

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

CÍNTIA TERESINHA BURHALDE MUA

**ACESSO MATERIAL À JURISDIÇÃO: DA LEGITIMIDADE
MINISTERIAL NA DEFESA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Porto Alegre

2006

CÍNTIA TERESINHA BURHALDE MUA

**ACESSO MATERIAL À JURISDIÇÃO: DA LEGITIMIDADE
MINISTERIAL NA DEFESA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção de grau
de Mestre, pelo Programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito
da Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber

Porto Alegre

2006

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C575a Mua, Cíntia Teresinha Burhalde

Acesso material à jurisdição: da legitimidade ministerial na defesa dos individuais homogêneos / Cíntia Teresinha Burhalde Mua – Porto Alegre, 2006.

100 f.

Dissertação – Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado em Instituições do Direito do Estado. PUCRS, 2006.

Orientação: Prof. Dr. Thadeu Weber.

1. Ministério Público – Brasil. 2. Legitimidade (Direito).
3. Direitos Fundamentais. 4. Interesse Individual Homogêneo.
5. Acesso à Justiça. I. Título.

CDD 341.413

Bibliotecário Responsável

Ednei de Freitas Silveira

CRB 10/1262

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO ESTADO
CÍNTIA TERESINHA BURHALDE MUA

**ACESSO MATERIAL À JURISDIÇÃO: DA LEGITIMIDADE
MINISTERIAL NA DEFESA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 13 de setembro de 2006 pela Banca Examinadora.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Thadeu Weber

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Professor Doutor Darci Guimarães Ribeiro

Agradeço

***aos meus pais, Sônia e Aurélio, pelos primeiros passos;
à minha filha, Bruna, pelo amor e pelo desvelo;
ao meu esposo, Giuseppe, pela vigília e invariável compreensão;
ao professor Thadeu Weber, pela orientação;
ao professor Sérgio Gilberto Porto, pela abnegada e gentil co-orientação;
aos amigos, pela colaboração;
ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela licença que me foi concedida.***

"A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural nos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se lhe acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se vêem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores."

José Carlos Barbosa Moreira

RESUMO

Este trabalho pretende contribuir para a compreensão da legitimidade ministerial na defesa dos direitos individuais homogêneos, propondo uma concepção ampliada a todas as situações em que a defesa *mediata* dos direitos individuais homogêneos represente a defesa *imediata* do Estado democrático de direito, papel institucional precípua do Ministério Público, vez que somente pela efetivação dos direitos fundamentais alcançar-se-á a democracia substancial. Contextualiza-se o problema no tema do acesso à Justiça; define-se o papel do Ministério Público na Constituição brasileira de 1988; perfila-se a defesa coletiva dos individuais homogêneos, tangenciando aspectos da racionalidade do processo coletivo, do Código Modelo de Processo Coletivo Ibero-americano, do histórico do processo coletivo no Brasil. Estuda-se a legitimação ordinária, a extraordinária e a substituição processual. Investiga-se a natureza jurídica da legitimação do Órgão-Agente sob as perspectivas genérica e específica, perpassando-se pela conceituação corrente dos individuais homogêneos e pela proposta de compreensão deste ensaio, à luz da bidimensionalidade dos direitos fundamentais. Verifica-se a ação civil pública com instrumento para a tutela coletiva dos individuais homogêneos. Busca-se a superação da seara consumerista e das demais áreas de interpolação legislativa, norte na relevância social como critério de sindicabilidade. Exemplifica-se as estirpes tributária, previdenciária e das omissões administrativas como zonas de plena densidade da dignidade da pessoa humana e, por isso, suscetíveis da atuação ministerial legítima. Explicita-se a *ratio essendi* da legitimação na seara consumerista como fonte de reverberação. Adentra-se no controle jurisdicional da legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa mediata dos individuais homogêneos. Aborda-se tópicos de direitos comparado. Ingressa-se numa leitura filosófica da legitimação, tendo por referencial a escola hegeliana.

Palavras-chave: Ministério Público – legitimidade – individuais homogêneos – acesso à justiça - direitos fundamentais

ABSTRACT

This work intends to contribute for the understanding of the legitimation of the Public Attorney in the defense of the homogeneous individual rights, proposing an extended conception to all the situations in which the mediate defense of the homogeneous individual rights represents the immediate defense of the State of the Rule of Law, main institutional role of the Public Prosecution Service, inasmuch as only by accomplishment of the fundamental rights is that the substantial democracy will be achieved. This research puts in context the problem of the access to justice; it describes the role of the Public Prosecution Service in the Brazilian Constitution of 1988; it defines the collective defense of the homogeneous individual rights, passing by the rationality aspects of the collective process, of the "Processo Coletivo Ibero-Americano", and the historical of the collective process in Brazil. It studies the ordinary and extraordinary legitimation and procedural substitution (party replacement). It investigates the legal nature of the legitimation of the prosecutor under broad and narrow perspectives, passing by the actual idea of the homogeneous individual rights and by the intended comprehension of this paper, in the light of the dual dimensions of the fundamental rights. This investigation identifies the "ação civil pública" (class action) as an instrument to protect the homogeneous individual rights. It tries to overcome the consumer domain and the others legislative connected areas, regarding to social relevance as a revision criterion. It exemplifies the tax law, social security law and administrative law default areas as full density zones of the human dignity and, therefore, susceptible of the legitimate prosecutor performance. This essay explains the *ratio essendi* of the legitimation in the consumer domain as a reflection source. It goes through the judicial control of the Public Prosecution Service legitimation for mediate defense of the homogeneous individual rights. It discusses comparative law topics. It boards in a philosophical view of the legitimation, having the Hegel school as reference.

Key words: Public Prosecution Service - Prosecutor - legitimation - homogeneous individual rights - judicial access - fundamental rights

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
1 ACESSO À JURISDIÇÃO, BARREIRAS E TRANSPOSIÇÃO: CONTEX- TUALIZAÇÃO DO PROBLEMA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS ..	21
1.1 DO ACESSO À JUSTIÇA DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DE- MOCRÁTICO	21
1.2 BARREIRAS DO ACESSO À JUSTIÇA	29
1.3 DA SUPERAÇÃO DA INACESSIBILIDADE À JURISDIÇÃO	30
1.3.1 Barreiras Econômico-técnicas	30
1.3.2 Das Barreiras Sócio-culturais	36
1.3.3 Dos Interesses Transindividuais	36
2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	39
2.1 RAZÃO DE SER DO CAPÍTULO	39
2.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	39
2.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM	42
2.4 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMEN- TAIS DO HOMEM	50
2.5 A FUNÇÃO MINISTERIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	62
3 DA DEFESA COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊ- NEOS	71
3.1 DA RACIONALIDADE DO PROCESSO COLETIVO	71
3.2 DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSO COLETIVO IBERO-AMERI- CANO	73
3.3 DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL – ESCORÇO HISTÓRI- CO.....	75
3.4 DA LEGITIMIDADE MINISTERIAL NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	78
3.4.1 Da Legitimação Ordinária. Crítica À Doutrina Eclética Da A- ção	78
3.4.2 Da Legitimação Extraordinária	86
3.4.3 Da Substituição Processual	89
3.4.4 Da Natureza Da Legitimação Ministerial, Enquanto Órgão- Agente: Uma Investigação Genérica	94
3.4.5 Direito Individual Homogêneo: Sua Conceituação	98
3.4.6 Proposta Para A Compreensão Do Conceito De Direito Indivi- dual Homogêneo	102
3.4.7 Da Natureza Jurídica Da Intervenção Ministerial Na Defesa Coletiva Mediata Dos Individuais Homogêneos: Uma Investigação Específica	110
3.5 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONCRE-	

TIZAÇÃO DA MISSÃO INSTITUCIONAL DO ÓRGÃO AGENTE NA DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS REFLEXOS NA DEFESA MEDIATA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	120
3.6 DA SUPERAÇÃO DA SEARA ESTRITAMENTE CONSUMERISTA.....	146
3.6.1 Rejeição Às Amarras Temáticas – A Falácia Da Única Resposta Jurídica Correta	146
3.6.2 Da Legitimidade Ministerial Na Seara Tributária	162
3.6.3 Da Legitimidade Ministerial Na Seara Previdenciária	174
3.6.4 Da Legitimidade Ministerial Para A Defesa Coletiva Dos Individuais Homogêneos Nas Omissões Administrativas	190
3.7 DA RATIO ESSENDI DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SEARA DO CONSUMIDOR E SUA REVERBERAÇÃO COMO CRITÉRIO OBJETIVO DE AFERIÇÃO DA RELEVÂNCIA SOCIAL DA DEFESA COLETIVA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	197
3.8 CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGITIMAÇÃO MINISTERIAL PARA A DEFESA COLETIVA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS ...	222
3.8.1 Apontamentos Iniciais	222
3.8.2 Da Relevância Social	224
<i>3.8.2.1 Da Proporcionalidade No Exame Da Relevância Social No Caso dos Direitos Prestacionais Em Sentido Estrito – Um Diálogo Entre a Preservação Do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível à Luz Da Dignidade Da Pessoa Humana</i>	236
3.8.3 Utilidade Da Tutela Coletiva	246
3.8.4 Predominância Do Interesse Coletivo Sobre O Individual .	247
3.8.5 Da Representação Adequada	247
4 TÓPICOS DE DIREITO COMPARADO	252
4.1 INEXISTÊNCIA DE PARALELISMO NECESSÁRIO ENTRE AS CLASS ACTIONS ESTADUNIDENSES E A TUTELA COLETIVA NO BRASIL	252
4.2 DIVERGÊNCIA DOS PERFIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS BRASILEIRO E ITALIANO	256
4.3 PONTO DE CONFLUÊNCIA ENTRE A NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMATIO AD CAUSAM SUSTENTADA NESTE ENSAIO E AS AÇÕES ASSOCIATIVAS DO DIREITO ALEMÃO	258
4.4 INFORMES SOBRE A LEGITIMIDADE MINISTERIAL ATIVA NA AÇÃO POPULAR PORTUGUESA	259
5 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O APARECER DO ESTADO ÉTICO NO CONTEXTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	262
5.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO, A JUSTICIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	262
5.2 RACIONALISMO KANTIANO	264
5.3 A CRÍTICA HEGELIANA	275
5.4 A CRITICA POPPERIANA	278
5.5 A LEGITIMIDADE MINISTERIAL NA REALIZAÇÃO DO ESTADO	

ÉTICO	288
CONCLUSÃO	304
REFERÊNCIAS E OBRAS CONSULTADAS	313
ANEXOS	323

INTRODUÇÃO

À sociedade de massas não mais serve a concepção individualista com que foram modelados institutos processuais de peso, como a legitimidade para agir e a substituição processual, sem se falar na coisa julgada, entre muitos.

Os estudiosos do Direito, atentos às novas necessidades emergentes, de há muito são unânimes em visualizar este quadro que, flagrantemente, gera descompasso entre o processo e a sociedade.

O caráter instrumental do processo motivou inúmeras modificações legislativas, proporcionando o rompimento de muitos obstáculos à efetividade de novéis direitos subjetivos, nascidos da nova conjuntura sócio-econômica.

Contudo, ainda restou muito espaço para a inefetividade, quer pela ausência, ainda, de instrumentos capazes de demovê-la em certas áreas, quer pela utilização -- equivocada -- do instrumental existente e potencialmente eficaz, como conseqüência da manutenção de concepções arraigadas a paradigmas que não mais se identificam com as necessidades sociais.

O prejuízo, de toda a sociedade.

A conseqüência, imediata, a subjugação do direito material pelo processo¹; a superação irrazoável do conteúdo pelo instrumento; situação

¹ Não queremos adentrar no embate entre monismo e dualismo, muito menos nos aventurar nas alamedas do substancialismo e do procedimentalismo. Contudo, vale referir, como acentua Adalberto Narciso Hommerding, *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a Necessidade do Debate "Procedimentalismo Versus Substancialismo"*, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 57, jan-abr/2006, p. 23-44: “ (...)A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou o paradigma do Estado Democrático de Direito, que veio agregar um *plus* normativo às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), fazendo com que o Direito passasse a ser transformador.(...)”

que quer significar, numa visão macroscópica, o impedimento à transposição da democracia formal, pelo inaccessível material à jurisdição como instância mediadora da idéia fundamental da liberdade e, por isso, responsável pela conformação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Dentre os diversos temas que compõem a constelação de hipóteses que desnudam a inadequação do processo, ou a sua má utilização, a questão da legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos ocupa posição de destaque.

Alguns a refutam, incondicionalmente; outros a admitem, em variáveis graus, e por diferentes razões.

Há inquietude acerca o tema, que precisa de desenlace.

A proposta deste trabalho, sem a pretensão de atingir foros de tese, objetiva rever conceitos já enraizados, no intuito de buscar, pela nova síntese, um berço mais tranqüilo para a questão da legitimação ministerial na defesa dos individuais homogêneos.

No curso deste ensaio, buscar-se-á demonstrar que tal legitimação tem assento em nosso sistema jurídico-constitucional, porque decorrente da inscrição do Estado brasileiro como um Estado democrático de direito.

Ver-se-á, também, que a legitimação ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos tem íntima e necessária inter-relação com a efetividade dos direitos fundamentais do Homem, pilar-centro da democracia substancial, mormente a brasileira, cujo ápice axiológico-normativo assenta-se na dignidade da pessoa humana.

Objetivar-se-á, por igual, desnudar que a legitimidade do Órgão, no âmbito de que se ocupa esta dissertação, é mediata, reflexa, porque o agir ministerial tem outro fator de ignição: a defesa da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que produz efeitos jurídicos autônomos e transcendentais à perspectiva subjetiva.

Nesse sentido, é preciso entender a Constituição do Brasil como algo substantivo, uma vez que contém valores (...) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. (...) A postura substancialista leva em consideração a mudança de visão que se deve ter em relação à Constituição, ao Poder Judiciário e, nessa perspectiva, ao processo como instrumento para o exercício da jurisdição.(...)"

Desta feita, o dimensionamento da controvertida questão não mais poderá ser atingido, com firmeza, sem que se abandone o equívoco de buscar, em terreno alheio (a circunscrição da esfera subjetiva dos direitos fundamentais), legitimidade que tem nascedouro noutra seara, mais ampla e supravalente, inerente e invariavelmente de titularidade difusa.

A sociedade hodierna não está mais afeta a concepções individualistas: demonstram as tendências nas mais diferentes áreas do conhecimento; destarte, conceber o agir ministerial subsumido no indivíduo é um contra-senso irrazoável.

Nesta modesta contribuição, procura-se aclarar que, ao se vislumbrar a mera defesa do indivíduo, obscurece-se a verdadeira *ratio* da atuação do Órgão, que encontra respaldo na decisão política fundamental, lançada pelo Poder Constituinte Originário.

Bem se vê, a dimensão do problema tem espectro que ultrapassa o campo da processualística, pois finca raízes no terreno constitucional e na idéia reguladora que o antecede, deixando descortinar o seu viés filosófico.

Contudo, ao parecer, as soluções majoritárias até aqui veiculadas prendem-se a centro magnético que não tem, na visão dos titulares do Poder, *s.m.j.*, idoneidade para tanto, verbalizando repulsa sob o apanágio da disponibilidade dos direitos subjetivos em causa.

A subjugação do real epicentro da *vexata quaestio* fragiliza, imediata e primariamente, o sistema constitucional de implementação e proteção da democracia material, que é um processo vivo, alimentado pelas sucessivas mediações sociais à efetividade dos direitos fundamentais, notadamente seus núcleos intangíveis, embebidos pelo valor-fonte.

Corolariamente, o desvirtuamento cêntrico ilumina o enfraquecimento do sentimento de cidadania², engrandece a relativização

²Aqui o termo não é utilizado em sentido restrito (como relativo aos nacionais em pleno exercício dos direitos políticos), mas numa acepção ampliada, para englobar aqueles que aspiram cidadania, concebida como o “direito a ter direitos intangíveis”, na feliz elaboração do eminente Prof. Juarez Freitas, no prefácio da obra de SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998,

da segurança jurídica, contribui, numa visão macroscópica, para a lentidão da prestação jurisdicional, o que se hipertrofia em face da garantia da celeridade processual, introduzida pela EC 45/2004, que já era cognata ao acesso, mas agora veio explicitada, calando os adeptos da legolatria, e amordaça, em larga medida, o guardião da democracia substancial, em prejuízo sistêmico aos direitos fundamentais do Homem.

Assim equacionado, o fascínio que o tema exerce sobre os estudiosos é incomensurável.

Com o intuito de concretizar a proposta deste trabalho, sem se olvidar a singeleza que o garante, dividir-se-á o estudo em cinco capítulos.

No primeiro, de índole nitidamente preparatória, proceder-se-á a contextualização do problema dos individuais homogêneos à luz da temática do acesso à Justiça. Por intermédio de uma incursão histórica do Estado liberal ao Estado democrático, buscar-se-á identificar os obstáculos à plena acessibilidade, trazendo à baila algumas iniciativas de transposição, culminando com a apresentação da tutela coletiva dos interesses transindividuais – foco nos individuais homogêneos -- como ferramenta idônea à racionalidade da provocação do Estado-Juiz, à vista do fenômeno da massificação das relações sociais como uma constante da realidade contemporânea.

O segundo, tangenciando o cerne, visa definir o papel do Ministério Público na atual Carta Constitucional, priorizando a análise da concepção de Estado democrático de Direito e sua correlação com a efetividade dos direitos fundamentais do Homem.

No âmbito destes últimos, analisar-se-á o fenômeno da bidimensionalidade, com o intuito --- olhos postos no tema-centro deste estudo ---- de angariar poderoso ferramental para a concreção do objetivo inicialmente acenado.

Ultrapassados estes estágios, o item seguinte investigará a positivação dos direitos fundamentais na Constituição da República

Federativa do Brasil, promulgada a 10 de outubro de 1988, para, em prosseguimento, descortinar o papel do Ministério Público no seu contexto.

O terceiro capítulo concerne à defesa coletiva dos individuais homogêneos. Adentra-se, em primeiro plano, no estudo da racionalidade do processo coletivo como inerência do hodierno perfil das relações em sociedade, perpassando pela visualização do Código Modelo de Processo Coletivo Ibero-Americano e por esboço histórico da tutela coletiva no Brasil. Ao depois, ingressa-se na questão da legitimidade ministerial na defesa coletiva dos individuais homogêneos, procedendo-se um breve estudo acerca da legitimidade processual e suas múltiplas nuances, interligando-o ao do tormentoso instituto da substituição processual.

No bojo deste capítulo (item 3.4.1), aproveitar-se-á o ensejo para tecer uma despreziosa crítica à teoria eclética, a fim de demonstrar que, ao contrário do pensamento reinante, as condições da ação não atinem à ação processual, que é incondicionada, mas à ação de direito material, registrando, brevemente, a lição *ponteano* acerca de *direito subjetivo, pretensão e ação* de direito material.

Em prosseguimento, ter-se-á uma investigação genérica acerca da natureza jurídica da legitimação do Órgão-Agente, em preparando a similar, mas específica, atinente ao problema a ser desvelado, que a seu turno será antecida pelas seguintes questões circunferentes: o conceito de interesse individual homogêneo sob a dicção corrente; a visão desta ensaísta, paradigmada na bidimensionalidade dos Direitos Fundamentais.

Próximo item (3.5) veiculará a Ação Civil Pública como instrumento da ação ministerial na defesa *imediata do interesse difuso* de proteção do Estado democrático de direito e, conseqüentemente, *mediata* dos direitos individuais homogêneos, ao lado dos essencialmente coletivos. No contexto deste tópico, tomar-se-á a liberdade de criticar as modificações introduzidas na seara da coisa julgada em sede da Ação Civil Pública, pela Lei 9.494/97.

O capítulo terceiro contemplará, ademais: a falácia da única

resposta jurídica correta, placitada no aferramento da legitimidade ministerial à esfera consumerista e às demais hipóteses de interpolação legislativa, trazendo à tona algumas das situações de incidência da *legitimatío*. Sob este viés, estudar-se-ão as searas tributária, previdenciária e das omissões administrativas, sustentando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória 2180 e rechaçando-se o argumento da invasão da competência do Supremo Tribunal Federal, pela indigitada utilização do instrumento como sucedâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Perscrutar-se-á, em fecho à construção das bases teóricas da interpretação da legitimação do Órgão-Agente à luz da Constituição, a *ratio essendi* da legitimidade do Ministério Público no contexto do direito do consumidor e sua reverberação como critério objetivo de aferição da relevância social na defesa coletiva dos individuais homogêneos.

Por derradeiro, enfrentar-se-á a temática do controle jurisdicional da legitimação ministerial neste âmbito, presidido pela verificação tópico-sistemática da relevância como vetor de sindicabilidade, congregando, à luz da proporcionalidade, o diálogo entre o mínimo existencial e a reserva do possível, no espectro dos direitos prestacionais em sentido estrito. Co-atuam no escopo do exercício dos freios e contrapesos à atuação do Órgão-Agente: a utilidade da tutela coletiva e a predominância do interesse coletivo sobre o individual. A questão da representação adequada será igualmente abordada, com os temperamentos consentâneos às especificidades da *legitimatío* em estudo.

O quarto capítulo encerra tópicos de direito comparado, em esboço sumário e inexauriente. Serão vistos quatro temas, a saber: inexistência de paralelismo necessário entre as *class actions* e a tutela coletiva no Brasil, limitando-se a abordagem comparativa à estirpe prevista na regra 23(b)(3) do modelo estadunidense e à defesa coletiva dos individuais homogêneos, no que concerne ao sistema jurídico

nacional; cotejo das diferenças dos perfis dos Ministérios Públicos na Itália e no Brasil como pré-compreensão à inatuação ministerial na tutela coletiva daquele País peninsular; ponto de confluência entre a natureza jurídica da legitimação de que se trata e as ações associativas alemãs; informes sobre a legitimidade ministerial na ação popular portuguesa.

À guisa de alargamento da *cognitio* que se trava, no quinto capítulo³ tem-se na berlinda a busca da fundamentação da legitimação ministerial na defesa coletiva mediata dos individuais homogêneos à luz da filosofia hegeliana. Principia-se pela exaltação da justicialidade dos direitos fundamentais como condição primeira e inafastável para a efetivação do Estado democrático de direito, anuncia-se a defesa coletiva -- em foco os individuais homogêneos -- como instrumento à construção do Estado ideal (ético). Ao depois, ingressa-se no racionalismo kantiano, em rudimentares lineamentos, passando-se ao estudo sintético da crítica hegeliana. Agrega-se, sumariamente, a crítica que Popper fez a Hegel, com a colação de argumentos contrários às objeções popperianas, alcançando-se a legitimidade ministerial na realização do Estado ético.

No desenvolver do presente estudo, a análise dos temas constitucionais envolvidos será pontual, e logicamente incompleta, fazendo-se limitar ao tanto quanto baste para a compreensão do problema que desafia esta escritura. Hipertrofiado raciocínio estende-se à filosofia: os colóquios inscritos neste ensaio têm circunscrição definida pelos seus estreitos limites; a busca da fundamentação filosófica, sob a ótica hegeliana, tem vocação complementar ao esteio constitucional, não por padecer de importância, o que seria desassisado, mas por mera opção metodológica.

O estudo casuístico será exemplificativo das diferentes tendências que o tema ocupa nos ensaios doutrinários e, bem assim, nas

³ A inclusão da abordagem filosófica no derradeiro capítulo não ignora a fundamentação metafísica como ontologicamente antecedente ao esteio constitucional. A opção estrutural teve por norte verbalizar que, *in casu*, dada a formação ainda incipiente da ensaísta em filosofia, a abordagem assumiria caráter complementar-sedimentador das idéias expostas nos capítulos precedentes.

manifestações jurisprudenciais coligidas.

A pesquisa acerca dos institutos processuais da legitimidade e da substituição, dada a complexidade que lhes é peculiar, será bastante objetiva, para guardar coerência com o caráter preparatório à compreensão e sistematização do objeto deste trabalho.

No contexto da crítica à teoria *liebmaniana* da ação, não se procederá a estudo detalhado das teorias da ação, que, inobstante, serão mencionadas, por seus traços mais característicos, para o fim específico de fornecer supedâneo para o que foi proposto a descortinar.

O estudo acerca dos direitos fundamentais do Homem será mais informativo que formativo, assumido esta fisionomia, tão-somente, no que concerne ao fenômeno da *bidimensionalidade*, consoante desenvolvido pelo jurista português Canotilho⁴.

A exposição acerca da conceituação do Estado democrático de direito será um tanto quanto singela, já que o tema, sem que se necessite superdimensioná-lo, tem fôlego suficiente para ensejar inúmeros escritos específicos.

No tópico em que se desenvolve a coalizão entre Constituição da República Federativa do Brasil/Estado democrático de direito/direitos fundamentais do Homem, o estudo alcança moldes meramente informativos, na medida em que o seu aprofundamento transcende a seara técnico-jurídica, para fincar raízes na sociologia, na antropologia, na história, e nas mais diversas facetas da abordagem multidisciplinar, superando, em muito, a perspectiva do presente ensaio.

Quando se estuda a função do Ministério Público na atual Constituição da República Federativa do Brasil, deve-se firmar: a) *primo*, a análise não comporta um estudo regressivo-comparativo, mas se fixa, exclusivamente, na Carta Constitucional hodierna; b) *secundo*, não contempla pesquisa histórica acerca da Instituição Ministerial e,

⁴ Eleito dentre os interlocutores de língua portuguesa da concepção normativa dos direitos fundamentais, que tem origem na escola germânica, à luz das teorias institucional, axiológica, democrático-funcional e do Estado Social acerca dos direitos fundamentais, as quais serão abordadas ao longo do estudo, sob a dicção de Böckenförde.

conseqüentemente, e em reforço, não se ocupa da análise do papel deste Órgão no sistema constitucional que precedeu a Carta de 1988; c) *terzo*, parte-se da identificação do papel precípua do Ministério Público enquanto guardião do Estado democrático de direito (art. 127, *caput*, CF/88) como diretriz normativa e princípio informador da exegese das atribuições institucionais insculpidas no art. 129, II, III e IX da Carta Magna; d) *quarto*, não examina as demais funções institucionais do Ministério Público, tendo em vista os limites deste trabalho.

No que concerne ao direito comparado, o trabalho cinge-se aos temas elencados no quarto capítulo, que são tratados de maneira impercuciente, como esboço, com perfil meramente informativo, e ao exame do Código Modelo do Código de Processo Coletivo Ibero-americano. Outras abordagens encontram-se insertas, *passim*, mas contextualizadas como etapas do apanhado histórico, como ocorre, *v. g.*, quando da sedimentação do primeiro e do segundo capítulos.

