do processo, ou seja, do tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais".[208]

As novas soluções são reflexos do pluralismo do mundo contemporâneo, o qual apresenta formações intermediárias que superam o público e o privado, o Estado e o indivíduo. É um fenômeno de desprivatização do direito, que torna sociais muitos interesses, e de despublicização, de desburocratização, ao retirar esses interesses do monopólio da ação pública. "*O conceito rígido, tradicional, de legitimação para agir dá lugar a um conceito social*".[209] E isso porque não há motivação para a propositura de demandas fragmentárias e individualizadas em juízo, além de os efeitos de uma decisão individual para o causador do dano serem irrisórios.

Frente a todos esses problemas, inicia-se o processo de adaptação do direito brasileiro à nova realidade, conforme adiante ver-se-á.

---

[208]DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 398.

[209] CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos, p. 181.

3.2 Elaboração e identificação dos intrumentos processuais adequados.

3.2.1 Tendências iniciais.

Chega-se, aqui, a um dilema: "utilização máxima das potencialidades do ordenamento vigente ou ação tendente a obter inovações (sobretudo legislativas) de tal ordenamento?"[210] Observada a experiência brasileira, é de se inclinar pela conciliação entre as duas formas de enfrentamento do problema, como aconteceu com a ação popular, prevista no ordenamento jurídico nacional desde 1934 e que foi sofrendo alterações legislativas e jurisprudenciais importantes para o seu aperfeiçoamento ao longo do tempo.[211]

Na exploração das possibilidades do ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho de Barbosa Moreira foi pioneiro na identificação da ação popular como instrumento para a tutela dos interesses difusos e coletivos.[212] Como inexistia, na época, normas relativas à legitimação para agir na proteção desses interesses, foi na ação popular que ele encontrou a *legitimatio* concorrente e disjuntiva, que se "harmonizava com a sistemática do direito brasileiro, vez que não constituía fenômeno pouco familiar a esta reclamar em juízo uma pessoa a satisfação de interesse que fosse, ao mesmo tempo, próprio e alheio".[213]

---

[210] MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direito difusos nas grandes concentrações demográficas. **Revista de Processo**. n.70. abr./jun. 1993, p. 144.

[211] Id. Ibid., p. 149.

[212] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1977, p.110 e segs.

[213] Id. Ibid., p. 112.

Como suporte de seu argumento, além da legislação pertinente à ação popular, lançava mão do permissivo constante do Código Civil, consistente na possibilidade de qualquer dos credores de obrigação indivisível poder exigir a dívida integralmente.[214] Sendo os interesses difusos e coletivos indivisíveis, "basta para resolver o problema operação hermenêutica simples, que desprenda da acepção rigorosamente técnica as palavras credores e dívida".[215]

A partir daí principia a mobilização em torno da elaboração de textos legais que expandissem as possibilidades limitadas da ação popular, cujos contornos não atendiam a todas as necessidades de tutela dos interesses e direitos metaindividuais. É disso que, a seguir, ir-se-á tratar.

3.2.2 Esforço legislativo.

A Lei Complementar nº 40, em 14 de dezembro de 1981, ao dar novos contornos ao Ministério Público, atribuiu-lhe, entre outras funções, a de promover a "*ação civil pública, nos termos da lei*".[216] Logo em seguida, foi promulgada a Lei nº 6.938, em 31 de agosto de 1981, que, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, conferiu ao Ministério Público, privativamente, a "legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos

---

[214] Art. 892, 1ª parte.

[215] MOREIRA, José Carlos Barbosa, p. 114.

[216] Art. 3º, inc. III.

causados ao meio ambiente",[217] muito embora os seus representantes nunca tivessem pretendido, na esfera civil, monopolizar a tutela dos interesses difusos.[218]

Em 1983, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco e Waldemar Mariz de Oliveira Junior apresentaram um ante-projeto de lei com vistas a regular a defesa dos interesses difusos. Este ante-projeto foi intensamente debatido no I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre, no mesmo ano, e, enriquecido e modificado, transformou-se no projeto de lei nº 3.034/84, apresentado pelo Deputado Flávio Bierrenbach.[219]

Ao mesmo tempo, o Ministério Público do Estado de São Paulo, no seu XIº Seminário de Grupo de Estudos, discutiu o tema da ação pública e o ante-projeto, reelaborou-o e o tornou mais amplo e abrangente, através de tese apresentada por Augusto Mello de Carmargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, remetendo-o ao Ministério da Justiça.[220] O então Ministro da Justiça Ibraim Abi-Ackel o encampou e o encaminhou ao Congresso, tomando o nº 4.984/85 na Câmara e o nº 20/85 no Senado, onde tramitou mais rapidamente do que o acima referido e foi à sanção presidencial na primeira quinzena de julho.[221] Surgiram, então, algumas críticas: seria muito abrangente, por abarcar os direitos do consumidor, meio

---

[217] Art. 14, § 1º, 2ª parte.

[218] MORAES, Voltaire Lima de. Apud: LACERDA, Galeno Vellino de. Ação civil pública. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, 1986. p. 30 e 31.

[219] MAZZILLI, Hugo Nigro. Defesa dos interesses difusos em juízo. **Revista do Ministério Público.** Porto Alegre, n.19, 1986, p. 37.

[220] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 166-170.

[221] FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 62-63.

ambiente e outros interesses difusos; teria retirado da possibilidade de a ação penal ser promovida pelas associações legitimadas para a ação civil pública, quanto à defesa dos interesses difusos; asseguraria a última palavra ao Ministério Público sobre a não propositura de ação civil pública. Não obstante, houve apenas um veto: abolir a menção outros interesses difusos.[222]

Introduzida, assim, a ação civil pública no direito brasileiro, através da edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, estabeleceu-se a disciplina da "responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e pasiagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".[223]

Segundo informa a sua exposição de motivos, aproveitou-se a experiência norte-americana das *class actions*, que, através da "Regra nº 23, da 'Federal Rules of Civil Procedure', conferiu legitimação às associações com representatividade para defenderem, em Juízo, os interesses difusos". Desse modo, a solução da lei para a legitimação para a causa foi a melhor para o momento de sua elaboração: mista, permitindo, ao lado do Ministério Público, que outros detenham essa legitimidade para a sua propositura.[224]

Todavia, a configuração dada em lei não previu a possibilidade de ser através dela fixada a reparação dos danos individualmente sofridos, na forma da *fluid recovery* estabelecida para as *class actions* norte-americanas, cabendo aos indivíduos diretamente prejudicados buscarem por si o ressarcimento pessoal, na forma do processo comum.[225]

---

[222] MAZZILLI, p. 39.

[223] Conforme consta da súmula da referida lei.

[224] LACERDA, p. 12.

[225] Apenas com o advento das Leis nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que previu o ressarcimento dos danos causados a titulares de valores imobiliários, e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, é que o direito brasileiro recepcinou as *class actions for*

Posteriormente, foi ela modificada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, no sentido da ampliação de seu objeto: alterou-se o art. 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, de forma a lhe acrescentar o inc. IV e, por conseqüência, admitir a sua propositura para defesa de "*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*", [226] além daqueles originariamente previstos.

De igual sorte, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, ao dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, mudou o art. 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, acrescendo-lhe o inc. V, correspondente à possibilidade de propositura da ação civil pública também "por infração da ordem econômica". Ainda, introduziu a expressa referência à responsabilização por danos morais, antes prevista apenas no Código de Defesa do Consumidor.[227]

Legislação posta, passaram os aplicadores do direito a debater os conceitos recém-introduzidos, procurando fixar os limites e as possibilidades dos novos institutos, como a seguir ver-se-á.

3.3 Interesse difusos e coletivos: necessidade de conceituação para a determinação do objeto da ação civil pública.

Com as mudanças econômicas, políticas e sociais, surgem, no plano jurídico, os interesses difusos e coletivos e, por conseqüência, a necessidade de normas para a sua

---

damages, nas quais aos prejudicados bastaria a habilitação na ação para receberem as parcelas que lhes corresponde GRINOVER, Ada Pellegrini. Medios de tutela de los intereses colectivos: la acción de clase brasileña. **Revista del Colégio de abogados de la Plata.** n. 53, dez/ 1993, p. 133-134.

[226] Art. 110.

[227] Art. 88, *caput*.

adequada tutela, algumas das quais irão constar da Constituição Federal. Dentre estas, destaca-se as referentes à ação popular e à ação civil pública, com objetivos e competências específicas.

Para o enfrentamento doutrinário do tema, contudo, houve o concurso de vários autores nacionais e estrangeiros, que foram delineando os contornos conceituais aptos a bem caracterizar os interesses passíveis de serem tutelados.

Para além da clássica divisão entre interesses públicos e privados, segundo Mauro Cappelleti, existe uma categoria intermediária, "que são interesses ainda individuais, sim, mas comuns a uma categoria de pessoas, ou seja, um conjunto de interesses individuais". Nem públicos, nem privados, "seriam interesses coletivos".[228]

Com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, normatizou-se essa conceituação, sendo considerados: **a)** interesses ou direito difusos "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato";[229] **b)** interesses ou direitos coletivos "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base";[230] **c)** interesse ou direitos individuais homogêneos "os decorrentes de origem comum".[231]

---

[228] MAZZILLI, Hugo Nigro. Defesa dos interesses difusos em juízo. **Revista do Ministério Público,** Porto Alegre, n.19, 1986, p. 35.

[229] Art. 81, parágrafo único, inc. I.

[230] Art. 81, parágrafo único, inc. II.

[231] Art. 81, parágrafo único, inc. III.

São considerados transindividuais os interesses que "depassam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva".[232]

Indivisíveis, por sua vez, são os interesses que apresentam uma "espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, 'ipso facto', lesão da inteira coletividade".[233]

Os interesses difusos têm como características[234]:

> a) supra-individualidade ou meta-individualidade; b) existência de pluralidade de titulares, em número indeterminado e praticamente indeterminável; c) indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação a todos aproveita e cuja postergação a todos prejudica, em conjunto; d) ausência de vínculo associativo; e) existência de vínculos fáticos entre os titulares; f) potencial e abrangente conflituosidade; g) ocorrência de lesões disseminadas em massa; h) desigualdade entre os pólos titulares dos interesses postos em conflito.

Em conseqüência de suas características, os interesses difusos são insuscetíveis de apropriação individual, de transmissão, de renúncia ou de transação, além de a mutabilidade de seus titulares ativos na relação jurídica se dar com absoluta informalidade, com a alteração da situação de fato.[235]

Os interesses coletivos são também transindividuais, com indeterminação relativa dos titulares, cuja ligação decorre de uma relação jurídica-base. São, de igual sorte, indivisíveis, insuscetíveis de apropriação individual, de transmissão, de renúncia ou de

---

[232] MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 275.

[233] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Temas de Direito Processual**. 3ª série. 1980, p. 1.

[234] Segundo conjugação de estudos de Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Péricles Prade, Mauro Cappelletti e Ángel Landoni Sosa. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para tutela de interesses difusos. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, n.631, mai. 1988, p.73.

[235] ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, n. 127, jul/set, 1995, p. 85.

transação. Demais disso, a mutabilidade de seus titulares é relativamente informal, pois basta a adesão ou a exclusão do sujeito na relação jurídica-base.[236]

Por sua vez, os direitos e interesses individuais homogêneos são de natureza individual, divisíveis e integrantes do patrimônio individual de cada um dos seus titulares. Portanto, podem ser transmitidos, renunciados ou transacionados livremente, salvo as exceções legais. Ainda, a mutabilidade do pólo ativo é formal, dependente de ato ou fato jurídico típico e específico.[237]

Há quem distinga os interesses essencialmente coletivos, que são comuns a uma pluralidade indeterminada e caracterizados pela unitariedade e uniformidade do resultado do processo, dos interesses acidentalmente coletivos, em que é possível distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade.[238] Tal diferenciação implica em repensar a disciplina da *legitimatio ad causam,* pois não se pode utilizar a solução clássica de fazer coincidir a legitimação com a titularidade da relação jurídica litigiosa.

Exigem, portanto, novas formas de participação e de mediação (grupos espontâneos ou corpos intermediários), bem como um novo conceito de processo[239]. Experiências do direito comparado demonstram a integração da ação de órgãos públicos com a ação de sujeitos privados como forma de tutelar os interesses difusos.[240]

---

[236] Id. Ibid., p. 85.

[237] Id. Ibid. p. 85.

[238] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 39, jul./set, 1985, p. 57.

[239] MATTOS, Adherbal Meira. Direitos humanos, interesses difusos e a Constituição, **Revista Forense,** v.304, Rio de Janeiro, out./dez, 1988, p.13.

[240] Ver, infra, Capítulo II, letra "e".

O critério de diferenciação desses interesses é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende, ainda que se tenha em vista um mesmo fato. Destarte, é difuso o interesse que é apresentado em juízo como pertinente a um número indeterminado de pessoas ligadas por uma mesma relação de fato e coletivo aquele em que uma categoria de pessoas determináveis vai a juízo ligada por uma relação jurídica-base. Os direitos individuais homogêneos se constituem de titulares que, por iniciativas individuais, unem-se para a defesa de interesses de origem comum.[241]

Muito embora relevante do ponto de vista teórico, a distinção é desprovida de importância prática no que se refere aos efeitos de admissibilidade da ação civil pública.[242]

3.4 Soluções propostas: vantagens e desvantagens.

Muito embora haja indícios, desde o Direito Romano, da preocupação com a defesa de direitos metaindividuais[243], foi na Suécia, com a criação do *ombudsman*, que primeiro se colocou a questão de se atribuir a alguém a legitimidade ativa para as causas em que se procura defender os interesses da sociedade como um todo[244]. No detalhamento e na evolução legislativa das funções por ele exercidas, outros países foram encontrar possibilidades

---

241 NERY Junior, Nelson. O Processo Civil no Código de Defesa do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p. 24-35.

242 MOREIRA, José Carlos Barbosa. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y coletivos (un aspecto de la experiencia brasileña), **Revista de Processo.** n. 68. p. 55-58, out./dez., 1992.p. 55.

243 Através das "*populares actiones*", exercitáveis por qualquer cidadão para proteção de interesses públicos. Cfr. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no Direito Processual Civil brasileiro**, p. 84; ALMEIDA, Náide Azevedo. Ações populares - ações civis públicas,

244 FIORILLO, p. 84 e 85.

de solução para o problema da tutela de direitos cuja titularidade ampla e indeterminada impedia a respectiva proteção judicial eficaz.

Foram, então, por diferentes autores[245] e em diversos países[246], apresentadas várias soluções possíveis para a atribuição da legitimidade ativa para a causa. Com o propósito de as melhor expor, serão elas agrupadas nos seguintes tópicos:

1) generalizada atribuição de legitimidade a todos os membros da coletividade, cada qual dotado da possibilidade de propor a ação, para a tutela do interesse comum, individualmente ou em litisconsórcio;

2) atribuição restrita a alguns grupos determinados ou associações não estatais, dentre os co-titulares dos interesses coletivos ou difusos, desde que os respectivos objetivos institucionais coincidam com os interesses a serem tutelados;

3) eleição de órgãos estatais encarregados de promover essa tutela, como ocorre com o Ministério Público[247].

---

[245] Na Itália, principalmente a partir da obra de Mauro Cappelletti, muitos autores se incumbiram de desenvolver o tema dos interesses difusos, podendo ser citados, conforme FIORILLO, p. 87 e 88: GIORGI BERTI ("*L'interesse diffuso nel diritto amministrativo*"); VINCENZO CAVALLARI ("*L'interesse diffuso nel processo penale; osservazioni sul progetto per il nuovo codice di procedura penal*"); FILIPPO SGUBBI ("*La tutela penale degli interessi diffusi nel momento attuale: un bilancio complessivamente negativo*"); LORENZO FUSCO ("*Una interpretazione della giurisprudenza del Consiglio di Stato*"); AMEDEO POSTIGLIONE ("*Il rapporto diritto-ambiente nel qualdro della tutela degli interessi diffusi e collettivi, il ruolo della Corte di Cassazione*"); PAOLO MADDALENA ("*Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi*"); RAFFAELE RAIMONDI ("*Itália nostra davanti alla Corte di Cassazione*"); PASQUALE GIAMPIETRO ("*I reati tra Pubblica Amministrazione e giudice ordinario*"); DAVIDE STANZAMNI ("*Note al disegno di legge sulla disciplina degli enti privati di interesse pubblico*"); NICOLETTA MARZONA e VITTORIO ANGIOLINI ("*Giurisdizione Amministrativa ed interessi sovraindividuali*"); ENNI CODINI ("*Beni a fruizione diffusa e giudice amministrativo*"); RENATO FEDERICI ("*Gli interessi diffusi - il problema della loro tutela nel diritto amministrativo*"); MARCO CRESTI ("*Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*").

[246] Além da contribuição italiana, através dos autores citados em nota supra, também se mostraram fundamentais as soluções apresentadas pelo direito anglo-saxão (particularmente através das "*relator actions*" comuns na Grã-Bretanha e na Austrália e das "*class actions*" e "*citizen actions*" dos Estados Unidos), francês (mediante a edição da Lei Royer, em 27 de dezembro de 1973, direcionada à proteção dos consumidores), espanhol (com a "*Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*", de 19 de julho de 1984), alemão (desde a legislação concernente à defesa coletiva contra a concorrência desleal, datada de 21 de julho de 1965) e assim por diante.

