

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS, O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS AÇÕES COLETIVAS.

Darlan Benevides de Queiroz
Promotor de Justiça

*“Plaisante justice qu’une rivière borne!
Verité au deçà des Pyrennées, erreur au
delà.” (Blaise Pascal)*

Acompanhando as recentes decisões dos tribunais superiores, deparamo-nos com uma tendência, no início vacilante, e que culminou no desenvolvimento de uma corrente de interpretação dos dispositivos legais e constitucionais que julgamos sobremaneira restritiva e divorciada da *mens legis*.

Trata-se daquela corrente que entende incabível a atuação do Ministério Público na defesa coletiva de direitos individuais homogêneos quando estes tiverem conteúdo estritamente patrimonial e, portanto, disponível.

Não é nossa intenção revolucionar o entendimento acerca da matéria, mas, tão-somente, trazer aos colegas de Ministério Público e à comunidade jurídica em geral algumas meditações a respeito da matéria, ainda porque consideramos que maiores e melhores contribuições têm sido dadas por vigorosos e mais aparelhados colegas de Instituição pelo Brasil afora.

Move-nos, antes, o anseio de suscitar a postura crítica diante de um tema que se relaciona diretamente com as prerrogativas e deveres constitucionalmente deferidos ao *Parquet*.

Não apresentamos tese inédita, apenas a abordaremos de um ponto de vista mais principiológico, ainda porque entendemos que a questão se prende, antes, à aplicação de técnicas interpretativas mais condizentes com o intento do poder constituinte.

Decisões como as proferidas nos Recursos Especiais n.º 35644-MG, publicados no DJU de 4.10.93, têm proliferado ao ponto de criar uma manifesta tendência jurisprudencial. Como exemplo e paradigma, tomamos a liberdade de transcrever acórdão da 1.ª Turma do STJ no Resp. 46.130-8-PR, cujo Relator foi Sua Excelência o Min. Demócrito Reinaldo (j. 2.5.94, provimento por maioria, publicado no DJU de 20.6.94, p. 16.062):

“O MP só tem legitimidade para promover ação pública civil na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhe vedado valer-se desse instrumento para porfiar na defesa de direitos individuais afetos a determinado grupo. As atribuições do MP são previstas na Constituição ou na lei, sendo defeso ao Estado conferir-lhe outras atribuições através de convênio”.

Tal corrente, em nosso ver equivocadamente robustecida por decisões do STF e da 1.^a Turma do STJ, interpreta de forma restritiva os arts. 81, parágrafo único, III, e 82, I, ambos do CDC, e vem, sistemática e reiteradamente, negando a legitimidade do *Parquet* para as ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, quando tais direitos sejam disponíveis ou não se caracterizem como coletivos ou difusos.

Ocorre que a referida corrente ignora a possibilidade criada com a interpretação conjugada dos arts. 129, IX da Constituição Federal, e 117 do Código de Defesa do Consumidor (que deu nova redação ao art. 21 da Lei n.º 7.347/85), que conferiu legitimação ativa do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos, e tal legitimação estende-se inclusive para as ações que não versem exclusivamente sobre direitos disponíveis.

A redação do art. 129, III da Constituição Federal não deixa qualquer dúvida no que diz respeito à legitimação do Ministério Público para o ajuizamento das ações que versem sobre direitos difusos e coletivos, sendo certo que, toda vez em que o direito a ser protegido se caracterize como difuso ou coletivo, a legitimação para agir encontra respaldo no texto da Carta Magna, a nosso ver, incontestável.

Situação diferente é aquela que decorre da introdução no ordenamento jurídico brasileiro da figura dos *direitos individuais homogêneos*, ocorrida com a entrada em vigor da Lei n.º 8.078/90.

Entendemos, com o perdão de posicionamentos em sentido diverso, que dúvida alguma pode restar no que respeita a legitimação do Ministério Público para agir nas ações civis públicas relativas a direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis.

Ora, se o art. 129, IX da Constituição Federal permite à legislação infraconstitucional dar novas atribuições ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua destinação constitucional, não vemos como ignorar a legitimidade dada

pela Lei n.º 8.078/90 para a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis.

Além, disso, o *caput* do art. 127 da Constituição Federal atribui expressamente ao Ministério Público a “*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis*”.

Alguns poderiam argumentar que, ao deferir ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais indisponíveis, teria a Constituição retirado completamente a possibilidade de a Instituição ajuizar ações coletivas quando o interesse individualmente considerado seja disponível. Salvo exegese mais elaborada, temos que tal raciocínio é sobremaneira simplista, não contemplando a real intenção do constituinte e do legislador quando editaram a Lei n.º 8.078/90.

Inicialmente, porque o texto constitucional, apesar de recepcionar as normas de legitimação constantes dos arts. 81 e 82 do Código de Processo Civil, incluiu no inciso IX do art. 129 uma verdadeira “carta branca” para o legislador conferir ao MP legitimação para agir em outros casos que não os taxativamente previstos nos diplomas até então vigentes.