Emprega-se, então, o método da pesquisa bibliográfica, com nuances de estudo de direito comparado.

A escolha do tema teve por premissa conquistar, no seio da academia, espaço para o diálogo, para a adequada crítica à proposta que tem por escopo filiar-se às demais iniciativas pela busca incessante da máxima eficiência possível da prestação jurisdicional, como resposta à realidade – mundial, mas hipertrofiada no Brasil – da morosidade irrazoável como rótulo demeritório no Poder da República que, qual Fênix, precisa levantar-se das cinzas do descrédito, o que só se poderá placitar por meio da auto-reflexão e de ações compatíveis com os vetores da responsabilidade social e política do juiz, premissas que encorajam esta ensaísta, enquanto integrante da magistratura nacional, a questionar a legitimação democrática de decisões judiciais que estejam a co-atuar como externalidades à conformação da lentidão e da ineficiência, obrigando a pulverização de ações individuais quando uma única seria mais razoável e condizente e vocacionada para um acesso material à jurisdição.

Firmadas as premissas que estabelecem os necessários contornos desta dissertação, passa-se a desenvolver o presente estudo que, em síntese, propõe a sistematização das razões pelas quais a legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos desponta como uma inerência do Estado democrático de direito.

Seu reconhecimento, portanto, de assaz importância.

1 ACESSO À JURISDIÇÃO, BARREIRAS E TRANSPOSIÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

1.1 DO ACESSO À JUSTIÇA DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Ontológica e finalisticamente, o acesso universal à justiça visa à produção de resultados individual e socialmente justos.

Neste diapasão, a concepção de justiça social é cognata ao acesso efetivo à justiça, o que não necessariamente passa imbricado com a idéia do monopólio da jurisdição pelo Estado¹.

Apenas para que não passe *in albis*, calha registrar deste o pórtico que, na seara capitalista, inclusive nos países desenvolvidos, o alto custo das demandas judiciais é matéria recorrente², mesmo considerada a altiva renda *per capita* que permeia aqueles tecidos sociais.

Neste sentido, apenas a título ilustrativo, na Alemanha a litigação de uma causa de valor mediano, até a 1ª na primeira instância recursal, custaria cerca da metade do valor da causa. Na Inglaterra, verificou-se que, em cerca de um terço dos litígios contestados, os custos globais foram superiores ao valor da causa. Na Itália, as despesas processuais poderiam atingir 8,4% do valor da causa, em demandas com vultoso valor econômico, e 170% do valor das causas modestas, cerca de um terço do todo, o que com maestria contextualiza Boaventura de Souza Santos, tomando os dados trazidos por Cappelletti, como o fenômeno da "dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça", aduzindo que "a justiça civil é

¹O estudo não comporta a análise das alternativas à solução estatal do conflito, como a arbitragem, salvo uma breve crítica à formação da coisa julgada material nesta seara, o que será objeto da nota 17 deste capítulo.

²Consoante denuncia CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad.; Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986, p. 15/17

cara para os cidadãos em geral mas (...) é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis”, enquanto “protagonistas e os interessados nas ações de menor valor”³, reforçando que pragmaticamente tal onda de vitimização é tripla, na medida em que

um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos.⁴

Sendo o fenômeno jurídico eminentemente histórico, passemos a recuperá-lo, por meio de algumas pinceladas da aquarela história, trazendo à baila a concepção acesso à justiça nos diferentes estereótipos de Estado.

O Estado liberal e de direito, emergente da Revolução Francesa, exerceu predomínio na constância do Século XIX, cunhando distinção acentuada entre a atividade econômica e a atividade pública.

Por Norberto Bobbio⁵, o liberalismo é

um movimento de idéias que passa através de diversos autores, diferentes entre si, como Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, Humboldt, Constant, John Stuart Mill e Tocqueville, entre outros, que apresentam a doutrina liberal sob vários aspectos, passando de autor a autor, com aspectos econômicos e políticos. Como teoria econômica, é fator da economia de mercado; como teoria política, fator do Estado que governe o menos possível, ou, como se diz hoje, do Estado mínimo (reduzindo-o ao mínimo necessário)

O mestre insular agrega ainda que o liberalismo teve formação binomial, porquanto teve nascedouro da emancipação do poder político em relação ao poder religioso e, de outra parte, do poder econômico do poder político; assim, o Estado deixa de ser o braço secular da Igreja e se torna o

³Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1997, p. 46.

⁴idem, p. 47

⁵ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.114.

braço da burguesia empresarial⁶, enfeixando-se como “a doutrina do Estado mínimo”, que preconiza essencialmente a limitação estatal e torna a lei uma ordem geral e abstrata, caracterizada pelo não impedimento, ou seja, o cidadão é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe, ao passo em que o Estado não deve intervir nas relações econômicas que se auto-regulam.⁷

O Estado liberal é concebido como um Estado protetor, porquanto finaliza proteger as vidas e as propriedades de seus concidadãos, delineando o paradigma da segurança jurídica como redutor de incertezas.

Neste cenário, ensina Elias Diaz⁸, o Estado liberal é marcado pelo “*império da lei*”, conquista histórica inarredável, na medida que representa um marco na juridicização do Estado e a eliminação da arbitrariedade: a lei passou a ser exigida como produto de soberania de toda a nação (democracia) e não apenas do Monarca soberano. Trouxe, ainda, outras contribuições muito válidas, dentre as quais destaca-se o Estado de Direito, informado pelo império da lei como expressão da vontade geral; pela divisão de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma independente, mas inter-relacionados); pela legalidade da Administração, que deverá ter uma atuação segundo a lei, mediante um sistema de controle judicial (sistema de controle de leis e atos administrativos e o chamado *judicial review*) e observância dos direitos e liberdades fundamentais, com garantia jurídico-formal.

A história revelou que o Liberalismo, apesar de suas contribuições, apresentava-se ainda *insuficiente* para resolver as mazelas sociais que se acumularam como consequência da implementação de um capitalismo cru, totalmente insensível ao surgimento de uma nova classe social: o proletariado.

Não há dúvida que o Liberalismo tinha franco comprometimento

⁶ ob.cit.,p.115.

⁷BOBBIO, “*O Futuro da Democracia...*”, p. 121.

⁸*Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 9º ed. Madrid: Taurus, 1998.

ideológico com burguesia capitalista e seus primados de certeza e segurança, aptos a perpetuar o *status quo*.

Não obstante a evolução da lei como produto da soberania da nação, tal feição deixava ao largo os não proprietários, porquanto o voto era restrito aos donos da propriedade imobiliárias e dos meios de produção, fazendo ver que a ascensão do povo ao poder ainda era absolutamente intangível, não havendo razão plausível para que o corpo eleito legislasse questões outras, que não as representativas dos estritos interesses da classe econômica dominante, a burguesia.

Destarte, no Estado liberal dos Séculos XVIII e XIX, prevalecia a filosofia individualista dos direitos, nucleada pelos dogmas da autonomia da vontade e da igualdade formal.

Neste contexto, o direito de acesso à justiça era eminentemente formal, na medida em que, enquanto direito natural e, portanto, anterior ao próprio Estado, não necessitava de proteção estatal. O Estado deveria apenas não permitir que os direitos de um não subjugassem os de outrem, mas sempre no plano intersubjetivo, fazendo exsurgir a sua total passividade no tocante à efetividade do acesso à justiça e, corolariamente, dos direitos postos em causa, denotando que a inclinação das pessoas em utilizar a justiça e suas instituições não era preocupação do Estado.

Consoante Mauro Cappelletti, a justiça no sistema do *Laissez-faire*

só poderia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.⁹

Prosseguindo nos ventos da história, colhe-se a lição de Darcy Azambuja¹⁰ no tocante à derrocada do Estado liberal:

o liberalismo econômico que, por extensão, veio caracterizar o Estado até fins do século XIX, e daí a denominação, um tanto arbitrária, de Estado liberal, constituiu um eufemismo enganador, a cuja sombra se processou rapidamente a hipertrofia do Estado

⁹CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad.; Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.p. 9

¹⁰AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 40.ed. São Paulo: globo, 2000, p.145.

moderno. Premidos pelo advento do industrialismo, pelo desenvolvimento formidável da técnica, dos transportes, das comunicações, do comércio, empurrados irresistivelmente pela complexidade da vida social, onde borbulhavam problemas novos, os Estados modernos, aos reclamos mesmo dos mais ferrenhos individualistas, foram gradualmente absorvendo o indivíduo, entrosando-o na sua engrenagem cada vez mais vasta e complicada. Debalde, as Constituições modernas aumentaram sem cessar as listas dos direitos do homem; a simples enunciação deles não podia entrar a marcha incoercível do Leviatã. Uma regulamentação jurídica minuciosa e avassaladora, jorrando inexaurivelmente dos Parlamentos, encerrou o homem moderno na teia inextricável, em que todos os seus atos, todas as atitudes, toda sua vida dependia do Estado. Onisciente, onipresente, onipotente, o Estado do século XX realizou em proporções inimagináveis os mais audaciosos sonhos de que seria capaz o gênio de Hobbes (...) o chamado Estado liberal, exatamente por ser um regime popular, em que a vontade do povo ditava a lei, absorveu o indivíduo e o povo. Porque o indivíduo e o povo, diante dos novos problemas e das novas necessidades que iam surgindo, incapazes de resolver aqueles e de suprir a estas, mesmo de compreender uns e outras, imploravam e exigiam do Estado a solução e o remédio para todas as dificuldades e males. E assim o Estado se hipertrofiou exatamente para atender os reclamos dos que mais tenazmente pretendiam defender os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A cada necessidade, um novo serviço público, para cada problema, uma lei ou um código; cada inovação, cada progresso da técnica, determina uma regulamentação (...) como as necessidades, os problemas, as invenções e o progresso material cresceram num ritmo incessante, os serviços, as leis e as regulamentações se multiplicaram. As rendas públicas aumentavam sempre, mas as despesas centuplicavam-se. Um imenso exército de funcionários de todas as categorias era necessário para pôr em movimento a colossal maquinaria administrativa. Em verdade, monarquia, aristocracia e democracia não traduzem a forma de governo do Estado moderno; o termo burocrata é uma expressão mais real do que qualquer outra.

Conclui, o mesmo autor, em outra passagem, que

Desgraçadamente, ele não poderia desempenhar com eficiência a tremenda tarefa que lhe impunham, e entrou em crise¹¹.

Da fissura do Estado liberal exsurtiu o Estado social, preocupado com as questões sociais que restaram pujantes e marginalizadas no predecessor. Neste passo, o cidadão passou a ser visto como sujeito do direito a prestações estatais positivas e concretas, cunhadas em políticas públicas de inclusão social dos menos favorecidos.

¹¹AZAMBUJA, 2000, p. 147.

Consoante leciona Paulo Luiz Netto Lôbo¹²,

Entende-se por Estado social, no plano do direito, todo aquele que é regido por uma Constituição que regule a ordem econômica e social. Neste sentido, substitui o Estado liberal, cuja constituição voltava-se à delimitação do poder político ou à organização política e à garantia dos direitos individuais, deixando a ordem econômica à "mão invisível" do mercado. (...) Assim, o Estado social caracteriza-se por estabelecer mecanismos jurídicos de intervenção nas relações privadas econômicas, nas dimensões legislativa, administrativa e judicial, para a tutela dos mais fracos, tendo por objetivo final a realização da justiça social.

O modelo constitucional do *Welfare State* tem como marco a Constituição de Weimar de 1919, posto que a outra referência histórica que por vezes se lhe acomete, a Constituição Mexicana de 1917, não pode assim ser tida porque, *s.m.j.*, fruto da Revolução de 1910, de fôlego amplamente socialista e não social. A solidificação do novo modelo, contudo, só sobreveio no período do pós-guerra mundial.

No *Welfare State*, qualquer cidadão, independente de sua situação social, teria o direito de ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. O Estado social deveria garantir tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todos os cidadãos, não como caridade, mas como direito político.¹³

Os movimentos operários pela conquista da regulação, da garantia e da promoção dos direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e a assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, que vão impulsionar a passagem do chamado Estado mínimo para o Estado social¹⁴, foram a força motriz deste novo estágio.

Como se vê, sucessivas mediações sociais cunharam a fisionomia de uma nova postura estatal, que se transmutou da inicial passividade para a

¹²Paulo Luiz Netto Lobo, Direito do Estado Federado ante a Globalização Econômica, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 151, p.95-108:99, ano XXXVIII, jul.-set. 2001.

¹³STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª.ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.142.

¹⁴MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.34

ação pela efetividade, que passou a ser a epígrafe no *Welfare State*, com enfoque ao acesso à justiça, enquanto instrumento à concreção material dos direitos assegurados nas Constituições, "uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.(...)"¹⁵

A transmutação fisionômica do acesso trouxe à baila uma leitura socializada do instituto jurídico, vale dizer que sua denegação a um indivíduo acarretaria a de todos os demais, porquanto

destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. (...) a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmos antagônicos (...).¹⁶

O direito de acesso, então, passou a ser visto como ponto central da processualística, que definitivamente assumiu a sua função social.

Sem embargo da nova coloração trazida pelo *Welfare State*, não foi ele capaz de garantir a concreção dos direitos que cunhou, o que fez gestar o Estado democrático.

O Estado democrático de direito pretende alcançar a substancialidade, a realização material, concreta, efetiva da liberdade, da igualdade, sobremeira da dignidade da pessoa humana, zelando pela efetiva implementação de políticas públicas que as tornem plenas de significação e eficácia.

Hodiernamente, as regras processuais, inclusive as alternativas ao sistema judiciário¹⁷, permitem aferir o desempenho da lei substantiva, seja

¹⁵MORAIS, 2002, p. 11

¹⁶SANTOS, "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça...", p. 45

¹⁷Neste mesmo diapasão insere-se a Lei de Arbitragem, *s.m.j.*, numa ótica de acesso à justiça em seu amplo espectro e não à atividade jurisdicional monopolizada pelo Estado. Para Nelson Nery Junior *in* O Juiz Natural do Direito Civil Comunitário Europeu, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 101, p. 01-132, o juízo arbitral não ofende o princípio do juiz natural, pois a função jurisdicional não é exclusiva do Poder Judiciário em nosso sistema

pela freqüência com que é invocada ou por seu impacto social, viabilizando meio de cultura para pesquisas multidisciplinares e qualitativas acerca dos objetivos e da metodologia da moderna ciência jurídica.

A mutação da estatura estatal, *de per se*, não garantiu de forma automática a efetividade do acesso, vez que situação da tal envergadura só pode ser concebida como resultado de um processo, do qual podemos extrair algumas agruras e identificar meios e modos de transposição.

constitucional, no que o acompanha Juliano Spagnolo. O próprio Supremo Tribunal Federal, embora por maioria, rejeitou a tese de inconstitucionalidade da Lei 9.307/96, consoante relata Márcio Louzada Carpena, anotando que o princípio da inafastabilidade estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, e não que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos, ou, em outras palavras, diz ele que o princípio não dispõe que os interessados devem sempre levar ao Judiciário as suas demandas, o que vem corroborado por Demócrito Ramos Reinaldo Filho, invocando inclusive o magistério de nomes do porte de José Frederico Marques, Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva. Não discordamos, em absoluto, posto que a atividade jurisdicional é supletiva na composição de conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida (conceito de lide, na visão de Carnelutti), de molde que o monopólio da jurisdição não pode vedar a auto e a heterocomposição da lide à mercê do Estado. Neste diapasão, insere-se a Lei de Arbitragem, *s.m.j.*, numa ótica de acesso à justiça *lato senso* e não ao Judiciário, nada havendo a objetar quanto à pertinência e à adequação do instituto, em si. Não obstante, severas críticas se deve debitar à formação de coisa julgada material no juízo arbitral, pelo malferimento a preceito constitucional inderrogável, qual seja, da inafastabilidade da jurisdição que, na dicção de Rui Portanova é corolário do princípio do juiz natural, razão pela qual a matéria merece ser enfrentada, ainda que *an passant*. Há que se ponderar que ao se agregar à decisão do juízo arbitral o manto consentâneo à coisa julgada material está a se aviltar as garantias constitucionais do devido processo legal, pela infringência do juízo natural, do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, apenas para referir alguns, posto que a autoridade da coisa julgada material é indissociável do permeio de todas as garantias processuais insculpidas na Carta Maior, percorridas todas as instâncias recursais. A coisa julgada é inerente à ação estatal, não havendo respaldo para conferir a sua autoridade a decisões emanadas da justiça privada, pois, como afirma SÉRGIO GILBERTO PORTO, ***A Segurança Jurídica dos Atos Jurisdicionais e Relativização da Coisa Julgada***. Porto Alegre: PUCRS, inédito, Monografia (Constituição e Direitos Fundamentais, Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet), Faculdade de Direito, Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, segundo semestre de 2004, com a sua habitual maestria, *“o instituto da coisa julgada goza de prestígio constitucional, eis que, como registrado, inserto na Carta Magna na condição de garantia (5º, XXXVI,CF), ou seja, como cláusula assecurativa da estabilidade das relações jurídico-sociais normadas por sentença de mérito trãnsita em julgado, integrando, pois, inclusive, o conceito de cidadania processual reconhecido pela Constituição Federal. O contrato existente entre o cidadão e o Estado está assim definido e, portanto, indubiosamente, há uma garantia de ordem constitucional-processual que, por opção política, determina que a partir de certo momento não é mais possível, no Estado civilizado, prosseguir na discussão de determinado conflito.”* Ademais, tal ensejo fere o princípio da isonomia material, posto que aqueles que optaram pela arbitragem são jungidos ao arbítrio da instância única, enquanto que os que percorrem as vias da justiça pública têm ampla possibilidade de rever as decisões que lhes forem desfavoráveis, respeitados os limites do sistema. Agregue-se: malfere a *ratio* do instituto da coisa julgada, vocacionada a garantir a segurança jurídica e a paz social, vez que não se pode conceber que tais valores sejam instrumentalizados pela sentença arbitral, cujo subscritor está desguarnecido das prerrogativas inerentes à investidura da magistratura, as quais são instituídas em benefício do cidadão, com o escopo de garantir a imparcialidade do julgador, um dos vetores do princípio multicitado. Neste diapasão, e em reforço, há que se estabelecer um paralelo em relação às demais formas de hetero e autocomposição dos conflitos (inclusive a novação e os títulos de crédito), em relação aos quais a inafastabilidade da jurisdição é uma constante, para concluir pela franca inconstitucionalidade da norma, no que concerne ao aspecto em cotejo.

1.2 BARREIRAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Neste ensejo, indeclinável noticiar as barreiras do acesso à jurisdição, principiando pela acessibilidade econômica.

Considerando as diversidades sócio-econômico-sociais que permeiam o tecido social, é inerente à idéia de sociedade a existência de estamentos, mormente nas capitalistas, onde há a conjuntural bipolarização entre os donos dos meios de produção e o trabalho assalariado.

Neste cenário, a acessibilidade econômica à Justiça deve estar correlacionada à efetividade da isonomia substancial, a fim de garantir esteio democrático ao exercício da jurisdição.

Corolariamente ao primeiro aspecto, grassa a problemática da acessibilidade técnica, de vez que o Estado deve prover meios para que a defesa do interesse dos menos abastados seja qualitativamente eficiente, como forma de realização do acesso material à jurisdição, não meramente retórico, demagógico, formal.

Ainda que se considere transpostas ou, num realismo jurídico, minoradas as barreiras prefaladas, há que se considerar os obstáculos sócio-culturais.

Consoante observa Boaventura Souza Santos,

estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. (...) os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico.(...) em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais (...)¹⁸

A massificação das relações sociais hodiernas, bem como o

reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira e quarta dimensões¹⁹ traz em seu bojo a necessidade de uma tutela específica para os problemas especiais dos interesses coletivos e difusos.

Considerando que o altruísmo não faz parte da essencialidade humana, só em raras vezes um indivíduo sentir-se-ia estimulado a buscar em juízo um interesse não necessariamente ligado a uma vantagem econômica singular, enfrentando uma demanda complicada e onerosa.

O desinteresse individual pelo coletivo, em sua ampla acepção, leva, então, à inarredável conclusão da indeclinabilidade de mecanismos especiais para proteção dos direitos que suplantam a singela órbita do indivíduo, no interesse da comuna, como antídoto à autofagia do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

1.3 DA SUPERAÇÃO DA INACESSIBILIDADE À JURISDIÇÃO

1.3.1 Barreiras Econômico-técnicas

Identificados os pontos de estrangulamento, passemos em revista os mecanismos de superação, inclusive à luz do direito alienígena, numa abordagem sumária.

Num primeiro estágio, verifica-se a tendência nucleada pela transposição dos primeiro e segundo óbices antes epigrafados, através da assistência judiciária²⁰ aos pobres²¹.

Na Inglaterra, o sistema *judicare* veio à baila concebendo a assistência judiciária como direito de todos os que se enquadrem nos termos da lei. Os jurisdicionados escolhiam os advogados habilitados, *a la carte*, e os eleitos (a listagem era extensa, em face da condigna remuneração), percebiam a

¹⁸“*Introdução à Sociologia da Administração da Justiça...*”, p. 48

¹⁹ inobstante a referência, nossa abordagem maneja a classificação trinária como opção metodológica, consoante se observará ao longo do estudo.

²⁰ na expressão de Cappelletti, na obra citada

²¹CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.p. 31 e

contraprestação pecuniária paga pelo Estado.

As críticas mais veementes residiam na seleção restritiva dos beneficiários, colmatando uma assistência jurídica objetivamente limitada. Ademais, a assistência profissional não alcançava diversos Tribunais especializados e não era integral, porquanto não atuava na informação do cidadão acerca de seus direitos. O sistema era acionado exclusivamente pelo indivíduo, quando ele elegeisse a hipótese que quisesse trazer ao conhecimento do Poder Judiciário, de molde que pouca valia tinha para a prevenção de conflitos e para a sedimentação da cidadania materialmente efetiva²².

A França adota o sistema inglês com as seguintes nuances de diferenciação: não se restringe aos pobres, alcança pessoas acima da linha de pobreza, com auxílio inversamente proporcional às condições financeiras dos beneficiários, mas esbarra na inadequação da remuneração dos profissionais.

No modelo estadunidense, nasce a figura do escritório da vizinhança. Neste caso, advogados integrantes de dado escritório, sediado no seio da comunidade à qual pertence o beneficiário, eram assalariados pelo Estado e tornavam-se especialistas no trato da matéria objeto da assistência. O fio condutor do paradigma ora telado era a promoção dos interesses dos pobres enquanto classe e auxílio na defesa dos interesses individuais, por meio dos denominados casos-teste, norte da ampliação dos direitos dos assistidos. Ataca o obstáculo das custas judiciais (as ações são coletivas, os custos diluem-se) e informa o cidadão, fazendo-o consciente dos seus direitos e desejoso de fazê-los valer em juízo.

Na pragmática, entretanto, a projeção dos casos-teste de interesse não-individual sufocaram o efetivo atendimento da demanda dos interesses

seguintes

²²A partir do modelo sueco e canadense, a Inglaterra implantou os “Centros de Atendimento Jurídico de vizinhança”, superando a lacuna do sistema *judicare*, em seu nascedouro, ob. cit., p. 45

singulares. Ademais, os escritórios de vizinhança dependiam economicamente do programa e recursos estatais, o que aniquilava as iniciativas quanto a mazelas causadas por ações dos agentes políticos do Estado.

O rompimento da influência governamental direta veio em 1974, mitigando, mas não derruindo o problema. A par disso, o sistema não garante o auxílio jurídico como um direito, porque não consegue efetivar um atendimento universal e qualificado, em face do limitado número de advogados assalariados para atender demanda sempre e sempre crescente.

A Suécia e a Província Canadense de Quebeque adotaram modelos combinados, tendo por inspiração os vetores antes desenhados, incrementando a possibilidade de escolha entre advogados servidores públicos e particulares.

Contudo, tais sistemas tinham ênfases diversas. Enquanto o sueco aproximava-se mais do *judicare*, privilegiando a defesa dos interesses individuais, em Quebeque o governo mantinha escritórios de advocacia à disposição da comunidade beneficiária e maximizava a defesa dos interesses do grupo.

De todo modo, representou um avanço, vez que o modelo combinado alcançava a assistência jurídica nos dois hemisférios (direitos individuais e coletivos *stricto sensu*).

No Brasil, há que ser gizado que o tema do acesso à justiça já era objeto de preocupação no bojo das Ordenações Filipinas (Livro III, título 84, § 10), passando a ser regulado pela Lei 261, 03/12/1841 (*munus honorificium* da advocacia) e sucessivamente pelos Decretos n.º 1030 de 14/11/1897 (primórdio da assistência judiciária pública) e n.º 2457, 08/02/1897 (disciplina a justiça gratuita); artigo 113, II da CF de 1934; artigos 68 e 69, CPC/39 (gratuidade da justiça); DL 3689, 03/10/41, artigos 225, §1º, I e 261; CF/1946, artigo 141, § 35; Lei 1060/50; CF/1967, art. 150, § 32; CF/1969, art. 153, § 32; Lei 7115/85; CF/ 88, artigo 5º, LXXIV;

LC 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública).

Não seria oportuna a dissecação minuciosa dos marcos legislativos referidos, sob pena de desvirtuamento do foco da abordagem.

Contudo, calha coligir alguns apontamentos a leitura do artigo 4º da Lei 1060/50 à luz da Constituição de 1988, vez que a discussão guarda identidade com a temática do acesso material à jurisdição, que será tratado sob o enfoque da legitimidade ministerial ativa na defesa dos individuais homogêneos.

O artigo 4º da Lei 1060/50 nasceu com dicção mais restrita, conferindo ao beneficiário o ônus de provar o estado alegado, em repetição ao que já assentava o CPC/39.

Por influência da sistemática introduzida na Lei de Alimentos (L 5478/68), o legislador ordinário houve por bem transplantar a sistemática da mera alegação, prevista com acerto para as peculiaridades da Lei especial antes referida, para o regime da Lei 1060/50, o que ocorreu em 1986, pouco mais de dois anos antes da aurora constitucional.

Araken de Assis (1998) pontua que ao contrário do que ocorre na Lei de Alimentos, onde integra o objeto da contenda a prova dos recursos financeiros das partes (pesquisa do equilíbrio do binômio necessidade-possibilidade), a importação da técnica probatória ao sistema da Lei 1060/50 restringiu aparentemente a cognição judicial e dificultou enormemente o sucesso da impugnação veiculada no artigo 7º do mesmo diploma, pela dificuldade do impugnante em demonstrar, no mais das vezes, a suficiência dos recursos do beneficiário para suportar as despesas do processo, pela inacessibilidade dos dados que poderiam contrapor a presunção.