3.4.1 Atribuição a todos os co-titulares.

Em relação à pessoa física, não haveria maiores questionamentos em se lhe atribuir a defesa em juízo de interesses difusos, partindo-se, segundo Barbosa Moreira, de uma interpretação análoga ao que ocorre com as obrigações indivisíveis, nas quais cada credor pode exigir a dívida inteira.

A legitimação concorrente e disjuntiva dos co-titulares ocorre, no Brasil, na ação popular, cuja natureza é corretiva, por se restringir a corrigir irregularidades oriundas da própria administração pública.[248] Ressalve-se que, se se afirmar que essas irregularidades geram direitos subjetivos, em sua feição clássica, as respostas seriam as mais variáveis, ensejando intermináveis controvérsias. Preferível, portanto, admitir a caracterização de um interesse difuso ou coletivo, tutelável como tal.[249]

Antes do advento da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a ação civil pública em nosso ordenamento jurídico, considerava-se a ação popular como o instrumento processual mais adequado à proteção dos interesses difusos ou coletivos.[250] Inúmeros eram os exemplos de situações que ensejavam ações populares, ressaltando que sua interpretação ampla possibilitava a tutela de interesses que não se enquadrariam com absoluta

---

247 GRINOVER, Ada Pellegrini. Le garanzie costituzionali del processo nelle azioni collettive, pp. 485 e 486.

248 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 39, , jul./set, 1985.p. 59.

249 Id. Ibid. p. 60.

250 Id. Ibid. p. 67.

exatidão no dispositivo da lei.[251] É o caso da ação popular em matéria edilícia, como instrumento de proteção de interesse difuso consistente na preservação da racionalidade do desenvolvimento urbano.[252]

Inobstante a potencialidade de seu uso, garantida em lei[253] desde 1965 e de previsão constitucional que remonta a 1934, os operadores do direito, em nosso país, pouco dela se utilizaram, dando a impressão de que lhe negligenciam o uso.[254] A explicação para semelhante situação talvez fosse encontrada a partir da análise das condições econômicas, sociais, políticas e culturais vigentes. Uma atitude mais aberta no trato destas questões, bem como a utilização mais consciente e aprofundada desse instrumento, bem poderiam fortalecer os mecanismos de controle sobre a atuação dos órgãos públicos.[255]

Não se esqueça que o direito de ação é direito político e a tutela jurisdicional solicitada por via da ação popular se insere no plano geral da participação popular através da justiça.[256] Por tal via, o cidadão participa na administração da coisa pública e a extensão, em

---

[251] Retiram-se alguns casos de repertórios de jurisprudência: impugnação do ato de aprovação do aeroporto de Brasília; contra os atos administrativos concernentes ao aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro; face a demolição de prédio com valor histórico, em São Paulo; contra a instalação de quiosques, tapumes e toldos e, Águas de Lindóia, etc. Id. Ibid.p. 67 e 68.

[252] Id.Ibid. p. 68.

[253] Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

[254] MOREIRA, José Carlos Barbosa. p. 73.

[255] Id. Ibid. p. 73.

[256] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 144.

seu benefício, da legitimação para agir está profundamente ligada com essa participação. "A relação se dá, portanto, entre legitimidade para agir e democracia participativa".[257]

Fora do Brasil, é uma alternativa adotada com sucesso em alguns países, apesar de apresentar alguns problemas.[258] O principal deles talvez sejam as dificuldades que devem ser enfrentadas pelo indivíduo para conseguir a reunião das condições necessárias ao asseguramento dos interesses coletivos e difusos, de regra complexos e exigentes do ponto de vista do desvelamento de suas circunstâncias concretas e da instrução probatória. "Em numerosos casos, a luta do cidadão isolado contra os responsáveis pelo ato lesivo e os beneficiários dele corre o risco de assemelhar-se à que travaria contra o gigante um Davi desarmado de funda. Tudo concorre para desencorajá-lo: o vulto das despesas, a complexidade das questões, a carência de conhecimentos técnicos, a força política e econômica dos adversários".[259]

Bem por isso, critica-se bastante tal opção, desde o ponto de vista psicológico - pelo desgaste e inviabilidade de se pensar, por exemplo, que um indivíduo possa se sentir à vontade ao litigar, sozinho, contra uma grande corporação[260] - até o prisma técnico, pois é inimaginável que o indivíduo possa produzir todos os elementos probatórios necessários para a efetiva defesa destes direitos. Ademais, indiscutivelmente a idéia de coisa julgada não se

---

257 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 121-122.

258 "Cada ordenamento, evidentemente, tem suas características próprias e nem sempre a exeriência estrangeira se adpata à organização social, à tradição, à mentalidade de outro povo... Nesse sentido, saliente-se a onga tradição de empenho cívico, a consciência dos próprios direitos, a convicção em defendê-los e a associação espontânea, elementos todos que já se incorporaram definitivamente aos hábitos norte-americanos e que entre nós são ainda incipientes". GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.14/15, abr./set. 1979, p. 33.

259 MOREIRA, José Carlos Barbosa. . A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Temas de Direito Processual**. 3ª série. 1980. p. 177.

260 . OLIVEIRA JUNIOR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.33, p. 13.

coaduna com a atividade individual na defesa do direito difuso, dado o conseqüente bloqueio em relação aos demais interessados em pleitear a tutela judicial de seus interesses.[261]

Sob diverso aspecto, o dano suportado por cada um dos indivíduos normalmente é de pequena monta, o que pode não o motivar o suficiente para a promoção em juízo da tutela que a todos beneficia, especialmente pelo alto custo do processo, seja pela antecipação das despesas, seja pela condenação a custas e honorários advocatícios, decorrente da sucumbência.[262] Frente a tantas dificuldades e riscos, facilmente o cidadão poderia expor-se a situações de ridículo.[263]

Não se pode desconsiderar, também, a possibilidade de utilização do processo para a suposta defesa de interesses coletivos ou difusos como meio de pressão para a obtenção de vantagens individuais e ilegítimas, oferecendo-se a extinção do feito como moeda de troca.[264]

Por fim, há o sério risco de ser estabelecido conluio entre autor e réu,[265] dado o grande contraste entre as dimensões econômicas e sociais do prejuízo pelo primeiro sofrido e das vantagens pelo segundo auferidas. Por vezes, isso pode levar a transações iníquas ou a simulações durante o curso do processo, através da propositadamente deficiente instrução

---

261 CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Pádua, n.3, , 1975..

262 PISANI, Andrea Proto. Appunti prelimnari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: **Le azioni a tutela di interesse collettivi**. Atti del Convegno di Studio. Pádua: Cedam, 1976, p. 275.

263 OLIVEIRA Junior., p. 14.

264 PISANI, p. 274.

265 LACERDA, Galeno Vellinho de. LACERDA, Galeno. Ação civil pública. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, p. 17.

probatória, perda de oportunidades processuais para influir na formação do convencimento da autoridade julgadora, etc..[266]

Em suma, se do ponto de vista de seu exercício prático, podem nascer carências e abusos, pois o autor "poderá estar insuficientemente informado, poderá ser uma autor descuidado, negligente, pouco sério e perseverante, ou mesmo um autor pronto a colusões, aberto à corrupção",[267] do ponto de vista político se constitui em importante canal de controle e participação popular na administração pública.

3.4.2 Atribuição a alguns dos co-titulares.

A partir do disposto no art. 6°, do Código de Processo Civil, que exala todo o individualismo próprio ao nosso sistema processual civil, ao dispor que "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei", começam a surgir dificuldades para as associações formularem a defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo, excetuando-se os casos em que esta permissão decorre de expressa previsão em lei.

Para alguns autores,[268] esta situação será revertida através da gradativa incorporação ao nosso ordenamento jurídico de novos instrumentos de tutela. Nesse sentido,

---

266 Tratando da ação popular, assim se manifestou BARBOSA MOREIRA sobre esse problema: "*não é inconcebível que se descubra cidadão disposto a tomar a iniciativa da instauração do processosem a intenção sincera de conseguir resultado favorável, mas, ao contrário, unicamente para provocar, mediante demanda mal instruída e condução negligente do pleito, pronunciamento judicial que declare legítimo - valendo por autêntico 'bill of indenmity' - o ato na realidade eivado de vício*". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional ..., p. 65.

267 "*Potrà essere insufficientemente informata, potrà essere un attore trascurato, negligente, poco serio e perseverante, oppure addirittura un attore pronto a collusioni, aperto alla corruzione*". CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: **Le azioni a tutela di interesse collettivi**. Atti del Convegno di Studio, Pádua: Cedam, 1976, p.200.

268 WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. **Revista de Processo**, n.34, p.197-206, abr./jun. 1984.

os diplomas legislativos que regulam a ação popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), a ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), a defesa do consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), entre outros, são alguns exemplos de específicos instrumentos para tutela interesses desta natureza. Há que se definir, no entanto, a possibilidade de as associações, grupos, entidades, virem a pleitear direitos além daqueles já dispostos na atual legislação brasileira, a exemplo do que ocorre em outros países.

É importante ressaltar que essa opção legislativa leva a uma espécie de *privatização* da justiça, onde grupos e associações passam a ter legitimidade para propor demandas coletivas, além do fato de leigos terem a possibilidade de cumprir determinadas funções relevantes sob a ótica judicial.[269]

Kazuo Watanabe é um dos defensores da possibilidade de as associações defenderem interesses difusos em juízo, sustentando três diferentes motivos.[270] O primeiro é o de que a própria Constituição Federal, em seus arts. 5º, incs. XVIII, XIX, XX e XXI, e 8º, *caput*, estimula explicitamente a formação de associações. Daí o aparente absurdo de tanto se incentivar o associativismo, reconhecendo-se que o Estado não pode e não deve agir sozinho, ao mesmo tempo em que se reprime a introdução de instrumentos apropriados para a defesa dos seus fins.

---

[269] CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n.74, p.82-97, abr./jun. 1994.

[270] WATANABE, p. 202.

Em segundo lugar, a partir de interpretação análoga a situações previstas em legislação ordinária,[271] assevera que estes casos representariam uma técnica de facilitação do acesso à justiça de grupos ou comunidades, a qual se adequaria perfeitamente às associações.

Por fim, interpretação *a contrario sensu* da teoria da desconsideração da pessoa jurídica,[272] seria possível o alcance do âmago das associações que tenham sido criadas com o fim institucional de promover a defesa de algum interesse difuso, remanescendo claro que ela é mero instrumento para a defesa dos próprios associados.

Para a eleição das associações que reuniriam as condições necessárias para a promoção desse tipo de ação, fala-se em representação adequada, sob nítida inspiração da *common law*, onde a *adequacy of representation* é analisada caso a caso pela autoridade judiciária, que é encarregada de verificar a existência da *fair notice* do processo e controlar a forma pela qual a defesa dos interesses do grupo ou da categoria seja atendida com o devido cuidado[273]. No direito pátrio, optou-se pela presunção antecipada desta representatividade, bastando à associação preencher determinados requisitos, especificados em lei, para ter a sua legitimidade para agir reconhecida.[274]

---

271 Reconhece-se a alguns entes não dotados de personalidade jurídica a capacidade para estar em juízo, como acontece com a massa falida, o espólio, as sociedades sem personalidade jurídica e o condomínio (art. 12, incs. III, V, VII e IX, do Código de Processo Civil).

272 Consistente, em rápidas palavras, na desconsideração da personalidade jurídica quando esta servir de anteparo a operações fraudulentas, de forma a se permitir sejam atingidos seus sócios quanto aos efeitos de determinados atos. Não se extingue a personalidade jurídica, mas, sim, ressalta-se que esta foi mero instrumento para um abuso de direito. Ver, a esse respeito, WATANABE, , p. 198

273 GRINOVER, p. 487.

274 Segundo art. 5º, incs. I e II, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, basta estar constituída legalmente há pelo menos um ano e incluir, dentre as suas finalidades institucionais, a defesa ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Chama a atenção, sob diverso aspecto, a falta de propensão associativa no povo brasileiro, o que, em parte, explicaria a escassez de iniciativas de associações civis, em termos de defesa em juízo de direitos coletivos ou difusos. Mesmo as associações existentes, quando parece indispensável demandar em juízo, preferem quase sempre recorrer aos serviços do Ministério Público, utilizando-se da previsão constante do art. 6°, da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, concernente à possibilidade de provocação da atividade ministerial.[275]

Há, também, grande dificuldade para a definição dos requisitos a serem preenchidos pelos grupos ou associações a terem legitimidade ativa para a defesa judicial dos interesses metaindividuais. A avaliação da idoneidade das associações sigularmente consideradas para serem portadoras de tais interesses pressupõe uma análise que garanta a seriedade por ela eferecida, a ser desenvolvida previamente pelo legislador ou pelo magistrado frente às situações concretas.[276] Como assevera Mauro Cappelletti, "uma solução legislativa, rígida, apriorística, seria destinada a fazer mais mal do que bem; seria como o machado do lenhador usado lá onde o que se pede é, ao invés, a delicada intervenção do bisturi do cirurgião".[277] Daí a preferência por uma larga margem de discricionariedade judicial, apta a proporcionar respostas realistas e flexíveis frente à imprevisibilidade dos casos concretos.[278]

A vantagem das associações é a possibilidade de concentração das forças de um grupo de pessoas, superando a fraqueza do indivíduo isolado. Entre as desvantagens, destaca-

---

[275] MOREIRA, José Carlos Barbosa La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y coletivos (un aspecto de la experiencia brasileña) **Revista de Processo**, n.68, out./dez, 1992, p. 57.

[276] PISANI, p. 275. No Brasil, por exemplo, optou-se pela prévia definição em lei dos requisitos, ao passo que, nos Estados Unidos, deu-se ao juiz a possibilidade de avaliá-los caso a caso.

[277] Apud SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. O Ministério Público e a tutela jurisdicional dos interesses coletivos, **Revista de Processo,** n. 32, out./dez, 1983, p. 276.

[278] CAPPELLETTI, Mauro. Appunti ..., p. 201.

se a necessidade de reconhecimento oficial, impossibilitando um associar-se espontâneo.[279] Ademais, há o obstáculo dos próprios estatutos das associações, que via de regra se restringem a prever a defesa dos interesses próprios e diretos em juízo, e não os coletivos ou difusos, de vida mais recente.[280]

3.4.3 Atribuição a órgãos estatais.

Outra solução que também se apresenta é a atribuição da legitimidade para agir ao Ministério Público ou a criação de órgãos especializados para a defesa destes direitos. São exemplos dados pelo direito comparado a Suécia, com o *ombudsman* dos consumidores, a Inglaterra, com o *Director General of Fair Traiding e a Race Relations Act*, os Estados Unidos, com a *Consumer Protection Agency*, o Gana, com o *Environmental Protection*, e a Índia, com o *Indian monopolies and restrictive trade practices act*.[281]

Como solução ideal, já se propôs a criação de organismos públicos, estatais, altamente especializados, chamados por Mauro Cappelletti de Ministérios Públicos especializados. As vantagens destes órgãos é a sua especialização e informação, pois possuem competência específica nos diversos campos de interesses difusos. As desvantagens são a burocratização destes órgãos, o risco de cooptação dos mesmos e a sua falta de independência diante do Poder Executivo.[282]

---

[279] Trata-se do chamado *Verbansklage* do direito alemão e da *action collective* do direito francês. CAPPELLETTI. Tutela ..., p. 177.

[280] LACERDA, p. 18.

[281] GRINOVER, p.33.

[282] CAPPELLETTI. Tutela ..., p. 176.

De outro lado, sendo os interesses difusos fragmentados, a necessidade uma proteção jurisdicional adequada ultrapassa a solução tradicional publicística. Esta, também denominada de estatal, tutela e legitima para agir o Estado, como se verifica na França, na Alemanha, nos países da Europa Oriental e mesmo nos países de *common law*. Em regra, a parte pública (*Ministère Public* da França, *Staatanwalt* da Alemanha, *Attorney General* dos países da common law) peca pela falta de especialização e pela representação de interesses do Estado, sendo considerada, por isso, inidônea à proteção desses novos direitos de tão significativa repercussão social e econômica.[283]

Quanto à legitimação especificamente do Ministério Público para a tutela dos interesses difusos e coletivos, condena-se a sua titularidade exclusiva, como se verifica em alguns países. Precisamente por ter estreitas ligações, muitas vezes, com os órgãos de governo, manifesta dificuldades para agir em defesa dos interesses metaindividuais sempre que os abusos tenham origem nos próprios órgãos do Estado.[284]

De outro lado, em se tratando do Ministério Público, a sua história multissecular de atuação, tanto no processo penal, quanto no civil, exclui a possibilidade de sua adaptação como defensor dos interesses coletivos e difusos.[285] Por ser organizado internamente em forma de carreira, pela qual os cargos mais importantes são alcançados paulatinamente, de acordo com o tempo de exercício profissional, tende a se fechar, a se isolar

---

[283] CAPPELLETTI.Tutela ..., p. 175.

[284] Mauro Cappelletti . (Os métodos alternativos... p.) cita o exemplo do Ministério Público norte-americano como tentativa frustrada de se efetivar essa solução, mas, por outro lado, aponta o sucesso, em alguns países da Europa, da criação de órgãos governamentais especializados no desenvolvimento dessa atividade.