E, efetivamente, valendo-se dessa “carta branca”, o legislador fez incluir no art. 81, III do Código de Defesa do Consumidor, norma que erige à categoria de interesse social (e, portanto, adequando-se, material e formalmente, ao que dispõe o art. 127, *caput*, do Texto Supremo) a defesa coletiva de interesses ou direitos individuais homogêneos, *independentemente da natureza destes individualmente considerados, sejam disponíveis ou indisponíveis*.

Tanto é irrelevante a natureza disponível dos direitos individuais homogêneos amparados pela possibilidade de ação coletiva, que o art. 88 da Lei n.º 8.884/94 fez introduzir no art. 1.º da LACP a possibilidade de responsabilização civil por danos *morais e patrimoniais* (cf. MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo, 11.ª ed., rev. e ampl., Saraiva, 1999, p. 96).

Ora, os danos morais, embora tenham por fundamento a lesão a direitos da personalidade da vítima, que não têm expressão patrimonial definida, são indenizáveis mediante a conversão *in pecuniam* do dano ocasionado. Se de direito à reparação em pecúnia se trata, obviamente de direito individual *disponível* se trata a reparação do dano moral. Qualquer argumento contra a viabilidade da atuação ministerial em ações coletivas sobre danos de tal natureza cairia por terra, a não ser que se admitisse que a Lei n.º 7.347/85, *implicitamente*, teria restringido a legitimação para tais ações aos outros co-legitimados, que não o MP.

Tal seria, obviamente, uma interpretação não baseada em dispositivos de Lei, mas subordinada a compreensões individuais equivocadas acerca do fenômeno jurídico. Quando a Lei n.º 7.347/85 definiu a legitimação do *Parquet*, fê-lo de forma ilimitada, ao contrário do que ocorreu com as entidades mencionadas na

parte final de seu art. 5.º, nas quais a legitimação passou a ser condicionada à comprovação do preenchimento dos requisitos constantes dos incisos I e II do referido art. 5.º da LACP.

Por outro lado, o legislador não limitou a atuação do Ministério Público, quer quanto à extensão, quer quanto à matéria (obviamente, neste caso, depois da CF/88). Ao definir interesses individuais homogêneos, o legislador do Código de Defesa do Consumidor considerou-os como sendo aqueles “decorrentes de origem comum”.

Assim, parece-nos que, ao definir interesses individuais homogêneos, o legislador assim o fez com o intuito deliberado de proporcionar uma via de defesa mais eficaz aos titulares de direitos individuais quando o dano ocorrer em escala maior que a individual ou a plúrima (que ensejaria, no máximo, litisconsórcio).

Considere-se, por oportuno, o magistral pronunciamento de Nélson Nery Jr. (Código de Processo Civil Comentado, 2.ª ed., p. 1705), *ipsis verbis*:

“Direitos individuais homogêneos. São os direitos cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos *coletivamente* em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class action* brasileira”.

O fundamental é que, ao deferir a legitimidade ao Ministério Público para ajuizar e conduzir essa modalidade de *class action*, o legislador não fez qualquer ressalva quanto à natureza disponível ou indisponível dos direitos individuais homogêneos. Isso nos leva à inevitável conclusão de que o Ministério Público poderia atuar demandando, inclusive, danos morais oriundos de origem comum, e o Código de Defesa do Consumidor prevê procedimento próprio para a liquidação e execução dos danos dessa natureza (arts. 94 a 100).

A faceta mais exteriorizada da confusão que ainda reina nos tribunais pátrios é a série de decisões que negam ao Ministério Público a legitimação

para agir em defesa dos direitos dos contribuintes em face de abusos do fisco. Nesse sentido, é a seguinte decisão do Tribunal de Alçada Cível do Paraná (*ipsis litteris*):

“Ação Civil Pública. Ministério Público. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Preliminar acolhida. Consumidor e contribuinte. Diferenciação. Limitação da atuação do *Parquet* para a promoção da defesa do primeiro. Interesse difuso. Restrição da tutela às hipóteses legalmente elencadas. Lei n.º 8.078/90, arts. 81, parágrafo único, e 92, III, Lei n.º 7.347/85, art. 21, CF, art. 129, III.

O conteúdo das expressões “consumidor” e “contribuinte” não se equivale e, se está o Ministério Público expressamente autorizado à promoção da defesa dos direitos do primeiro, o mesmo não ocorre com relação ao segundo na hipótese de lançamento de tributos pela municipalidade que, por sua vez, não se identifica na categoria de entidade comercial ou prestadora de serviços.

Exclui-se, também, *in casu*, a legitimidade do *Parquet* com base no conceito de “interesses difusos” (art. 129, III, da CF), pois estes, conforme expressamente consigna o enunciado da Lei n.º 7.347/85, dizem respeito à responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e ao próprio consumidor, sem fazer, contudo, qualquer referência à categoria do contribuinte. Recurso provido.”(TAPR, 2.ª C., Ap. 53.111-5 (reexame), Rel. Juiz Irlan Arcoverde, j. 11.11.92, RT 691/170, 1993).