Se é admissível que a *mens legis* da introdução da presunção no arcabouço da Lei 1060/50 esteja na facilitação do alcance do benefício e, por corolário, do acesso à Justiça -- pela superação da barreira econômica e, quiçá, técnica -- certo é que o fundamentalismo desta intenção não pode transformar o juiz num autômato em face da declaração, inibindo o

cognoscere, afirmando que o ônus de afastar a indoneidade da declaração cabe exclusivamente à contraparte, em incidente específico.

A singela leitura da própria legislação infraconstitucional em revista já revela que a concessão do benefício submete-se ao controle jurisdicional, cabendo ao julgador o exame de admissibilidade da benesse, deferindo-o de plano *se não tiver fundadas razões para indeferi-lo* (artigo 5º, § 1º, Lei 1060/50).

A oração condicional supra destacada traz à liça que o juízo de cognição é sumário, muito embora deva ser fundamentado (artigo 93, IX, CF/88), em qualquer hipótese (deferimento ou não), bem como, de forma eloqüente, que a declaração *de per se* não basta à concessão do benefício, posto que o juiz pode suspeitar de sua idoneidade, determinando a produção de provas que a ratifiquem ou a infirmem, tudo *ab initio*.

Inviável por certo é o indeferimento do benefício sem dar ao requerente a oportunidade de demonstrar a veracidade da declaração, abrindo-se-lhe prazo para a juntada dos documentos determinados pelo Juízo ou outros que entender possam corroborar a necessidade afirmada.

O entendimento diverso – concessão automática do benefício, à luz da singela declaração -- opera, *s.m.j.*, pragmática transmutação da natureza jurídica da declaração, fazendo-a assumir a feição *jure et de jure*.

Araken de Assis, que advoga que a lei infraconstitucional em cotejo reclama urgente reforma legislativa, afirma que o deferimento se tornou irreversível na maioria dos casos.²³

Neste passo, limitar a *cognitio* gera, sem base legislativa que a sustente, verdadeira hipótese de isenção tributária incondicionada (a suspensão da exigibilidade perpetua-se, mesmo alterada a situação econômico-financeira do beneficiário, vez que são raras, para não dizer inexistentes, as hipóteses de reversão por iniciativa do opositor do

²³Benefício da Gratuidade, *Ajuris*, Porto Alegre, n. 73, p. 162-200:177, julho de 1998.

beneficiário), enquanto que a *mens legis* a pretendeu sob condições.

Mas não é só. A viabilidade do controle judicial sobre a idoneidade da declaração referida no artigo 4º da Lei em revista também defluiu, *verbi gratia*: a) da diversidade de tratamento que jurisprudência tem afirmado em relação à concessão da benesse às pessoas físicas(basta declaração) e jurídicas(têm que comprovar a situação de necessidade, mesmo firmas individuais – mera abstração jurídica e microempresas), enquanto que a lei não contempla tal discriminação; b) da franca infringência que tal leitura (concessão automática ao autor à vista da declaração) traria à isonomia até mesmo meramente formal, porquanto o requerido, que só pode postular o benefício no curso do processo, deve comprovar os fatos que subsidiam o pedido de gratuidade, consoante se colhe da dicção do artigo 6º da Lei multimencionada; c) da idéia de que inexistem direitos puramente negativos e que, em verdade, todo e qualquer direito demanda prestação estatal positiva, o que leva considerar os seus custos, denotando que tomar os direitos a sério significa fazê-lo em relação à escassez dos recursos públicos que lhes garantam, de molde que os custos influem sobre a própria conceituação dos direitos, como sustentam Sunstein e Holmes²⁴.

Singelas linhas postas, sinalo o posicionamento concorde com a perfeita sintonia entre o comando constitucional (artigo 5º, LXXIV) --- que determina a comprovação da necessidade --- e o artigo 4º da Lei 1060/50, como assentou o Pretório Excelso²⁵, ressalva feita apenas à forma como esta comprovação deve ser instrumentalizada, neste particular destoante o respeitável entendimento do arcabouço sistêmico-constitucional, *s.m.j.*

Isto porque, na visão da ensaísta, a compatibilidade deve ser vista não como impedimento ao controle jurisdicional, mas como a possibilidade, inscrita no artigo 4º da norma infraconstitucional em cotejo, de se valer o

²⁴consoante ensina GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁵ RE 205.029/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 07/03/97

beneficiário da presunção como meio de prova, com a vantagem da inversão do ônus probatório em relação ao seu contendor, mas não em relação ao julgador, que deve conhecer de todas as questões que lhe são postas, não sendo a assistência judiciária, quer a gratuidade da justiça, matérias imunes ao preceito do artigo 5º, XXXV, da Magna Carta.

1.3.2 Das Barreiras Sócio-Culturais

Silenciadas ou abafadas as vozes das barreiras da inacessibilidade econômica e técnica causas há em que a viabilização do acesso, pelo inexpressivo conteúdo econômico que a causa encerra, deve ter tratamento diferenciado²⁶, sob pena dos direitos em voga serem relegados a meros preceitos normativos, sem concretização prática, quer pela inércia do interessado, quer pelo desinteresse do advogado que lhe poderia patrocinar, ante a discrepância da relação custo/benefício.

De outra banda, o rompimento do profundo desconhecimento dos direitos, como externalidade à inação do titular em acessar a jurisdição, impõe ação efetiva e vivaz do Estado à promoção da consciência da cidadania, o que guarda confluência com o objeto em estudo, estabelecendo zonas de tangenciamento recíproco, consoante se pretenderá contextualizar, muito embora em paralelo ao objeto cernal.

1.3.3 Dos Interesses Transindividuais

A peculiar fisionomia dos interesses difusos reclama instrumentos de defesa concernentes, na medida em que, consoante acentua Cappelletti, "a

²⁶No caso brasileiro, pode-se vislumbrar tal tendência na formatação dos Juizados Especiais Cíveis e, mas

concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes...²⁷, o que se aplica aos interesses essencialmente ou acidentalmente coletivos²⁸.

No caso brasileiro, a aurora constitucional trouxe equacionamento da celeuma, conferindo ao Ministério Público a legitimidade para a defesa dos interesses sociais, individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, CF/88), ao lado dos coletivos e difusos (art. 129, III, CF/88)²⁹.

Sob o enfoque da Constituição-Cidadã, o acesso à Justiça³⁰ é garantia fundamental implícita, decorrente do princípio político-constitucional inserto no artigo 1º, II, da Magna Carta, perfilando a cidadania processual.

Coligado umbilicalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana e consectário da inafastabilidade da jurisdição, funciona como garantia instrumental para a efetividade de todos os demais direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, provocando o controle jurisdicional sobre as mazelas decorrentes da infringência às dimensões negativas e positivas daqueles.

Em singelas palavras, o acesso à Justiça é instrumento para o exercício

recentemente, dos Juizados Especiais Federais.

²⁷GALDINO, p. 49-50

²⁸Conceitos que serão explicitados ao longo deste trabalho

²⁹Não se olvida, aqui, a precedente normatização da Ação Popular e da Ação Civil Pública como instrumentos do processo coletivo. Contudo, quer-se demarcar a nascente constitucional da legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos, foco deste estudo.

³⁰PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, o sustenta como decorrência do princípio do juiz natural, ao lado dos seguintes similares: inércia da jurisdição, independência, imparcialidade, inafastabilidade, gratuidade judiciária, investidura, aderência ao território, indelegabilidade, indeclinabilidade, inevitabilidade, independência da jurisdição civil diante da criminal, *perpetuatio jurisdictiones*, recursividade. Na verdade, tais princípios correlatos dão suporte e efetividade ao princípio do juiz natural – com as seguintes dimensões (Canotilho *apud* Tucci, Rogério Lauria. Juiz Natural e Competência em Tribunal, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 576, p.07-107:101, out. 1983): a) exigência de determinabilidade (prévia individualização através de leis gerais); b) garantia da justiça material (neutralidade e independência do Juiz); c) princípio da fixação da competência (aplicação das regras decisivas para determinação do Juiz da causa); d) observância de determinações do procedimento referentes à divisão funcional interna (distribuição de processos) -- reforçando o seu significado, trançando o perfil pelo qual ele se concretiza no Estado Democrático de Direito. Ademais, a coletividade de tais princípios dá forma à locução de conteúdo semântico indeterminado (devido processo legal), qualificando-a com núcleo substancial, muito além e mais importante que mera diretriz procedimental, porquanto impõem racionalidade e limites ao exercício do poder, em benefício das liberdades.

material da cidadania.

Hodiernamente, os atores sociais têm reclamado eficiência das estruturas estatais, o que perpassa inexoravelmente pelo uso racional deste arcabouço, espectro não muito difundido, porque é mais raso e imediato desnudar-se da co-responsabilidade no agravamento da crise institucional; contudo, a autocrítica desponta necessária como fator eficiente à superação do *status quo*, vez que a racionalidade no acesso à jurisdição demandará, paulatinamente, uma estrutura mais enxuta e eficaz.

Sem menoscabo de um trabalho na gênese – a educação da população e dos operadores jurídicos, com a superação do paradigma da litigiosidade (muitas vezes gratuita), que assoberba sobremaneira a jurisdição -- trabalho prospectivo que só projetará efeitos pragmáticos a médio longo prazo – com estímulo à autocomposição e às diferentes formas de heterocomposição de conflitos, o sistema jurídico nacional conta com uma potente ferramenta para viabilizar, de pronto, importantes repercussões no mundo sensível, trazendo à tona a efetividade dos direitos fundamentais.

Neste ensejo, a legitimidade do Ministério Público na defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, objeto desta dissertação, eclode como instrumento eficaz de superação das barreiras do acesso à jurisdição, que deve ser prestada isonômica, racional e qualitativamente, norte na busca incessante da implementação do Estado materialmente democrático.

À guisa de demonstração da hipótese de trabalho, pesquisemos em primeiro plano a envergadura constitucional do *Parquet*.

2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ATUAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

2.1 RAZÃO DE SER DO CAPÍTULO

A perspectiva deste estudo assenta-se na análise da polémica questão da legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

Dentre a multiplicidade teórica que cerca esta problemática, o papel do Ministério Público na Constituição da República Federativa do Brasil desponta como tema de verificação inarredável.

Para tanto, intransponível um antecedente estudo sobre o Estado democrático de direito e sobre os direitos fundamentais, ainda que, guardadas as proporções deste ensaio, cingido ao necessário para a compreensão das idéias concernentes ao tema-objeto.

2.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O epicentro da caracterização do Estado democrático de direito está na efetividade dos direitos fundamentais.

A teorização do Estado democrático de direito significou uma revolução à vanguardista concepção de Estado de direito, de fisionomia liberal, que, a par da submissão ao império da lei¹ e da separação dos Poderes², construía esta noção sobre a estruturante da generalidade da

¹Leciona NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito: Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social de Democrático de Direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987, p. 88 : “(...) obedecendo cada um “apenas a vontade geral e racional, ninguém estaria dependente de ninguém ou sujeito ao arbítrio de quem quer que fosse. Daí que a liberdade estivesse em obedecer às leis e não aos homens, que a democracia e a liberdade se identificassem com a exclusiva soberania da lei”.

²Do mesmo autor: “Considera MONTESQUIEU que, perante a inevitável tendência para o titular do poder dele abusar, a liberdade individual resulta protegida caso o poder não esteja concentrado; para que “ *le pouvoir arrête le pouvoir*” propunha, então, a distribuição das funções do Estado pelo vários titulares, não em termos, porém, de uma repartição-separação, mas antes de uma colaboração implicada nas “*faculté de statue*” e “*faculté d’empêcher*” em que decompunha cada um dos poderes (mais precisamente, o poder legislativo e o executivo, pois os juízes eram tão só ‘a boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor’ ”, *ob. cit.*, p. 82

lei, pressupondo-a bastante para assegurar o valor-igualdade, mas, na verdade, desvalor à efetividade dos direitos fundamentais³.

A amplitude da concepção liberal de Estado de direito, posteriormente transformado em Estado de legalidade⁴, pela teoria kelseniana, tornou-o suscetível de conformações diferentes, mutáveis ao sabor da interpretação da noção de Direito, ante a ausência de um qualificativo que lhe explicita o conteúdo material.⁵

Na verdade, a inovação da proposta kelseniana do Estado liberal da legalidade está na transmutação da hetero para a autolimitação dos poderes políticos do Estado, fulcrada na teoria do Estado como pessoa jurídica, como muito bem registra Jorge Reis Novais:

No fundo, como diz MARCELO REBELO DE SOUZA, o que varia no trânsito do “Estado liberal de direito” para o “Estado liberal de legalidade” é o fundamento filosófico da limitação jurídica do poder político, no sentido da passagem de uma heterolimitação para uma auto-limitação do Estado de direito que vai criando. O Estado liberal não prescindia dos direitos individuais outrora proclamados, mas transformava os respectivos

³concebidos com índole exclusivamente individual.

⁴Acerca do aspecto, ensina NOVAIS, *ob. cit.*, p. 123-7: “De facto, KELSEN apresenta um “Estado de Direito” finalmente depurado dos valores que, explícita ou implicitamente, o acompanhavam desde a sua origem, culminando um processo que, embora partindo da formalização do conceito originário, desemboca numa construção teórica que, em nosso entender, justifica a designação autónoma de *Estado de Legalidade*. Se na caracterização material o “Estado de Direito” era essencialmente um conceito de luta política por um tipo particular de Estado fundado numa particular ideia de Direito; se na sua redução formalista o “Estado de Direito” *ocultava* os valores que enformavam esta ideia para privilegia as técnicas formais que a garantiam, já que o *Estado de Legalidade* só é de Direito porque actua na via do Direito (positivamente identificado com *legalidade*) e não porque defende ou se sustente numa particular ideia de Direito. Se o Estado de Direito Formal deixara apenas de se interrogar pelos valores que, entretanto, garantia politicamente, o novo Estado de Legalidade abre-se a quaisquer conteúdos, a quaisquer fins, desde que actuados na via da legalidade. O primado da lei e o princípio da legalidade transmudam-se sucessivamente de meras técnicas formais de realização dos valores liberais (no Estado de Direito liberal, em sentido material) em valores autonomizáveis (no Estado de Direito Formal - onde uma intenção política liberal, de garantia, e nessa medida, ética, lhes estava implícita) e, por último, no *Estado de Legalidade*, em quadros neutros abertos à realização de quaisquer fins.(...) De facto, valores essenciais ao Estado de Legalidade são a certeza e a segurança jurídicas inerentes à observância do princípio da legalidade, isto é, valores exigidos pela necessidade de estabilização de qualquer ordem estadual e não apenas da particular ideia de direito liberal à qual, na origem, vinham intimamente associados.(...) o reconhecimento da importância destes valores não pode justificar por si só a qualificação do Estado de Legalidade como Estado de Direito (...)” porque “(...) a absolutização do princípio da legalidade como valor em si e a proclamação incondicional do dever de obediência às leis positivas -- que, no fundo, constituem os traços caracterizadores da ideologia do positivismo e formalismo jurídicos -- não podem deixar de ser entendidos como *cúmplices* daquela perversão dos ideais de limitação jurídica do Estado, na medida em que funcionam objectivamente como instrumentos de *legitimação* de toda a ordem vigente, enquanto ordem jurídica estabelecida.”

⁵Neste sentido, Carl Schmitt, na leitura de SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, 1997, p. 115: “(...) a expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra “Estado”. Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito Feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes dom o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico.”

fundamentos teóricos, na medida em que os entendia, não já como direitos naturais, mas como espaços deixados à livre actuação dos indivíduos, em virtude de um processo de auto-limitação⁶ do poder político, de uma concessão que o próprio Estado fazia através da lei positiva.⁷

Juarez Freitas advoga a idéia da neutralidade kelseniana como instrumento de defesa a pré-concepções⁸ que poderiam engessar a busca da melhor solução jurídica para cada caso em concreto: a mens legis deve ser alcançada pela interpretação tópico sistemática, num movimento de inter-relação entre o hermeneuta e o objeto, adotando neste particular a circularidade defendida por Gadamer⁹.

À guisa de transposição deste cenário --- mas sem o transpor, em verdade -- nasceu o Estado social de direito que, não obstante a superação da concepção intrinsecamente individualista do Estado liberal de direito, deformou-se pela imprecisão do seu conteúdo material, dada a ambigüidade da locução que o denomina, servindo de meio de cultura para o nazi-facismo¹⁰.

Sob nova veia interpretativa, o Estado de direito transmudou-se para democrático de direito, com balizamento central na busca da eficácia material -- e não mais mera afirmação -- dos direitos fundamentais, agora ampliados, para compreender também os direitos sociais, econômicos e culturais; nesta nova configuração de Estado a implementação de condições de realizabilidade daqueles direitos é premissa *sine qua non*.

O Estado democrático-constitucional, como o denomina J.J. Gomes Canotilho:

(...) é um Estado alicerçado em normatividade jurídica quanto aos direitos fundamentais, garantias, definição de competências, controlo do poder, solução de

⁶Tendo em vista, como esclarece o mesmo autor: “Considera Jhering que, apesar de deter o monopólio do poder e a faculdade exclusiva de criação do Direito, o Estado tem um interesse egoísta na sua voluntária subordinação ao Direito, por ele próprio estabelecido, através de um processo de auto-limitação; de facto, a experiência mostra-lhe que essa submissão reforça a legitimidade do Estado e assegura a obediência dos particulares.”[*ob.cit.*, p.109/110, nota de rodapé n.º 247]

⁷*ob. cit.*, p. 109

⁸ *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39, nota 23.

⁹ *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, p. 115, nota 5.

¹⁰Conforme a atenta observação de Paulo Bonavides, oportunamente lembrada por José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 116

conflitos (racionalidade do Estado de direito liberal); **é um Estado aberto a uma definição normativo-constitucional de direitos sociais, econômicos e culturais, a uma fixação dos fins e tarefas do Estado, a uma planificação (em sentido não ideológico) dos problemas econômicos e sociais** (racionalidade do Estado de direito democrático). **Na evolução deste sentido “plúrimo” de racionalidade e na captação das suas dimensões “materialmente legitimadoras” se devem concentrar a dogmática e a teoria da constituição. Com isso pretende-se introduzir “dialéctica na racionalidade” e “racionalidade na dialéctica” do Estado de direito democrático-constitucional.**¹¹

Como se pode denotar, Estado democrático de direito e direitos fundamentais sintonizam-se indissociavelmente dentro de um mesmo contexto. A compreensão do primeiro, pois, imprescinde do estudo dos segundos. Nosso próximo tópico.

2.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

Na esteira da compreensão do Estado democrático¹² de direito, intransponível faz-se o estudo dos direitos fundamentais, para que se identifique os diferentes matizes que o conteúdo material desta nova proposta alcança dentro da sociedade.

Antes dos direitos fundamentais serem alçados a elemento categorial do Estado de direito, de há muito já se acentuavam como preocupação vivaz dos grupos sociais, como demonstra o constitucionalismo inglês, que tem na Magna Carta de 1215 a sua expressão mais significativa¹³. Este antecedente histórico, apesar de

¹¹*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra, 1994, p. 49

¹²Democracia, longe de ser um conceito unânime entre os constitucionalistas, ora ocupa a posição de lineamento da forma de Governo, como o é na autorizada opinião de Rosah Russomano, solidária com o entendimento de Pedro Calmon, assumindo a feição de condição de realização do governo [*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1978, p. 82]; ora como regime de governo, como a vê José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 104, nota de rodapé n.º 13.

¹³A contribuição da Carta de João Sem Terra para a teoria geral dos direitos fundamentais é muito bem dimensionada por José Afonso da Silva “(...) Lembremos apenas que a *Magna Carta*, assinada em 1215 mas tornada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional, “longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e dos direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres”[NOBLET, Albert. *A Democracia Inglesa*, p. 28, *apud, ob. cit.*, p. 152]. Essa observação de Noblet é verdadeira, mas não exclui o fato de que ela se tornasse um símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke com seus comentários, extraíssem dela os fundamentos da

estamental, condicionou a formação de regras consuetudinárias que ampliaram a proteção aos direitos fundamentais.¹⁴

Ainda dentro do ciclo constitucional inglês, outros antecedentes históricos são dignos de registro: *Petition of Rights*, 1628 --- documento endereçado ao monarca para a observância dos direitos assegurados na Magna Carta de 1215; *Habeas Corpus Act* --- para supressão de prisões arbitrárias, pelos déspotas; e o *Bill of Rights*, 1628 --- marco da transição da monarquia divina para a constitucional e fonte de inspiração para a formação de democracias liberais, nos continentes europeu e americano, dos séculos seguintes.¹⁵

No ciclo constitucional estadunidense, a Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776) recebe encômios por inaugurar a base principiológica de asseguaração dos direitos fundamentais naquele País. A Constituição norte-americana, ontologicamente, não contemplava uma declaração de direitos, introduzida, posteriormente, por meio das dez primeiras emendas à Constituição, como condição de ratificação imposta por alguns dos Estados-membros da federação que se inaugurava. Esta dezena, acrescida das emendas que lhe seguiram até 1975, formam, atualmente, o *Bill of Rights* norte-americano.

No âmbito do constitucionalismo francês, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) é o foco de todas as luzes, diferenciando-se das iniciativas do continente americano do mesmo século, pelo seu caráter universalizante e abstrato.

Consoante Jacques Robert¹⁶, a Declaração Francesa de 1789 tem os seguintes contornos:

a) intelectualismo, porque afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das idéias(...); b) mundialismo, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que

ordem jurídica democrática do povo inglês.”[*ob. cit.*, p. 152]

¹⁴conforme José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 150

¹⁵conforme José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 153

¹⁶na leitura de José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 157

ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar valor universal; c) individualismo, porque só consagra as liberdades dos indivíduos, não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião; preocupa-se em defender o indivíduo, contra o Estado.

Jorge Reis Novais dicotomiza as declarações francesa e norte-americana dos seus antecedentes ingleses:

Quando as Constituições do liberalismo e as respectivas declarações de direitos consagram as liberdades individuais tal não significa que o poder soberano concede direitos aos particulares, mas tão só reconhece juridicamente direitos originários dos homens e os proclama solenemente, com a finalidade de melhor os garantir. Daí o abismo que separa as Declarações Americanas de 1776 ou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dos seus antecedentes britânicos (Magna Carta, Petição de Direitos de 1672, Habeas Corpus de 1679, Declaração de Direitos de 1689), pois, enquanto estes procuravam apenas limitar os poderes do Rei, proteger o indivíduo e reconhecer a soberania do Parlamento, aquelas, inspiradas na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem, visavam limitar, através do Direito, os poderes do Estado no seu conjunto.¹⁷

A ideologia do Estado liberal fez com que, na separação Estado-sociedade, os direitos fundamentais assumissem uma função individualista-negativa, no sentido da exclusão da ingerência estatal na orla privada dos indivíduos.

O individualismo exacerbado do Estado liberal foi posto à prova e sucumbiu, em diversos flancos¹⁸, trazendo à tona que a concepção preconizada pela revolução burguesa não passava do plano intelectualivo-normativo, porque no embate factual seus reflexos foram autofágicos.

A generalidade da lei demonstrou-se inócua para garantir a igualdade material; a desmedida liberdade, associada ao processo de implementação industrial, levou à exploração do Homem pelo Homem, gerando mazelas sociais inenarráveis.

A prisão ao princípio do *pacta sunt servanda*¹⁹ e a formação do

¹⁷ *ob. cit.*, p. 72

¹⁸ Nelson Hungria, sobre o liberalismo econômico: "É uma doutrina que a experiência dos povos demonstrou errônea, anárquica e contraproducente. Ela abstrai que, no livre jogo de suas competições e antagonismos, os indivíduos entram com desiguais elementos de ação, resultando daí que os mais fracos acabam sobrepujados pelos mais fortes, e como estes nem sempre são os mais dignos e honestos, senão os mais velhacos, prepotentes e egoístas, a sua supremacia é alcançada com fatal detrimento do interesse social", in Os Crimes Contra a Economia Popular e o Intervencionismo do Estado. *Revista Forense*, n. 79, Rio de Janeiro, p. 37-40, jun.1939.

¹⁹E, porque o Estado deve compreender-se historicamente concreto, o dirigismo estatal, a partir da constatação dos equívocos dos paradigmas do liberalismo, não se inseriu casuisticamente no âmbito do constitucionalismo dos povos, mas foi tendência sistêmica, de todos aqueles que, buscando preservar o capitalismo, quiseram

proletariado explorado, subjugado pelo sistema das “liberdades”, constituíram cenário para uma revisão estrutural da concepção do Estado de direito, com a ampliação dos direitos fundamentais, antes restritos à insuficiente orla privada.

José Afonso da Silva ilustra com primor:

O indivíduo era uma abstração. O homem era considerado sem levar em conta sua inserção em grupos, família ou vida econômica. Surgia, assim, o cidadão como um ente desvinculado da realidade da vida. Estabelecia-se igualdade abstrata entre os homens, visto que deles se despojavam as circunstâncias que marcavam suas diferenças no plano social e vital. Por isso o Estado teria que abster-se, apenas deveria vigiar, ser simples gendarme.²⁰

O Manifesto Comunista, de Marx e Engels, --- equiparado, pela influência, às Declarações norte-americana e francesa ---- e a Declaração do Povo Trabalhador Explorado, aprovada em janeiro de 1918, pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes²¹, foram tenazes em demonstrar que de nada adianta a asseguaração formal de direitos, se o povo não tem condições materiais para desfrutá-los. Os direitos fundamentais, como direitos de defesa *político-formal* à ingerência estatal sobre a orla privada dos indivíduos não limitou o poder econômico da classe burguesa que, através dele, objurgou todo um estamento, que clamava por mudanças.

Contudo, a proposta não significou grandes avanços no terreno dos direitos fundamentais, porque, em verdade, além de sufocar os direitos individuais fundamentais, não deu efetividade à implementação dos econômicos e sociais, vindo a equacionar a bancarrota do sistema econômico, sem mesmo um século de existência.

Inobstante, o redimensionamento dos direitos fundamentais também foi recepcionado pela Constituição Mexicana de 1917 e pela de Weimar de 1919. Ambas inauguraram uma nova sistemática na positivação dos direitos fundamentais, introduzindo capítulos de direitos sociais do Homem, fazendo romper, no plano do direito constitucional

afastar a autodestruição do sistema.

²⁰ *ob. cit.*, p. 158

²¹ como notícia José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 160

positivo, os paradigmas do vetusto Estado liberal.