[285] MOREIRA, José Carlos Barbosa. La iniciativa..., p. 56.

e a consolidar o privilégio dos mais antigos, que, via de regra, resistem mais a alterar padrões de atuação já pré-estabelecidos e situações já acomodadas.[286]

Demais disso, falta aos seus membros especialização capaz de habilitá-los a postular a defesa dos interesses coletivos. Considerado o conjunto de circunstâncias, segundo Mauro Cappelletti, a sua inclinação é muito mais forte no sentido de não agir, do que de promover a ação civil pública cabível.[287] Não teria, por conseguinte, o perfil adequado a desempenhar essa tarefa, por falta de interesse material, de interesse social, de atração cultural e de conhecimento especializado. Haveria necessidade de transformar a instituição, criando uma nova, o que parecer ser uma ilusão.[288]

3.4.4 Soluções intermediárias.

Como todas apresentam vantagens e desvantagens, se consideradas isoladamente, a doutrina levanta a possibilidade de uma combinação entre as diferentes alternativas para a iniciativa de ações voltadas à proteção dos interesses metaindividuais. Por isso, freqüentemente, são adotadas soluções compostas, articuladas e flexíveis, "capazes de assegurar adequada tutela dos interesses difusos mediante a combinação de critérios diversos"[289].

Abrem-se, aqui, muitas possibilidades de união de esforços entre entidades públicas e privadas na tutela dos direitos coletivos. Por exemplo, o *ombudsman* sueco não possui um monopólio na tutela dos diretos concernentes à sua área de atuação, sendo possível

---

286 CAPPELLETTI. Appunti ..., p. 212 e 213.

287 Apud SOUZA, p. 276.

288 CAPPELLETTI. Appunti ..., p. 213 e 214.

289 GRINOVER, Ada Pellegrini. Le garanzie ..., p. 486.

a associações privadas também intervir. De igual sorte, na França, diante de determinados delitos, indivíduos ou associações podem promover a ação penal, independentemente da vontade do *parquet*. Dentre estas variações, merecem destaque as *relator actions*, as *class actions* e as *citizen actions*.

A *relator action*, própria do direito inglês e do australiano, é atribuída ao Ministério Público, mas pode ser promovida por indivíduos ou por associações, nas hipóteses em que se caracterize a inércia do *Attorney General* e haja autorização por este fornecida, frente a lesões à saúde ou bem-estar da coletividade. Seus efeitos se estendem a toda a coletividade, sendo fundada na *eqüity*, misto de atuação privada e controle público.[290]

À sua vez, na *class action*,[291] exemplo mais notório de tutela de direito coletivo da *common law* e do direito norte-americano, o interessado não precisa de autorização para atuar, bastando a demonstração de sua adequada representação da classe ou grupo, a ser apreciada pelo juiz no caso concreto.[292] Tem, ainda, por requisitos, o dever de demonstrar a impossibilidade de participação em juízo de todos os possíveis interessados e a presença de uma mesma questão de fato ou de direito comum a todos.[293] É vantajosa pela espontaneidade

---

[290] FIORILLO, p. 91.

[291] "*A class action is an action brought by a member of a group, on behalf of himself and all other members of the group, identifiable in principle thought not necessarily identified, in respect of a common grievance, seeking damages for all members of the group arising out of a similar breath of obligation to each. The class action. The class action developed originally in America where it has benn widey used not only in the consumer interest but also by envirommentalists, civil rights group and in employment litigation*". TUR, Richard H. S. Litigation and the consumer interest; the class action and beyond. **Legal studies**, v.2, n.2, , jul.1982, p. 156.

[292] FIORILLO, p. 93.

[293] Esse terceiro requisito veio a ser substituído, em regulamentação posterior (1966), pelas características do direito, que deve ser *joint, common* ou *secundary*, nas causas em que há coincidência entre os interesses de todos os co-titulares, e *several*, no caso dos direitos da classe serem distintos, mas relativos a um mesmo bem. TARUFFO, Michele. I limiti soggetivi del giudicato e le class actions. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, n.4, 1969, p. 620 a 625.

na sua propositura e flexibilidade na cobertura dos danos havidos. No entanto, podem ocorrer abusos nas hipóteses em que haja defeito na representatividade da associação autora.

Ao contrário do sistema brasileiro, o sistema norte americano construiu lentamente os seus mecanismos de tutela de direitos coletivos, havendo uma maior tradição neste em relação ao Brasil, no qual a maioria dos diplomas legislativos que tratam deste assunto é recente.

Assim, há também a *citizen action*, ação similar à *class action*, que aparece nos Estados Unidos em 1970, com a promulgação da *Clean Air act*. Ela surge no contexto como mecanismo de tutela do direito ambiental, sendo espécie do gênero *public interest action*, "uma grande família de mecanismos judiciais de acesso coletivo destinado à tutela dos chamados interesses difusos".[294]

O seu objeto é a repressão tanto dos abusos da administração, quanto de agentes poluidores. Existem, portanto, dois tipos básicos de *citizen action*: uma proposta diretamente contra o agente poluidor e outra que é proposta contra o setor da administração responsável pelo violação de direitos públicos.

A gênese da *citizen action* encontra-se na idéia de uma espécie de Ministério Público Privado, consubstanciado na propositura, pelo cidadão, de ações com o intuito de defender direitos públicos. Qualquer pessoa tem legitimidade para agir, seja indivíduo, pessoa jurídica, sociedade, associação ou entidades públicas.

Tendo apresentado resultados favoráveis em seu manejo nos Estados Unidos, podem ser relacionados os seguintes aspectos positivos: **a)** os cidadãos, por sofrerem diretamente os prejuízos, são os mais indicados para os avaliar, cabendo ao direito incentivá-

---

294 BENJAMIN, Antônio Hermann. A citizen action norte-americana e a tutela ambiental. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 62, p. 66.

los a participar desse controle; **b**) a atividade do cidadão tende a ser menos viciada quanto aos procedimentos de ordem burocrática; **c**) a ação do cidadão amplia a esfera de fiscalização do Estado, sem nenhum custo; **d**) a pressão do cidadão leva os órgãos estatais a um maior zelo e eficiência nas questões públicas.

Em sentido oposto, há alguns aspectos negativos: **a**) o risco de ações discriminatórias movidas em face de uma empresa em particular, com exclusivo intuito de servir como instrumento de perseguição; **b**) a possibilidade de se construir tutelas diferenciadas dos interesse públicos, proporcionalmente ao grau de organização de cada comunidade; **c**) o receio de que a multiplicação destas ações seja incompatível com as possibilidades de o Estado oferecer respostas; **d**) o seu mau uso pode proporcionar uma união entre falsos ambientalistas e poluidores.[295]

Em suma, tende-se a conjugar vontades na configuração da legitimação para agir na tutela dos interesses coletivos, sendo nas *relator action* fixada entre o indivíduo e o *Attorney general*, ao passo em que nas *class actions* se estabelece entre a classe ou grupo e o juiz e nas *citizen actions* surge entre indivíduos, grupos, associações e órgãos públicos.

Na linha das soluções intermediárias, insere-se a experiência brasileira, cuja legislação prevê vários legitimados para agir em defesa dos interesses e direitos metaindividuais. A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a ação civil pública, por exemplo, atribuiu legitimidade para a sua propositura ao Ministério Público, à União, aos Estados, aos Municípios, às autarquias, às empresas públicas, às fundações, às sociedade de economia mista e às associações que tenham sido constituídas há mais de um ano e incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem

---

[295] BENJAMIN, p. 69.

econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.[296]

Abriu-se, assim, amplo espectro de legitimados, proporcionando-se mais completo asseguramento dos direitos coletivos e difusos e superando-se muitas das dificuldades enfrentadas pela utilização isolada de apenas um dos critérios de legitimação.

Como, porém, havia muitas críticas à legitimação para agir do Ministério Público, como acima se viu, procurar-se-á, no capítulo seguinte, apresentar as razões que levaram o legislador brasileiro a reconhecer, no plano legislativo, a sua legitimidade.

4. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

4.1 Estado e Ministério Público.

Segundo a lição de Piero Calamandrei,

> Entre todos os cargos [...] o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado, e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido de equilíbrio, se arrisca - momento a momento - a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.[297]

4.1.1 Consolidação histórica do Ministério Público.

---

[296] Art. 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

[297] CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 3.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1960, p. 59.

Incontáveis são as tentativas de se estabelecer as origens históricas do Ministério Público. Alguns estudiosos, procurando identificar cargos e funções assemelhadas ao perfil moderno da instituição, encontram seus antecedentes desde antigo Egito, há mais de 4.000 anos[298], até a França de Felipe, o Belo, no século XIV. Durante este extenso período, em quase todas as organizações estatais das civilizações antigas há traços identificadores da instituição nascente, cujos contornos definitivos serão consolidados ao longo dos tempos. Essa "massa informe carregada de embriões" foi "pouco a pouco sofrendo o processo de decantação e purificação histórica, até ganhar individualidade própria e contorno definido".[299]

Na Grécia clássica haviam os funcionários conhecidos por *tesmoteti* ou *desmodetas*, cuja principal atribuição era promover a acusação pública e vigiar pela aplicação correta das leis.[300] Em Roma havia cinco magistrados mais referidos como precursores do Ministério Público, a saber: os censores, os defensores das cidades, os irenarcas, os presidentes das questões perpétuas e os procuradores de César, alguns com funções de representação do Estado, outros de reprimir a criminalidade. Durante a Idade Média, os *saions* germânicos desempenhavam atribuições semelhantes às do Ministério Público, assim como os *bailios* e os *senescais*.[301]

---

298 No Egito "teria existido a figura do *magiai* - procurador do rei - que compunha um corpo de funcionários, com atribuições na esfera da repressão penal, para castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, formalizar acusações e participar das instruções probatórias na busca da verdade, bem como na esfera civil, para defender determinadas pessoas, como órfãos e viúvas". GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**. II CONGRESSO DO MOVIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEMOCRÁTICO. Ribeirão Preto, 1995, p. 2.

299 MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público - sua gênese e sua história. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.84, out./dez. 1984.p. 197 e 198.

300 PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira de. O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, n.72, out/dez 1981, p. 82.

301 Nesse sentido, ver VELLANI, Mario. **Il pubblico ministero nel processo**. vol. I. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1965, p. 11-15; GOULART, p. 2; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa.

Porquanto estas referências sejam muito vagas, parcela importante de doutrinadores as rechaçam, afirmando que, se forem examinadas, uma a uma, as principais hipóteses de origem romana da instituição, nenhuma delas irá reunir todos os atributos que competem hoje ao Ministério Público.[302] Assim, Francesco Carrara diz que o próprio ofício do Ministério Público é resultado de um longo processo histórico, pois *"a ausência da figura de um acusador público especial, no direito romano, basta para afastar de Roma o verdadeiro berço do Ministério Público".*[303]

Para essa vertente, o Ministério Público tem origem na França do século XIV, sendo a *Ordonnance* de Felipe, o Belo, de 25 de março de 1303, que impôs aos *procureurs du Roi* o juramento dos magistrados e a proibição de exercer outra função, senão a defesa dos interesses do Rei, o seu registro de nascimento. Contudo, somente após a Revolução Francesa irá assumir seus contornos mais nítidos, especialmente através do Código de Instrução Criminal de 1808 [304].

Importa ressaltar que a sua primeira fase de existência reconhecida coincide com o processo de monopolização da função jurisdicional em mãos da realeza[305] e a

---

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 10.

[302] RASSAT, Michel-Laure. Le Ministère Public entre son passè et son avenir, Apud: MEIRELES, p. 199.

[303] Apud MEIRELES, p. 200.

[304] MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**, vol. II, pp. 256-257; MEIRELES, p. 201; GOULART, p. 3.

[305] Segundo Castro Nunes, em Teoria e Prática do Poder Judiciário, "a função de dizer o direito era, nos primórdios, uma função do rei", que nem sempre a exercia sozinho, sendo assessorado por áulicos ou conselheiros especializados. "Com o andar dos tempos, o desenvolvimento das relações jurídicas e a especialização da função tornada cada vez mais técnica, esse corpo de profissionais veio a constituir uma magistratura a que o rei foi abandonando, pouco a pouco, o exercício da prerrogativa". Apud: MEIRELES, p. 198.

construção do Estado moderno, sob o modelo absolutista[306], "se inserindo no processo de racionalização, burocratização e centralização de poderes que nele vai resultar".[307] Por conseguinte, com o final da Idade Média e a assunção, pelo soberano, do poder político e de dizer o direito com exclusividade, em detrimento da atividade jurisdicional da Igreja, dos senhores feudais e das corporações, é que concorrerão as condições básicas de organização política da sociedade aptas a ensejar o surgimento do Ministério Público.[308]

No Brasil, a busca pelas origens do Ministério Público deve ser encetada a partir do direito português, entre nós vigente durante os períodos colonial, do império e início do republicano.[309] Nesse rumo, o primeiro texto legal a mencionar o promotor de justiça são as Ordenações Manuelinas, datadas de 1521, que lhe atribuiu a missão de fiscalizar o cumprimento e a execução das leis.[310] Mas serão as Ordenações Filipinas, de 1603, que irão tratar com maior organicidade as atribuições do promotor de justiça, não mais limitadas à fiscalização do cumprimento das leis, mas também se estendendo à promoção da acusação criminal aos suspeitos submetidos a processos perante a Casa de Suplicação.[311]

---

306 Ver, supra, II, "a", nº 3.

307 SALLES, Carlos Alberto de. **A legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos e garantias constitucionais**. São Paulo, 1992. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 20.

308 ZAPPA, Giancarlo. . Il Pubblico Ministero: appunti di storia e di diritto comparato. In: **La riforma del Pubblico Ministero**. Milão: Giuffrè, 1974, p. 63-82.

309 Segundo Carlos Alberto de Salles, "a definitiva substituição das Ordenações Filipinas só se completou com a entrada em vigor do Código Civil de 1916". SALLES, p. 24.

310 GOULART, p. 6.

311 CAMPOS, Benedicto de. CAMPOS, Benedicto de. **O Ministério Público e o novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1976. p. 13-15. Diz o Título XV, das Ordenações Filipinas: "Ao Desembargador da Casa da Suplicação, que servir de Promotor de Justiça, pertence requerer todas as cousas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu Officio pertence formar libellos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão

Em território brasileiro, o primeiro texto legal que ao Ministério Público se refere é o que data de 9 de janeiro de 1609[312], que regulamentou o Tribunal de Relação da Bahia e colocou o promotor de justiça como um de seus integrantes. No entanto, tão-somente com a edição do Código de Processo Penal, em 29 de novembro de 1932, é que se organizou sistematicamente o Ministério Público.

Com a proclamação da República, a instituição é reconhecida como integrante do Estado brasileiro e, através da edição dos Decretos nº 848, de 11 de outubro de 1890 (relativo à organização da Justiça Federal), e nº 1.030, de 14 de novembro de 1890 (referente à organização do Ministério Público do Distrito Federal), atribuiu-se-lhe contornos de autonomia e funções próprias.

Todavia, não foi reconhecido pelas Constituições de 1824 e 1891, sendo que esta se limitou a mencionar o processo de escolha do Procurador-Geral da República, dentro da seção destinada ao Poder Judiciário (art. 58, § 2º).

Somente a de 1934 a ele fez referência, como "*órgão de cooperação nas atividades governamentais*"[313], em conjunto com o Tribunal de Contas e com os Conselhos

---

de ser acusados na Casa da Suplicação por acordo da Relação. E levará de cada libello cem réis; e onde houver querela perfeita, ou quando o seguro confessar o malefício da Carta de Seguro, em cada hum dos ditos casos o faça pelo mandado dos Corregedores da Cortte dos feitos crimes, ou de qualquer outro Desembargador, que do feito conhecer. O qual libello fará no caso de querela o mais breve que puder, conforme a ella. Porém nos casos, onde não houver querela, nem confissão da parte, porá sua tenção na devassa, parecendo-lhe, que ella se não deve proceder, para com elle dito Promotor se ver em Relação, se deve ser accusado, preso ou absolvido. E assi fará nos ditos feitos quaesquer outros artigos e diligencias, que forem necessarias por bem da Justiça. Porém não razoará os feitos em final, salvo em algum feito de importância, sendo-lhe mandado per acordo da Relação" (reprodução da edição organizada por Cândido Mendes de Almeida, em 1870, em fac-símile. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985).

312 Há dúvida quanto ao dia exato da edição da referida norma, sustentanto MAZZILLI (O Ministério Público na Constituição de 1988, p. 7) ser 7 de março de 1609 e GOULART (Ministério Público e democracia, p. 6) e MACHADO (A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, p. 16) ser 9 de janeiro do mesmo ano.

313 Seção I, Capítulo VI, Título I, da Constituição Federal de 16 de julho de 1934.

Técnicos dos Ministérios. Pela primeira vez, é consagrado, em sede constitucional, o princípio da independência da instituição e assegurada a estabilidade de seus membros, cujo ingresso passa depender de concurso público, ao menos no âmbito federal (art. 95, § 3°). Não lhe é, contudo, garantida a autonomia, posto que a nomeação de seu chefe, demissível *ad nutum*, é atribuída ao Poder Executivo, com a subseqüente aprovação do Legislativo (art. 95, § 1°).[314]

A de 1937 repete o texto de 1891, marcando o retrocesso institucional, sob o influxo da ditadura instaurada com o golpe de 10 de novembro de 1937 e a instalação do Estado Novo. Apesar de se limitar à disciplina da forma de nomeação do Procurador-Geral da República, dentro do tópico relativo ao Poder Judiciário, não há dúvida quanto à manutenção de sua vinculação ao Poder Executivo, cujo chefe livremente nomeará e demitirá o Procurador-Geral (art. 99).