No sentido da ilegitimidade do MP para ações coletivas que versem sobre direitos disponíveis:

“ILEGITIMIDADE AD CAUSAM” – Ação Civil Pública – Ajuizamento pelo Ministério Público – Discussão sobre a constitucionalidade de lei municipal que determinou a cobrança de taxa de iluminação pública pelo Município de Itaporanga – Lei n.º 24, de 1990 – Proteção de interesses de natureza econômica patrimonial, individual e

disponível – inconstitucionalidade com interesses coletivos ou difusos – Inadequação da via eleita – Ilegitimidade ativa reconhecida – Extinção do processo decretada – Recurso provido – Declaração de voto vencedor”. (1.º TACivSP, Ap. 527.165-0, 8.ª C., Rel. Juiz Carlos Alberto Hernandez, j. 13.3.95, JTACSP 153/132).

Acerca de tais raciocínios, são necessárias algumas considerações. Primeiramente, é importante que seja observado que a cláusula franqueadora do art. 129, IX da CF permitiu que novas atribuições fossem conferidas por lei ao Ministério Público, sendo que a conjugação de tal disposição com o disposto no *caput* do art. 127 da CF torna lícito supor que somente é possível conferir ao *Parquet* legitimação para agir em causas em que seja patente a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Obviamente, ao Legislativo incumbe aquilatar o quanto de interesse social existe na atuação dos Promotores e Procuradores em defesa dos interesses que, posteriormente, serão contemplados em lei.

Nesse sentido, é o magistral ensinamento de MAZZILLI, na obra já mencionada, que tomaremos a liberdade de transcrever *ipsis verbis*:

“Qualquer interesse difuso ou coletivo pode hoje ser defendido por meio da ação civil pública ou coletiva. O CDC e a LACP complementam-se reciprocamente em matéria de defesa de interesses metaindividuais, um é de aplicação subsidiária para o outro; por isso, e em tese, cabe também a defesa de qualquer interesse metaindividual homogêneo por meio da ação civil pública ou coletiva”. (MAZZILLI, *op. cit.*, p. 91)

Além disso, é necessário que se observe que o advento do Código de Defesa do Consumidor e do próprio art. 129, III, da Constituição Federal (que fala em “outros interesses difusos e coletivos”), alargou o âmbito de aplicação da Lei n.º 7.347/85, sendo que há norma expressa (art. 110 da Lei n.º 8.078/90), que faz incluir entre as hipóteses de cabimento de ação civil pública “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Passamos, portanto, de uma interpretação *numerus clausus* das hipóteses de cabimento da ação civil pública para uma interpretação *numerus apertus*, que tornou meramente exemplificativas as hipóteses dos incisos I a III do art. 1.º da Lei n.º 7.347/85.

Consigne-se, por fundamental, que a Lei n.º 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor não restringiram a atuação dos co-legitimados (art. 5.º da LACP e art. 82 do CDC) às causas relativas a interesses e direitos disponíveis (nem faria sentido se assim tivesse feito). Imagine-se, portanto, um caso em que uma associação de defesa do consumidor ajuizasse ação coletiva contra as montadoras de veículos para que as mesmas indenizassem os motoristas que fossem vítimas de acidentes de consumo em virtude de defeito de fabricação de determinada peça antes da realização do procedimento que ficou conhecido como “recall”. Ora, o acidente de consumo é indenizável e a indenização, por ser ilícito civil, é obviamente interesse patrimonial e disponível do lesado. Pela lógica adotada por aquelas decisões acima transcritas, seria impossível que o Ministério Público assumisse a ação em caso de desistência injustificada por parte da referida associação (hipótese contemplada pelo art. 5.º, § 3.º da LACP, com a redação que lhe deu o art. 112 do CDC).

Diante de todas as argumentações acima expendidas, podemos chegar a algumas conclusões que consideramos imprescindíveis para uma correta avaliação da legitimidade ativa do MP em tais casos:

- a) o âmbito de incidência da Lei de Ação Civil Pública foi dilargado com o advento da CF/88 e do CDC, não havendo mais limitação *ratione materiae* ao seu uso pelos legitimados;
- b) os direitos a serem defendidos pela via da ação coletiva não precisam necessariamente ser indisponíveis para justificar a atuação do Ministério Público, donde decorre que:
- c) é, em tese, possível a defesa pelo Ministério Público, por meio da ação Civil Pública, de direitos individuais homogêneos relativos, *e.g.*, ao lançamento e cobrança indevida de impostos; à responsabilização civil por danos materiais e morais decorrentes de acidente de consumo, de propaganda difamatória, ou inexata, ou enganosa;

Assim esperamos ter contribuído de maneira efetiva para melhor compreensão da legitimidade do *Parquet* para a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ainda que, individualmente, sejam considerados disponíveis ou não estejam abrangidos pelas hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 1.º da LACP.