Abertos os portais do redimensionamento dos direitos humanos, a nova meta passou a ser a difusão uniforme destes postulados a todos os povos. A culminância deste objetivo veio com a Carta das Nações Unidas, aprovada em Paris, em 10/12/48, que reconhece os direitos e garantias individuais (artigos 1º a 21), os direitos sociais (artigos 22 a 28), proclama os deveres da pessoa para com a comunidade (artigo 29), bem assim como estabelece o princípio da interpretação benéfica, em prol dos direitos e liberdades nela proclamados.²²

Conforme ensina Dalmo de Abreu Dallari, a Carta das Nações Unidas tem visão objetiva tridimensional: a certeza, a segurança e a possibilidade dos direitos proclamados. Destarte, os direitos devem ser positivados pela ordem jurídica dos países-membros do organismo internacional, devem ser assegurados por remédios constitucionais, e --- o diferencial --- o poder estatal deve proporcionar meios para o gozo efetivo dos direitos pelos indivíduos e pelos grupos sociais, sob pena de se repisar o cenário hipócrita vivenciado sob a égide da ideologia liberal.²³

Contudo, apesar do significativo avanço que representou, a Carta das Nações Unidas não tinha, *de per se*, meios para garantir a efetividade dos direitos e garantias nela afirmados. Os meios de controle eram insuficientes e as mazelas sociais perpetravam-se, mormente, (mas não exclusivamente), nos Estados "pseudodemocráticos".

O que se tem observado, portanto, nestes últimos cinquenta anos, é que a disseminação da positivação dos direitos humanos entre os povos não atingiu, materialmente, a revolução que se espera neste âmbito²⁴: há grupos sociais ao abandono; a discriminação, em suas

²²conforme José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 162/3

²³*Elementos de Teoria Geral do Estado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 179

²⁴E nem se diga que estas anomalias somente se projetam nos países eufemisticamente denominados "em desenvolvimento", pois, recentemente, a imprensa noticiou matéria jornalística que denunciou o comportamento dos ativistas dos grupos anti-negros norte-americanos que, em nome da liberdade de expressão, praticam seus rituais anti-raciais à plena luz do dia, sem qualquer pudor ou constrangimento. Outra não é a situação na Alemanha, onde grupos ainda se empolgam com a ideologia nazista e ainda crêem em seus primados; na Irlanda, ativistas de grupos radicais fizeram centenas de vítimas; no Japão, o terrorismo está em franca evidência; na Inglaterra, jovens desajustados escandalizam o mundo; na França, as questões sociais afloram para o Mundo com a marca da violência...

diferentes nuances ainda impera acintosamente; os níveis de desemprego se agigantam, a mortalidade infantil alcança padrões absurdamente elevados, o analfabetismo ainda é fator de entrave na democratização dos povos.

Sobre o tema, incomparáveis as palavras de Juan Ferrando Badía:

A burguesia liberal aparenta conceder a todos a liberdade de imprensa, a liberdade de associação, os direitos de oposição política: mas, de fato, tais direitos e liberdades não podem ser exercidos realmente senão pelos capitalistas, que são os que têm os meios econômicos indispensáveis para que tais liberdades sejam reais. E assim, no caso do direito do sufrágio, este serve para camuflar diante dos olhos dos proletários uma papeleta de voto, mas a propaganda eleitoral se encontra nas mãos das forças do dinheiro. Simula-se conceder-lhes o direito de formar sindicatos e partidos políticos, mas as oligarquias capitalistas conservam, direta ou indiretamente, o controle.²⁵

Verte-se do supra exposto, que democracia efetiva não há, porque os direitos fundamentais ainda se encontram, em larga escala, ultrajados.

Contudo, para se alcançar o objetivo traçado para este estudo, penetre-se no terreno do *dever-ser*, para que se verifique as funções que os direitos fundamentais desempenham dentro do Estado democrático de direito.

Num primeiro plano, os direitos *individuais fundamentais* se constituem como *direitos de defesa*²⁶, porque assumem uma feição negativa em relação aos poderes constituídos²⁷, na medida em que proporcionam a autonomia da esfera privada do indivíduo, com a conseqüente abstenção da ingerência estatal sobre seu âmbito.

Diversamente, os *direitos sociais, econômicos e culturais*²⁸. Estes assumem a feição de direitos fundamentais como *direitos a prestações*

²⁵ *apud* José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 158

²⁶ Buscando desde logo aparar qualquer querela terminológica, sinala-se que não se está equiparando direitos individuais a direitos de defesa (liberdade negativa), posto que tais direitos também assumem as conformações da liberdade positiva, cunhando ao indivíduo o direito de exigir do Estado as omissões ou mesmo os prestacionamentos necessários à efetivação dos direitos fundamentais. De outra banda, os direitos sociais, econômicos, culturais concernem ao homem enquanto participante de uma coletividade, à liberdade concreta (doutrina francesa), mas continuam a ser de titularidade subjetiva individual. Assim, não há que se confundir direito sociais com direitos coletivos.

²⁷ Não se olvida a temática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, bem como a polêmica que encerra a natureza desta vinculação (se imediata ou mediata), o que será tratado, *an passant*, no item 3.7 deste estudo.

²⁸ Cujas titularidade subjetiva é individual.

*estatais*²⁹, implicando um agir dos poderes constituídos para prover suas eficácias.

Concernente ao primeiro grupo, o jurista português assevera:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).³⁰

Quanto ao segundo grupo, novamente intercede o constitucionalista:

Com a finalidade de se poder obter alguma clarificação, a problemática dos direitos sociais, económicos e culturais, na sua dimensão de direitos subjectivos e na sua dimensão jurídico-objetiva, deve situar-se em dois planos:

- No plano subjectivo: os direitos sociais, económicos e culturais, consideram-se inseridos no espaço existencial do cidadão, independentemente da possibilidade da sua exequibilidade imediata;

- No plano objectivo: (1) em muitos casos, as normas consagradoras dos direitos fundamentais estabelecem imposições legiferantes, no sentido de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais institucionais para o exercício desses direitos; (2) algumas das imposições constitucionais traduzem-se na vinculação do legislador a fornecer prestações aos cidadãos.³¹

Compatibilizando esta estrutura teórica com o estudo de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade das normas constitucionais³²,

²⁹Muito embora possam assumir a feição de direitos de defesa como se abordará no item seguinte

³⁰Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 552

³¹Canotilho, *Constituição Dirigente(...)*, p. 368

³²Na matéria atinente à eficácia dos comandos constitucionais, segundo José Afonso da Silva, in *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 94 e seguintes, os preceitos estão divididos em três grandes grupos: a) Normas Constitucionais de Eficácia Plena; b) Normas Constitucionais de Eficácia Contida; c) Normas Constitucionais de Eficácia Limitada. O elemento definidor da controvérsia será enquadrar os mandamentos em estudo, dentro das espécies supra elencadas, para que possamos traçar a convicção almejada. Têm eficácia plena, as normas constitucionais “que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (ob. cit., p.94). As dotadas de eficácia contida, por seu turno, “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma norma posterior, mas fica dependente (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do poder público, para manter a ordem, a segurança pública, a segurança nacional, a integridade nacional, etc., na forma permitida pelo direito objetivo” (ob.cit. p. 108). As normas constitucionais de eficácia limitada, ou *normas constitucionais de princípios* são “aquelas que

pode-se aquilatar que as normas que asseguram direitos fundamentais como direitos de defesa, por ter eficácia plena e imediata (ou, nalguns casos específicos, eficácia contida[restringível]³³), asseguram, desde sempre, a liberdade positivo-negativa do indivíduo [e desafiam o controle constitucional por ação estatal perniciosa]; contrário senso às que definem os direitos à prestação, que, por serem de eficácia limitada³⁴ (ou, nalgumas vezes, programáticas³⁵), ordinariamente impescindem³⁶, para a implementação jurídico-objetiva de sua eficácia positiva, de suplementação legislativa infraconstitucional, vinculada à constituição dirigente³⁷ [desafiando o controle constitucional por omissão parcial ou total ou por contrariedade da norma aos postulados normativos do Documento Maior].

Fixados estes preceitos introdutórios, falta verificar como a Magna Carta vigente os maneja. A correlação entre direitos fundamentais, Estado democrático de direito e a Constituição da República Federativa do

dependem de outras providências normativas, para que possam surtir os feitos essenciais, colimados pelo legislador constituinte” (ob.cit., p 110). O autor prossegue em seu raciocínio, subdividindo em duas categorias, as normas desta espécie: (1) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo e (2) as definidoras de princípio programático. As primeiras são as que contêm esquemas gerais, como que iniciadoras da estruturação de instituições, órgãos ou entidades, por isso também denominadas de princípio orgânico ou organizativo. A característica especial que as particulariza assenta-se “*no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação*” (ob.cit., p. 115). As programáticas são “aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (ob.cit., p. 132). Pelas idéias lançadas, podemos perceber que os dispositivos da primeira subespécie (as de princípio institutivo) são inseridos na Carta Maior para estabelecer as linhas mestras que deverão guiar o legislador ordinário, quando da pormenorização dos preceitos básicos e irretocáveis por eles instituídos. Faz-se mister, ainda, uma maior particularização das normas em questão: classificam-se em *impositivas* ou *facultativas*. Nessas o legislador constituinte não determina peremptoriamente a emissão de uma legislação integrativa, *contrario sensu* ao que faz com aquelas.

³³ como, v. g., é o caso do art. 5º, inciso XIII, da Carta Magna brasileira de 1988.

³⁴ A questão do significado e do alcance do artigo 5º, § 1º, CF/88 será abordada oportunamente, ainda que sumariamente.

³⁵ Não se adentrará aqui, por delimitação metodológica, à discussão da existência ou não de normas programáticas em nossa Constituição. Contudo, as menções a esta estirpe ao longo do texto serão sempre tomadas no sentido de normas estabelecedoras de programas, fins e tarefas aos poderes constituídos e não como meras proclamações abstratas e inócuas.

³⁶ Não se abordará, aqui, a temática dos direitos originários a prestações sociais, o que será visto, ainda que restritamente, quando do estudo da relevância social como critério de controle jurisdicional da legitimidade ministerial na defesa dos individuais homogêneos.

³⁷ A vinculação do legislador ordinário na criação das leis “executivas” dos programas assentados na Constituição dirigente, para a realização das ações estatais concretizadoras dos direitos fundamentais como direitos à prestação, é veiculada, como tema-objeto, em base jurídico-teorética densa e elegante, pelo eminente constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho, in *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 1994.

Brasil será visualizada em prosseguimento.

2.4 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM.

Na Magna Carta de 1988, o Estado democrático de direito é princípio político-constitucional, *ex vi* do artigo 1º, *caput*, fazendo parte da decisão política fundamental, na concepção *schmittiana* de Constituição.

No plano material, é despendendo um aprofundado estudo para se concluir aquilo que empiricamente é denotado por todos: na República Federativa do Brasil, fundamentada na dignidade da pessoa humana, o acinte aos direitos fundamentais do Homem faz deste Estado uma democracia meramente formal.

Neste âmbito, um estudo do Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello é eloqüentemente realista e antidemagógico:

Estados formalmente democráticos são os que, inobstante acolham nominalmente em suas Constituições modelos institucionais -- hauridos dos países política, econômica e socialmente mais evoluídos -- teoricamente aptos a desembocarem em resultados consonantes com os valores democráticos, neles não aportam. (...)

É que carecem das condições objetivas indispensáveis para que o instituído formalmente seja deveras levado a um plano concreto da realidade empírica e cumpra sua razão de existir. Biscaretti Di Ruffia, em frase singela, mas lapidar, anotou que "a democracia exige, para seu funcionamento, um minimum de cultura política", que é precisamente o que falta nos países apenas formalmente democráticos. As instituições que proclamam adotar em suas Cartas Políticas não se viabilizam. Sucumbem ante a irresistível força de fatores interferentes que entorpecem sua presumida eficácia e lhes distorcem os resultados. Deveras, de um lado, os segmentos sociais dominantes, que as controlam, apenas buscam manipulá-las ao seu sabor, pois não valorizam as instituições democráticas em si mesmas, isto é, não lhes votam real apreço. Assim, não tendo qualquer empenho em seu funcionamento regular, procuram, em função das próprias conveniências, obstá-lo, ora por vias tortuosas, ora abertamente, quando necessário, seja por iniciativa direta, seja apoiando ou endossando quaisquer desvirtuamentos promovidos pelos governantes, simples prepostos, meros gestores dos interesses das camadas economicamente mais bem situadas. De outro lado, como o restante do corpo social carece de consciência de cidadania e correspondentes direitos, não oferece resistência

espontânea a essas manobras. Ademais, é presa fácil das articulações, mobilizações e aliciamento da opinião pública, quando necessária sua adesão ou pronunciamento, graças ao controle que os segmentos dominantes detêm sobre a "mídia", que não é senão um de seus braços.³⁸

Este quadro, ao contrário de se afigurar desencorajador, fornece fôlego ao estudo em causa e fortalece a proposta sob exame, já que o Órgão Ministerial é a expressão mais concreta dos albores de um futuro plena e materialmente democrático.

Pesquisemos, numa abordagem sumária e genérica, o tratamento dos direitos fundamentais à luz da Constituição de 1988, pontuando que a questão será retomada, topicamente, quando do estudo dos terceiro e quinto capítulos.

Primeiramente, cumpre pontuar que a dignidade da pessoa humana³⁹ (artigo 1º, III, CF/88) desponta como núcleo axiológico-normativo do sistema constitucional pátrio, acompanhando as tendências do constitucionalismo contemporâneo como reação pragmática às atrocidades cometidas no decurso da Segunda Guerra Mundial.

A dignidade da pessoa humana é princípio regulador, tem matiz jusfilosófico antecedente à Constituição. Sedimenta-se pela idéia de não-equivalente, é atributo intrínseco à pessoa humana, valor supremo, indisponível e insubstituível. Positivada, abriga-se no cerne das liberdades negativa e positiva e lhes impõe as adequadas conformações. Vincula imediatamente os Poderes constituídos, traçando os contornos de suas legitimações democráticas. Irradia-se perante os particulares, determinando observância e não-discriminação.

Por inerência à sua natureza, tem conteúdo fluido a ser densificado; a sua evocação genérica e abstrata não satisfaz a sua efetividade. Neste ensejo, a justicialidade dos direitos fundamentais figura como a pedra-de-toque dos Estados democráticos, em substância voltados para ações

³⁸A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 137, p. 255/65: 256, jan.-mar.1998.

³⁹Cujas dimensões serão noticiadas e sumariamente abordadas no item 5.5 deste ensaio, quando se fará uma singela análise da concepção kantiana de utilização do homem simplesmente como meio como a antítese da dignidade da pessoa humana (em seu sentido concreto, real), que não pode ser confundida com a dignidade humana(da humanidade, de conteúdo abstrato).

convergentes e dirigidas pelo sentimento de respeito a este valor-fonte, que se torna vívido pela conformação jurídica, independentemente, para além e até mesmo contrariamente à interpolação legislativa.

A racionalidade do Estado democrático de direito perpassa pela busca incessante e efetiva de uma vida condigna aos seus cidadãos; por isso, todos os direitos fundamentais contemplam dignidade como essência, ainda que em maior ou menor latitude.

No caso brasileiro, a justicialidade dos direitos fundamentais, ou o direito de exigí-los em juízo, vem estampada no artigo 5º, § 1º, CF/88. A dicção em revista pode ser compreendida como esteio do princípio geral da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais – traço marcante de sua fundamentalidade⁴⁰ --, um mandado de otimização que impõe aos “órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”⁴¹, instituindo, *v. g.*, o poder-dever ao Poder Judiciário de lhes assegurar a maior efetividade possível, regra geral que nem por isso fica à mercê de limites^{42,43}, numa leitura de freios e contrapesos inerente ao regime democrático e à separação dos Poderes em sua visão dinâmica.

⁴⁰Não se tratará da intrincada questão da definição de critérios objetivos para a aferição constitucionalmente adequada da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, dadas as limitações deste estudo. Contudo, vale referir a dignidade da pessoa humana como vetor precípua, como ensina SARLET, 1998, p. 134. Pode-se afirmar, porém, que os direitos materialmente fundamentais são os vocacionados a erigirem posições subjetivas que constituam exigências diretas, ou no mínimo indiretas da dignidade da pessoa humana (*idem*, nota 265, p. 115) ou, por outras palavras, possam ser reconduzidos, em menor ou maior grau, em conteúdo da dignidade da pessoa humana. Inobstante, apenas para que não passe *in albis*, mesmo nos direitos fundamentais catalogados há exemplos de mera fundamentalidade formal, mas não material, por não guardarem “relação direta com a proteção da dignidade”, não decorrerem “de forma inequívoca dos princípios e do regime da nossa Constituição como posições essenciais do indivíduo em sua dimensão individual ou social”, como ocorre, *v.g.*, com o artigo 5º, XXVIII, *ibidem*, p. 134. Neste diapasão, não se poderá negar fundamentalidade material aos direitos fundamentais revelados (“criação jurisprudencial do direito”) a partir dos princípios fundamentais (artigos 1º a 4º, CF/88), que são “exigências da dignidade do indivíduo” (*idem*, p. 114) ou do regime da democracia social que tem como núcleo cêntrico a dignidade da pessoa humana.

⁴¹SARLET Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 243

⁴²Como se mostra mais sensível no terreno dos direitos prestacionais, requerendo a interlocução da proporcionalidade, o que será tangenciado ao longo dos capítulos terceiro e quinto

⁴³A atividade jurisdicional não tem por escopo substituir o Legislativo na sua tarefa precípua de criação do direito; volta-se primariamente para a explicitação hermenêutica do que já existe (definindo ou redefinindo o “campo de incidência de um direito já consagrado na Constituição”), muito embora não se negue uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo, e neste viés, “a construção jurisprudencial do direito”, quando a atividade judicante reconhece direitos latentes decorrentes dos princípios fundamentais ou do regime da Carta Constitucional de 1988 (SARLET, *ob. cit.*, p. 135/6).

Neste contexto, o parágrafo em epígrafe, para além de fins meramente tautológicos, tem por escopo traduzir um reforço eficaz aos direitos fundamentais, expondo clara e objetivamente a precedência dos direitos fundamentais sobre as demais matérias constitucionais⁴⁴. Não se confunda, contudo, fundamentalidade com fundamentalismo dos direitos fundamentais, posto que as antinomias por eles presididas deverão ser solvidas sob o diálogo da proporcionalidade, preservando-se os seus núcleos intangíveis, o que revela importante reconhecer que mesmo direitos desta estirpe comportam graduações proporcionais à forma de sua "positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha".⁴⁵

Ademais, consubstancia a opção da liberdade política da cidadania⁴⁶ pelo "Estado jurisdicional"⁴⁷, no qual cabe à jurisdição constitucional, em concorrência⁴⁸ qualificada pela supremacia, o poder-dever de conformar os conteúdos substanciais do ordenamento jurídico, realizando a concreção jurídico-criativa, dando cor e forma à função criadora do direito pela jurisdição, que assim abandona a vetusta e delimitadora função de aplicação interpretativa do direito⁴⁹.

Para além disso, traz em seu âmago a visualização dos direitos fundamentais como "normas objetivas de princípio que atuam em todos os âmbitos do direito"⁵⁰, transpondo a conformação de meros "direitos subjetivos da liberdade"⁵¹.

Sem a pretensão de albergar estudo preciso acerca da questão que envolve as teorias dos direitos fundamentais, calha à fiveleta esboçá-las

⁴⁴Não se olvida que o STF tem assumido posição mais branda, entendendo que quando a norma instituidora dos direitos fundamentais fizer expressa remissão ao legislador, mesmo em se tratando de direitos de defesa, a sua eficácia imediata resume-se à determinação da interposição legislativa, como traz à baila SARLET, ob. cit., p. 247

⁴⁵idem

⁴⁶Aqui em seu sentido restrito, como a titularidade e o exercício de direitos políticos pelos nacionais

⁴⁷BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 134

⁴⁸Como a função legislativa do Estado

⁴⁹BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 130/138

⁵⁰BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 137

⁵¹BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 134

em apertada síntese⁵².

A teoria liberal dos direitos fundamentais traz à liça a sua configuração como direitos de defesa contra a ação perniciosa do Estado sobre a liberdade subjetiva. Aborda os direitos fundamentais sob a ótica da relação do Estado-indivíduo, partindo da pré-compreensão da idéia da liberdade (em suas esferas individual e social) como vetor antecedente ao Estado, cujo conteúdo substancial se encontra fora da esfera de sua competência regulatória (e, por isso, figura como instituidora de normas de competência negativa), só admitindo restrições jurídicas que viabilizem a convivência harmônica de todos os co-titulares da liberdade-resistência, denotando a que "a democracia liberal pretende constituir-se a partir da liberdade e voluntariedade de seus cidadãos".⁵³

A teoria institucional dos direitos fundamentais parte da idéia da liberdade jurídica como um instituto, que "se opõe, de forma objetivada, segundo a peculiaridade do correspondente âmbito vital, como algo dado e objetivado"⁵⁴ deixando à mostra a perspectiva objetiva, que dá luz à noção da lei como regulamentação jurídico-normativa que assume, além da roupagem negativa (limitação da intervenção estatal à esfera da liberdade), a figuração positiva, como uma garantia à realização concreta do conteúdo "objetivo-institucional"⁵⁵ da liberdade, que compreende a liberdade subjetiva⁵⁶.

A teoria axiológica dos direitos fundamentais os erige como "elementos e meios da criação do Estado"⁵⁷, assumindo, a exemplo do ocorrente com a teoria institucional, primariamente "caráter de normas objetivas, não de pretensões subjetivas"⁵⁸. Nesta senda, "recebem seu conteúdo objetivo como emanção do fundamento axiológico da

⁵²Que não contempla a crítica a cada uma das estirpes, mas apenas uma apresentação informativa das mesmas

⁵³BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 49

⁵⁴BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 53

⁵⁵BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 54

⁵⁶BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 56

⁵⁷BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 57

⁵⁸ibidem

comunidade estatal e como expressão de uma decisão axiológica”.⁵⁹

A teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais os vê a partir de sua função “pública e política”⁶⁰, como “fatores constitutivos de um livre processo de produção democrática”⁶¹, de molde que “a garantia do âmbito de liberdade dos direitos fundamentais tem lugar para proteger e facilitar estes processos (...) uma 'liberdade para'”⁶², uma liberdade funcionalizada, reconhecida ao cidadão não para a sua singela disposição, mas em atenção à sua posição subjetiva como membro de uma comunidade que almeja o uso da liberdade de acordo com o interesse público, convertendo a liberdade em uma “competência, um serviço público, um dever”.⁶³

A teoria dos direitos fundamentais do Estado social estabelece a ruptura com o embasamento dos direitos fundamentais à luz da liberdade abstrata (tendência das teorias anteriores, respectivamente: liberdade-resistência; liberdade institucional; liberdade axiológica; liberdade-competência), evoluindo para a idéia da liberdade concreta, que institua

obrigação do Estado derivada dos singulares direitos fundamentais de procurar os pressupostos sociais necessários para a realização da liberdade dos direitos fundamentais, uma espécie de posição de garante para a implantação da liberdade na realidade constitucional.⁶⁴

A teoria dos direitos fundamentais no Estado social erige uma concepção de direitos a prestações sociais, os quais a seu turno exigem o emprego de meios financeiros disponíveis, que em circularidade estabelecem os limites à “incondicionalidade das prestações de direitos fundamentais”⁶⁵, transmudando o problema da esfera “da discricionariedade política a uma questão de observância dos direitos fundamentais”⁶⁶, viabilizando a “justicialização das disputas políticas”⁶⁷,

⁵⁹ibidem

⁶⁰BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 60

⁶¹ibidem

⁶²BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 60/61

⁶³BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 62

⁶⁴BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 64

⁶⁵BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 65

⁶⁶ibidem

⁶⁷ibidem

ampliando a competência do Poder Judiciário, mas apenas no que se denomina “direitos fundamentais parâmetro”⁶⁸; porque os direitos fundamentais, em sua dimensão social, são reduzidos a “meros encargos constitucionais”⁶⁹, que “não fundamentam nenhuma pretensão reclamável diretamente ante os tribunais, fora de uma defesa ante uma inatividade abusiva ao extremo”.⁷⁰

Importante gizar que a teoria em voga não está radicada na mera compreensão dos direitos fundamentais da liberdade, mas a suplanta, de forma que, em tese, fornece meio de cultura para a incidência, transformação e desenvolvimento de quaisquer das teorias anteriormente apresentadas para a solução do caso concreto.

Contudo, norte na construção de uma “teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada”⁷¹, que pretende estabelecer as “idéias básicas sobre a relação de dependência do indivíduo com a comunidade estatal; (...) uma determinada idéia de Constituição”⁷² como representação do “ordenamento jurídico fundamental do indivíduo e da sociedade com o Estado”⁷³, à luz da “Constituição concreta e vigente”⁷⁴, os modelos antes aludidos podem ser apenas adotados como ponto de partida para a conformação a ser extraída do Documento Maior, não como opções casuísticas e assistemáticas, descompromissadas com a opção política vertida na Constituição.

No caso brasileiro, a construção de uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada revela nuances das teorias institucional-axiológica (o princípio da dignidade da pessoa humana como ápice valorativo que conforma o núcleo intangível dos direitos fundamentais, projetando efeitos jurídicos autônomos transcendententes à esfera subjetiva – e por isso inerentes à dimensão objetivo-positiva, com

⁶⁸BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 66

⁶⁹ibidem

⁷⁰ibidem

⁷¹ibidem

⁷²BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 68

⁷³ibidem

⁷⁴ibidem

nítido conteúdo normativo) congregadas com os delineamentos da teoria do Estado social, agregada da especificidade de viabilizar a exigibilidade de direitos originários à prestação como decorrência imediata do Texto, vinculando os poderes estatais diretamente, superando a vinculação como mero encargo sem a correspondente pretensão de exigibilidade.

Um passo adiante, registre-se que, em alargada catalogação, os direitos fundamentais podem assumir três⁷⁵ dimensões⁷⁶: a primeira, contemplando os direitos civis e políticos; a segunda, os direitos econômicos, sociais e culturais; a terceira, a solidariedade e a fraternidade.

No primeiro grupo, também rotulado como direitos de resistência (contra o Estado) e de participação (política), encontram-se classicamente a vida, as liberdades (sob as perspectivas individual e coletiva), a propriedade e a igualdade e suas conseqüências garantias (como e.g., o devido processo legal); o direito de voto, respectivamente. Propugnam as liberdades imantadas e limitadas pela dignidade da pessoa humana.

Os segundos contemplam as liberdades positivas, o "direito de participar do bem-estar social"⁷⁷, a "liberdade por intermédio do Estado"⁷⁸ que municia o indivíduo, enquanto titular de uma posição concreta na sociedade, do direito de exigir prestações estatais convergentes à assecuração dos direitos de segunda dimensão, dentre os quais assistência social, saúde, educação, previdência social, trabalho, atingindo as facetas do homem em sociedade, o que permite a visualização do homem também em sua perspectiva econômico-cultural.