Encerrado o período ditatorial, a Constituição Federal de 18 de setembro de 1946 dá um passo à frente ao dedicar um título especial ao Ministério Público (Título III, arts. 125 a 128), desvinculando-o topograficamente da disciplina concernente aos Poderes Executivo e Judiciário. São-lhe assegurados o ingresso nos cargos iniciais mediante concurso, a estabilidade após dois anos de exercício do cargo, a inamovibilidade e a organização de carreira, segundo o princípio de promoção de entrância a entrância (arts. 127 e 128).

A Carta Magna de 24 de janeiro de 1967 rompeu com a idéia de um Ministério Público independente e o incluiu na Seção IX, do Capítulo VIII, referente ao Poder Judiciário. Não obstante, manteve as conquistas consolidadas no texto constitucional anterior, como a acessibilidade, estabilidade e inamovibilidade de seus membros (arts. 138 e 139). Com a

---

314 "Esse aparente hibridismo levou alguns intérpretes a entender que o Ministério Público integrava o Executivo, destacando-se nessa corrente o então Presidente Getúlio Vargas, que, ao vetar parcialmente o Decreto n° 5/35, que regulava o provimento de cargos do Ministério Público Eleitoral, entendeu que, como órgão de cooperação nas atividades governamentais, o Ministério Público não seria magistratura, mas sim órgão do Poder Executivo".GOULART, p. 9.

Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a disciplina da instituição permaneceu igual, apenas se alterando a sua localização, já que passou a integrar a Seção VII, do Capítulo VII, concernente ao Poder Executivo.

Observa-se, até aqui, que o tratamento constitucional dispensado ao Ministério Público se apresenta tímido, disperso, instável e incompleto.[315] Naturalmente, essa instabilidade é reflexo das dificuldades para implantação de um regime democrático em nosso país, sempre sujeito a avanços e recuos, conforme a força dos ventos políticos prevalentes em cada momento histórico. Na correta visão de João Benedito de Azevedo Marques, "o Ministério Público é filho dileto do estado de direito e só tem condições de prosperar e progredir num regime democrático pleno".[316]

De igual sorte, traço comum em todas as constituições supra-mencionadas é a absoluta e total dependência do Procurador-Geral da República e dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados ao Poder Executivo, que pode a qualquer tempo demití-lo e livremente nomear o seu substituto. Dessa forma, "instável no cargo, o Procurador-Geral perde o poder de chefia e de liderança que lhe é próprio, sempre que os interesses da Instituição, os interesses da realização da Justiça, se contrapuserem aos dos governos locais, vale dizer, da política dominante".[317]

Paralelamente, o papel desempenhado pelo Ministério Público, na esfera civil, foi-se ampliando de forma paulatina, mas circunscrito a duas sendas muito bem definidas: exercendo o direito de ação nos casos previstos em lei (art. 81, do Código de Processo Civil) e

---

315 Nesse sentido, SALLES, p. 52; VELOSO, Marília Lomanto. O Ministério Público e a defesa dos direitos políticos. In: MARQUES, Luiz Henrique de Castro (org.). **Ministério Público: direitos civis, sociais e políticos - uma prática**. Salvador: OEA-UFBA-EGBA, 1990, p. 38.

316 MARQUES, João Benedito de Azevedo. **Direito e democracia. O papel do Ministério Público**. São Paulo: Cortez, 1990.p. 14.

317 CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas.Apud: MARQUES, João Benedito de Azevedo, p. 21.

intervindo nas causas em que haja interesse público, seja pela natureza da lide, seja pela qualidade da parte (art. 82, do mesmo diploma legislativo).

A sua atuação no cível, portanto, cingia-se ao estabelecido pelo Código de Processo Civil, cuja elaboração, sob a égide das concepções individualistas do direito, orientou-se apenas para a tutela dos conflitos intersubjetivos, tornando problemática a tutela dos interesses coletivos e difusos, já em fase de reconhecimento doutrinário à época de sua edição (11 de janeiro de 1973).

A transformação institucional mais profunda começa a ocorrer com a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que prevê a elaboração de lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, para o estabelecimento de "*normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual*" (art. 96, parágrafo único). É, então, sancionada a Lei Complementar nº 40, em 14 de dezembro de 1981, que dá novos contornos ao Ministério Público, definindo-o como "*instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado*", responsável "*pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade*" (art. 1º), orientada pelos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e autonomia funcional (art. 2º) e tendo por funções o zelo pela "*observância da Constituição e das leis*" (art. 3º, inc. I), a promoção da "*ação penal pública*" (art. 3º, inc. II) e a promoção da "*ação civil pública, nos termos da lei*" (art. 3º, inc. III).

Introduziu-se a novidade em face da percepção da existência de interesses coletivos ou sociais carentes de tutela. "Civilizações mais adiantadas já têm trato com esses novos entres. Com o aumento populacional e a conseqüente complexidade da vida social, os direitos subjetivos vãos de tornando cada vez mais preteridos. Mais complexa e difícil, porém, se torna a tutela, quando as violações se

dirigem contra uma coletividade difusa, não organizada juridicamente e, portanto, sem instrumental de defesa próprio e legítimo. O assunto começa a ser estudado no Brasil"[318].

Baixou, então, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça três resoluções:

> A primeira, recomendando aos órgãos do Ministério Público a fiscalização das leis de proteção à fauna, à flora e ao controle de poluição ambiental; a segunda, recomendando-lhes a execução, no Juízo Cível, das sentenças condenatórias, para efeito de reparação de dano às vítimas ou a seu beneficiários, quando pobres; e a terceira, recomendando-lhes a postulação da imposição da pena acess'ria no caso de delito de trânsito praticado com abuso de profissão, para que se torne efetivo instrumento de prevenção de acidentes.[319]

Começa a emergir, aqui, uma nova instituição, cujo perfil será consolidado com o advento da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, e da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

É definido, então, como "instituição permanente, essencial à função jurisidiconal do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, da Constituição Federal em vigor). A seguir, dispôs sobre a sua estrutura, garantias de seus membros e elencou suas funções essenciais[320], elevando para o

---

318 MEIRELES, p. 211.

319 Id. Ibid., p. 214.

320 "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (Constituição Federal).

patamar constitucional importantes atribuições antes estabelecidas apenas na legislação infra-constitucional.

Estabeleceu-se, então, a efetiva independência do Ministério Público em relação aos demais órgãos estatais, destinando-lhe capítulo específico[321] na Carta Magna e garantindo-lhe (**a**) a "autonomia funcional e administrativa" (art. 127, § 2°), (**b**) a proposta de "criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares" (art. 127, § 2°), (**c**) a elaboração de proposta orçamentária própria (art. 127, § 3°), (**d**) "a independência funcional" (art. 127, § 1°), (**e**) a fixação de mandato para os Procuradores-Gerais da República e dos Estados (art. 128, §§ 1° e 3°), (**f**) processo de escolha da chefia da instituição através da elaboração interna de "lista tríplice dentre integrantes da carreira" (art. 128, § 3°), (**h**) as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos de seus membros (art. 128, § 5°, inc. I) e (**i**) ingresso na carreira condicionado a concurso público de provas e títulos (art. 127, § 2°).

Isso não quer significar, como chegaram a sustentar alguns autores[322], que se tenha constuído um quarto poder de Estado, uma vez que "a teoria da separação dos poderes do Estado, estabelecendo o controle do poder pelo poder [...] quis exatamente dizer que as funções executiva, legislativa e judiciária controlar-se-iam mutuamente e para isso indicou os caminhos a serem seguidos. Além disso, quem controlaria os abusos cometidos pelo Poder Controlador?".[323]

Mais adequado é o entendimento de que o modelo institucional adotado pela Constituição Federal de 1988 constitui afirmação do Estado Social[324], porquanto represente

---

[321] Capítulo IV, Título IV, da Constituição Federal.

[322] Como, por exemplo, VALLADÃO, Alfredo. **O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1973.

[323] PAULA, p. 95.

[324] Ver, supra, II, "a", n° 3.

canal privilegiado para a exigibilidade de implementação, frente ao próprio Estado, das política públicas sociais, além de se consubstanciar em reação ao crescimento exacerbado do Poder Executivo, na medida em que se revela importante mecanismo de controle da atividade estatal colocado à disposição da sociedade (art. 129, inc. II).[325]

Assume, assim, compromisso decisivo para a efetividade do ordenamento constitucional, pois "não apenas lhe cabe dar concreção aos direitos estabelecidos na Constituição, adotando as providências necessárias contra o desrespeito a tais direitos e retirando-lhes o caráter exclusivamente formal, mas lhe compete, também, gerar condições para a efetividade do poder jurisdicional, submetendo ao crivo deste o controle da atividade estatal e questões de interesse geral".[326]

Procura-se, portanto, superar as antigas concepções que reservavam às normas constitucionais mero papel retórico na ordem jurídica, destituídas de efeitos concretos. Os direitos sociais, a serem defendidos pelo Ministério Público, não são garantidos pelas denominadas normas programáticas "ou directivas de acção estadual de alcance essencialmente político"[327], não se limitando a apenas legitimar a pressão política sobre os órgãos responsáveis pelo seu atendimento. Constituem, principalmente, fundamento da ação estatal e servem à interpretação das normas integrantes do ordenamento jurídico. Ainda, "têm como titular directo os cidadãos (ou organizações sociais), pelo que as actividades ou prestações reclamadas do Estado surgem como verdadeiras obrigações deste, como componente passiva daqueles direitos".[328] Em outras palavras, são

---

[325] SALLES, p. 62.

[326] Id. Ibid., p. 66.

[327] CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: coimbra Editoria, 1991.p. 127.

[328] Id. Ibid. p. 128.

autênticos direitos fundamentais dos cidadãos, dotados de dupla dimensão: subjetiva, posto que são direitos públicos subjetivos, e objetiva, por consistirem na correspondente imposição constitucional ao Estado.

Assim, nota-se que o significado político e social da legitimação constitucional do Ministério Público para a tutela dos interesses metaindividuais é mais ampla do que à primeira vista pode parecer, dada a transcendência da sua expressão exclusivamente processual[329]. Com vistas justamente a contribuir para o desvelamento da relevância e novidade dessa atuação, bem como para o enfrentamento dos problemas jurídicos por ela suscitados, é que se deu início ao presente estudo.

Em suma, "o caminho percorrido pelo Ministério Público brasileiro e a sua mutação histórica demonstram que a instituição transforma-se e constrói a sua nova identidade a partir das exigências sociais, respondendo às novas demandas postas por uma sociedade urbano-industrial cada vez mais complexa e conflituosa, permeada pela ação permanente de novos agentes coletivos, que emergiram e continuam a emergir no processo de mudanças estruturais que se aceleraram sobretudo a partir de meados do século XX".[330]

4.1.2 O Ministério Público no direito comparado.

Enquanto instituição presente em vários países, é relevante fixar os pontos de contato e as principais diferenças entre as diversas conformações em cada qual adotada, tomando-se por termo comparativo o atual Ministério Público brasileiro.

---

[329] SALLES, p. 67.

[330] GOULART, p. 14.

Apesar da origem histórica comum[331], o Ministério Público nacional percorreu caminhos próprios e alcançou significativo reconhecimento legislativo e político-social, a ponto de se destacar em confronto aos demais, especialmente àqueles de matriz européia. Observe-se, no entanto, que "o fortalecimento observado no Brasil não é de maneira alguma gratuito ou fruto de uma vontade política iluminada. Ao contrário, atende a condicionantes sócio-políticas bastante claras".[332] Podem ser apontadas, para esclarecimento de algumas dessas condições sociais e políticas, a prevalência de regimes políticos centralizadores e não democráticos em nossa história, de modo especial o militar autoritário instaurado a partir de 1964[333], o conseqüente desestímulo e aprofundamento das dificuldades para articulação e mobilização dos movimentos sociais e das organizações e entidades não governamentais voltadas à construção e exercício da cidadania[334] e as extensas parcelas da população excluídas e marginalizadas de todos os benefícios produzidos pela sociedade.[335]

---

331 Ver, supra, IV, "a", nº 1.

332 SALLES, p. 41.

333 Id. Ibid. p. 42.

334 Muito se tem discutido, nos últimos anos, a respeito da escassa eficácia da ação dos movimentos sociais, "que não conseguiriam estabelecer formas institucionais de existência e de relacionamento com o Estado no sentido de redefinir o papel deste no interior da sociedade brasileira. Como não teriam avançado para ocupar uma posição de centralidade na sociedade civil, revolucionando o sistema de representação de interesse, e, portanto, o padrão de apropriação desigual de riqueza no país. Igualmente não teriam obtido a reformulação dos estatuto, concepções e práticas dos partidos políticos e corpos legislativos, democratizando a gestão da coisa pública. Em resumo, não teriam tido êxito em realizar transformações de vulto no quadro da vida nacional. Sua autonomia ideológica não assegurou a possibilidade de intervenção na correlação de forças do sistema político dominante. Ademais, sua ação reivindicativa foi fragmentada e limitada pelo próprio movimento do aparelho de Estado". COSTA, Nilson do Rosário et al. **Demandas populares, políticas públicas e saúde.** Petrópolis: Vozes, 1989. p. 50.

335 São gravíssimas as situações de desigualdade econômica e política vivenciadas pela maioria da nossa população. Muito ao contrário do que se imagina, a situação em muito se agravou nos últimos anos, chegando-se a limites de pauperização inimagináveis, com a constituição de extensas hordas de excluídos. Segundo dados constantes do relatório apresentado pelo governo brasileiro à Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, realizada em Copenhagen, em nosso país há hoje, para uma população de 146.825.475 de habitantes, quase 60 milhões de pessoas vivendo em condições de miséria. Dentre estes,

Primeiramente, em França, onde o Ministério Público tem suas raízes históricas modernas[336], há interpenetração das carreiras concernentes às magistraturas e a sua atuação é prevalentemente criminal, sendo-lhe subordinada a polícia judiciária e atribuída a direção da investigação penal. No cível, limita-se a ser autor ou interveniente nas causas em que estão em jogo questões de ordem pública.[337] De outro lado, os membros do Ministério Público estão sujeitos a remoção, demissão e a rebaixamento funcional, além de se submeterem à disciplina imposta pelo Ministro da Justiça.[338]

Na Alemanha, o Ministério Público está colocado constitucionalmente entre os órgãos do Poder Executivo, tendo subordinação hierárquica ao Ministério da Justiça, sendo que as suas atividades se restrigem ao processo penal, não tendo atribuições na esfera civil. Assim, na área criminal, assumiu importantes funções, antes pertencentes ao juiz instrutor, como a de realizar a instrução preliminar, prisões, etc., e dirigir a polícia, que está subordinada ao Ministério do Interior. A ação penal pública é seu monopólio e na ação penal privada pode participar ou não.[339]

---

identificam-se 42 milhões de pobres (aqueles cuja renda, inferior à linha de pobreza, não permite atender suas necessidades básicas de alimentação, moradia, vestuário, etc.) e 16,6 milhões de indigentes (cuja renda não permite atender nem mesmo as necessidades alimentares). Com este perfil, alcançou o Brasil, de acordo com o Banco Mundial, em 1995, o 1º lugar no ranking dos países com maior concentração de renda, comprovando a gravíssima situação de desigualdade social por nós vivida.

336 Ver, supra, IV, "a", nº 1.

337 BARRUFINI, José Carlos Toseti. **O Ministério Público na Constituição**. São Paulo: mimeo, 1981. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 74.

338 SALLES, p. 44.

339 SZNICK, Valdir. O Ministério Público no direito germânico. **Justitia**, São Paulo, v. 126, jul./set. 1984, p. 124-129.

Na Itália, integra o Ministério Público o Poder Judiciário, embora no exercício de suas atribuições mantenha ligações com o Poder Executivo.[340] Chega-se a afirmar que "há apenas a Magistratura e seus membros exercem fungivelmente ora as funções judicantes, ora as funções requerentes que caracterizam o Ministério Público".[341] É garantida a inamovibilidade aos seus integrantes, mas prevalece o princípio hierárquico, sendo admitida a avocação de processos por órgãos da administração superior.[342] Na esfera criminal, cabe-lhe a promoção da ação penal e a prática de atos de investigação, estando a ele se subordinada a polícia judiciária. No cível, é agente ou interveniente, necessário ou facultativo.

Nos Estados Unidos, o Ministério Público exerce, através dos órgãos de todos os seus níveis (federal, estadual, do condado e municipal), dupla função: "de um lado, a de dar consultoria e assessoria jurídica, além de defender os respectivos órgãos governamentais; de outro, a de denunciar crimes e outras violações das leis respectivas".[343] Ademais, não se constitui numa carreira, sendo a contratação e a demissão de promotores assistentes atos livremente atribuídos ao chefe da instituição, eleito pela população.

Constituem atribuições do Ministério Público estadual norte-americano:

> Representar o povo do Estado em juízo, em todos os processos em que o povo ou o Estado tenha interesse; dar consultoria e assessoria jurídica ao Governador e a outras autoridades estaduais a respeito de questões jurídicas e constitucionais; dar consultoria e assessoria jurídica aos integrantes do Poder Legislativo a respeito de questões jurídicas e constitucionais; propor todas a ações em favor do Estado que sejam necessárias para que este atinja suas finalidades; defender os agentes do Estado quando são processados por atos praticados no exercício de sua função; assumir a titularidade dos processos criminais em grau de

---

[340] MUSSO, Enrico Spagna, apud: BARRUFINI, p. 86.

[341] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.p. 249 e 250.

[342] SALLES, p. 45.

[343] SIMON, John Anthony. Considerações sobre o Ministério Público norte-americano. **Revista dos Tribunais,** n. 640, fev. 1989, p. 8 e 9.

recurso; e intervir ou oferecer denúncia, por qualquer crime, em conjunto com o Procurador-Geral do Condado, e, em alguns crimes especificamente determinados pela lei, até mesmo substituir este último.[344]

Em comparação ao brasileiro, não desempenha funções de *custos legis*, bem como não atua em processos falimentares, de acidentes de trabalho, de separação e divórcio, de causas que envolvam incapazes, registros públicos ou ausentes e em mandado de segurança.

Em Portugal, co-existem duas magistraturas: a judicial, que compreende os juízes de direito, e a do Ministério Público, integrada pelos promotores de justiça. Segundo a Constituição Portuguesa, "os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos em lei" (art. 225, n. 1). Cabe-lhes a representação do Estado, a direção da instrução preparatória nos processo criminais e a promoção da ação penal, entre outras funções.[345]

Em conclusão, pode-se constatar a diferenciação do Ministério Público brasileiro frente ao dos demais países, seja do ponto de vista de estrutura, organização e garantias, seja pelo lado das atribuições que lhe são cometidas. À exceção da investigação criminal, em que a sua participação ainda é incipiente[346], possui mais extensas e relevantes funções do que as exercidas nos países referidos.

---

[344] Id. Ibid. p. 9.

[345] BARRUFINI, p. 76-80.

[346] Possivelmente a partir da regulamentação do art. 129, inc. VII, da Constituição Federal, que trata do controle externo da atividade policial, passará o Ministério Público a desempenhar atribuições mais destacadas também na investigação criminal.

4.1.3 Significado e alcance de sua atuação no processo civil.

A partir dos dados coligidos pela abordagem histórica e comparada, verifica-se que o Ministério Publico abandonou os seus contornos institucionais originários, pelos quais seus membros seriam procuradores do rei e do Estado, para assumir atuação mais condizente com a defesa do interesse público na composição da lide, em sua acepção primária, de interesse da sociedade.[347]

O referencial da intervenção ministerial passa a ser a indisponibilidade objetiva, do regime democrático, da ordem jurídica, e subjetiva, dos incapazes, dos acidentados do trabalho e assim por diante, tendo sempre liberdade de atuar na relação jurídica processual. Em suma, a sua função típica é defender os interesses ou direitos indisponíveis junto ao Poder Judiciário.[348]

Segundo a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, o Ministério Público atua no processo civil em duas situações: como autor ou réu, promovendo ou respondendo a ação,[349] ou como órgão interveniente, em causas que não foram por ele propostas.[350]

A primeira posição será tratada em maior detalhe em tópico separado, ao serem abordadas as hipóteses de promoção de ação civil pública que a lei lhe confere.[351]

---

[347] NEIVA, José Antônio Lisbôa. Ação civil pública: Litisconsórcios de Ministérios Públicos. **Justitia**, São Paulo, v. 167, p.40-45, jul./set. 1994.

[348] Id. Ibid.p. 43.

[349] Art. 81, do Código de Processo Civil.

[350] Art. 82, incs. I a III, do Código de Processo Civil.

[351] Ver capítulo IV, letra "c", nº 2.

Em relação à segunda, há que se fazer algumas observações. A começar pela expressão utilizada para a caracterizar, fiscal da lei ou *custos legis*, cuja falta de cientificidade vem sendo denunciada desde a edição do Código de Processo Civil de 1939, por Pontes de Miranda: "a expressão 'fiscal da lei' apenas evita o trabalho mental de se precisar qual a figura, e devemos riscá-la de toda exposição científica".[352]

Em idêntico sentido se manifesta Frederico Marques, apontando a ausência de distinção entre os poderes do fiscal da lei e da parte propriamente dita: a "sua posição processual deve ser considerada como de autêntica parte, às vezes, de assistente *sui generis*, que propugna em favor de quem tem a seu lado o interesse público, ou, em outros casos, como interveniente também *sui generis*, que se coloca parcialmente contra ambos os litigantes, ou impede os efeitos de acordos ou conchavos contrários ao espírito da lei".[353]

Além disso, desde o início da vigência do atual Código de Processo Civil, muito se discutiu acerca do verdadeiro alcance do art. 82 e seus incisos, mais especificamente no que tange ao significado da expressão interesse público, à obrigatoriedade ou facultatividade da intervenção do Ministério Público nestes casos e, por fim, à identificação do órgão responsável pela avaliação da ocorrência ou não de tal interesse.

Como resultado do intenso debate, consubstanciado em valiosos trabalhos de doutrina e jurisprudência, muito evoluiu a compreensão do exato sentido da atuação dos agentes do *parquet* no âmbito do processo civil, cuja linha sempre foi voltada à defesa dos interesses da coletividade, na acepção mais ampla do termo.[354]

---

352 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil (de 1939)**. Tomo V. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 260.

353 MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 320.

354 Na lição de Piero Calamandrei, "*el M.P. es el encargado de vigilar por la observancia del derecho objetivo en todos aquellos casos en que la iniciativa de los interesados no es suficiente garantia*

Cumpre analisar, nesse rumo, o conteúdo do assim chamado interesse público evidenciado pela natureza da lide.

Com a absorção pelo Estado moderno de inúmeras funções e atividades antes reservadas à esfera privada, o conceito de interesse público veio a assumir contornos muito amplos e pouco precisos, fazendo crescer as incertezas que o cercavam. Desse modo, viram-se os juristas confrontados com a necessidade de bem defini-lo, a fim de se evitar os problemas decorrentes da falta de critérios seguros a identificá-lo.

Ainda que não se possa considerar concluída a pesquisa dessa matéria, é bastante razoável a orientação desenvolvida por Frederico Marques, no sentido de que "evidencia-se o interesse público pela natureza da lide em causas em que a aplicação do direito objetivo não pode ficar circunscrita às questões levantadas pelos litigantes, mas, ao contrário, deve alcançar valores mais relevantes que tenham primado na resolução processual do litígio".[355] São as causas em que restam aplicadas, em conformidade aos valores nelas contidos, as leis carregadas de essencialidade social, ou, em outras palavras, quando, acima da justiça a ser alcançada no caso concreto, busca-se também atender a imperativos de ordem pública, a serem observados no interesse social.

Essa interpretação, que segue a linha tradicional, de nosso direito, ocorre com maior intensidade nas lides que envolvem a aplicação de dispositivos ou princípios insertos na própria Constituição Federal.

---

*de dicha observancia: lo cual acaece, en general, en todas las causas sobre relaciones no disponibles, pero puede acaecer también, escepcionalmente, en causas acerca de relaciones disponibles, según se echa de ver por el último apartado del art. 70, según el cual el M.P. puede intervenir, no sólo en las categorías de causas determinadas por la ley, sino 'en toda otra causa en que él contemple un interés público'".*CALMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Vol. II. Buenos Aires: EJEA, 1962, p. 440 e 441.

[355] MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**, p. 302.

Quanto à obrigatoriedade ou não da intervenção do Ministério Público nas hipóteses constantes do art. 82, inc. III, do Código de Processo Civil, pode-se hoje dar como encerrada a discussão. De forma praticamente unânime, a doutrina nacional adotou o entendimento de que a atuação do Promotor de Justiça como órgão interveniente, dentro do nosso ordenamento jurídico, é sempre indispensável.[356]

Em sentido inverso, restou a opinião isolada de Celso Agrícola Barbi, [357] que sustenta ser facultativa a intervenção prevista no inciso III, do mencionado dispositivo legal. Esse entendimento toma por base o que estabelece o Código de Processo Civil Italiano, onde a facultatividade é expressa. Como o nosso diploma processual tem norma de conteúdo diverso, o transplante, sem maior cuidado, da doutrina alienígena é injustificável e inadequado, trazendo resultados pouco ou nada aproveitáveis. Daí a pouca receptividade de sua teoria, muito embora a sua inegável autoridade como estudioso da matéria.

Por último, no que diz respeito à quem competiria o exame da matéria acerca da ocorrência do interesse público no processo civil, é de se indicar o Ministério Público como o

---

356 "Defendendo essa posição, podem ser referidos os seguintes autores: Jacy de Assis, "O Ministério Público no processo civil", in RF 252/98; Hélio Tornaghi, "Comentários ao CPC", vol. I, p. 281, SP: RT 1974; Pontes de Miranda, "Comentários ao CPC", vol. II, p. 234, 2ª ed., RJ: Forense, 1979; Hélio Castello Branco, "Aspectos da intervenção do Ministério Público", in BDP 27/97; Moniz de Aragão, "Comentários ao CPC", vol. II, p. 349, 2ª ed., RJ: Forense, 1976; Barbosa Moreira, "Comentários ao CPC", vol. V, p. 201, 5ª ed., RJ: Forense, 1981; Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol. I, p. 301, 8ª ed., SP: Saraiva, 1981; Alcides de Mendonça Lima, "Atividade do Ministério Público no processo civil", in RF 257/57; Alexandre de Paula, CPC Anotado", vol. I, p. 253, Rj: Forense, 1976; Edson Prata, "Comentários ao CPC", vol. II, tomo I, p. 279, RJ: Forense, 1987; Antonio Edving Caccuri, "O Ministério Público e as causas de interesse público", in RT 494/17; Jacyr Villar de Oliveira, "O Ministério Público e o interesse público no processo civil" in RF 254/191; J. J. Calmon de Passos, "Intervençaõ do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil", in RF 268/47; Milton Sanseverino, "O Ministério Público e o interesse público no processo civil", in RF 254/197; Nelson Nery Junior, "Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária", in Justitia 135/39; Ivan Ordine Righi, "A intervenção do Ministério Público nas ações de desapropriação", in RF 261/105". FOWLER, Marcos Bittencourt. Questão fundiária e Ministério Público. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 3, ano I, set/dez, 1996, p. 783.

357 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 380.

órgão definidor da questão, na esteira dos pronunciamentos doutrinários prevalentes[358], apesar de tal definição estar submetida ao controle da autoridade judiciária.

Delineada a sua atuação como interveniente, a seguir se passará ao exame da sua atividade enquanto órgão de promoção da ação civil pública, objeto do presente trabalho.

---

358 ""Como o tutor natural do interesse público no Brasil é o Ministério Público, a ele cabe, discricionariamente, verificar se há ou não interesse público na hipótese que lhe foi submetida à apreciação". NERY Júnior, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, Justitia, 135/39. "O inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil, que é auto-executável, enseja, porém, a intervenção discricionária do Ministério Público, nas causas em geral onde se manifeste o interesse público, segundo o entendimento do próprio "Parquet" (Recomendação do Simpósio da Associação de Magistrados realizado no Rio de Janeiro em agosto de 1974, publicada no Boletim da OAB-RJ, de 30.09.74). "Cabe, unicamente, ao M. P. decidir a respeito da própria intervenção no processo, dando ou não pela existência de um interesse público que a justifique". LIMA, Carlos Otávio da Veiga, "A posição do Ministério Público em face do novo CPC", Revista Forense, p. 251/393. "Mesmo sendo obrigatória a intervenção do M. P. (artigo 82, "caput"), nem o juiz pode ordená-la e nem qualquer das partes tem o direito de exigi-la. Ao agente da corporação é que, em "última ratio", cabe considerar se há, ou não, interesse público justificando sua intervenção". LIMA, Alcides de Mendonça, "Atividade do Ministério Público no processo civil", Revista Forense, p. 257/57. O art. 82, inc. III, "usa de um conceito vago para dizer o que o Ministério Público pode ingressar desde que se verifique na vida empírica, através dos fatos, aquele mesmo interesse público que existe na curatela, tutela etc... O Ministério Público, a meu modo de ver, é o destinatário da norma enquanto discricionária". ALVIM, Arruda , "Interpretação do art. 82, n. III, do CPC, Revista de Processo p.3/140. "O juízo acerca do que seja interesse público é do Ministério Público. Ele é que vai dizer se há ou não interesse". FORNACIARI, Júnior Clito, "Interpretação do art. 82, n. III, do CPC", Revista de Processo p. 3/139. "Quem vai subjetivamente dizer se trata de uma hipótese de interesse coletivo? Parece-me que é o próprio Ministério Público. Não é dado ao juiz estabelecer os contornos da norma". RIZZI Luiz Sérgio de Souza. "Interpretação do art. 82, n. III, do CPC", Revista de Processo p.3/137. "A doutrina é pacífica no sentido de competir ao próprio Ministério Público a avaliação discricionária quanto à presença ou ausência do interesse público a reclamar sua intervenção como fiscal da lei". FERRAZ Antônio Celso de Camargo. "A intervenção do Ministério Público em favor do interesse público", Revista dos Tribunais p. 494/25. "É ao Ministério Público, portanto, que cabe pronunciar-se sobre a ocorrência ou não do interesse público, não porém, à luz dos critérios de conveniência ou oportunidade. O interesse público desvendar-se-á, e obrigatoriamente, sempre que se ache em causa algum direito indisponível da parte ou o fato, objeto do litígio, esteja sob a regência de normas de ordem pública". CACCURI, Antônio Edving."O Ministério Público e as causas de interesse público", Revista dos Tribunais p. 494/17. "Ao ter de identificar, em cada caso concreto, a existência ou inexistência de interesse público a defender, o órgão do Ministério Público não fica adstrito senão à lei e à sua própria consciência, recorrendo, subsidiariamente, quando for o caso, à doutrina e à jurisprudência". OLIVEIRA, Jacyr Villar de. "O Ministério Público e o interesse público no processo civil", Revista Forense p. 254/191. "Essa avaliação (determinação) do interesse público, sem embargo de competir ao órgão jurisdicional, cabe, igualmente, ao Ministério Público, que, dessa forma, não fica vinculado às conclusões do primeiro, tendo assegurada, assim, ampla liberdade de firmar sua convicção". SANSEVERINO, Milton. "O Ministério Público e o interesse público no processo civil", Revista Forense p. 254/197. "No fundo, o mais correto entendimento sobre a controvérsia a respeito dos limites das atribuições dos órgãos do Ministério Público, é o de que se deve ela ser resolvida dentro da própria instituição". MAZZILLI, Hugo Nigro "O Ministério Público e a jurisdição voluntária", Revista de Processo p.48/207; "pois o juiz ou o tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que a mede e a desenvolve. A não ser assim, transformar-se-ia o Ministério Público, de fiscal do juiz na aplicação da lei, em fiscalizado dele no que tange à sua própria intervenção fiscalizadora". ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de "Comentários ao CPC, vol II, 2ª ed., RJ: Forense, 1976, p. 356". FOWLER, Marcos Bittencourt. Questão fundiária e Ministério Público. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 3, ano I, set/dez, 1996, p. 783-785.

4.2 Opção pelo Ministério Público como legitimado para a ação civil pública.

4.2.1 Resposta às críticas.

Muito do raciocínio aduzido pela doutrina nacional no sentido crítico da legitimação do Ministério Público para a ação civil pública se deve à projeção alcançada entre nós pela obra de Mauro Cappelletti, seja pela tradução e publicação de seus textos, seja pelas palestras por ele no Brasil proferidas.[359]

Essa influência, se foi altamente proveitosa no momento em que se desenvolviam os esforços necessários à elaboração legislativa nacional concernente à tutela dos interesses metaindividuais, veio a se tornar obnubilante por ocasião da interpretação dos textos legais aqui produzidos, na medida em que levou à reprodução acrítica de opiniões formadas a

---

[359]Especialmente relevante, neste aspecto, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Pádua, n.3, p.361-402, 1975.

partir de realidades de todo distintas da nossa.[360] O próprio Cappelleti, ao palestrar em 1984, no Rio Grande do Sul, excepcionou o seu posicionamento quanto ao MP brasileiro.[361]

Especialmente em relação ao tema ora tratado, alguns autores aderiram a argumentos que não consideram a incompatibilidade histórica, funcional, estrutural e ideológica entre o Ministério Público nacional e o de outros países.[362]

Quanto ao primeiro argumento apresentado, respeitante à passividade própria ao Ministério Público na defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, não há como sustentá-lo dentro da realidade brasileira. O número de ações civis públicas exercitadas pelo Ministério Público é muito superior ao das ações que se originam de instituições públicas ou privadas também legitimadas.[363] Isso vai ao ponto de alguns autores sustentarem que a

---

[360] Mesmo na Itália, já Andrea Proto Pisani, na década de 70, manifestava-se a favor dessa opção legislativa: "*pur avendo piena consapevolezza che l'attribuzione del potere di azione al pubblico ministero presupporrebbe una profonda irstrutturazione dell'ufficio del pubblico ministero allo scopo da un lato di eliminare la rigidità della sua struttura gerarchica e dall'altro lato di rendere piú efficiente il suo interessamento alle controversie civilei, mi sembra che questa soluzione, se adeguatamente articolata, non vada a priori scartata, sepcie ove si consideri che l'utilizzazione dell'azhione del pubblico ministero nelle ipotese ora in exame non sarebbe in soluzione di continuità con la situazione previgente, essendo insegnamento instituzionale che la legittimazione ad agire del pubblico ministero è giustificata dall'esistenza di 'setori piú o meno vasti della via sociale, nella quale l'autonomia privata (ed aggiungesi: collettiva) non si dimostra il mezzo piú idoneo a dare assetto ai rapporti umani voui perché vi sono impegnati interessi di collettività piú o meno vaste no sempre organizzate e ancor meno personalizzate, vuoi perché lo Stato vi ripone piú o meno intensamente interesse'*" PISANI, Andrea Proto. Appunti prelimnari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: **Le azioni a tutela di interesse collettivi. Atti del Convegno di Studio**. Pádua: Cedam, 1976, p. 277).