⁷⁵Não se esquece da posição de Paulo Bonavides in *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 524/6, que incrementa o catálogo, agregando a quarta dimensão, como decorrência da globalização política, constituída pelos direitos da democracia direta, à informação e ao pluralismo político. Contudo, a abordagem exporá a classificação tripartite, porque recorrente, mormente em se considerando que a tomada de posição quanto à classificação quaternária exigiria aprofundamento incompatível com o objeto deste estudo.

⁷⁶Prefere-se adotar esta terminologia, em evitando os equívocos normalmente debitados ao uso do vocábulo geração, que traz ínsita a idéia de substituição, o que confronta com a história da positivação dos direitos fundamentais, que tem feição expansivo-cumulativa. Registra-se que, se houver remissão ao termo (geração) ao longo do trabalho, será com denotação idêntica à dimensão.

⁷⁷C. LAFER **apud** SARLET, p. 49

Os direitos de segunda geração buscam placitar a justiça social, concretizar o conteúdo da igualdade em seu sentido material.

Muito embora não se ignore a conformação predominantemente positiva dos direitos de segunda dimensão, não se pode olvidar que as liberdades sociais e os direitos fundamentais dos trabalhadores também a integram⁷⁹, deixando ver que os direitos em causa não podem ser sinonimizados a direitos de cunho prestacional.

Os direitos de terceira geração têm por marco distintivo a titularidade desprendida da figura do homem-indivíduo, dirigindo-se a proteção de grupos humanos (a família, por exemplo) ou mesmo do gênero humano (direito à paz, à qualidade de vida, o desenvolvimento, a autodeterminação dos povos, ao meio ambiente), muito embora não desprezem a perspectiva individual do diretamente lesado, vez que são densificações do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, “o que pode ser bem exemplificado pelo direito ao meio ambiente. Este, em que pese a habitual (embora não-cogente) presença do interesse coletivo ou difuso, não deixa de objetivar a proteção da vida e da qualidade de vida do homem da sua individualidade”⁸⁰. A matriz dos direitos de terceira geração é a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva da solidariedade.

A sistematização dos direitos fundamentais na Carta política brasileira não atendeu a melhor técnica⁸¹, na medida em que, v.g., direitos marcados pela fundamentalidade, especificamente os de terceira dimensão, não se encontram inscritos no título segundo do referido Documento, mas em remissões esparsas, de molde que a descoberta dos direitos fundamentais deverá atentar para o seu conteúdo e não para a sua topografia dentro do contexto da Magna Carta.

Outrossim, a concretização do conteúdo dos direitos fundamentais dever-se-á orientar pela diretriz da máxima efetividade no conflito com

⁷⁸SARLET, idem

⁷⁹SARLET, p. 50, espécies que não serão tratadas neste trabalho

⁸⁰SARLET, p. 55

⁸¹Para maior aprofundamento do tema, veja-se SARLET, ob. cit., p. 65/72

seus pares e com as demais normas da Constituição originária, instrumentalizada pelo diálogo da proporcionalidade, preservando-se a unidade da Constituição; a hierarquia axiológica, cujo vetor é a dignidade da pessoa humana, não se compraz com a técnica do tudo ou nada, aplicável apenas a regras e não a princípios, que são os vetores da solução das antinomias no seio do Documento Maior.

À guisa de atalho nesta exposição, que comporta fôlego incompatível com o objetivo do presente estudo, necessárias algumas ponderações sobre a classificação funcional dos direitos fundamentais, que será a adotada ao longo do trabalho.

Minudenciando a clássica classificação funcional dos direitos fundamentais [à defesa e a prestações], Sarlet⁸²⁸³ estabelece a seguinte taxinomia ao segundo grupo: direitos a prestação⁸⁴ em sentido amplo (normativas) e estrito (materiais), contemplando a primeira estirpe duas subclasses, os direitos à proteção e à participação na organização e no procedimento.

O catálogo aberto⁸⁵⁸⁶ do artigo 5º e seu extenso rol de incisos contempla em grande parte os direitos de defesa, mas também congrega direitos individuais com acentuada dimensão social, os direitos individuais de expressão coletiva⁸⁷(liberdades de reunião e de associação⁸⁸) e,

⁸² *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 167

⁸³ concebida a partir da teoria dos quatro *status* de Jellinek (*status subjectionis*, *status negativus* (ou *libertatis*), *status positivus* (ou *civitatis*) e *status activus*), mas com a releitura do *status negativus* e com a inclusão das subclasses do *status activus processualis* (Häberle) e do *status positivus socialis*, cf. ob. cit., p. 153/157, que não será tratada. Contudo, apenas para situar o leitor, os direitos de defesa estariam compreendidos no *status negativus* ou *libertatis* – em sua leitura remodelada, isto é, no sentido de que as liberdades individuais – ao contrário do que previa a versão original da doutrina jellinekiana – não podem estar mais sujeitas à legislação infraconstitucional (ob. cit., p. 156); os direitos a prestações, no *status positivus* (ou *civitatis*); “os direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional (...) e as demais funções decorrentes da perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais” (*idem*), no *status positivus socialis*.

⁸⁴ Os direitos originários a prestações serão tratados no item 3.8.2.1 deste estudo

⁸⁵ Algumas perspectivas da questão da abertura do catálogo – cognata à interpretação do conteúdo e da extensão do artigo 5º, § 2º, CF será abordada, *passim*, e mais detidamente no item 5.5, muito embora ainda com o traço da sumariedade compatível com os contornos deste ensaio.

⁸⁶ Cumpre inscrever que o artigo 5º, § 2º conforma concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, quer para o reconhecimento dos direitos fundamentais positivados esparsamente na Constituição, quer para o garimpar dos direitos fundamentais implícitos, quer para identificar os direitos que sem embargo catalogados, são apenas formalmente fundamentais, quer para albergar direitos fundamentais sedimentados em tratados internacionais.

⁸⁷ Os chamados direitos coletivos, que não podem ser confundidos com os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão

inclusive, a prestações⁸⁹, como é o caso do acesso à Justiça⁹⁰ como decorrência da inafastabilidade da jurisdição.

Acentuam-se os direitos de defesa não como protagonistas de intangibilidade absoluta, mas nos limites da proteção a interferências iníquas, entendendo-se estas como contrastantes com o conteúdo axiológico-normativo da Constituição.

Os direitos sociais, para além da fisionomia de direitos a prestações, conformam “uma gama diversa de direitos de defesa”, como ocorre com acentuada recorrência nos direitos dos trabalhadores, a positivar sedimentações da liberdade e da igualdade, v.g., da igualdade entre os trabalhadores com vínculo empregatício e os avulsos (artigo 7º, XXXIV).⁹¹

Os direitos fundamentais da nacionalidade (vínculo jurídico entre pessoa e Estado⁹²) e da cidadania (possibilidade de ser titular de direitos políticos⁹³) podem ser insertos funcionalmente dentre os direitos de defesa (como “espécie de *status* global de liberdade”⁹⁴), muito embora não se olvide que possam assumir perspectiva prestacional⁹⁵⁹⁶. Apartam-se dos individuais e coletivos por restringirem-se ao grupo dos nacionais e cidadãos, ao contrário dos individuais (direitos do homem-indivíduo) e coletivos (direitos do homem-coletivo) que se estendem a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Como corolário, os direitos políticos fundamentais são privativos dos nacionais, muito embora nem todos os nacionais sejam titulares de direitos políticos⁹⁷. Tomados como direitos de participação, assumem natureza mista⁹⁸ de direitos de defesa

⁸⁸SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 192

⁸⁹SARLET, idem, p. 173

⁹⁰Como direito à prestação normativa, sem olvidar sua figuração como garantia instrumental decorrente do artigo 1º, II, CF/88, conforme já aludido.

⁹¹Ibidem, p. 174

⁹²SARLET, *ob. cit.*, p. 175

⁹³idem

⁹⁴Como anuncia Klaus Stern, apud SARLET, p. 178

⁹⁵Mais especificamente na subclasse dos direitos à participação na organização e procedimento, como prefere Alexy, consoante referência de SARLET, ibidem

⁹⁶A função prestacional não é preponderante, mas normalmente indireta, salvo na hipótese do artigo 17, § 3º CF/88, como ensina SARLET, ibidem

⁹⁷Como ocorre na hipótese do artigo 15, CF/88

⁹⁸SARLET, p. 176-7

(abstenção de interferências sobre o exercício do direito de voto) e direitos de prestação normativa – direitos de proteção⁹⁹ – e material¹⁰⁰.

As garantias institucionais (família, propriedade, instituição do Júri) e os direitos-garantia (garantias fundamentais, autênticos direitos subjetivos), assim denominados por “outorgarem aos particulares posições jurídico-subjetivas autônomas”¹⁰¹, guardadas as diferenciações que as apartam, podem enquadrar-se na categoria dos direitos de defesa, dados os contornos predominantes de sua funcionalidade, como ensina Sarlet¹⁰², muito embora não se dispam de conteúdo prestacional.

Nas cercanias dos direitos-garantia, inscrevem-se os remédios constitucionais, concebidos como

procedimentos de matriz constitucional (e, neste sentido, ações constitucionais), que outorgam ao indivíduo, inclusive na condição de integrante de uma coletividade, a possibilidade de se defender de ingerências indevidas em sua esfera privada, protegendo-se contra abusos de poder, agressões aos seus direitos, além de viabilizar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais em geral.¹⁰³

Pretendemos aqui enaltecer a dimensão prestacional dos direitos-garantia, em especial as ações constitucionais, conformando hipótese classificatória no âmbito das prestações normativas (ou em sentido amplo), mais especificamente na categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, na medida em que no exame da Ação Civil Pública como ação de *status* constitucional, vamos revisitar este tema para exhibir as inconstitucionalidades das intervenções legislativas que, *primo*, introduziram o § único do artigo 1º e, *secundo*, alteraram a redação do seu artigo 16.

Paralelamente, pontuando a perspectiva dos direitos-garantia como direitos de defesa, colhemos norte para o estudo da natureza da jurídica da legitimação ministerial para a defesa que denominados mediata – e oportunamente explicar-se-á o porquê – dos individuais homogêneos.

De outra banda e não menos importante, reverenciamos os direitos

⁹⁹Exigência de prestações estatais a garantir o exercício dos direitos políticos contra terceiros

¹⁰⁰Com o fornecimento dos meios materiais necessários ao exercício do direito de voto

¹⁰¹SARLET, p. 185

¹⁰²idem

fundamentais de terceira dimensão (os direitos da solidariedade e da fraternidade). Em exorbitando da esfera de titularidade do homem-indivíduo e do homem-coletivo (âmbito das primeira e segunda dimensões, antes visualizadas em sumário), são por inerência pertencentes a uma titularidade subjetivamente difusa, sem olvidar a dimensão individual superada e guardada no todo, o que projetará efeitos sobre o descortinar a que nos propomos, especificamente na visualização do *telus* da legitimidade ministerial e, ao depois, no exame da filosofia de Hegel e a sua correlação com o problema que nos ocupa.

Neste escopo, trazemos à baila o direito à vida condigna como um direito fundamental de titularidade difusa¹⁰⁴ que, embora não se desagregue de sua dimensão individual (parte integra o todo, o todo contempla o particular), a transcende. Verbaliza o valor em si a ser protegido, porque pertence a cada um e a todos os seus titulares, simultaneamente, deixando à mostra a solidariedade social como uma declinação da dignidade da pessoa humana; neste contexto, reclama técnicas adequadas de garantia e proteção, mormente sob o espectro da sua dimensão cultural¹⁰⁵.

Neste escopo, avançamos.

2.5 A FUNÇÃO MINISTERIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Com a Constituição Cidadã, nasceu um novo Órgão Ministerial, dotado de uma importante missão: a defesa da implementação efetiva do Estado democrático de direito, a par da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A inscrição do poder constituinte originário fez do Ministério Público

¹⁰³SARLET, p. 180

¹⁰⁴Sem olvidar a multidimensionalidade do conteúdo da dignidade da pessoa humana, mormente seu viés filosófico (idéia reguladora pressuposta à conformação constitucional) e critério precípua (embora não exclusivo) de aferição da fundamentalidade material dos direitos fundamentais.

¹⁰⁵Conceito que será abordado ao longo do estudo

sua *longa manus* na fiscalização do respeito, por parte dos poderes constituídos, dos direitos fundamentais de defesa e da implementação legislativa necessária para a consecução dos direitos fundamentais à prestação.

Diante desta fisionomia do Órgão, uma reflexão se faz necessária: se é bem verdade que a classe dominante vislumbra os estereótipos constitucionais com caráter meramente figurativo, como conciliar esta assertiva com a criação de um órgão que, ativa e permanentemente, é a antítese desta ideologia, porque instrumento para a implementação da democracia efetiva?

A resposta, sem a pretensão de esgotar o debate, talvez esteja na autoconfiança da classe dominante na manutenção do *status quo*, projetando a inocuidade do Órgão para a consecução de um ambiente substancialmente democrático, quiçá tendo por paradigma a realidade italiana, em que a atuação da Instituição similar é tida como apática¹⁰⁶.

Uma análise percuciente revelará o equívoco, já que uma interpretação sistemática da Magna Carta denunciará a posição do Ministério Público, como equipolente aos demais Órgãos do Poder.

O poder estatal é uno, indivisível e indelegável. Inobstante, desde *Montesquieu*, isto não impediu que as funções do Poder fossem atribuídas a órgãos diferentes, ontologicamente com competências estanques e desproporcionais, vez que, na origem, a teoria da tripartição dos poderes conferia ao Órgão Jurisdicional uma *capitis diminutio* em relação aos demais, tornando-o a boca da lei, pressupondo que a justiça inata das emanações legislativas dispensava qualquer adminículo interpretativo.

Atendendo ao ciclo evolutivo natural das ciências, hodiernamente ninguém ousa atribuir ao Judiciário esta posição inferiorizada, sem se submeter a acirradas críticas e sem ter que enfrentar um oceano casuístico que demonstra exatamente o contrário.

E o Ministério Público? Será ele um quarto poder?

A divisão do poder em três funções típicas nunca foi óbice para a

quatripartição do poder. Naquele momento histórico, a tripartição fora bastante. Mas, como conseqüência inevitável da evolução, a teoria de *Montesquieu* envelheceu, e o poder estatal, mantendo-se hígido em sua unidade, precisava de uma dimensão externa, mais dinâmica, na busca da implementação efetiva do Estado democrático de direito.

Na Magna Carta de 1988, esta dimensão dinâmica do Poder encontra-se fisionomizada pelo órgão ministerial, conforme a dicção do artigo 127, *caput*: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do Regime Democrático¹⁰⁷ e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".¹⁰⁸

Acentua Sérgio Gilberto Porto¹⁰⁹:

A sociedade continua a reclamar a elaboração de lei: tarefa da função legislativa do Estado. Reclama também a aplicação da lei: tarefa da função judiciária deste mesmo Estado. Reclama, ainda, que o administrador aja consoante determina a lei. Mas, além disso tudo, o Estado contemporâneo também reclama que, em pé de igualdade, se promova a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, das liberdades públicas constitucionais e outras: tarefas atribuídas ao Ministério Público (...)¹¹⁰

O ilustre doutrinador, inobstante, não adota a concepção do Órgão Ministerial como o quarto poder do Estado, tomando-o por Instituição, como se pode denotar do seguinte excerto, onde dimensiona a natureza jurídica do Órgão:

Em verdade é ele, e isto precisa ser bem compreendido, uma instituição, sem a qual, neste momento histórico, a sociedade não saberia conviver. Esta a prova maior de que, assim como os Poderes formalmente constituídos, também esta instituição, hoje, integra a essência do Estado, pouco se tenha designação formal de poder ou não, pois é certo que tais como aqueles, sob o ponto de vista material, desempenha função essencial à existência do Estado moderno, com independência e harmonia em relação aos próprios poderes e demais instituições permanentes que compõem o Estado. Exerce, portanto, parcela da soberania do Estado e guindando seus órgãos à condição de agentes políticos,

¹⁰⁶A questão será vista nos tópicos de direito comparado, *an passant*.

¹⁰⁷grifou-se

¹⁰⁸grifou-se

¹⁰⁹*Sobre o Ministério Público no Processo Não-Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11/23.

¹¹⁰*ob. cit.*, p. 13

tais como os membros dos Poderes formalmente constituídos.¹¹¹
(grifou-se)

Com a devida vênia, se o Ministério Público integra permanentemente a estrutura do Estado, com a independência que o desvincula dos outros Órgãos do Poder, para o exercício das funções específicas que lhes foram atribuídas pelo poder constituinte originário, aplicando-se-lhe, inclusive, a técnica dos freios e contrapesos (que é exclusiva para a equipolação dos Órgãos do Poder), porque discriminá-lo desta fisionomia¹¹²?

Será que mais uma vez a forma superará o conteúdo?

Esta controvérsia, contudo, apresenta-se como um *minus* em relação à essência do trabalho, tendo em vista que o reconhecimento, ou não, do Órgão Ministerial como quarto poder do Estado, não transfigurará, sob o aspecto material, a fisionomia e o papel a ele reservados pelo poder constituinte originário.

Ainda, à guisa de desfecho quanto ao tópico, assevera Sérgio Gilberto Porto:

Ao enfrentar a questão da essencialidade do Ministério Público junto à atividade jurisdicional do Estado, Mazzilli faz oportuna e curiosa observação, ao aduzir que o legislador constituinte, a um só tempo, disse mais e menos do que devia. Disse mais, exatamente porque não é em todos os feitos que se tem identificado a necessidade de atuação ministerial, disse menos exatamente porque não é apenas junto à função jurisdicional do Estado que atua o Ministério Público, visto que este possui diversas tarefas institucionais divorciadas da atividade jurisdicional.¹¹³

Estabelecidos os contornos do perfil constitucional do Órgão, sedimente-se a sua função dentro do Estado democrático de direito.

Repisando-se o que já se delineou no princípio deste capítulo, o epicentro do Estado democrático de direito está na efetividade dos direitos fundamentais.

¹¹¹ *ob. cit.*, p. 13

¹¹² A consideração do Ministério Público como quarto Poder nos remete à perquirição acerca da responsabilidade orçamentária do Órgão pelas despesas sucumbenciais havidas nas ações por ele propostas. O tema, polêmico, não será tratado neste ensaio. Contudo, ponderamos que, por uma questão de coerência argumentativa, a situação se perfilaria, em tese, razoável quando e apenas quando verificado o abuso do direito de litigar, por analogia ao artigo 85, CPC, vez que se pode compreender que, neste caso, haveria uma quebra do dever de probidade que há que se exigir das partes em juízo, desviando-se o Ministério Público do poder-dever de agir como propulsor do acesso racional à jurisdição.

¹¹³ *ob. cit.*, p. 16.

Conforme se estudou, com fulcro na teorização verbalizada por Canotilho¹¹⁴, os direitos fundamentais são bidimensionais, contemplando as dimensões jurídico-positiva e subjetiva. Esta bipolarização fornece o meio de cultura para o entendimento do âmbito da atuação ministerial, enquanto instrumento de defesa do Estado democrático de direito.

Dentre as funções institucionais, está a insculpida no inciso II, do art. 129, da Carta Constitucional de 1988, com a seguinte dicção:

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.

Dentro da ordem de idéias que se assentou neste trabalho, compatibilizando-se o comando legislativo em epígrafe com as dimensões dos direitos fundamentais, fácil ver que o terreno da atuação ministerial é a dimensão jurídico-objetiva.

Na esfera dos direitos fundamentais como direitos de defesa, a ação dos poderes públicos contra a liberdade negativa dos indivíduos provocará o agir ministerial, que, neste passo, não se direcionará a salvaguardar a orla jurídica do indivíduo, *de per se* [dimensão subjetiva], mas, sim, a coibir a prática estatal proibida pela Constituição, que impõe o dever de abstenção [dimensão jurídico-objetiva].

Na seara dos direitos fundamentais como direitos à prestação, a omissão legislativa¹¹⁵ relevante detonará a atuação ministerial para o saneamento da lacuna que desafia o preceito constitucional determinante de um *facere* para a implementação dos programas direcionados a dar efetividade aos direitos fundamentais desta natureza.

A Constituição é dirigente e vinculativa da faceta legiferante do Estado. "A não disponibilidade constitucional é o próprio fundamento material da liberdade de conformação legislativa", como esclarece Canotilho¹¹⁶.

¹¹⁴ Não se olvida que a gênese da concepção dos direitos fundamentais como normatividade advém da escola germânica, à luz das teorias institucional, axiológica, democrático-funcional e do Estado Social acerca dos direitos fundamentais.

¹¹⁵ Lei, aqui, compreendida no seu aspecto amplo, porque, muita vez, a concretização de um direito depende da exarcação de uma norma legislativa de categoria inferior, como os Decretos Regulamentadores

¹¹⁶ "Constituição Dirigente...", p. 64. Não olvidamos que Canotilho, perfilando as incertezas epistêmicas e as

Apenas a título de destaque, cumpre referir que, na conformação legislativa à Constituição, têm importante função os princípios político-constitucionais, que arquitetam o arcabouço estrutural do Estado, definindo a sua forma, bem assim como a forma e o regime de Governo, entre outros aspectos¹¹⁷; os princípios jurídico-constitucionais, que são determinantes a permear todo o contexto constitucional, servindo de norte para a interpretação das normas instituídas pelo poder constituinte originário (como, v.g., o princípio da legalidade¹¹⁸ e o da isonomia); e os princípios-garantia (como são exemplos os princípios do juiz natural e da anterioridade da lei).

A atuação ministerial, no âmbito específico de repercussão da função legiferante do Estado, será detonada pelos vícios de discricionariedade legislativa ou de excesso de poder legislativo.¹¹⁹

Acerca da discricionariedade legislativa, leciona Canotilho:

A existir um caso típico de discricionariedade esse só pode ser quando, no âmbito das imposições constitucionais, o legislador, na eleição das determinantes autónomas (factores a ponderar pelo legislador segundo critérios de valoração própria), não obedece ao conteúdo directivo material das determinantes heterónomas. Quer dizer: só no caso em que existem

incompreensões teórico-dogmáticas da idéia de Constituição dirigente, propôs uma revisão do conceito original *in Rever ou Romper Com a Constituição Dirigente? Defesa de Um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 15, abr.jun. 1996, p. 7-17, aduzindo que “a lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização(...)”, de molde que “se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação.” A remodelação do conceito não colide, em absoluto, com a linha argumentativa do trabalho, que concebe o dirigismo como uma variante dentro de um caleidoscópio de recursos vocacionados para a busca incessante da eficácia dos direitos fundamentais, norte na persecução de condições para a plena realizabilidade daqueles. Por isso, repelimos a compreensão das normas programáticas como regras de conteúdo meramente enunciativo.

¹¹⁷na Magna Carta de 1988, artigos 1º a 4º.

¹¹⁸Oportuno registrar, aqui, a polémica acerca da usurpação da função legislativa pelo executivo, editando medidas provisórias em matéria tributária, sem a atenção ao princípio jurídico-constitucional em comento. Veja-se a respeito do tema: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**, Porto Alegre: SAFE, 1ª ed., 1997, em especial p. 126-7. Contudo, a posição do STF é no sentido contrário. Exemplificativamente. RE-AgR 286292 / PR – PARANÁ AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 06/08/2002, Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 23-08-2002 PP-00105: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP. Lei Complementar n.º 7/70. Recepção pelo art. 239, da Constituição Federal. 3. Medida provisória. Instrumento idóneo para a instituição e majoração de tributos. Possibilidade de reedição no prazo de trinta dias. Anterioridade nonagesimal: contagem a partir da primeira edição da medida provisória. 4. Agravo regimental desprovido.

¹¹⁹ou **desvios do poder legislativo** como prefere Canotilho, identificáveis por ações legiferantes emanadas para o atingimento de fins não plasmados na Constituição.

determinantes heterónomas e autónomas e aquelas "comandem" ou "dirijam" positivo-materialmente estas últimas se poderá falar de discricionariedade legislativa. Nestas hipóteses será então possível falar-se de um controlo dos actos legislativos que diz respeito não apenas à correspondência objectiva entre lei e normas constitucionais, mas também à adequação teleológica, isto é, conformidade das leis com os fins expressos na constituição.¹²⁰

Destarte, em havendo espaço para determinantes autónomas, se na eleição destas o legislador infringir as determinantes heterónomas (princípios político e jurídico constitucionais e princípios-garantia), a atividade legiferante estará viciada, propiciando a atuação ministerial, como agente-assegurador do Estado democrático de direito.

Este poder de iniciativa para a defesa da efetividade dos direitos fundamentais, na sua dimensão jurídico-objectiva, é o diferencial da função ministerial, em contrapartida à judicial, colorida pela inércia como primado principiológico.

Ainda dimensionando a importância do Órgão, diga-se que estes valores de que ele se ocupa são tão caros à sociedade que sua defesa não poderia ser reservada, unicamente, ao bel prazer do particular que, ao sabor das vicissitudes do processo, pode dela desistir ou prosseguir.

Ademais, este quadro, na sociedade brasileira hodierna, está hipertrofiado, tendo em vista que as vítimas da pseudodemocracia ainda vigorante não têm muito tempo para se preocupar, senão com a sua própria sobrevivência, deixando de lado, no mais das vezes, a luta pelos demais direitos que lhes assistem.

Neste passo, atualíssimos os ensinamentos de Rudolf Von Ihering:

(...) a nação nada é senão a soma dos indivíduos que a compõem; sente, pensa e age da mesma forma que sentem, pensam e agem os indivíduos. Quando o sentimento de justiça do indivíduo se mostra embotado, acovardado, apático nas relações de direito privado; quando, face às leis injustas ou às instituições viciosas não encontra campo para realizar-se, para desenvolver-se livre e vigorosamente; quando é perseguido nos momentos em que mais precisa de apoio e estímulo; quando em virtude de tal estado de coisas se habitua a tolerar a injustiça e a ver nela um mal inevitável --- sempre que prevaleçam essas condições, dificilmente haverá quem acredite que esse sentimento de justiça subjugado, atrofiado, apático, possa subitamente virilizar-se através de uma ação enérgica quando colocado diante de uma lesão de direito que não atinja o indivíduo, mas toda a nação, tal

¹²⁰“*Constituição Dirigente...*”, p. 264

como um atentado à sua liberdade política, uma violação da Constituição ou a subversão total da mesma, um ataque do inimigo externo. Como esperar que um homem que nem mesmo na defesa do seu próprio direito se mostra desassombrado, esteja disposto empenhar a vida e a propriedade em prol da comunidade? Quando o indivíduo não demonstra compreensão pela lesão que sofre no plano ideal, na sua honra e na sua personalidade, sempre que sacrifica o seu bom direito por covardia ou comodismo, quando esteja habituado a mediar as questões de direito apenas pelo padrão do interesse material, nesse caso não é de se supor que use outro padrão ou entretenha sentimento diferente quando o direito e a honra da nação estejam em jogo.(...) Ninguém se atreverá a esbulhar dos seus valores supremos um povo em cujo seio se generalizou o hábito de cada um defender denotadamente o seu direito, mesmo nas menores coisas.¹²¹

Dessarte, se o indivíduo, no mais das vezes, desiste de lutar por seus direitos por questões sócio-econômico-culturais, o abandono voluntário da proteção imediata do seu direito [esfera subjetiva dos direitos fundamentais] não pode, via reflexa, desguarnecer de proteção a dimensão jurídico-objetiva destes mesmos direitos, pela falsa impressão de impunidade que a inércia do indivíduo possa causar àqueles que depuseram contra o Estado democrático de direito, encorajando-os a novamente investir contra os direitos fundamentais e impedir a transição da Democracia formal para a material.