[361] LACERDA, Galeno. Ação civil pública. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, 1986, p. 26.

[362] Ver, a esse respeito, Capítulo IV, letra "a", supra. Registre-se, ainda, a expressa ressalva feita por Mauro Cappelletti quanto às características peculiares e ímpares do Ministério Público brasileiro, o que o isentaria da crítica dirigida aos equivalentes alienígenas (ver Tutela dos interesses difusos. **AJURIS**, Rio Grande do Sul, n.33, p.173 e 176, mar. 1985.

[363] "*No existen (o no se publicaron) todavía estadísticas generales al respecto, pero los datos que se pueden obtener, aunque parciales y quizás no de todo exactos, no dejan de señalar una clara tendencia. Ellos ponen de relieve, en efecto, que el número de 'acciones civiles públicas' ejercitadas por los órganos públicos - sobre todo por el Ministerio Público - es notablemente superior al de las que se originan de demandas de instituciones privadas. En el Estado de Rio de Janeiro, v. g., casi 100 acciones de ese tipo resultaron hasta ahora de le iniciativa del Ministerio Público, mientras que las ejercitadas por las*

utilização da ação civil pública, pelo MP, a par de exagerada, tem-se mostrado realmente abusiva.[364] Segundo constata Rogério Lauria Tucci, em sua experiência da lida forense quotidiana, da multiplicação de proposituras de ação civil pública, pelo MP, que parece pretender transformar o importante instituto jurídico processual em referência numa autêntica 'panacéia geral para toda e qualquer situação'.[365]

O segundo argumento seria a falta de especialização do Ministério Público para a defesa em juízo destes novos direitos. Todavia, segundo se percebe, essa deficiência é compartilhada com advogados e juízes, decorrendo apenas do fato de ser ainda este um campo em início de exploração pelos juristas. Por seu turno, o Ministério Público, em muitos locais, preparou-se com seriedade para exercer de modo eficiente este novo gênero de tarefa, inclusive com a criação de órgãos especializados.[366] Estas promotorias e centros de apoio altamente especializados propiciam condições de melhor tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, atendendo à revindicação doutrinária.[367] Ademais, a carência de conhecimento especializado

---

asociaciones civiles apenas sobrepasan una decena. El panorama es igual en S. Paulo. En materia de protección del consumidor, la relación es de 10 'acciones civils públicas' de iniciativa privada para 95 del Ministerio Público. Con respecto a cuestiones ambientales, una pesquisa reciente en cien comarcas reveló que la contribución de las asociaciones civiles representa, muy modestamente, poco más de 4% del total de 444 'acciones civiles públicas'" BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y coletivos (un aspecto de la experiencia brasileña. **Revista de Processo**, n.68, p. 56-57, out./dez., 1992.

[364]TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. **Ajuris,** n. 56, p. 54-55, nov. 1992.

[365] id.ibid, p. 35.

[366] BARBOSA MOREIRA, p. 57.

[367] "É necessário propugnar pela instituição de órgãos públicos, altamente especializados, para a tutela extrajudicial e judicial de determinados interesses difusos" GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Processo,** n. 14/15, p. 26, abr./set., 1979, p. 44.

vem sendo superada pelo esforço pessoal dos seus membros e pelo concurso de técnicos em cada uma das diferentes áreas de atuação (contábil, assistencial, urbanística, etc).[368]

O terceiro ponto consistiria na incompatibilidade histórica entre a atividade do Ministério Público e a tutela destes novos direitos, sobretudo por questões culturais e psicológicas. Ocorre, porém, que essa consideração não se restringe, por óbvio, aos agentes ministeriais, mas sim a todos os operadores jurídicos, que constante e permanentemente devem se atualizar com as inovações contemporâneas. Em conjunto com os demais profissionais, os agentes do *parquet* reúnem condições de enfrentar o desafio. Por isso, apesar de sua experiência histórica, nada impede a adoção de postura diversa, frente a novas exigências sociais.

A quarta alegação incidiria sobre o fato de o Ministério Público ser uma instituição organizada em forma de carreira, a qual privilegia sempre os que contam com maior antigüidade e, por conseqüência, seriam mais acomodados e resistentes a alterações em sua atuação profissional. A resposta a esse argumento se traduz na própria presteza com que o Ministério Público brasileiro transformou a sua estrutura organizacional, com a criação de setores especializados para o trato das novas matérias, sem dependência de progresso na carreira. Não custa lembrar, ainda, que as funções institucionais concernentes à tutela dos

---

368 "Os membros do Ministério Público contam, hoje, inclusive com peritos especializados que possibilitam o melhor entendimento das complexas causas que têm aparecido ultimamente, cuja instrução reclama, não raro, até testes e exames técnicos realizadas no exterior" WATANABE, Kazuo. Apontamentos sobre: "tutela jurisdicional dos interesses difusos (necessidade de processo dotado de efetividade e de aperfeiçoamento permanente dos juízes e apoio dos órgãos superiores da justiça em termos de infra-estrutura material e pessoal)". In: **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 328.

novos direitos e interesses são exercidas deste o início da carreira, com autonomia funcional.[369]

O quinto argumento diz respeito à falta de estrutura da instituição para atender às exigências decorrentes da defesa dos interesses metaindividuais. Não obstante, se, a princípio, a carência de recursos humanos e materiais era fato, em momentos posteriores foram sendo empreendidos esforços de superação dessa realidade e a estruturação do Ministério Público vem sendo realizada progressivamente, apesar de estar ainda longe da ideal. De qualquer sorte, via de regra os órgãos públicos estão melhor aparelhados para o ingresso em juízo dos que as organizações privadas, muito especialmente em países como o Brasil, em que o associativismo é baixo e pouco estruturado.[370]

Além disso, uma das principais asserções contrárias à atuação do Ministério Público é o fato de as lesões a interesses difusos e coletivos serem freqüentemente provenientes das próprias autoridades administrativas, a qual perdeu sua força com a ampla independência funcional do Ministério Público frente ao Poder Executivo, dada pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.[371] Esta argumentação, portanto, se é aplicável à realidade de outros países, não o é à brasileira. De fato, todos reconhecem que o Ministério

---

[369] Conforme dispõe o art. 41, inc. V, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, a saber: "gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentais, nos limites de sua independência funcional".

[370] BENJAMIM, Antonio Herman V..A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico - apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 140.

[371] BARBOSA MOREIRA, p. 57.

Público brasileiro se constitui em uma instituição verdadeiramente idônea e independente, motivo pelo qual inexistiria óbice a impedi-lo de agir na defesa dos direitos comunitários.[372]

Em suma,

> *el otorgamiento de nuevas atribuciones es capaz de introducir en un ambiente rutinario una ráfega de aire fresco, que despierta la imaginación de los menos acomodadizos y libera insospechadas energías. En el esfuerzo para ponerse a la altura de las responsabilidades acrecentadas se puede divisar el punto de partida de una evolución hacia formas más modernas de organización y métodos más racionales de trabajo. Son visibles en el Brasil algunas señales animadoras de semejante evolución. Se ella se cumple, podrán considerarse superadas, en gran parte, las objeciones que una corriente doctrinal suele formular al reconocimento de la legitimación del Ministerio Público para la defensa judicial de los intresses colectivos o difusos.*[373]

4.2.2 Vantagens da opção.

Não foi por acaso que se atribuiu ao Ministério Público a legitimidade ativa para a ação civil pública. Além de se ter superado, ao menos no direito brasileiro, as desvantagens apontadas para essa opção, há outros fatores positivos a serem levados em linha de conta.

O primeiro deles é o de proporcionar o suprimento das deficiências organizativas e estruturais das associações em nosso país, que ainda sofrem o rescaldo dos vários regimes ditatoriais que marcaram a nossa história moderna.[374] Sendo a participação

---

[372] OLIVEIRA JUNIOR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.33, p. 14, 1984.

[373] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Dimensiones sociales del processo civil. In**: Temas de Direito Processual Civil, 4ª série, São Paulo : Saraiva, 1989, p. 30.

[374] "Mas é imprescindível que esse quadro de letargia e indiferença organizativa seja radicalmente alterado. No plano judicial, as associações [...] trazem para o litigante algo que, no terreno de sua individualidade, com raríssimas exceções, lhe falta: poder de barganha (=poder de negociação), respeitabildiade no jogo bruto do mercado e do processo, superação da realação de dominação e opressão. 'Aqui, como em tudo, a união faz a força. A associação se impõe pelo número, é politicamente respeitada e socialmente prestigiada; não precisa temer as represálias e discriminações punitivas a que está irremediavelmente exposto o indivíduo" BENJAMIN, p. 133.

política direta um fenômeno incipiente entre os cidadãos brasileiros e o sentimento coletivo relativamente pouco desenvolvido,[375] a atuação do Ministério Público complementa a atividade dos movimentos sociais, apresentando-se como canal qualificado de recepção das demandas coletivas.[376]

O segundo seria o compromisso da instituição com o interesse da comunidade, pois a sua missão sempre foi a de defender o interesse social, e não o das pessoas jurídicas de direito público a que se vincule.[377] Sua atuação, tanto na esfera penal, quanto na civil, sempre teve uma profunda vinculação com o interesse público, ao contrário dos indivíduos e associações, que tradicionalmente vão a juízo para postular a proteção de interesses privados.[378] Mostra-se, por conseguinte, mais habilitado a se amoldar com facilidade superior à dos particulares, indivíduos e associações, às mudanças impostas pelas peculiaridade das ações coletivas.

Ainda, não é despiciendo acrescentar que se trata de instituição devidamente estruturada em todos os estados da federação e em nível nacional, o que faz com a sua presença seja sentida praticamente em todos os pontos do nosso território, o que facilita, sobremaneira, a tarefa dos interessados em solicitar a sua atuação. Qualquer outro órgão que

---

375 BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. **Revista Forense**, n.321, 1993.

376 Consoante dispõe o art. 6°, da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, "qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicano-lhe os elementos de convicção".

377 MARINHO, José Domingos da Silva. Ministério Público e tutela juridicional dos interesses difusos. **Revista de Processo**, n.36, p. 122, out./dez, 1984.

378 SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. O Ministério Público e a tutela jurisdiconal dos interesses coletivos. **Revista de Processo,** n.32, p.277, out./dez. 1983.

se pretendesse criar com finalidade idêntica, por mais recursos que lhe fossem destinados, dificilmente alcançaria estrutura semelhante.[379]

Como reforço, também, da opção eleita pelo legislador, há que se mencionar as garantias que se deferem aos seus integrantes, tanto no plano constitucional, como pela legislação ordinária, permitindo-lhes realizar um adequado e proveitoso trabalho nesse campo. Da mesma forma, a autoridade que se reconhece aos membros do Ministério Público é de extrema utilidade no desempenho de uma tal atribuição.[380]

Por fim, cumpre lembrar que os macro-problemas jurídicos não podem ser enfrentados de forma fragmentária e descontínua, ao diverso do que acontece com os conflitos individuais. Para resolvê-los efetivamente, é imprescindível a conjugação de medidas administrativas, cíveis e penais, em conjunto ou sucessivamente, e o único órgão dotado dessa possibilidade de atuação sistemática, dentro do modelo de Estado hoje prevalente em nosso país, é o Ministério Público.[381]

4.2.3 Legitimação ordinária.

Normalmente, distingue-se a legitimação em ordinária e extraordinária. Essa distinção decorre do conceito tradicionalmente adotado para a legitimação para agir[382],

---

[379] id.ibid, p. 278.

[380] id.ibid., p. 278.

[381] BENJAMIM, p. 142.

[382] Ver, a respeito dos conceitos a ela atribuídos, o capítulo III, letra "a", nº 4, supra.

consistente na alegação pela parte de sua titularidade do direito material.[383] Em assim sendo, a legitimação seria ordinária, ao passo que a extraordinária se caracterizaria pelo comparecimento em juízo de pessoa que, atuando em nome próprio, pleiteia direito alheio, desde que legalmente autorizado.

Identifica-se a legitimação extraordinária pela: **a**) falta de coincidência entre o legitimado e a titularidade da relação jurídica de direito material; **b**) atribuição da ação a quem não é titular do direito material, nem afirma sê-lo; **c**) atuação em nome de outrem; **d**) defesa de direito alheio; **e**) dependência de expressa autorização legal.[384]

Toda a construção teórica, bem se vê, funda-se na noção de direito subjetivo e nas relações jurídicas dele decorrentes. Ao se estendê-la, automaticamente, à tutela de interesses coletivos e difusos, algumas dificuldades logo aparecem, notadamente pela necessária descoincidência entre a totalidade dos respectivos titulares e a legitimação para agir legalmente estabelecida. Ora, se esses interesses são transindividuais, indivisíveis, de titularidade indeterminada e insuscetíveis de apropriação individual[385], nunca se poderia pensar na atuação conjunta de todos os co-titulares. Aqui, sempre se parte de uma prévia opção legislativa em atribuir a legitimidade, a fim de se possibilitar o exercício proveitoso da ação.

Há que se compreender, portanto, a legitimação ordinária de forma mais aberta e consentânea com o fenômeno ora estudado, sob pena de não se alcançar resultado algum. Nesse rumo, o critério a ser adotado deve coincidir com a alternativa assumida pelo legislador,

---

[383] MIRRA, p. 36.

[384] id.ibid, p. 37.

[385] Ver, supra, capítulo III, letra "c".

qual seja, a de permitir, através de um cidadão, de uma associação ou de órgãos estatais a defesa de direitos pertencentes a toda uma coletividade. E, sendo cada um dos co-legitimados também titular de pelo menos uma parcela do interesse a ser tutelado em juízo, não se pode falar em atuação em nome de outrem e defesa de direito alheio, requisitos indispensáveis para a caracterização da legitimação extraordinária.

Assim, inserindo-se entre as suas atribuições legais a promoção dessa tutela, possui o Ministério Público legitimidade ordinária[386], e não extraordinária, como já se chegou a sustentar.[387] E isso porque não se trata de substituição processual, mas sim exercício de funções expressamente atribuídas pelo texto constitucional[388].

4.3 Ampliação do objeto da ação civil pública.

Trata-se de instrumento similar à *class action* da *common law*, de grande repercussão concreta, pois aqueles a quem se atribuiu legitimidade para defender direitos difusos e coletivos em juízo dela bastante se utilizaram.

De todo modo, ainda que não tenha correspondido a todas as necessidades e expectativas da sociedade, constituiu um enorme avanço, mais especificamente, na defesa do ambiente e dos consumidores.[389]

---

386 Segundo Nelson Nery Junior (**Código de Processo Civil Comentado**, p. 1414) trata-se de "legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozessführungsbefugnis*), ordinária".

387 Por exemplo, MILARÉ, Édis. Ministério Público - ação civil pública. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, p. 270-275, 1986.

388 Art. 129, inc. III, da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

389 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y coletivos (un aspecto de la experiencia brasileña. **Revista de Processo**, n.68, p. 56, out./dez., 1992.

4.3.1 Direitos e interesses coletivos e difusos.

A partir da edição da Lei nº 4.347, de 24 de julho de 1985, foi-se ampliando a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Primeiro a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, incumbiu-lhe da promoção da ação civil pública não só para a defesa do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos.[390]

A seguir, a lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, habilitou o Ministério Público para a propositura de ação civil pública tendente à proteção dos interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência. Também a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, habilitou-o à propositura de ação civil pública para a defesa dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência.[391]

Mais tarde, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, atribuiu-lhe a defesa coletiva de interesses ou direito difusos, coletivos e individuais homogêneos.[392] Igualmente, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992,

---

[390] Art. 129, inc. III.

[391] Art. 201, inc. V.

[392] Art. 82, inc. I.

reconheceu a sua legitimidade para propor a ação decorrente de ato de improbidade administrativa.[393]

Assim também o fez a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, conferindo-lhe a promoção da ação civil pública

> a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estérito, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
> b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio públioco ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.[394]

Finalmente, a Lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994, concedeu-lhe legitimidade para ingressar em juízo, em defesa dos direitos individuais ou individuais homogêneos dos prejudicados, no sentido de obter a cessão de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.[395]

4.3.2 Direitos individuais homogêneos.

Embora se discuta a sua legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo, o Ministério Público pode defender coletivamente direitos individuais de consumidores, conforme dispõem os arts. 90 e 91, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de

---

[393] Art. 17.

[394] Art. 25, inc. IV.

[395] Art. 29.

1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. De igual sorte, a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, outorgou-lhe a possibilidade de propor ação, sem prejuízo da demanda dos próprios prejudicados, para evitar prejuízos ou pedir reparação de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores no mercado, revertendo a condenação em favor dos investidores lesados, na proporção de cada prejuízo. Assim, também, em benefício de credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial, conforme previsão da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

Essa legitimação é compatível com a incumbência constitucional atribuída ao Ministério Público,[396] no sentido da defesa dos interesses sociais, ou seja, a lesão conjunta àqueles direitos individuais implica também lesão a valores sociais especialmente privilegiados pelo direito positivo, cuja tutela está a seu encargo.[397] Note-se, portanto, que além da homogeneidade, dcorrente da 'origem comum' (CDC, art. 81, III), devem revestir-se da nota da indisponibilidade (CF, art. 127), que se extrai da relevância social.[398]

---

396 "O fato de o art. 129, III da CF não se referir expressamente a 'interesses individuais homogêneos' não autoriza, ao nosso ver, a ilação de que tal tipo de interesse metaindividual estaria excluído da esfera de atuação do MP. Em primeiro lugar, tal nomenclatura é espécie do gênero 'interesses metaindividuais', cabendo lembrar que o dispositivo em questão tem um endereçamento visivelmente voltado para a acepção mais genérica, e não para a conotação restritiva: fala em 'patrimônio público e social' e em outros 'interesses difusos e coletivos'; em segundo lugar, o inciso IX desse art. 129 também apresenta uma dicção que sinaliza para uma exegese ampliativa, já que legitima o MP a exercer 'outras funções (...) compatíveis com sua finalidade'; em terceiro lugar, não se pode dizer, a rigor, que a CF foi omissa quanto aos interesses 'individuais homogêneos', porque a Carta Magna é de 1988 e essa expressão aparece no CDC (art. 81), texto que vigor a partir de 1990" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 444-445).

397 ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, n. 127, p. 94, jul/set, 1995.

398 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995,

Quanto às hipóteses, não expressamente autorizadas em lei, de defesa coletiva de direitos individuais pelo Ministério Público, só excepcionalmente são admissíveis, nos casos em que a eventual lesão a um conjunto de direitos individuais possa ser qualificada, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, como lesão a interesses relevantes da comunidade, configurando-se, pois, lesão a interesse social.[399] Seriam, pois, aqueles que apresentem expressão para a coletividade, como, por exemplo, os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescente à educação, aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados ou quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.[400]

4.4 Possibilidades e limites atuais da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos.

4.4.1 Atuação dos novos instrumentos.

As mudanças na ciência jurídica se fazem a partir da crítica ao enfoque formalista do direito, a qual demonstra ser este, além de uma simplificação, uma distorção da realidade. Novas concepções trouxeram reflexões mais abertas, ora oxigenando a ciência jurídica, ora alcançando o ceticismo normativo.[401]

---

[399] ZAVASCKI, p. 94.

[400] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 1.029.

[401] CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n.74, p.82-97, abr./jun. 1994. p. 82

Uma das primeiras questões que são colocadas é a da ampliação do acesso à justiça, objeto de inúmeras e diferentes abordagens. As reflexões deste movimento tendem a uma abertura do olhar da ciência jurídica, nos seguintes termos:

> O resultado do enfoque do acesso à justiça é uma concepção contextual do direito. Em vez de uma concepção unidimensional, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados ou o impacto.[402]

As inovações, então, trazidas pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, e pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, implantaram um novo modelo de ações coletivas para o nosso direito, configurando uma proteção cumulativa. Podem ser apontados como instrumentos para a tutela coletiva a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade, com a ampliação do espectro de legitimados, e a extensão do âmbito da ação popular.

Transformação também houve com a atribuição de legitimidade a entidades públicas ou privadas, vocacionadas para a defesa em juízo destes bens jurídicos.

Cumpre destacar que o direito brasileiro se encontra hoje mais bem equipado do que qualquer outro em matéria coletiva,[403] riqueza esta que se qualifica pela previsão constitucional de grande parte de seus instrumentos. As vantagens disso são inúmeras, desde o significado político social, até aquelas de ordem prática, no sentido de conferir maior rapidez e

---

402 CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos ...p. 83.

403 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, n.61, p. 198.

correção, além de contribuir para a superação de barreiras psicológicas e econômicas que atingiriam aquele que individualmente propusesse a ação.

A seguir, far-se-á breve menção aos novos instrumentos, apresentando-se as características gerais de cada um.

4.4.1.1 Ação civil pública.

A ação civil pública é dotada da chamada legitimação concorrente, já que podem promovê-la tanto o Ministério Público, quanto pessoas jurídicas do direito público interno, entidades da administração indireta e associações civis dotadas de representatividade adequada.

Apresenta ela mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, cominatórias, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos. Como inovações processuais por ela introduzidas podem ser lembradas o inquérito civil, enquanto meio de investigação e coleta de elementos probatórios destinados a fundamentar a petição inicial e a verificar a sua viabilidade ou não, bem como a possibilidade de medida liminar, na dependência de concorrerem os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Pela ação civil pública houve a ampliação da tutela para uma gama maior de conflitos, passando a se admitir a respectiva propositura por associações civis, em lugar da titularidade exclusiva em favor do cidadão, o qual, isoladamente, pouco poderia fazer ante as forças a serem enfrentadas nos conflitos coletivos. Constitui, portanto, instrumento processual típico de defesa de direitos transindividuais e individuais.

A sentença nela proferida faz coisa julgada *erga omnes*, para interesses difusos, e coisa julgada *ultra partes*, mas limitada ao grupo, para interesses coletivos, exceto em caso de improcedência por insuficiência de provas.

4.4.1.2 Ação popular.

Desde o direito romano havia ações populares, exercitáveis por qualquer cidadão para a proteção do interesse público. Com a modernização do direito, restringiu-se os meios de contato direto entre a administração pública e os administrados, podendo-se dizer que, com o regime liberal, as ações populares ressurgem, embora com a conotação de *remedium iuris* excepcional, carecedor de expressa previsão legal.[404]

A ação popular representou o primeiro remédio processual do direito positivo brasileiro para a tutela dos interesses difusos, prevista desde a Constituição Federal de 16 de julho de 1934 e regulada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. A sua legitimação ativa foi conferida a todo cidadão que esteja no gozo de seus direitos políticos, para veicular pretensão anulatória de "ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural".[405] Pelo seu objeto, portanto, pode ser considerada um instrumento específico da tutela dos interesses coletivos.

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, concedeu-lhe maior amplitude de objeto, em comparação à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, uma vez que deu

---

[404] ALMEIDA, Náide Azevedo. Ações populares - ações civis públicas. XII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO. São Paulo, 1986.

[405] Art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal.

conceito mais abrangente para patrimônio público aos fins da ação popular, falando até em infração à moralidade administrativa, o que torna admissível até a anulação de ato revestido de legalidade jurídica.[406]

Ressalte-se que esta interpretação ampla possibilita a tutela de interesses que não se enquadrariam com absoluta exatidão nos dispositivos legais antes vigentes. É o caso, por exemplo, da ação popular em matéria edilícia, como instrumento de proteção de interesses difusos na preservação da racionalidade do desenvolvimento urbano.

Mais tarde, ao instituir a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, ampliou a legitimação à ação popular, pois atribuiu ao Ministério Público ação "para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município".[407] Esta ação civil pública "nada mais é do que uma espécie que pertence ao gênero ação popular".[408]

Entre as particularidades do seu processo, destacam-se a iniciativa do juiz na aquisição das provas, a prevenção de conluios entre algum dos co-legitmados e a autoridade responsável pelo ato irregular, e o problema do custeio do processo, amenizado com a eliminação do ônus do pagamento antecipado das custas.

O impedimento de colusão entre as partes se faz através de alguns mecanismos, que merecem ser destacados: **a)** a intervenção obrigatória do Ministério Público; **b)** a

---

406 BARBOSA MOREIRA, p. 192.

407 Art. 25, inc. IV, letra "b".

408 GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispedência. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 23.

possibilidade de outros cidadãos recorrerem de decisões desfavoráveis ao autor; **c)** a flexibilidade da coisa julgada em caso de decisões desfavoráveis, sendo admitida outras ações no prazo de cinco anos; **d)** o prosseguimento pelo Ministério Público, em caso de desistência da ação; **e)** o suprimento do pagamento adiantado das custas processuais e a condenação no décuplo das custas no caso de ações manifestamente temerárias, visando desencorajar iniciativas de má-fé.[409]

Em relação ao papel do juiz na apreciação do litígio, discute-se acerca do sentido político de sua atuação e, principalmente, quanto aos limites do controle judicial e a correspectiva possibilidade de esvaziamento da função administrativa, face a tradição do direito brasileiro de cindir a questão da legalidade da questão do mérito dos atos administrativos.

A sentença nela proferida faz coisa julgada com eficácia *erga omnes*, exceto em caso de improcedência por insuficiência de provas.

4.4.1.3 Mandado de segurança coletivo.

O mandado de segurança coletivo foi introduzido em nosso direitos por via de previsão constitucional,[410] sendo considerado instituto de aplicabilidade imediata,

---

[409] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no direito brasileiro**. In: Temas de Direito Processual Civil. 3ª série, p. 187-189.

[410] Art. 5º, inc. LXX, da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

independente de legislação regulamentadora.[411] Surge, ele, "como decorrência normal e necessária da proteção de direitos coletivos e difusos, nesta Constituição trazidos à baila com destaque especial". [412]

Para instituí-lo, o texto constitucional deixou de fazer referência a direito líquido e certo de natureza individual, como fazia a constituição anterior, referindo-se apenas a direito líquido e certo.

Há divergência quanto aos objetivos do mandado de segurança coletivo, havendo quem sustente ser ele meio adequado para a proteção apenas de direitos coletivos, outros que serviria para a proteção de direitos coletivos e de direitos individuais e, por fim, quem entenda ser instrumento de defesa coletiva de direitos individuais.[413] Parece ser este o melhor posicionamento, segundo entendimento que vem se consolidando jurisprudencialmente.[414]

---

411 "Se formos esperar que se façam todas as leis complementares e ordinárias para minudear as disciplinas das matérias contidas nesta Constituição, provavelmente ela chegará ao fim de seu ciclo vital sem ter entrado em vigor; e eu consideraria isso uma tragédia" BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988.** Revista de Processo, n.61, p. 195.

412 FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Partidos políticos e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.15.

413 ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.127, jul./set., 1995, p .87 a 90.

414 Ver, a esse propósito, julgados citados por FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: mimeo, 1993. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 215-220.

4.4.1.4 Ação civil coletiva.

A ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e a ação popular são instrumentos para a defesa de direitos coletivos. Os mecanismos processuais de defesa coletiva de direitos subjetivos individuais serão agora tratados.

Os direitos individuais homogêneos apresentam o regime da representação como a regra e o de substituição processual como exceção, apresentando limites para ser invocado, como a autorização ou a expressa disposição em lei.

Tem-se o litisconsórcio ativo facultativo como o modo tradicional de defesa coletiva de direitos individuais de origem comum, ou seja, direitos afins por ponto comum de fato ou de direito. Diversamente, entre os novos instrumentos de defesa coletiva de direitos subjetivos individuais, por substituição processual, destacam-se o mandado de segurança coletivo e a ação civil coletiva.

A ação civil coletiva, prevista na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, trata da defesa do consumidor em juízo. A pretensão a ser veiculada consiste na responsabilidade por danos individualmente sofridos, sendo por natureza condenatória. No caso de procedência do pedido formulado na ação coletiva, cuja sentença é genérica, exige-se a propositura de outra ação, denominada de ação

de cumprimento, que depende da iniciativa do próprio titular do direito lesado para que a sanção condenatória seja individualizada e quantificada.[415]

4.4.2 Resistência à utilização da ação civil pública.

Muito embora não se defenda, no plano teórico e abstrato, a premência de se restringir o âmbito de incidência da ação civil pública, em casos concretos é possível observar uma certa resistência em se admitir o seu cabimento.

À guisa de exemplificação, Rogério Lauria Tucci elenca algumas situações em que identificou abusividade em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público: **a)** quando há mero interesse patrimonial em jogo, consistente na cobrança de um imposto por ente estatal, que não teria "repercussão maior no interesse público";[416] **b)** para pedir a anulação de contrato de refinanciamento de dívida entre o Banco do Brasil e instituição financeira de um Estado, por inexistente interesse difuso ou coletivo;[417] **c)** para impugnar a majoração de mensalidade escolar de estabelecimento de ensino;[418] **d)** para obstar queimada do resíduo da plantação de cana-de-açúcar, já que invade a órbita do sindicato;[419] **e)** em situações em que há

---

[415] ZAVASCKI, p. 90 a 93.

[416] TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. **Ajuris,** n. 56, nov. 1992, p. 49.

[417] Id.Ibid. p. 50.

[418] Id.Ibid. p. 52.

[419] Id.Ibid. p. 53.

rápida correção das irregularidade apontadas na inicial, fazendo com que a causa fique sem objeto.[420]

Nessa linha de raciocínio, incorporada por alguns pronunciamentos judiciais, é nítida a influência da ideologia liberal, de ênfase individualista, ainda inspiração para as instituições do processo civil. Esta concepção fincou fortes raízes no que concerne à hermenêutica jurídica, ciência da interpretação que foi reduzida a um mero processo silogístico, pretensamente destituído de valorações.

Entretanto, os paradigmas do racionalismo dogmático, como o princípio da legalidade, a isonomia formal, o conceito de sujeito de direito, a hierarquia das leis encontram-se em crise pela visível inadequação dessas categorias com a realidade social a que estariam endereçadas.[421]

Nesse sentido, se a dogmática jurídica vem respondendo de forma insatisfatória aos "diferentes padrões de organização da vida social", exige-se a busca de mecanismos que levem em conta o funcionamento das estruturas sociais subjacentes.[422]

Há claramente uma necessidade de superação do modelo processual clássico, baseado no direito subjetivo e na sua correlação com o interesse de agir, a fim de criar-se uma nova estrutura para a tutela dos interesses difusos, cuja característica primordial é a variedade de conflitos. Esta superação passa imprescindivelmente pela redefinição do papel do processo interpretativo.

---

[420] Id. Ibid. p. 54.

[421] MACHADO, Antonio Alberto. GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p.27.

[422] FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**. São Paulo: Edusp, 1988, p.26.

Porém, não há que se ter a velha e ultrapassada pretensão da interpretação com método técnico, ascéptico e neutro. A hermenêutica jurídica apresenta invariavelmente um certo conteúdo ideológico, e este não pode ser ignorado. "Destarte, uma mudança de atitude ideológica pode levar a uma interpretação inteiramente diversa de um mesmo texto legal, sempre que o intérprete se sensibilize pelo apelo de novas exigências sociais".[423]

Pautando-se em Heidegger e em Gadamer, o que se quer não é a pretensa exclusão da ideologia e da subjetividade na hermenêutica, mas a sua incorporação como momentos prévios do processo interpretativo. É a afirmação do papel da ideologia na interpretação, "a reabilitação do pré-conceito (juízo prévio) dentro da estrutura da pré-compreensão, primeira estada da atividade interpretativa".[424]

Nesse sentido, há que se tomar consciência que já não serve à tutela desses novos direitos a velha idéia da solução encontrada através de um silogismo lógico. A proteção dos interesses difusos depende de uma opção política clara que defina, entre os vários interesses colidentes, aqueles que serão tutelados. Essa escolha passa necessariamente por uma definição do modelo de Estado e de seus princípios e metas.

Com o objetivo de manter em curso o processo de adequação dos instrumentos jurídicos às novas necessidades e demandas sociais, é imprecindível que todos os atores concretamente nele envolvidos, em especial os órgãos jurisdicionais, assumam o seu papel nesse desafio.

> Dados os primeiros passos, o que se espera e se deseja é que o Poder Judiciário, o último e mais autorizado intérprete da lei, passe a ter uma nova postura e sensibilidade à gravidade da tarefa que lhe dá a nova ordem, 'de modo a desprender-se dos preconceitos do individualismo jurídico para assumir,

---

423. PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.76.

424 Id.Ibid.p.79.

> resoluto, as responsabilidades que a Justiça social lhe impõe'. No exercício de sua sagrada missão, 'não é dever do juiz somente participar de cada processo em que atua, lembrando-se a cada momento do seu solene compromisso com a justiça e afastando-se de posturas burocráticas e cínicas, como quem não se importa com o desfecho dos dramas que é chamado a julgar; compete-lhe, ainda, voltar-se para o mundo exterior ao processo, seja quando de lá extrai elementos para julgar com fidelidade aos valores da sociedade, seja quando leva a outros centros de decisão o peso de sua voz em busca de uma nova ordem jurídica mais perfeita' .[425]

Não mais se admite vivermos em um Estado e em uma sociedade que "delinqüem à moda do século XX, pressagiando a do XXI, com pontos de atavismo a pensadores do século XVII, como Montesquieu, que, com dificuldades, alcançava a especificidade da função jurisdicional, na qual não via senão uma modalidade da administração, a administração da Justiça. O que cumpre é instaurar o Poder Judiciário que faça da Justiça coisa sua".[426]

4.4.3 Declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública.

Há duas diferentes modalidades de controle de constitucionalidade das leis reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico: **a)** o concentrado e abstrato; **b)** o difuso e concreto.

No primeiro, através da propositura de ação própria, o Supremo Tribunal Federal tem competência exclusiva para "processar e julgar, originariamente, a ação direta de

---

[425] MILARÉ, Édis. A ação civil pública em defesa do ambiente. In: _____(org.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 267.

[426] BASTOS, Celso Ribeiro, **apud** MILARÉ, Édis. A ação civil pública em defesa do ambiente. In: _____(org.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 267.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal", em face do que dispõe a Carta Magna.[427]

Por seu turno, aos Estados incumbe a "instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual" respectiva, a ser julgada pelos tribunais estaduais.[428]

É competência, portanto, dos tribunais o controle da constitucionalidade *in abstacto*, assegurando-se, através da ação direta de inconstitucionalidade, a retirada do ordenamento jurídico de ato ou lei infraconstitucional que se demonstre incompatível com a constituição.

Não há aqui a defesa de direito subjetivo, não há lide, não há uma pretensão resistida, não existem partes. O objetivo de tal ação é tão somente a defesa da ordem constitucional, motivo pelo qual a decisão acerca da inconstitucionalidade suscitada produz coisa julgada oponível *erga omnes*, sendo considerados nulos os atos produzidos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional. Retorna-se ao *status quo ante*.