Daí a essencialidade do Ministério Público, Órgão de ação para a conformação do agir dos Poderes Constituídos de acordo e nos limites da Carta Magna¹²².

Assim, o interesse na implementação efetiva do Estado democrático de direito transpõe a orla privada do indivíduo diretamente lesado, para atingir um sem-número de interessados. Neste passo, o órgão ministerial age como substituto dos titulares do poder, defendendo um interesse difusamente amalgamado na sociedade, contemplado na esfera objetiva dos direitos fundamentais.

Por isso, quando os direitos fundamentais coletivizam-se ainda que apenas acidentalmente¹²³, a possibilidade de tutela coletiva destes

¹²¹ *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1987, p. 86/7

¹²² Sem prejuízo da vinculação mediata dos particulares aos direitos fundamentais, o que será abordado quanto do exame da *ratio essendi* da legitimidade ministerial na seara consumerista

¹²³ Ou seja, não são essencialmente coletivos, diferenciação que se verá com mais vagar, alhures

interesses individuais homogêneos despontará como instrumento concreto de acesso material à jurisdição, protagonizador da isonomia, sempre que atender, concomitantemente, a defesa mediata e parcial da orla jurídica dos diretamente lesados e a defesa direta, precípua do interesse social, difuso da coletividade¹²⁴ --- cujo *locus* é a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em causa -- de ver cumpridos os direitos e as garantias previstos no Documento Maior.

¹²⁴ o que nos remete à densificação do conceito de povo, à luz do ideário hegeliano, como comunidade ética que se submete ao movimento dialético histórico infinito. Neste contexto, não se circunscreve aos titulares da soberania do Estado, mas a todos aqueles que compoñham a sua compleição histórica. Sob este viés, todos os membros da comunidade, politicamente organizada em estamentos, onde dar-se-ão as sucessivas mediações da vontade, são sujeitos de direitos e deveres e, portanto, credores das mesmas ações estatais e comunitárias para a sua implementação, proteção e promoção. Sobre o assunto, remetemos o leitor ao quinto capítulo.

3 DA DEFESA COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

3.1 DA RACIONALIDADE DO PROCESSO COLETIVO

O processo coletivo nasce como síntese da constatação científica da insuficiência do processo civil calcado no individualismo para dar voz aos conflitos da sociedade moderna, que não se cingem aos tradicionais modelos, pautando-se pela transindividualidade.

Na superação do paradigma, hão de ser preservados na nova estrutura os elementos constitutivos da antanha moldura, com os temperamentos e as inovações consentâneos à novel¹ e efetiva instrumentalização, corolário natural do movimento dialético.

Assim, a *legitimatío ad causam*, a coisa julgada (e também a litispendência), bem como competência, enquanto institutos estruturantes da ciência processual, devem amoldar-se às novas exigências, desnudando-se de preconceitos, assumindo novas especificidades.

O nosso estudo, como já referido, limita-se ao exame da primeira categoria e em relação a um dos atores processuais concorrentemente legitimados para a defesa plural, muito embora se possa pontuar esporadicamente alguns tópicos das demais estirpes conformadoras antes citadas, no intuito de exponenciar a abordagem que se incursiona.

A fisionomia instrumental do processo exige eficiência e racionalidade em seu manejo. No processo coletivo, que encampa a defesa dos interesses essencialmente coletivos (coletivos restrito senso e difusos), a par da defesa coletiva dos interesses acidentalmente coletivos --- os denominados interesses individuais homogêneos --- tal cenário hipertrofia-se, uma vez que a penetração objetivo-subjetiva do conflito no

¹Digno de registro que a lesão a direitos transindividuais não é nova, sendo relativamente jovem a tentativa de sistematização dos instrumentos processuais adequados, o que tem ocorrido de forma constante desde a década de 1970, consoante se colhe da leitura da obra de MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *passim*.

tecido social é deveras relevante.

Ademais, porquanto processo não pode sufocar o direito material, não desponta possível imaginar que pessoas em posição equivalentes recebam tratamento jurídico divergente, assumindo o processo caráter determinante do malferimento da isonomia constitucional.

Dados os fenômenos da globalização e da massificação das relações sociais, os interesses acidentalmente coletivos representam a conformação mais comum da transindividualidade²: este viés aponta para a hodierna indeclinabilidade da construção de ferramentas eficientes para colmatar o crescente plexo das lesões impostas à multifacetária orla jurídico-subjetiva dos integrantes do tecido social (enquanto consumidores, contribuintes, aposentados, entre outras fisionomias).

Isto posto, sob a ótica dos individuais homogêneos, foi cunhado para atender demandas massivas, que tornam a atividade jurisdicional atômico-burocrática, refém de circunstâncias que comprometem a sua qualidade; o processo coletivo tem por escopo racionalizar a ignição do agir do Estado-Juiz, otimizando os meios para uma dicção coesa, útil e econômica.

Godinho³ traz à baila escólio de Antonio Gidi, o qual

afirma que o acesso à justiça é um dos objetivos da tutela coletiva de direitos e, ilustrando sua assertiva, informa que foi observado nos Estados Unidos que, se em determinado fato lesivo envolvendo quarenta milhões de membros do grupo lesado, apenas dez por cento resolvessem ir pessoalmente a juízo, ainda que cada audiência durasse apenas dez minutos, seriam necessários cem anos para que todos casos fossem decididos, o que demonstra que o processo coletivo enseja economia processual e possibilita maior acesso à justiça.

De outra banda, par e passo com a racionalização, tem por norte suplantar as barreiras do acesso material à jurisdição, equacionando principalmente as dificuldades oriundas dos entraves sócio-culturais⁴,

²acidente da coletivização

³GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional Coletiva dos Direitos dos Idosos**. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 07/06/2006., p. 05

⁴Uma vez que os percalços das barreiras econômica e técnica, no Brasil, já se encontram parcialmente mitigados pelos institutos da assistência jurídica e judiciária gratuitas, sem que se olvide a absurdidade ainda vigente no Estado mais rico e populoso deste País, que ainda não conta com Defensoria Pública, sendo a assistência jurídica aos carentes prestada pela Procuradoria do Estado, mas insatisfatoriamente, dada a sobreposição de atribuições que assola os detentores do encargo.

ainda gigantescas em nosso País, sendo que a presente escritura não contempla a análise sociológica do tema, que vai aqui ponderado como uma constatação empírica.

Neste diapasão, a tutela coletiva verbaliza o equilíbrio processual das partes, vez que

(...) a possibilidade dos interesses e direitos lesados serem defendidos concomitantemente faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar.⁵

Laborar pela compreensão da tutela coletiva como uma necessidade prático-corolária da neofisionomia da sociedade é contribuir para o resgate da credibilidade do Judiciário, vilipendiada pela insegurança jurídica que os múltiplos, divergentes e irrazoavelmente demorados pronunciamentos sobre um mesmo tema têm gerado no seio da comunidade. O processo coletivo significa, em última *ratio*, a válvula de escape para a reconquista do reconhecimento popular da legitimidade do Estado-Juiz na vida contemporânea.

3.2 DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSO COLETIVO IBERO-AMERICANO

Em breves linhas, cabe pontuar que a sistematização do estudo acerca do ferramental adequado à defesa coletiva tem cunhado a edição de documentos plurais que identificam a comunhão de interesses na concepção discursiva de recomendações ou modelos que possam contribuir para a implementação da tutela coletiva, para a sedimentação dos instrumentos já disponíveis ou para a reflexão acerca da realidade nacional de cada um dos partícipes deste processo dialógico.

Neste diapasão, as diretivas da União Européia e o Código-Modelo de Processo Coletivo Ibero-Americano.

⁵MENDES, 2002, p.38

Na jornada uruguaia⁶ no Instituto Ibero-Americano⁷, foi apresentado o projeto do instrumento predito, que passou por duas revisões, tendo sido aprovado em Caracas, na Venezuela, no mês de outubro de 2004.

Referido documento (Anexo A) encontra-se estruturado em sete capítulos, a saber: I – Disposições gerais; II – Dos provimentos jurisdicionais; III – Dos processos coletivos em geral; IV – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; V – Da conexão, da litispendência e da coisa julgada; VI – Da ação coletiva passiva; e VII – Disposições finais.

Calha referir a destacada importância que o objeto do presente estudo recebeu à luz do epigrafado documento, o que só recrudescer a responsabilidade investigativa desta ensaísta.

Discorrendo sobre a importância do Código Modelo em tela, Mendes apresenta lapidar síntese, que se passa a reproduzir, evitando fatigante tautologia, *verbis*:

A proposição de Código Modelo para Processos Coletivos é de salutar importância, não apenas para cumprir o que seria o objetivo de qualquer Código-Tipo, ou seja, a busca da unificação e harmonização de normas entre países que possuem razoáveis semelhanças em termos de sistemas jurídicos, bem como o fomento de modificações que estejam em sintonia com as necessidades de inovações segundo o consenso ou a maioria da doutrina destas nações. A idéia de Código Modelo contribuirá, por certo, para romper com a ausência ou com o caráter secundário e acessório em termos de normas voltadas para o processo coletivo em geral. Poucos ou quase inexistentes são os países que possuem, no seu respectivo Código de Processo Civil ou em estatutos legais desvinculados de certas matérias específicas, regras gerais para o processo coletivo. Os Estados Unidos, desde 1938, e, mais recentemente, o Canadá, a Austrália, Portugal e Inglaterra compõem, junto com poucos outros países, a exceção. No Brasil, embora haja previsão legal no sentido de aplicar as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor para todas as ações civis públicas, há vários julgados que acabam firmando posição em torno da incidência restrita às relações de consumo para as regras ali previstas. Na própria União Européia, as diretrizes pertinentes às ações coletivas associativas estão relacionadas a determinadas matérias específicas, como o meio ambiente ou o direito dos consumidores. No entanto, é chegada a hora das normas do processo coletivo conquistarem a sua alforria em relação ao direito material, alcançando posição de destaque nos ordenamentos jurídicos ibero-americanos, fundamentais que

⁶No ano de 2002

⁷Criado em 1957

são para o incremento do acesso à justiça, da economia processual e judicial, para a garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica, bem como para a efetivação do equilíbrio entre as partes.⁸

No que concerne ao capítulo IV, relativo à ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, insta repisar que foi expressa e genericamente admitida a legitimidade ministerial ativa⁹, ao lado de diversos co-legitimados concorrentes, donde desponta destacar a possibilidade da propositura da demanda por um indivíduo singular, o que representa sem qualquer ressaibo de dúvidas, um avanço consonante com o pluralismo inerente aos regimes democrático.

3.3 DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL – ESCORÇO HISTÓRICO

No Brasil, em apertada síntese histórica¹⁰, a tutela coletiva teve por *termo a quo* a Lei 1.134/50, que conferiu legitimidade ativa para as associações das classes que enumera representarem os interesses de seus associados, individual ou coletivamente. Na mesma senda, a Lei 4215/63, atribuindo similar legitimidade para a OAB na representação dos interesses da categoria no exercício profissional. Ao depois, a Constituição de 1934 fez inserir a ação popular, suprimida pela Constituição de 1937, retomada em 1946, mantendo-se em todas a Cartas Constitucionais, a partir de então. Contudo, a exteriorização dos efeitos da ação popular constitucional só se fizeram sentir com a edição da Lei 4.717/65, que deu corpo à sua regulamentação. Os novos ventos democratizantes estenderam o acervo legislativo à disposição da tutela coletiva. Advieram

⁸O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, disponível na internet em <www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 09/06/2006, p. 3

⁹Art. 3o. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública; IV – as pessoas jurídicas de direito público interno; V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; VII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblar; VIII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

a Lei 6938/81, que disciplina a política nacional do meio ambiente e a Lei Complementar 40/81, cognominada como lei orgânica do Ministério Público, conferindo ao Órgão legitimidade para promover a ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, inaugurando a acepção da ação civil pública, em seu artigo 3º, VIII, legitimando o Órgão-Agente para a sua propositura, nos termos da lei. A eficácia contida do dispositivo aguçou juristas de escol à envergadura de um anteprojeto de lei para a regulamentação desta novel modalidade. Comissão capitaneada pela Professora Ada Grinover logrou apresentar e aprovar o anteprojeto que foi submetido ao processo legislativo, culminando com a edição da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com alguns vetos, destaque àquele que restringiu o cabimento da ação aos interesses por ela expressamente mencionados, *numerus clausus*¹¹. A Constituição de 1988 enfeixou significativa relevância social à tutela coletiva, podendo mencionar-se o artigo 5º, XXI, LXXIII, LXIX, o artigo 8º e, no propósito do tema que é objeto do presente estudo, o artigo 127, caput, e o artigo 129, III, que elevou a ação civil pública à categoria constitucional. Em 1989, três diplomas: as Leis 7797, 7853 e 7913, que dispõem, respectivamente: sobre o fundo nacional de meio ambiente; sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, atribuindo ao Ministério Público (ao lado de diversos co-legitimados), legitimidade para a propositura de ação civil pública para a defesa dos interesses coletivos e difusos das pessoas com necessidades especiais antes mencionadas; sobre a legitimidade ministerial para o ajuizamento de ação civil pública para aplacar os prejuízos aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado. Em 1990 foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, cujo artigo 210 novamente legitima o Ministério Público (e os demais legitimados concorrentes) à defesa dos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos da criança e do adolescente. No mesmo

¹⁰MENDES, “*Ações Coletivas no Direito...*”, p. 191/199

¹¹A limitação foi superada com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que ampliou o espectro de incidência da Ação Civil Pública para qualquer outro interesse difuso ou coletivo, dando nova redação ao artigo 1º, da Lei 7.347/85

ano, o Código de Defesa do Consumidor, que passou a ser o referencial para o processo coletivo brasileiro, vez que seu regramento processual não se restringe à órbita consumerista, mas alcança qualquer outro interesse individual homogêneo, coletivo ou difuso posto em juízo, alterando expressamente o artigo 21 da Lei 7347/85¹², bem como estrutura os pontos fundantes deste ramo específico da processualística, como a competência, a legitimação para as fases cognitiva e executória, coisa julgada e seus efeitos, a litispendência, definindo, outrossim, em adotando magistral estudo de Barbosa Moreira¹³, a classificação dos interesses transindividuais. Em complemento: Leis federais do Ministério Público (Lei 8625/93 e Lei Complementar 75/93); Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8884/94); Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000); Estatuto das Cidades (Lei 10257/2001) e Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Consoante se pode denotar, a Lei da Ação Civil Pública representou o marco inicial da virada de Copérnico da tutela jurisdicional, que se abriu para a "vocação coletiva do processo contemporâneo".¹⁴

O anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo (Anexo B) adotou, em linhas gerais, os ditames do Código Modelo supra-referido.

Contudo, inovou especialmente ao impor ao Estado-Juiz o dever de instar o Ministério Público e, dentro dos limites do razoável, também os concorrentemente legitimados, em caso da constata o do ingresso de a oes individuais repetitivas¹⁵, fisionomia que deixa entrever o feixe axiológico que prioriza o manejo da defesa coletiva como critério de acesso material   jurisdi o.

Outrossim, não limitou os remédios a serviço da tutela coletiva,

¹²Conforme artigo 117 do CDC

¹³MENDES, "*A oes Coletivas no Direito...*", p. 192

¹⁴ARRUDA ALVIM. *Tratado de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 1996, p. 103.

¹⁵**Art. 10 Comunica o sobre processos repetitivos** O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9 ), a fim de que proponham, querendo, a o coletiva. Parágrafo  nico – Caso o Ministério Público não promova a a o coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribui o para a homologa o ou rejei o da promo o de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em rela o   propositura

consoante se colhe da dicção de seu artigo 1º:

Da tutela jurisdicional coletiva para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Do arcabouço legislativo antes anunciado, analisaremos, no contexto deste capítulo, alguns tópicos da Lei de Ação Civil Pública, instrumento de mais largo alcance de que dispõe o Órgão-Agente para a proteção mediata da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais -- e, por conseguinte, dos direitos individuais homogêneos, enquanto espécie.

3.4 DA LEGITIMIDADE MINISTERIAL NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

3.4.1 Da Legitimação Ordinária. Crítica À Doutrina Eclética Da Ação

Consoante Candiota Ferrara:

específica posição de um sujeito relativamente a determinados bens e interesses, mediante a qual sua declaração de vontade deve ser operante sobre estes, ou, em outras palavras, uma particular relação do sujeito com o objeto do negócio ou de outro ato jurídico.¹⁶

Donaldo Armelin a conceitua como sendo a:

idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergente em regra da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurídicos, asseguradora de plena eficácia desse mesmo ato, e, pois, da responsabilidade pelos seus efeitos, relativamente àqueles atingidos por estes.¹⁷

Chiovenda, com seu magistral poder de síntese, retratado por Celso Neves, visualiza a legitimação como a "identidade do autor e do réu com as pessoas a favor e contra quem opera a vontade da lei".¹⁸

De diferentes formas, todos os conceitos mencionados explicitam que a legitimidade para agir advém de uma relação prodômica à processual, relação esta de cunho material.

Vejamos.

ou não da ação coletiva.

¹⁶ apud Armelin, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista de Tribunais, 1979, p. 11

¹⁷ ob. cit. p. 13

Quando Candiota Ferrara afirma que a legitimidade é uma particular relação do sujeito com o objeto do negócio ou de outro ato jurídico, está a reconhecer que a relação jurídica de direito material é o nascedouro da legitimidade ordinária.

Donaldo Armelin explicitamente admite que a legitimidade é a *idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergente em regra¹⁹ da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurídicos*. Pois bem. Ao fazê-lo, estabelece uma ligação indissociável entre a legitimidade e a relação jurídica de direito material, concebendo-a como fonte primária daquela.

Chiovenda explicita que a legitimidade é a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e a da pessoa do réu com a pessoa obrigada. Ao sinalar a correlação da legitimidade com a pessoa favorecida pela lei, está a referir-se, s.m.j., à noção de direito subjetivo, concebido como a vantagem decorrente da incidência de uma norma jurídica sobre um suporte fático tido como suficiente²⁰.

Estas nuances estão a denotar que a verificação da legitimidade para agir envolve pesquisa acerca da relação jurídica material, encerrando, indubitavelmente, análise meritória, ainda que inexauriente.

Contudo, esta constatação, que a nós floresce com clareza solar, não inibiu os seguidores de Liebman de perfilarem a legitimidade, ao lado da possibilidade jurídica²¹ do pedido e do interesse de agir, como condições da ação de direito processual(!), definindo-as à parte do mérito, esquecendo-se que, ontologicamente, são partes integrantes deste.

Enrico Tulio Liebman, apreciando a legitimidade, preconiza:

¹⁸Neves, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 128

¹⁹A expressão condicional “em regra” quis excepcionar a legitimidade extraordinária (espécie da qual nos ocuparemos alhures), que não exsurge da relação jurídica de direito material, mas da lei, que permite a terceiro, em situações especiais, o ingresso a juízo para, em nome próprio, defender interesse alheio.

²⁰ Conforme a conhecida lição de Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 47 e seguintes.

²¹esta excluída por Liebman dentre a condições da ação, desde a terceira edição de seu Manual, mas que, inobstante, é mantida pela doutrina brasileira, até os dias hodiernos, com a sua fisionomia inicial.

La titolarità (attiva e passiva) dell'azione. Il problema della legittimazione consiste nell'individuare la persona cui spetta l'interesse ad agire (e quindi l'azione) e la persona nei cui confronti esso spetta; in altri termini, esso sorge dalla distinzione tra il quesito sull'esistenza oggettiva dell'interesse ad agire ed il quesito sulla sua appartenenza soggettiva.²²

Na seqüência de seu raciocínio, assim a concebe: "(...) La legittimazione, come requisito dell'azione, é una condizione del provvedimento di merito sulla domanda(...)".²³

Alfredo Buzaid, discípulo do jurista italiano, introduziu no sistema processual civil brasileiro, via reforma de 1973, a doutrina eclética da ação.

A teoria eclética da ação constitui-se numa proposta conciliadora das teorias do direito abstrato de agir e a do direito concreto de ação, antecedidas, ainda, pela teoria civilista.

Analisamo-las, em breve.

Na concepção civilista, Savigny, fulcrando-se na definição romana, exarada por Celso -- a ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido --, preconiza a ação como o próprio direito material, numa visão dinâmica, a reagir contra a ameaça ou a violação.²⁴

Assim, a ação (processual) -- a visão da teoria civilista -- e o direito material estariam irremediavelmente ligados; não havendo direito, inexistiria a ação (processual), o que ensejou volumosas críticas a Savigny e seus seguidores.

Quando ao aspecto, Fábio Luiz Gomes:

Na verdade, o conceito de Aqueu atribuído a Celso não merece as críticas ainda hoje lançadas, já que elaborado para a aplicação no campo do direito material, tão-somente. Devem elas ser desviadas aos civilistas, por tentarem usar tal conceito para explicar a ação processual.²⁵

A teoria do direito concreto de ação, preconizada por Wach, partindo dos estudos de Windscheid, afirma que o direito de ação não se confunde com o direito material. Neste contexto, prossegue o comentador

²²apud NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Forense, RJ, 1995, 1ª ed., p. 122

²³idem, p. 123

²⁴SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 95.

em perspectiva:

Para Wach, entretanto, o direito de ação, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele há de decorrer, sempre e necessariamente, à exceção da hipótese da ação declaratória negativa. (...) Na verdade, à exceção da declaratória negativa, condicionava Wach a ação ao direito subjetivo material, que só poderia conduzir a uma sentença favorável.²⁶

Assim, só haveria exercício do direito de ação, se a sentença fosse favorável, porque tal direito só compete aos titulares de interesses reais, cuja existência foi reconhecida na sentença de procedência do pedido.

A teoria do direito abstrato de agir, -- cronologicamente antecedente à do direito concreto de ação, ensejando o seu surgimento, como proposta crítica -- inicializada por Degenkolb e Plósz e sedimentada pelo trabalho de Büllow, que enaltece o processo como "(...) uma relação jurídica dinâmica, de natureza pública, que se desenvolve gradualmente, não decorrendo exclusivamente do direito subjetivo alegado pelo autor"²⁷, vê o direito de ação - consequência inafastável do monopólio da jurisdição pelo Estado - como:

o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. É o direito de agir, decorrente da própria personalidade, nada tendo em comum com o direito privado argüido pelo autor; pode ser concebido *com abstração* de qualquer outro direito(...)²⁸

Em consequência, para propor ou contestar a ação (processual) é necessário ter-se interesse e legitimidade (art. 3º), e a ausência de legitimidade (assim como o interesse ou a possibilidade jurídica do pedido) enseja carência da ação de direito processual, *ex vi* do art. 267, VI, CPC.

Celso Agrícola Barbi, contudo, ao comentar o dispositivo retro, sinala que a interpretação sistemática do *Codex* revela discrepâncias com a teoria de Liebman:

Pode parecer que, com esses dispositivos, tenha a lei realmente adotado integralmente a teoria da ação do ilustre mestre italiano. Todavia, numerosas disposições do Código

²⁵ *idem.*, p. 100

²⁶ *idem.*, p. 104

²⁷ *idem.*, p. 109

²⁸ *ibidem*

contrariam essa conclusão. Realmente se a ação, segundo essa teria, é um direito contra o Estado, para que este se manifeste sobre o mérito da causa, ela caberá a qualquer pessoa que se pretenda titular de um determinado direito, ainda que este direito não exista na realidade.

No entanto, ao tratar dos procedimentos especiais, o Código é expresso em só conceder ação àqueles que realmente tenham o direito que alegam na inicial. Assim é que o art. 914 concede ação de prestação de contas "a quem tiver o direito de exigi-las ou a obrigação de prestá-las"; o art. 926 concede ação de manutenção e de reintegração de posse ao "possuidor direito ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse"; o art. 934 dá ação de nunciação de obra nova "ao proprietário ou possuidor", "ao condômino" etc.

Em todos esses casos, verifica-se que a lei confere ação a quem tem um direito, e não a quem simplesmente se afirme titular de um direito.²⁹

Na doutrina, seus seguidores incorrem em contradições incontáveis.

Cite-se, exemplificativamente, Donaldo Armelin, que, na sua excelente monografia, apesar de conceituar legitimidade como visto, supra, relacionando-a com a relação jurídica material, define o tríduo (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido) como "(...) condições para a admissibilidade de decisão sobre o mérito, escandindo-o deste."³⁰

Mas um pouco antes afirmara: "(...) a situação legitimante (da legitimidade para agir) não pode se desprender do direito questionado, cujo reconhecimento ou cumprimento se postula judicialmente."³¹

Tamanho a preocupação do autor em traçar um hiato entre a legitimidade e o mérito³², que estudou o tema em item específico, para concentrar as idéias lançadas difusamente, no decorrer de toda a sua obra.

Assim principia seu estudo:

A legitimatio ad causam como mera condição de exercício regular da ação, e, pois, como condição de apreciação do mérito da ação pelo Poder Judiciante, não pode se confundir com tal mérito (...) o que logicamente a coloca na situação de um prius em relação a este, gerando, de conseguinte, uma impossibilidade de confusão.³³

Ao depois, confessa:

²⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 20, vol. I

³⁰ *Legitimidade para Agir no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 105

³¹ ob. cit., p. 97

³² não nos ocuparemos, aqui, com a conceituação de mérito, dadas as limitações metodológicas do estudo.

(...) A circunstância de a legitimidade ser apreciada bem antes do mérito pode ser ocasional e depende da nitidez do seu destaque deste e da robustez da prova produzida (...) há ocasiões em que a legitimidade questionada está de tal modo vinculada à prova a ser produzida, que somente após o encerramento da dilação probatória poderá ser constatada, do que resulta dever a legitimidade ser apreciada por ocasião da sentença que decidir o mérito.(...) ³⁴

Evidente a contradição!

Se o juiz analisa a prova para aferir a legitimidade, está a analisar os fatos que subsidiam o pedido formulado em juízo, ingressando, ineludivelmente, na órbita da relação jurídica travada entre as partes e, portanto, no mérito da contenda.

Se ausência de legitimidade há, está afeta à ação de direito material, nunca à de direito processual, porque abstrata e incondicionada, como corolário da monopolização da solução dos litígios pelo Estado.

Nesse sentido, precisas as palavras de Ovídio Baptista:

Quando o juiz declara inexistente uma das "condições da ação", ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu -- não contra o Estado -- é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma "condição da ação" não constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reproposição da mesma ação, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem, seria a mesma ação que se frustrara no primeiro processo.

(...)

Ora, no segundo processo, nem sob o ponto de vista processual, e muito menos em relação ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda. Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declarar que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a ação de direito material, ou esta seria ilegítima por falta de interesse. Não a ação processual que jamais será ilegítima por falta de interesse. ³⁵³⁶

A ação processual consiste no exercício do direito público subjetivo

³³ob. cit., p. 112-3

³⁴ob. cit., p. 114

³⁵*Curso de Processo Civil*. 3ª ed. Porto alegre: SAFE, 1996, p. 88-9

³⁶porque, acrescentamos nós, é necessário e útil que o Estado atue para resolver o conflito, desde o banimento da resolução privada da lide.

de provocar a jurisdição para resolução do conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida -- conceito carneltuttiano de lide -- ou para cancelar direitos que, sem a intervenção do Estado-Juiz, não podem ser reconhecidos validamente.

A ação processual é imanente ao Estado democrático de direito, porque instrumento garantidor dos direitos constitucionalmente assegurados. É conseqüência inafastável do monopólio da jurisdição pelo Estado.

Sinala Maria Berenice Dias:

(...) Desde o estabelecimento da ordem jurídica, é impensável a existência de um Estado em que não haja o controle estatal para o asseguramento dos interesses das partes e a conseqüente preservação pacífica do convívio social. Pela vedação da autotutela, resta ao Estado o dever de aplicação do direito, e a impossibilidade de perseguição pessoal dos direitos, pretensões e ações outorgadas pela lei.

Surge, desta forma, o direito público subjetivo à tutela jurídica, que tem como sujeito passivo o Estado, com o correlato dever de outorgar a prestação jurisdicional. No momento em que se estabelece a vedação, surge a exigibilidade à tutela jurídica e a obrigação contraposta de prestar justiça. A pretensão à tutela jurídica é pré-processual, uma vez que é seu exercício que determina o nascimento da pretensão processual. A pretensão processual, só acionável através do remédio jurídico da "ação", gera a obrigação do Estado, de aplicar o direito, através da sentença, de forma descomprometida com o seu resultado.³⁷

A teoria eclética, no afã de conciliar propostas inconciliáveis, deixa entrever a sua profunda intimidade com a teoria do direito concreto de agir.

Vejamos.

A teoria em pauta só reconhece direito de ação a quem preenche as condições de seu exercício. Contrário senso, impinge aos jurisdicionados o rótulo de carecedores de ação.

A terminologia da carência de ação está a mascarar a identidade que referimos. Se o indivíduo preenche as "condições da ação" terá direito a uma decisão de mérito, que poderá -- segundo os adeptos da escola do jurisconsulto peninsular -- ser favorável ou desfavorável, aí residindo, no plano teórico, o abismo que a separaria da teoria do direito concreto de

³⁷Observações sobre o Conceito de Pretensão, *Ajuris*, n. 35, p. 93

ação. Se não as satisfaz será taxado como *carecedor da ação processual*, apesar de já estar em seu pleno exercício, inibindo-se um pronunciamento meritório sobre a lide.

O raciocínio é sofismático e comporta, em verdade, uma confusão entre os planos do direito material e processual, e, conseqüentemente, uma absoluta vinculação da ação processual ao direito material, assim como fizera Wach, ao só reconhecer direito de ação àqueles que pudessem obter uma sentença de procedência.

Já advertira Pontes de Miranda, com a autoridade que lhe é peculiar:

O direito à tutela jurídica, de que se irradia a pretensão à tutela jurídica, é pré-processual, proveniente de o Estado ter chamado a si a função de justiça. No direito material, há direito, pretensão e ação, mas tudo isto é objeto do pedido. A "ação" que se propõe, remédio jurídico processual, dá ensejo ao processo, à relação jurídico-processual, que começa com o despacho na petição (autor e Estado) e se angulariza na citação (autor, Estado; Estado, réu). A confusão que a respeito ocorre nos juristas italianos leva a erros graves. É preciso que não se identifiquem a ação, de direito material, e a "ação" de direito processual.³⁸

Separados os planos, a visão se torna clara e retilínea.

As condições da ação idealizadas por Liebman, para refrear a democrática concepção da teoria da ação como direito abstrato de agir, não se referem à ação processual, mas à material. Em assim sendo, uma vez ausentes, o processo desaguará numa sentença de improcedência do pedido; presentes, ensejarão o juízo de procedência do postulado.

Na mesma esteira, a ilustre Maria Berenice Dias:

(...)
Tal tendência histórica e jurídica, inclusive, determinou o surgimento de uma teoria, chamada como eclética, que busca um ponto de confluência entre o plano do direito material e o do direito processual, impondo, afinal, condições existentes no direito material ao exercício da ação processual, para vê-la sob forma jurisdicional. Esse condicionamento, vislumbrado sob três ângulos: legitimação, interesse e possibilidade jurídica do pedido, resume-se, no entanto, exclusivamente ao direito material(...).³⁹

Reconhecer a "carência da ação" nada mais é que negar ação processual a quem não tem ação de direito material, descortinando que, ao fim e ao cabo, a teoria eclética é uma variação confusa da teoria do direito concreto de ação.

³⁸apud Maria Berenice Dias, ob. cit., p. 96

Em complemento às nossas modestas palavras e à guisa de conclusão desta singela explanação crítica, vale amearhar as palavras de Fábio Luiz Gomes:

A construção formulada por Liebman padece de pelo menos três vícios insuperáveis. O primeiro deles consistiu na tentativa de conciliação do inconciliável, ou seja, postar-se em uma posição intermediária entre a Doutrina Concreta e a Abstrata, como que criando uma zona comum entre ambas. (...)

O segundo foi a redução do campo de atividade jurisdicional. Para aceitar-se a posição de Liebman ter-se-ia que criar uma atividade estatal de natureza diversa das três existentes (executiva, legislativa e judiciária), para enquadrar aquela exercida pelo Juiz ao decidir sobre as condições da ação.

E o terceiro consistiu em confundir ação com pretensão e, por via de consequência, conferir o direito de ação também ao réu. (...)

O maior e mais comum dos equívocos ensejados por esta doutrina, que afinal restou inculpada no Código de Processo Civil, é o de contrariar o bom senso, levando todos a aferir na real a presença ou ausência das condições da ação, gerando, na prática, sentenças de mérito com carência de ação!⁴⁰

3.4.2 Da Legitimação Extraordinária

A par da legitimação ordinária, há a extraordinária, que se constitui em forma excepcional, por não possuir, por fonte, a relação jurídica de direito material, mas a lei, que outorga poderes para que outrem, atuando em nome próprio, defenda interesse alheio.

Ao se pensar em discorrer sobre a legitimação extraordinária, leitura obrigatória, multicitada pelos estudiosos da matéria, é o escrito de José Carlos Barbosa Moreira⁴¹.

Ab initio, cumpre frisar o porquê de tal excepcionalidade:

*(...) em atenção a motivos especiais de conveniência, confere a lei eficácia legitimante a⁴² situação subjetiva **diversa** da que se submete como objeto do Juízo, à apreciação do órgão judicial. Esses casos, que são excepcionais, fundam-se quase sempre na existência de um vínculo entre as duas situações, considerado suficientemente intenso, pelo legislador, para justificar o fato de autorizar-se alguém, que nem sequer se afirma titular da "res in iudicium deducta", a exigir do juiz um*

³⁹ob.cit., p. 96

⁴⁰ob. cit., p. 118

⁴¹Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 404, p. 9-18, jun.1969

⁴²“sic”

pronunciamento sobre o direito ou o estado alheio.⁴³⁴⁴

O consagrado doutrinador sistematiza o instituto de forma ímpar, classificando-o em duas principais espécies, posteriormente pormenorizadas. A primeira, a legitimação extraordinária autônoma; a segunda, a legitimação extraordinária subordinada.

Na primeira estirpe, o extraordinariamente legitimado tem plena independência em relação àquele que ordinariamente seria o legitimado. Nessa hipótese, “(...) o contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário”.⁴⁵

Na segunda espécie, o extraordinariamente legitimado não tem direito de ação, porquanto só pode exercer a sua titularidade no curso de ação iniciada pelo ordinariamente legitimado.

Nas palavras de Barbosa Moreira:

Noutros casos, apenas o titular da própria situação jurídica objeto do Juízo pode ajuizar o pedido, ou só contra ele pode dirigir-se a demanda. A presença do legitimado ordinário é, assim, indispensável à regularidade do contraditório. Entretanto, uma vez instaurado o processo, reconhece-se aos titulares de situações subjetivas diversas a possibilidade de participarem dele, assumindo posições acessórias, ao lado do autor ou do réu. Este tipo de legitimação extraordinária, a que se pode chamar **subordinada**, tem eficácia menos ampla que a anterior: não habilita o respectivo titular nem a demandar nem a ser demandado quanto à situação litigiosa, mas unicamente a deduzi-la, ativa ou passivamente, **junto com o** legitimado ordinário, em processo já instaurado por este ou em face deste, e no qual aquele se limita a intervir.⁴⁶

A legitimação extraordinária autônoma subdivide-se. Pode ser *exclusiva* ou *concorrente*. Esta última, ainda, dicotomiza-se em primária e subsidiária.

A legitimação extraordinária autônoma exclusiva é aquela em que somente o extraordinariamente legitimado pode agir em juízo como parte

⁴³ob. cit., p. 10

⁴⁴Donaldo Armelin sugere categorias genéricas de legitimidade extraordinária: a) a outorgada em função da supremacia do interesse público sobre o individual; b) a deferida em razão de comunhão de direitos ou conexão de interesses; c) a proveniente de vinculação entre o ordinariamente e o extraordinariamente legitimados, estabelecida em razão do direito posto em causa [sucessão inter vivos, v. g.] e d) a decorrente de status jurídico ocupado pelo terceiro que, por si só, impõe a guarda e conservação de direitos alheios. [ob. cit., p. 121/130]

⁴⁵ob. cit., p. 10

⁴⁶ob. cit., p. 10

principal, *excluindo tal status do legitimado ordinário, ao qual caberá, tão-somente, a intervenção como parte acessória*⁴⁷.

Contrário senso, a legitimação extraordinária autônoma concorrente, pois,

(...) a legitimação extraordinária não cancela a legitimação ordinária do titular da situação jurídica litigiosa, nem produz o rebaixamento de nível que se explicou no parágrafo anterior. Tão-somente concorre com ela, tornando indiferente, para a verificação da regularidade do contraditório, que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apenas o ordinário, ou ambos.⁴⁸

Situações há, em que o titular da legitimação extraordinária só pode exercer tal titularidade quando configurada a inação do ordinariamente legitimado [legitimação extraordinária autônoma concorrente subsidiária]. Noutras, o exercício da titularidade independe de tal ocorrência [legitimação extraordinária autônoma concorrente primária].

Exemplo da primeira hipótese, sinala Barbosa Moreira⁴⁹, é a ação de responsabilidade civil contra os diretores da sociedade por ações. A sociedade é a legitimada ordinária. Se esta não propuser a demanda dentro de seis meses, a contar da primeira assembléia geral ordinária, qualquer acionista poderá fazê-lo⁵⁰.

Caso de legitimidade extraordinária autônoma concorrente primária é a ação de nulidade de casamento⁵¹, onde os legitimados extraordinários concorrentes podem propor a ação, "(...) sem que lhes imponha esperar, durante certo tempo, pela iniciativa do legitimado ordinário".⁵²

Sumariando a classificação da legitimação extraordinária, por Barbosa Moreira, temos:

- 1) Legitimação extraordinária autônoma.
 - 1.1) Legitimação extraordinária autônoma exclusiva;
 - 1.2) legitimação extraordinária autônoma concorrente.
 - 1.2.1) Legitimação extraordinária autônoma concorrente primária;

⁴⁷ como assistente, segundo Pontes de Miranda, conforme referência de Barbosa Moreira, *ob. cit.*, p. 13

⁴⁸ *ob. cit.*, p. 11

⁴⁹ *idem*

⁵⁰ DL 2.627, 26/09/40

⁵¹ art. 208, § único, CC 1916; artigo 1549 CC 2002

⁵² *ibidem*

1.2.2) legitimação extraordinária autônoma concorrente subsidiária.

2) Legitimação extraordinária subordinada.

Concluído este singelo estudo sobre este elemento do tema em debate, cumpre avançar mais um passo para investigar o vínculo existente entre a legitimação extraordinária e a substituição processual. Nosso próximo tópico.

3.4.3 Da Substituição Processual

O propósito deste capítulo não poderia ser atingido, em sua completude, se não abríssemos espaço para uma sucinta análise acerca da substituição processual, centrando a abordagem no estudo da sua correlação com a legitimação extraordinária, antes estudada.

Ordinariamente, a doutrina entende que, no processo, a legitimação extraordinária, em qualquer de suas modalidades, se instrumentaliza pela substituição processual, quando, não raro, identifica os institutos, tratando-os por sinônimos, como denuncia Donald Armelin⁵³.

Ephraim de Campos Júnior cataloga inúmeros entendimentos desta estirpe:

(...)

Pontes de Miranda diz que se tem dado o nome de sub-rogação processual ou de substituição processual às espécies em que se atribui a alguém, que não é o sujeito da relação jurídica deduzida em juízo, o ser parte.

Edoardo Gabagnati assinala que o substituto processual se apresenta precisamente como um sujeito legitimado, em via extraordinária, para agir, em nome próprio, relativamente a uma relação jurídica alheia.

(...)

José Frederico Marques afirma ocorrer substituição processual quando alguém, em nome próprio, pleiteia direito alheio; quando não coincide o sujeito da relação processual com o da relação substancial, verifica-se caso de legitimação **ad causam** extraordinária, a qual depende sempre de expressa previsão legal, em face do art. 6º do CPC.

(...)

Adolfo Schönke assim se pronuncia: "é uma pessoa distinta do titular, nos casos em que se dá a **sub-rogação ou substituição processual**, nos quais a faculdade de promover o

⁵³ob.cit., p. 132

processo não pertence ao titular do direito controvertido, senão a um terceiro.⁵⁴

Contudo, uma investigação percuciente revelará que a substituição processual não pode ser tida como nuance processual da legitimação extraordinária, porquanto esta poderá existir, sem que tenhamos a configuração da substituição processual.

Vejamos.

Em linha de princípio, a substituição, na sua veia ontológica, é incompatível com o litisconsórcio, por uma lógica razão: se figuram no processo o legitimado ordinário e o extraordinário, o segundo obviamente não substitui o primeiro, que participa do processo, como parte.

Partindo desta premissa, e a correlacionando com o que foi dito acerca da legitimação extraordinária, podemos afirmar que, sempre que o ordinariamente e o extraordinariamente legitimados figurarem no processo, *em igualdade de condições*, apesar da legitimação extraordinária, substituição processual não haverá.

Retomando a classificação de Barbosa Moreira, na *legitimação extraordinária autônoma exclusiva*, que tem a característica de atribuir somente ao extraordinariamente legitimado o direito de figurar na lide para, em nome próprio, defender interesse alheio, a substituição processual se materializa, porque somente um dos legitimados, à exclusão do outro, poderá agir ou defender-se, o que inibe a ocorrência de litisconsórcio, assegurada a assistência simples, não a litisconsorcial.⁵⁵

Na *legitimação extraordinária autônoma concorrente*, a doutrina se divide quanto ao alcance da substituição processual.

Barbosa Moreira entende pela incompatibilidade:

No rigor da lógica, a denominação parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva: só nesses, com efeito, é que a lei **substitui** o legitimado ordinário pelo legitimado **extraordinário**, se por substituir se entende retirar coisa ou pessoa de terminado lugar para aí se colocar outra. Fora deles, pode até acontecer que, no mesmo processo, figurem simultaneamente, em posições

⁵⁴*Substituição Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 17 e 18

⁵⁵porque o ordinariamente legitimado figura como parte acessória. A assistência litisconsorcial é incompatível com a idéia de substituição, já que, nesta estirpe, o assistente é tido como litisconsorte da parte principal, *ex vi* do art. 54, CPC, não havendo espaço para a substituição.

equivalentes, o legitimado ordinário e o extraordinário: pense-se, v.g., na possibilidade de ser proposta a ação de responsabilidade civil contra os diretores, após o decurso do prazo fixado no art. 123 do decreto-lei n. 2.627, pela sociedade e por um ou mais sócios, em conjunto -- hipótese perfeitamente concebível, a supor-se, como parece razoável, que a aquisição, por estes, da qualidade para agir deixa subsistir íntegra, naquela, a mesma qualidade. Há óbvio paradoxo em considerar, aí, substituída a sociedade pelo sócio ou pelos sócios co-participantes. A tradição, porém, abona o uso da expressão.⁵⁶

Ephraim de Campos Jr. discorda, entendendo que a legitimação extraordinária autônoma concorrente também pode fundamentar a substituição, *verbis*:

Ora, é óbvio que nos casos de legitimidade concorrente, por não impedir esta que o titular da relação litigiosa assumira posição de parte (principal) no processo, não se pode falar em substituição processual, se ambos (o legitimado ordinário e o extraordinário) figurarem simultaneamente, em posições equivalentes, no processo. Se ambos, conjuntamente, (isto é, em litisconsórcio), exercitaram a ação não se pode falar em substituição processual, o que é evidente.

Porém, em casos de legitimação concorrente, nos quais exista uma pluralidade de pessoas legitimadas, com autonomia, à impugnação de um ato único e indivisível (incidibilidade do objeto), se uma (ou algumas) delas não estiver presente no processo, efetivamente ocorrerá uma substituição da atividade dos ausentes pelos presentes.

Por exemplo, no caso da defesa da propriedade comum por apenas um dos condôminos: como qualquer deles tem legitimidade para, sozinho, como independência dos demais, reivindicá-la de terceiro (CC, art. 623, II), a coisa julgada, produzida na ação que propôs, atingirá os outros condôminos que não agiram e não estavam presentes na ação, em face da unitariedade da decisão, pois esta, obviamente, não pode reconhecer (ou deixar de fazê-lo) a propriedade apenas em relação ao condômino que agiu.

Em outras palavras, se a lei autoriza um dos legitimados a agir individualmente, não pode deixar de atribuir eficácia ultra partes a tal atividade, o que faz revestindo a sentença com a autoridade de coisa julgada, para quem foi parte e para quem foi substituído. Se o objeto do julgado é uno e indivisível, e vale o julgado com a autoridade da *res iudicata* (eficácia), para poder ter eficácia para o legitimado que agiu, também tem que ter para os ausentes do processo(...)

É patente que o legitimado, que propôs a ação, defendeu, não apenas seu próprio direito mas também o alheio, daqueles que estiveram ausentes do processo.⁵⁷

Com efeito, apesar de, ontologicamente, a defesa da propriedade comum encerrar hipótese de litisconsórcio necessário [já que a decisão há de ser, obrigatoriamente, igual para todas as partes, dada a unidade e a

⁵⁶ob. cit., p. 12

indivisibilidade do objeto do litígio], a lei, para facilitar sua defesa, excepciona a regra do litisconsórcio impositivo, como muito bem salienta Celso Agrícola Barbi:

Algumas vezes, porém, é inconveniente exigir que uma coisa, ou direito, só possa ser reclamada por todos os seus donos, porque a dificuldade em obter a adesão de todos poderá impossibilitar a reclamação de uma mais diligente, o que sacrificaria o seu direito. Por isto, a lei abre exceções, admitindo a reclamação, por uma só pessoa, de direito que pertença a ela e a outras. Como exemplo, temos o art. 623, II, do Cód. Civil, que permite a cada condômino reivindicar de terceiro toda a coisa; e o art. 1580, parágrafo único, do mesmo Código, que legitima o co-herdeiro a reclamar de terceiro a universalidade da herança. Nesses casos, portanto, não há necessidade da formação do litisconsórcio ativo. A legitimação de várias pessoas é legitimação concorrente.⁵⁸

Dessa feita, a legitimação extraordinária autônoma concorrente primária também poderá subsidiar a ocorrência da substituição processual, mas a análise deste cabimento deverá ser criteriosa.

Em se tratando de situações jurídicas com objeto uno e indivisível, aptas, em tese, a impor o litisconsórcio necessário, a lei deverá, *expressamente*, conferir a um dos co-legitimados a possibilidade de promoção de demanda, para, em nome próprio, também defender o interesse dos co-legitimados, *excepcionando a regra geral do litisconsórcio inafastável*. Assim agindo, o co-proprietário, no exemplo da reivindicatória do art., 623, II, CC, atuará na defesa de interesse próprio [defesa mediata da sua porção ideal da coisa indivisa], e de interesse alheio [defesa mediata da porção ideal dos demais condôminos], ao mesmo tempo em que defenderá a coisa, em sua integridade [defesa imediata], em relação a terceiros, no interesse de todos. Na segunda parcela da defesa mediata consubstancia-se a substituição processual.

Contudo, obviamente, o ingresso espontâneo de qualquer dos co-legitimados excluirá a substituição processual em relação a ele, mas não altera a situação dos demais titulares da coisa comum, deflagrando hipótese de convivência harmônica entre litisconsórcio (entre os co-titulares da coisa comum que figuram na lide, em igualdade de

⁵⁷ob.cit., p. 22

⁵⁸*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol.1, p. 163/4

condições) e substituição processual (dos co-titulares ausentes).

Discernida a compatibilidade da substituição com situações peculiares que, em tese, obrigariam o litisconsórcio, o mesmo não se pode dizer em relação ao litisconsórcio facultativo⁵⁹, onde a autoridade da coisa julgada não projeta efeitos *ultra partes*. Assim, ou os co-legitimados formam litisconsórcio e atuam em juízo como partes equivalentes, ou cada qual proporá sua demanda [totalmente independentes entre si], não havendo como falar em substituição.

A legitimidade extraordinária autônoma concorrente subsidiária também pode ensejar a ocorrência da substituição, *se e enquanto* o co-legitimado principal não usar da faculdade de ingressar como litisconsorte do co-legitimado subsidiário, porque a sua legitimação⁶⁰ não sucumbe por não a ter exercido em dado tempo que, passado *in albis*, fez nascer a co-legitimidade subsidiária.

De outra banda, e para finalizar, a substituição processual é incompatível com a legitimação extraordinária subordinada, pela lógica razão de que, nestes casos, o extraordinariamente legitimado só pode agir no bojo de demanda proposta pelo ordinariamente legitimado, ou em face dele dirigida, sendo incongruente falar-se em substituição.

Em sumário: a legitimação extraordinária autônoma exclusiva só se manifesta através da substituição processual; a autônoma concorrente, em regra não se presta a subsidiar o instituto, mas em algumas hipóteses, peculiares, poderá ensejá-lo; a legitimação extraordinária subordinada repele a idéia de substituição processual.

Buscando correlacionar o ideário exposto ao tema-centro deste ensaio, prossigamos, agora num discurso mais específico.

⁵⁹hipótese de legitimidade extraordinária autônoma concorrente

⁶⁰[do co-legitimado principal]

3.4.4 Da Natureza Da Legitimação Ministerial, Enquanto Órgão-Agente: Uma Investigação Genérica

Em judicioso estudo, Sérgio Gilberto Porto explicita, com acuidade, as diferentes estirpes da legitimação ministerial, enquanto Órgão-Agente⁶¹, dicotomizadas em parte *pro populo* e substituto processual.

O ponto nodal da diferenciação, consoante o jurisperito, está na identificação dos direitos tutelados pelo agir ministerial: se personalizados, a atuação processual do Órgão-Agente será feita na figura do substituto processual; se não-personalizados, como *pro populo*.

Nesta última figura, elucida o Professor:

(...) o Ministério Público atua como órgão da própria ordem jurídica, interpretando o interesse geral, pois em certos casos, como já destacado, onde pode haver contraposição do direito público ao privado, o Estado não tolera a inércia dos titulares singulares deixe sem atuar a proteção legal e, por conseguinte, age como Ministério Público, no ofício de fiscalizar e estimular a incidência do ordenamento jurídico material.

Nesse sentido, propõe demandas, cuja finalidade é a de fazer incidir o aparelho jurídico-legal na tutela dos interesses em favor da sociedade, visando preservar exatamente os chamados interesses públicos. São exemplos, dentre vários, a ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, inciso II, do Código Civil); ação rescisória (art. 487, III, do CPC) e a ação de extinção de fundações (art. 1204, CPC).⁶²

Em sendo caso de direitos personalizados, o órgão ministerial estará, nos casos autorizados por lei, extraordinariamente legitimado a agir, fazendo romper a regra da coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito material e os figurantes dos pólos ativo e passivo da relação jurídico-processual.

A *ratio* da legitimação extraordinária em geral já se frisou oportunamente. No que concerne à legitimação ministerial extraordinária, arrazoa Francesco Carnelutti:

⁶¹ *Sobre o Ministério Público no Processo Não-Criminal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998. A respeito da 'ratio' da denominação "Órgão Agente", do mesmo doutrinador: "(...) como consequência da inércia dos órgãos judiciários frente à necessidade de o Estado agir em determinadas hipóteses, foi legitimado o Ministério Público para fazê-lo ou, dito de outro modo, para exercer o direito de agir do Estado. Quando o Estado-Ministério Público age, ou, mas precisamente, toma iniciativa de provocar a jurisdição está desenvolvendo atividade de natureza processual na tutela de determinados interesses, e exatamente por estar tomando iniciativas de índole processual se diz que está atuando como órgão agente." [*ob. cit.*, p. 26/7]

⁶² *ob. cit.*, p. 27/8

En conclusión: mientras la representación legal prova la inidoneidad del interesado para desenvolver la acción, la sustitución y la intervención tienden, en cambio, a constituir un remedio contra la inercia o la insuficiencia de su acción. Ahora bien: precisamente porque la sustitución obra para el impulso de un interés del sustituto, es necesario tomar en cuenta la hipótesis de que ni siquiera este otro interés baste para estimular la acción. Estos casos se presentan cuando no se mueven ni el sustituido ni el sustituto. En semejante hipótesis, lo que decide es la importancia social del interés público en cuanto a su tutela y, por tanto, su conexión con un interés público trascendente. Cuando ese presupuesto exista, la acción no puede confiarse o, por lo menos, puede no confiarse exclusivamente a la parte o a sus sustitutos. Por ello se ha creado un órgano adscrito a su ejercicio, que recibe el nombre de Ministerio Público.⁶³

Justapondo as idéias de Sérgio Porto às do jurista peninsular, vê-se que a personalização dos direitos não os desnuda do interesse público que os garante e autoriza, em virtude desta singularidade, a legitimação ministerial extraordinária.