No controle difuso, por outro lado, reconhece-se a competência de toda autoridade judiciária para se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em casos concretos, mas com efeitos restritos à hipótese submetida a julgamento. "Não há dúvida que a questão constitucional pode ser deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no *habeas corpus,* no *habeas data,* podendo também ser suscitada na ação civil pública e na ação popular".[429]

---

[427] Art. 102, inc. I, alínea "a", da Constituição Federal de 1988 .

[428] Art. 125, § 2°, da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

[429] CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

No controle concreto, a inconstitucionalidade é suscitada como fundamento para o equacionamento de um litígio, constituindo a inconstitucionalidade a causa de pedir, mas não propriamente o conteúdo o pedido (*principaliter*). A argüição *incidenter tantum* só pode ser admitida num litígio, configurando um incidente processual. Não se faz um ataque direto à norma que se considera inconstitucional, mas aos efeitos decorrentes da aplicação de tal norma. Ao contrário da fiscalização abstrata, onde não existem partes, a decisão acerca da inconstitucionalidade somente produz eficácia entre as partes, havendo necessidade de resolução do Senado Federal para que tal declaração venha a ter eficácia *erga omnes*.

No que concerne ao controle da constitucionalidade concentrado e difuso, há dificuldades quanto ao contraste entre lei ou ato normativo municipal e a Constituição Federal. Se é possível o seu exame, por via de ação direta, frente à Constituição Estadual, não há previsão de controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal.

Conquanto alguns Estados tenham, em suas constituições, conferido poderes aos seus tribunais de justiça para apreciação da questão, o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado pela inexistência de instrumento de fiscalização abstrata de direito municipal em frente à Constituição Federal: "O STF rejeitou a tese de que seria lícito ao Estado-membro, na defesa e preservação de sua própria ordem jurídica, e com fundamento no princípio da autonomia federativa, criar ação direta genérica. O STF, ao repelir essa nova modalidade de ação, enfatizou que o controle jurisdicional em abstrato é excepcional e só se permite nos casos expressamente indicados na Constituição Federal".[430]

Essa omissão, proposital, é denominada pela doutrina de "silêncio eloqüente", tendo em vista que "o silêncio do legislador constituinte há de ser entendido, nesse aspecto, como expressa

---

[430] MELLO Filho, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.345.

vontade de restringir o controle de constitucionalidade abstrato ao modelo explicitamente definido no Texto Magno" [431]

Resta, portanto, como remédio apto a evitar que a norma inconstitucional, no âmbito municipal, produza efeitos deletérios em concreto, a utilização do controle difuso que, podendo ser argüido em qualquer tipo de ação, como fundamento do pedido, inclusive em sede de ação civil pública. Tratando-se de controle difuso, não poderia, obviamente, ser objeto de tal argüição a lei em tese, mas apenas a partir do momento em que produzisse efeitos concretos. O objetivo de considerar-se tal lei inconstitucional não seria retirá-la do ordenamento jurídico, mas apenas suspender a sua eficácia.

Tendo a ação civil pública por objetivo peculiar a defesa de direitos tutelados pela Constituição Federal e outros dispositivos que contemplam a defesa dos interesses difusos e coletivos, não há aplicação pura e simples dos limites da coisa julgada, mas adquire força de coisa julgada *erga omnes*. Assim, se a conseqüência da declaração de inconstitucionalidade por via de ação é a retirada da lei do mundo jurídico, por ter eficácia *erga omnes*, a conseqüência de uma lei ser considerada inconstitucional em uma ação civil pública é a impossibilidade de que esta lei venha a produzir seus efeitos, mas não a sua retirada do mundo jurídico.

Ressalte-se que "o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC, ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade da lei, enquanto o pedido na ADIn será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIn".[432]

De igual modo, é

---

[431] MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.319.

[432] NERY JUNIOR, Nelson.; Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1403.

"cabível ACP objetivando condenação do poder público em obrigação de não fazer (abster-se de cobrar impostos), tendo como fundamento (causa de pedir) a inconstitucionalidade ou ilegalidade do imposto. Na ACP o pedido é obrigação de não fazer e a causa de pedir a inconstitucionalidade do imposto. Não se confunde com a ADIn, onde a declaração da inconstitucionalidade não é o fundamento da demanda mas o próprio pedido. Incorreto o entendimento de que descabe ACP nessa hipótese, porque estaria sendo utilizada para substituir a ADIn (RT 694/85).[433]

Não se pode considerar, por conseguinte, que a propositura da ação civil pública seja uma forma de utilização abusiva deste instrumento, pois existe um efeito concreto produzido pela norma que se quer seja considerada inconstitucional.

Dando respaldo a essa argumentação, existe o fato de que é possível a argüição de constitucionalidade como fundamento de uma ação ordinária que discute os efeitos de uma lei de efeitos concretos. Apesar de se circunscrever ás partes, a decisão suspende a eficácia da norma. Se esta norma dirige-se apenas à uma pessoa, ela não produzirá mais efeitos e nem por isso essa situação se equipararia aos efeitos de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Sem razão, portanto, a insurgência de Arruda Alvim[434] contra esse uso da ação civil pública, especialmente no que diz respeito à declaração de incompatibilidade entre norma municipal e a Constituição Federal.

---

[433] NERY Junior, Nelson. p. 1407.

[434] ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152-162.

5. CONCLUSÕES

Conclui-se que:

a) foi adequada a alternativa eleita pelo nosso ordenamento jurídico, no sentido de atribuir ao Ministério Público a legitimidade para agir na proteção dos direitos e interesses metaindividuais, por via da propositura da ação civil pública.

b) a evolução histórica da noção de Estado e suas repercussões no campo do direito revelam o rumo da gradativa incorporação das reais necessidades sociais, em sentido amplo, na órbita da decisão política e jurídica;

c) tornou-se inadiável a revisão dos conceitos relativos aos institutos do processo civil, elaborados dentro da perspectiva liberal e individualista, a partir do novo perfil dado ao Estado brasileiro pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, e do reconhecimento da tutela jurisdicional dos interesses e direitos metaindividuais;

d) o reconhecimento da existência de interesses difusos e coletivos impulsionou legisladores e doutrinadores a construírem os instrumentos aptos a assegurar-lhes a devida tutela jurisdicional;

e) a introdução da ação civil pública em nosso direito e a paulatina ampliação do seu objeto e da sua utilização concreta se constituiu em benefício bastante significativo aos titulares dos interesses e direitos metaindividuais;

f) a ampliação do objeto da ação civil pública é decorrência natural da sua utilidade e importância para a defesa de interesses metaindividuais;

g) o Ministério Público, cujo aparecimento e aperfeiçoamento se liga à formação do Estado moderno, foi influenciado pelo respectivo desenvolvimento jurídico e político;

h) o Ministério Público brasileiro tem características próprias e bastante diferenciadas dos organismos equivalentes existentes em outros países, em decorrência das peculiaridades nacionais, razão pela qual não se lhe aplicam as críticas feitas à sua escolha como co-legitimado para agir na ação civil pública;

i) além da ação civil pública, existem outros instrumentos adequados à tutela jurisdicional dos direitos e interesses metaindividuais, notadamente a ação popular, a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo;

j) ainda existem resistências à utilização ampliada da ação civil pública, observáveis em casos concretos, pelo apego aos conceitos tradicionais das funções do Poder Judiciário e dos institutos do processo civil;

l) é possível a propositura de ação civil pública com fundamento em inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Federal, se objetiva atos concretamente praticados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Náide Azevedo. Ações populares - ações civis públicas. XII CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO. São Paulo: mimeo, 1986.

ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material. **Revista de Processo**, n.64, p. 7-23.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: **Temas de Direito Processual**. 3ª série. São Paulo : Saraiva, 1984.

_____. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y coletivos (un aspecto de la experiencia brasileña) **Revista de Processo**, n.68, p.55-58, out./dez, 1992

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v.61, p.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: **Temas de Direito Processual**. 3ª série. São Paulo : Saraiva, 1984.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 39, p. 55-77, jul./set, 1985.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1977, pp.110-.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 404, p. 9-18, 1969.

BARRUFINI, José Carlos Toseti. **O Ministério Público na Constituição**. São Paulo: mimeo, 1981. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Processo**, n.23, p. 36-44, ano 6, jul/set, 1981.

BENJAMIN, Antônio Hermann. A *citizen action* norte-americana e a tutela ambiental. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 62, p.61-78. (s/d).

_____. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico - apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 70-151.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: UNB, 1988.

_____. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Brasília: UNB, 1980.

_____. Sociedade civil. In: _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 1206-1211.

_____. **O conceito de sociedade civil**. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

_____. **Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica**. Roma: Donzelli editore, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRAVO, Gian Mario. Burguesia. In: BOBBIO, Norberto MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, Brasília: Editora UnB, 1986, p. 119-124.

BRIGGS, Asa. Estado de bem-estar. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 260-262.

BUCI-GLUCKSMANN, Christinne. **Gramsci e o Estado**. 2.ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1990.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 3.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1960.

_____. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Vol. II. Buenos Aires: EJEA, 1962.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça** São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMPOS, Benedicto de. **O Ministério Público e o novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, n.2, p.234-245, abr./jun. 1982.

_____. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: **Le azioni a tutela di interesse collettivi. Atti del Convegno di Studio**, Pádua: Cedam, 1976, p. 191-221.

_____. Tutela dos interesses difusos. **AJURIS**, Rio Grande do Sul, n.33, p. 169-182, mar. 1985.

_____. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Pádua, n.3, p.361-402, 1975.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n.74, p.82-97, abr./jun. 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 57.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 614.

COSTA, Nilson do Rosário et al. **Demandas populares, políticas públicas e saúde**.. Petrópolis: Vozes, 1989.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. Estado, sociedade e participação, perspectivas socialistas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.128, p.91, out./dez. 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**.19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DENTI, Vittorio. Relazione introduttiva. Le azioni a tutela di interesse collettivi. In: **Atti del Convegno di Studio**. Pádua: Cedam, 1976, p. 3-22.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DOTTI, René Ariel. A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, p. 66-94, 1986.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FARIA, José Eduardo. Crise do judiciário e novos conflitos. **Anais do Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho.** Curitiba: UFPR, 1996.

_____. **Direito e economia na democratização brasileira.** SP: Malheiros, 1993.

_____. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: _____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994, p. 11-29.

_____. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In:_____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 52-67.

_____. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In:_____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994, p. 52-67.

_____. **Eficácia jurídica e violência simbólica**. São Paulo: Edusp, 1988.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo et al. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 62-69.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Partidos políticos e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 163-192.

_____. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: mimeo, 1993. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FOWLER, Marcos Bittencourt. Questão fundiária e Ministério Público. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 3, ano I, set/dez, 1996, p. 779-786.

FRANCO, Flávia Goulart. **Polícitas sociais: foco viabilizador da construção do espaço profissional.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994,

GAMBLE, Andrew. **An introduction to Modern Social and Political Thougt**. Londres: MacMillan, 1982.

GARBAGNATI, Edoardo. **La sostituzione processuale**. Milão: Giuffrè, 1942.

GENRO, Tarso. Uma moratória com a utopia. **Folha de São Paulo** 13 jan. 1994.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e democracia. II CONGRESSO DO MOVIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEMOCRÁTICO. Ribeirão Preto, 1995.

GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura.** 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.14/15, p. 25-44, abr./set. 1979.

_____. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispedência. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, , p. 23-27, 1995.

_____. Medios de tutela de los intereses colectivos: la acción de clase brasileña, **Revista del colegio de abogado de la Plata**, n.53, p.133-134, dez., 1993.

_____. **Le garanzie costituzionali del processo nelle azioni collettive**, p.471-489.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**. Porto Alegre: L & PM, 1980.

HAYEK, F. A. **Law, Legislation and Liberty**. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico.** São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HOBBES, Thomas. **Leviatan, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem - conceito e pressupostos de validade.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1996.

LACERDA, Galeno. Eficácia da prestação jursdicional no atendimento às demandas sociais. **AJURIS**, n.59, p.49-61, nov. 1993.

_____. Ação civil pública. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, p. 11-33, 1986.

LEBRUN, Gérard. **O que é poder.** 12.ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Giuffrè: Milano, 1968.

LINDSAY, Alexandre Dunlap. **O Estado Democrático Moderno.** Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. A crise da norma jurídica e a crise do Judiciário. In: _____. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 68-93.

LUHMANN, Niklas. **A legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da UnB, 1980.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MACHADO, Roberto. Introdução. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**.. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. VII-XXIII.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édis (org.). **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 438-450.

MANDEL, Ernst et al. **Liberalismo e socialismo**. São Paulo: Unesp, 1995.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Círculo do Livro S. A., s/d.

MARINHO, José Domingos da Silva. Ministério Público e tutela juridicional dos interesses difusos. **Revista de Processo**, n.36, p. 114-127, out./dez, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, João Benedito de Azevedo. **Direito e democracia. O papel do Ministério Público**. São Paulo: Cortez, 1990.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1981.

MARTIN, Antonio Pérez. La "*Respublica Christiana*" Medieval: Pontificado, Império y Reino. In:_____et al. **El Estado Español en sua dimensión historica.** Barcelona, 1984, p. 59.

MATTOS, Carlos Lopes de. São Tomás de Aquino - vida e obra. In: **São Tomás de Aquino**. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Defesa dos interesses difusos em juízo. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, p. 34-65, 1986.

MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público - sua gênese e sua história. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.84, p. 197-214, out./dez. 1984.

MELLO Filho, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990..

MILARÉ, Édis. Ministério Público - ação civil pública. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n.19, p. 270-275, 1986.

_____. A ação civil pública em defesa do ambiente. In: _____(org.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 193-267.

_____. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 4.ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para tutela de interesses difusos. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, n.631, p.71-82, mai. 1988.

_____. Um estudo sobre a legitimação para agir no Direito Processual Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 618, abril, 1987.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. **Revista Forense**, n.321, 1993.

MOREIRA Neto. Diogo de Figueiredo. As categorias de interesses na Constituição de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 307, p.15-30.

NADALES, A. J. Porras. **Introducción a una teoria del Estado post-social.** Barcelona: PPU, 1988.

NERY Junior, Nelson. Responsabilidade civil pelo dano ecológico. 1° SEMINÁRIO DE DIREITO ECOLÓGICO DA FRONTEIRA-OESTE Rio Grande do Sul, **Do Monólogo ao Diálogo**, 1985.

_____. O Processo Civil no Código de Defesa do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p. 24-35.

_____. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA Junior., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.33, p. 7-25, 1984.

PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira de. O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, n.72, p. 81-100, out/dez 1981.

PISANI, Andrea Proto. Appunti prelimnari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: **Le azioni a tutela di interesse collettivi. Atti del Convegno di Studio**. Pádua: Cedam, 1976, p. 263-286.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil (de 1939)**. Tomo V. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PODETTI, J. Ramiro. Trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. **Revista de Derecho Procesal**, p. 113-170.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo.** 2.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia.** São Paulo: Paulus, 1990.

REGO, Hermenegildo de Souza. Interesses difusos e conceitos tradicionais da legitimação "ad causam", interesse de agir, representação, substituição processual e limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n.43, p.260-277.

RIBEIRO, Leo Gilson. A armadilha da globalização. **Revista Caros Amigos**, São Paulo, n.1, p.26-28, abril, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

RUSSO, Ennio. **interessi diffusi e teoria delle situazioni soggettive**, p.66-67 (s/d).

SALLES, Carlos Alberto. **A legitimação do Ministério Públioc para a defesa de direitos e garantias constitucionais.** São Paulo, 1992. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2.ed.. São Paulo: Cortez, 1996.

SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 1-7.

_____. Estado moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 425-431.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SIMON, John Anthony. **Considerações sobre o Ministério Público norte-americano**. pp.7-18.

SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. O Ministério Público e a tutela jurisdiconal dos interesses coletivos. **Revista de Processo,** n.32, p.274-279, out./dez. 1983.

STOPPINO, Mario. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 933-943.

SZNICK, Valdir. O Ministério Público no direito germânico. **Justitia**, São Paulo, v. 126, p. 124-129, jul./set. 1984.

TARUFFO, Michele. I limiti soggetivi del giudicato e le class actions. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, n.4, p.609-636, 1969

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. **Ajuris,** n. 56, p. 35-55, nov. 1992.

TUR, Richard H. S. Litigation and the consumer interest; the class action and beyond. **Legal studies**, v.2, n.2, p.133-171, jul.1982.

VALLADÃO, Alfredo. **O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1973.

VELLANI, Mario. **Il pubblico ministero nel processo.** vol. I. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1965.

VELOSO, Marília Lomanto. O Ministério Público e a defesa dos direitos políticos. **In:** MARQUES, Luiz Henrique de Castro (org.). **Ministério Público: direitos civis, sociais e políticos - uma prática**. Salvador: OEA-UFBA-EGBA, 1990, p. 38-57.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el Estado de Derecho**. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

_____. Apontamentos sobre: "tutela jurisdicional dos interesses difusos (necessidade de processo dotado de efetividade e de aperfeiçoamento permanente dos juízes e apoio dos órgãos superiores da justiça em termos de infra-estrutura material e pessoal)". In: **Ação civil pública: Lei 7.347: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 326-328.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. **Revista de Processo**, n.34, p.197-206, abr./jun. 1984.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAPPA, Giancarlo. Il Pubblico Ministero: appunti di storia e di diritto comparato. In: **La riforma del Pubblico Ministero**. Milão: Giuffrè, 1974, p. 63-82.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasilia, n. 127, p. 83-96, jul/set, 1995.