Tal legitimação pode ser classificada, dentro do esquema teórico de Barbosa Moreira, como legitimação extraordinária autônoma (já que a extraordinária subordinada fica, desde logo afastada, tendo em vista a possibilidade ministerial de *agir, sponte sua*) *exclusiva* ou *concorrente*?

Parece indubitável que se trata de legitimação extraordinária concorrente, tendo em vista que o Órgão Ministerial não detém a exclusividade para a provocação do Judiciário, institucionalmente inerte. Aos titulares dos direitos subjetivos em causa também se franqueia a ignição do processo. Outra interpretação, salvo equívoco, deporia, inclusive, contra a função do Ministério Público no Estado democrático de direito, que é laborar pela sua implementação efetiva, ao lado do legítimo titular do poder, e não, sufocá-lo quando em autêntico exercício de cidadania.

Estabelecida esta premissa, a legitimação autônoma concorrente, no caso em enfoque, seria primária ou subsidiária?

Repisando os conceitos já vistos, a análise das hipóteses legais que subsidiam a legitimidade autônoma concorrente do Órgão Ministerial ora a revelarão primária, --- tendo em vista que o agir ministerial não estará

⁶³CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil, II*. Buenos Aires: Uteha. Tradução Niceto

condicionado a qualquer anterior ação (ou omissão) do ordinariamente legitimado; ora subsidiária, --- porque, contrário senso, a deflagração da legitimidade ministerial estará condicionada a uma antecedente ação ou omissão do titular do direito subjetivo em causa. Destarte, o respaldo da ação ministerial, dar-se-á nos limites do fenômeno da subsunção, deflagrador do interesse público transcendente. Assim, em reforço, dependendo da configuração daquele, a legitimidade ministerial poderá ser autônoma concorrente primária ou autônoma concorrente subsidiária.

Compulsando-se os casos sistematicamente anotados por Sérgio Gilberto Porto⁶⁴ para atuação do Órgão Ministerial como substituto processual, vê-se o acerto das considerações supra explicitadas.

A título de amostragem, veja-se, *primo*, a hipótese do art. 68, CPP, que encerra a seguinte dicção:

Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

Comentando o artigo em epígrafe, Júlio Fabrini Mirabete⁶⁵ leciona:

Diante da importância da reparação do dano para a ordem jurídica, permite-se ao Ministério Público que promova a ação civil ou a execução a fim de que não se frustrate o ressarcimento devido à vítima ou sucessores quando o ofendido ou seus sucessores não puderem arcar com as despesas do processo. Trata-se de mais um caso de substituição processual, defendendo o parquet direito alheio, conforme o permite o art. 81 do CPC. É indispensável, porém, que o interessado seja pobre, conforme o conceito jurídico já estudado (itens 32.1 e 32.2). O artigo 68, que, segundo alguns, fora revogado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, continua em vigor, amparado inclusive pelo artigo 129, IX, c.c. o artigo 197 da CF. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Ministério Público na reparação do dano às vítimas do crime. Tribuna de Direito, 1994, p. 5).

A hipótese legitimante, portanto, é o interesse público na higidez da efetividade da ação material de reparação de dano proveniente de crime perpetrado contra vítima pobre, que, não havendo a alternativa da legitimação ministerial autônoma concorrente, deixaria, no mais das vezes, em virtude de uma conjuntura de vicissitudes, esvair-se a luta

Alcalá-Zamora Y Castillo Y Santiago Sentis Melendo, 1944, p. 49

⁶⁴*ob. cit.* p. 47/49

pelo seu direito, que, *in casu*, também interessa à sociedade como um todo.

Mas, repare-se, a legitimação ministerial extraordinária concorrente, *in casu*, é subsidiária, porque imprescinde de uma ação anterior do ordinariamente legitimado, qual seja, o requerimento mencionado no corpo do artigo em epígrafe.

Em contraponto, verifica-se a hipótese do artigo 127, CPP, *verbis*:

O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou a queixa.

Como se antevê, na espécie, hipótese do Processo Penal Cautelar, a legitimação ministerial autônoma concorrente é primária, porque a disposição legal separa os legitimados pela disjuntiva ou, fazendo a ação ministerial imprescindir de qualquer ação ou omissão anterior do ordinariamente legitimado.

A *ratio* está em que, aqui, o agir dos legitimados direciona-se à segurança-para-execução⁶⁶, antevendo a potencial condenação do réu e a conseqüente obrigatoriedade de reparar o dano, observado o que dispõe o art. 133 do *Codex* Processual Penal.

Nesta esteira, a legitimação ministerial é mais abrangente porque, comparando o caso em estudo com o anterior, aqui o fenômeno da subsunção não qualifica a vítima a ser substituída, podendo ser ela rica ou pobre.

O fundamento parece estar na relevância do interesse em jogo, que alcança a própria coerência do sistema jurídico-processual. Objetiva-se, aqui, propiciar meios para a posterior reparação do dano, de nada adiantando o sistema prever o direito, sem agregar a ele medidas que o assegurem.

Acerca do artigo em comento, intercede novamente Júlio Fabrini Mirabete:

⁶⁵*Código de Processo Penal Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 127.

⁶⁶expressão difundida no meio processual por Ovídio Baptista.

O seqüestro dos bens imóveis pode ser ordenado pelo juiz de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ofendido ou mediante representação da autoridade policial. Já se entendeu que ao Ministério Público só cabe o pedido de seqüestro quando a vítima é pobre, mas o art. 127 não faz qualquer distinção e o seqüestro de imóvel não é mencionado nos 134 e 137, que dizem respeito apenas ao ofendido. É ele sempre parte legítima para requerê-lo. Não interfere, porém, o Ministério Público, na qualidade de curador judicial de incapazes, no procedimento para o seqüestro. O ofendido, mesmo que não tenha sido admitido como assistente, pode também requerer o seqüestro(...).⁶⁷

Insta sinalar que a análise dos subitens precedentes teve por terreno o processo civil tradicional, que se ocupa das relações jurídicas individuais, ainda não enfocando a temática da tutela coletiva.

Contudo, este estágio se nos parece indeclinável, posto que a tutela coletiva, inobstante tenha lastro constitucional, consoante se aduzirá alhures, deve ser regulada à luz do direto processual civil. Dessarte, exsurge indeclinável o estudo da *legitimatío ad causam* em sua fisionomia primeva para que se alimente o processo dialético que conformará a nova síntese, fazendo eclodir uma legitimidade moldada tanto para a defesa dos direitos essencialmente transindividuais quanto para a defesa coletiva mediata dos direitos individuais acidentalmente coletivizados.

Investigado este tópico, alguns questionamentos aguçam a escritura dos próximos itens: *primo*, o Ministério Público tem legitimidade para a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos? *secundo*, em caso positivo, qual a natureza jurídica desta *legitimatío*? *terzo*, qual a *ratio* desta legitimação? *quarto*, tal legitimidade pode receber limitação temática?

3.4.5 Direito Individual Homogêneo: Sua Conceituação

Para perfeita delimitação do tema proposto, precípua se faz explicitar o conceito de direito individual homogêneo.

Teori Albino Zavascki⁶⁸, numa explanação bastante sistemática,

⁶⁷ *ob. cit.*, p. 195/6

⁶⁸ Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos, *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, São Paulo, Ano 10, n. ° 48, p. 7/21

apresenta o perfil dos individuais homogêneos, a partir do direito consumerista⁶⁹, que incorporou o ideário de José Carlos Barbosa Moreira⁷⁰.

Sob o aspecto subjetivo, leciona o douto, são individuais, porque “há perfeita identificação do sujeito, assim da relação dele com o objeto do seu direito. A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”⁷¹.

Sob o aspecto objetivo, são divisíveis, porque “podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais”.⁷²

Como corolário à sua natureza, ensina o eminente Juiz, os direitos desta estirpe são:

- a) individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular.
- b) transmissíveis por ato “inter vivos” (cessão) ou “mortis causa”, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais).
- c) defendidos em juízo, geralmente, por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será por forma de representação (com aquiescência do titular). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em Lei (CPC, art. 6º).⁷³

Em face da divisibilidade, afastam, em caso de tutela coletiva, o tratamento unitário obrigatório dos interesses em causa. Neste passo, sob a ótica da esfera subjetiva, tais direitos fundamentais são essencialmente individuais. A coletivização é acidental e não imanente -- como ocorre com os direitos coletivos; a defesa transindividual será pertinente quando configurada, sob o viés tópico-sistemático, a relevância social da tutela coletiva, como externalidade da dimensão objetiva destes mesmos direitos fundamentais.

Tal perfil dos individuais homogêneos tem sido recepcionado pela jurisprudência, como exemplifica o seguinte aresto:

⁶⁹Lei 8.078/90, art. 81 e incisos.

⁷⁰Conforme referência de MENDES. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil; vol.4), p. 192

⁷¹ob.cit., p. 8

⁷²idem

⁷³idem

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -- LEGITIMIDADE DO MPF -- CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CONTRATOS RURAIS - TR E TRD.

1- O MP está legitimado a defender os interesses individuais homogêneos **identificados como sendo de origem comum, mas divisíveis.**

(...).⁷⁴

No mesmo sentido: AC 97.01.009249-7, TRF 1ª Região, Juiz Tourinho Neto; REO 92.01.25556-0, TRF 1ª Região, Rel. Juiz Amílcar Machado, entre muitas outras referências.

Contudo, Mendes⁷⁵ salienta que os tribunais pátrios têm cometido certos equívocos em vincular a indivisibilidade ao pedido comum formulado nas tutelas coletivas, ao invés de verificá-la à luz da natureza jurídica dos interesses em causa, fazendo com que direitos individuais homogêneos sejam tratados como se coletivos fossem, como tem ocorrido com as ações envolvendo a limitação de reajustes de mensalidades e matrícula de alunos.

Os direitos individuais homogêneos, na dicção de Zavascki, são um *terceiro gênero* em relação aos coletivos e aos difusos, por assumirem fisionomia particular em relação àqueles.

Analisamo-los, com brevidade.

Difusos e coletivos são transindividuais, sob o prisma subjetivo. Os primeiros, com *indeterminação absoluta* de seus titulares, ligados entre si por mera circunstância fática; os segundos, com *determinação relativa*, aferível a partir de uma relação jurídica-base⁷⁶⁷⁷.

Nesta esteira, Édis Milaré:

Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil - por se referirem a situações em diversos aspectos análogos - tem-se que o principal divisor de

⁷⁴AC 96.01.38038-8, TRF 1ª Região, 4ª Turma, Rel., Juíza Eliana Calmon, j. 12/03/97, DJ 24/04/97, p. 26753

⁷⁵MENDES, ob. cit., p. 213/214

⁷⁶MENDES, ob. cit., p. 213/214

⁷⁷José Carlos Barbosa Moreira emprega as expressões difusos e coletivos por sinônimas, fazendo-as, entretanto, englobar ambos os aspectos retratados por Teori: “A expressão *interesses coletivos* ou *difusos* tem sido empregada pela doutrina moderna para indicar de maneira precípua, interesses comuns a uma coletividade de pessoas não necessariamente ligadas por vínculo jurídico bem definido. Tal vínculo pode até inexistir ou ser extremamente genérico, reduzindo-se eventualmente à pura e simples pertinência à mesma comunidade política; e os interesses cuja proteção se cogita não surgem em função dele, mas antes se prendem a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis (...)”. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos e Difusos. Temas de Direito Processual, 3ª série, p. 194, **apud** Barral, Welber. Notas sobre a Ação Civil Pública em Matéria Tributária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 80, p. 151-4:152.

águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada mas determinável de pessoas. Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico dos interesses coletivos, ausente nos interesses difusos⁷⁸.

No plano objetivo, essas espécies de direitos são paritárias, assumindo a característica da *indivisibilidade*. Assim, “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”⁷⁹, o que traz à tona a marca da inarredável unitariedade no tratamento dos interesses em causa.

O Ministro Maurício Corrêa, na Relatoria do Recurso Extraordinário 163231-3/SP⁸⁰ (Anexo C1), advogou uma verdadeira revolução à fisionomia dos individuais homogêneos, classificando-os como subespécie dos coletivos.

Após trazer à liça o escólio de diversos doutrinadores acerca dos direitos coletivos e difusos e, com eles, no aspecto, solidarizar-se, ao se referir aos individuais homogêneos, assim se posiciona:

(...) ao editar-se o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu artigo 81, III, uma outra subespécie de direitos coletivos⁸¹ fora instituída, dessa feita, com a denominação dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um **nomen iuris** atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem com um tertium genus⁸², mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos.

Calha coligir que o Código Modelo Ibero-Americano⁸³ encampou a diferenciação entre direitos individuais acidentalmente coletivos (direitos individuais homogêneos) e interesses essencialmente coletivos (coletivos e difusos), abandonando a tríplice moldura, consoante se colhe da leitura

⁷⁸ *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 27/28.

⁷⁹ ZAVASCKI, ob. cit., p. 8

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator: Ministro Maurício Corrêa, j. 26-02-1997, um. DJ 29-06-2001.

⁸¹ grifou-se

⁸² grifou-se

⁸³ Notícia Mendes, em seu artigo O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, disponível na internet em <www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 09/06/2006, que a primeira versão do então projeto de Código Modelo adotara para a classificação tripartite, seguindo a dicção do

de seu artigo 1º, II.⁸⁴

Na verdade, consoante pretender-se-á demonstrar alhures, os direitos individuais homogêneos realmente representam, sob o ponto de vista da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais em voga, uma categoria apartada da dos direitos imaneamente transindividuais. A defesa coletiva mediata do grupo acidentalmente formado não desnatura a divisibilidade que é inata aos interesses, subjetivamente considerados. Desta feita, parece assistemático, *s.m.j.*, catalogá-los como subespécie de interesses essencialmente transindividuais, não se podendo confundir a defesa de interesses genuinamente coletivos com a defesa coletiva de interesses individuais (homogêneos). Contudo, sob o ponto de vista da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, *locus* do interesse social que detona a *legitimatío ad causam* do Órgão-Agente, tal controvérsia desponta inócua, posto que nesta esfera o interesse é sempre e invariavelmente subjetivamente difuso.

A apresentação das idéias supra, neste momento prefacial, cumpre finalidade didático-introdutória, seja para o pronto conhecimento da alta indagação jurídica que acerca os individuais homogêneos, seja para a fixação das mais expressivas concepções do delineamento de sua fisionomia, seja para demonstração da dimensão do estudo ora incursionado.

3.4.6 Proposta Para A Compreensão Do Conceito De Direito Individual Homogêneo

Na concepção de Teori Zavascki, os interesses desta estirpe são um terceiro gênero em relação aos difusos e aos coletivos. Esgrima-a sob uma base teórica que espelha e aprimora a dicção do Código de Defesa

código consumerista brasileiro

⁸⁴Art. 1o. Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de: (...) II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

do Consumidor⁸⁵, diploma mundialmente reconhecido como um dos melhores, quiçá o melhor, na regulação do direito consumerista.

O culto Juiz entende por excluir, em regra, a legitimidade ministerial para as hipóteses de defesa de individuais homogêneos que extrapolem as relações de consumo ou alcancem os investidores do mercado de valores imobiliários (Lei 7.913/89) ou os credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial (Lei n.º 6.024, de 1974, art. 46), salvo se a lesão ao conjunto de direitos fundamentais se transmutar em lesão a valores jurídico-sociais relevantes.

Nas palavras do Magistrado, para uma melhor sedimentação de seu raciocínio:

g) quanto ao **Ministério Público**: - não é da sua natureza constitucional defender direitos subjetivos individuais disponíveis; - nos casos em que o legislador o legitimou para tal (tutela de consumidores, de credores de instituições financeiras em regime de liquidação, e de investidores no mercado financeiro), há substituição processual autônoma, para demandar pretensão condenatória genérica, em carácter coletivo e impessoal; - a compatibilidade constitucional dessa legitimação está em que a lesão conjunta àqueles direitos individuais implica também lesão a valores sociais especialmente privilegiados pelo direito positivo, cuja tutela é encargo do Ministério Público; - afora os casos expressamente previstos em Lei, a legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais poderá ser admitida apenas em situações especiais, quando a lesão ao conjunto de direitos venha representar, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, não apenas soma dos interesses particulares, mas sim o comprometimento de interesses relevantes da sociedade como um todo.⁸⁶

A pedra-de-toque da teoria *zavasckiana* acerca dos direitos individuais homogêneos está, ao parecer, na parte final do artigo 127, *caput*, da Constituição-Cidadã, que prevê a legitimidade ministerial para a defesa dos interesses sociais e *individuais indisponíveis*.

Destarte, estando perfeitamente delineados os limites da atuação ministerial, na seara dos interesses individuais a legitimação do Órgão-Agente circunscreve-se aos indisponíveis. E, porque na conceituação firmada pelo doutrinador em tela, os individuais homogêneos são, em

⁸⁵art. 81 e incisos

⁸⁶ZAVASCKI, *ob. cit.*, p. 20

regra⁸⁷, disponíveis, a legitimação ministerial, também em regra, estará afastada.

O respeitado jurista, contudo, além de reconhecer a legitimidade ministerial nos casos *ex vi legis*, admite que a casuística poderá ensejar novas hipóteses legitimantes, sempre que a lesão ao direito individual possa atingir, reflexamente, "interesses relevantes da sociedade como um todo".

A dialética, essencial ao manejador do direito, nos encoraja a fazer algumas reflexões.

A questão da legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos não pode, *data maxima venia*, ser afastada pela antítese da parte final do art. 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme se anotou no capítulo precedente, o Ministério Público exerce a nobre função de defensor do Estado democrático de direito e, como igualmente retro-salientado, somente a *efetividade* dos direitos fundamentais garante a existência *real* daquele.

Repisando o que se disse alhures, os direitos fundamentais comportam a esfera subjetiva e a jurídico-objetiva. A primeira consiste no direito individual do cidadão de poder exigir a abstenção ou a ação, conforme se tratem de direitos fundamentais como direitos de defesa (idéia iluminista dos direitos fundamentais) ou direitos fundamentais como direitos à prestação. A segunda, na vinculação da conduta dos poderes constituídos e dos particulares⁸⁸ aos preceitos assentados pelo Poder Constituinte, seja para se absterem da ingerência à esfera privada do indivíduo --- quando e na medida em que tal ação lhe for vedada; seja para agirem à implementação dos planos e princípios que foram estabelecidos no Documento Maior.

Como não se pode deixar de ver, as dimensões subjetiva e jurídico-objetiva dos direitos fundamentais encontram-se

⁸⁷ afora os casos de direitos personalíssimos

⁸⁸ o que será tratado, *an passant*, no item 3.7 deste estudo, com os comedimentos inerentes a este estudo.

indissociavelmente ligadas.

Assim, quando o indivíduo revolta-se contra a agressão à sua orla jurídico-individual, defendendo imediatamente a dimensão subjetiva dos referidos direitos, estará, também, sem qualquer adminículo de dúvida, defendendo reflexamente a dimensão jurídico-objetiva: sua iniciativa fará com que o Judiciário, na hipótese de procedência do pedido, em normatizando o caso concreto, reconheça o agir ou o abster ilegítimo dos Poderes constituídos e/ou dos particulares.

Neste diapasão, pode-se tranqüilamente identificar interesse público até na mais mezinha ação patrimonial. Mesmo que seja inarredável a prevalência, neste caso, do interesse individual, a relevância social encontra-se presente, ainda que de maneira fluida, pelo manejo do direito subjetivo público de ação processual.

Contudo, esta defesa --- direta da dimensão subjetiva e indireta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais --- apesar, quanto ao último aspecto, de se constituir em valoroso exemplo de exercício de cidadania, é insuficiente, numa visão macro, para inibir novos desalinhos às determinações constitucionais, tendo em vista os limites subjetivos da coisa julgada em sua acepção clássica.

A par da insuficiência deste agir individual, outra situação, mais grave, enfeixa a questão: a possibilidade, rotineira na vida dos subjugados pela pseudodemocracia, de renúncia à defesa da esfera subjetiva dos Direitos Fundamentais, com o conseqüente vazio à proteção da dimensão jurídico-objetiva dos mesmos Direitos. O resultado, inevitável: a preservação do Estado formalmente democrático.

Neste diapasão, a tutela individual, pulverizada, atomizada, revela-se insuficiente para a colmatação de lesões que superam a órbita exclusiva do indivíduo, atingindo uma pluralidade subjetiva, fazendo desnudar a indispensabilidade da defesa coletiva mediata de tais direitos, como mecanismo de proteção da dimensão objetiva, que impõe a defesa plural nos limites do necessário para a garantia do acesso material à jurisdição.

Dessarte, como sói resta reconhecer⁸⁹, o Ministério Público⁹⁰ é peça-chave na transposição efetiva deste modelo hipócrita de democracia, já que Órgão-Agente da sua implementação.

Como já sinalado, o âmbito da atuação ministerial é a dimensão jurídico-objetiva.

Contudo -- e aqui o ponto fulcral -- quando o Ministério Público age na defesa do Estado democrático de direito, v.g., zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública⁹¹ aos direitos assegurados na Constituição de 1988, pode separar a dimensão subjetiva, da jurídico-objetiva que defende imediatamente?

A resposta é negativa e, por isso, a legitimidade ministerial para a defesa dos direitos individuais homogêneos decorre do próprio regime de governo, instituído pela decisão jurídica fundamental, traduzida pelos princípios político-constitucionais elencados nos artigos 1º a 4º, da Carta da República, constituindo-se, inclusive em cláusula pétrea implícita, porque corolária da combinação dos incisos II e IV, do artigo 60, § 4º, da Magna Carta⁹² e do conteúdo e alcance do artigo 5º, §§ 1º e 2º do Texto⁹³, da justicialidade dos direitos fundamentais para a conformação e concretização de seus conteúdos materiais.

Neste diapasão, desnuda, sem pudor, as funções “dogmático-jurídica”, “teorético-estatal” e “teorético-constitucional” dos direitos fundamentais, locuções da lavra de Böckenförde⁹⁴, que serão cotejadas a seguir, respectiva e singelamente.

Os direitos fundamentais como normas-princípio vinculam todos os poderes estatais, impondo um mandado de otimização à realização de

⁸⁹o que já foi dito alhures, mas não há tautologia na reafirmação, diante da importância do tema.

⁹⁰Sem menoscabo dos demais legitimados

⁹¹obrigação que também se dirige aos particulares, consoante conhecida lição de Canaris, questão que será estudada ao depois, quando da pertinência temática da legitimação ministerial na seara consumerista

⁹²o alcance dos poderes conferidos ao Ministério Público decorre dos preceitos da democracia representativa; a sua mitigação atingiria, via reflexa, a própria concreção dos direitos fundamentais elencados no Documento Maior, pela redução do feixe de freios e contrapesos postos à inibição do arbítrio dos Poderes constituídos, manietando o ator social por excelência eleito para este fim, como primado institucional.

⁹³Esboçou-se, mesmo em lineamentos perfunctórios, o primeiro assunto (art. 5º, § 1º CF/88), no item 2.4; a questão que envolve o artigo 5º, § 2º, CF/88 será vista, em singelo, no item 3.8.2.1.

⁹⁴*Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez.

seus conteúdos, o que pressupõe a existência de reais condições de realizabilidade⁹⁵, o que perpassa pela maior justicialidade possível, trazendo à tona a racionalidade do acesso como determinante: a atuação ministerial na seara do processo coletivo, mormente dos individuais homogêneos, espécie a miúdo mais recorrente, está a serviço deste primado.

Sob o prisma teórico estatal, os direitos fundamentais, como normas de princípio, transmudam a Constituição de "ordenamento jurídico fundamental do Estado para converter-se em ordenamento jurídico fundamental da comunidade"⁹⁶. A inter-relação da legitimidade ministerial na defesa coletiva (mediata) dos individuais homogêneos e o *ethos* da sociedade brasileira será investigada no quinto capítulo.

Os direitos fundamentais devem ser "jurídico-subjetivamente exigíveis"⁹⁷, o que traz conseqüências às cercanias da competência criação do direito⁹⁸, que continua a ser preferencialmente do legislador, mas, inobstante, da jurisdição constitucional com supremacia, causando a sua transmutação em "*órgão político (não político-partidarista) mais forte, um areópago da Constituição; o extremo da soberania (...) a legitimação democrática do Tribunal Constitucional*".⁹⁹

Como visto, a justicialidade dos direitos fundamentais, nó górdio do Estado democrático-social de direito, não se concretiza sem ignição: neste viés, indeclinável a atuação do paladino público.

Desde logo se vê, a legitimidade ministerial para a defesa *mediata* dos direitos individuais homogêneos [já que a *imediata* está atrelada ao interesse *difuso* dos titulares do poder na observância, reta, da Declaração dos Direitos Fundamentais positivada pelo Poder Constituinte originário] tem lineamento definido.

Não se estende a qualquer hipótese de lesão a direitos individuais

Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 126 a 130

⁹⁵BÖCKENFÖRDE, p. 126

⁹⁶BÖCKENFÖRDE, p. 129

⁹⁷Idem, p. 127

⁹⁸fazendo arrefecer o modelo estanque da divisão dos poderes estatais

⁹⁹Idem. p. 131

disponíveis que, por terem origem comum, se transmudam em homogêneos, mas só haverá se tal lesão se constituir em afronta à dimensão jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais - despontando o interesse social vertido no artigo 127, *caput* -- e, secundária, conseqüente e inevitavelmente, à dimensão subjetiva de tais direitos.

Neste passo, transparece cristalinamente que o *locus* da aferição da legitimação ministerial ativa é a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, subjetivamente individualizados e divisíveis, no caso dos individuais homogêneos.

De outra banda, vem à baila que é a dimensão jurídico-positiva dos direitos fundamentais que deve informar a sistematização do processo civil coletivo, posto que, em pretendendo constituir-se em ramo do direito instrumental habilitado à defesa dos direitos essencialmente coletivos ou para a defesa coletiva dos direitos individuais -- apto, pois, à transindividualidade (material ou formal) -- não pode arraigar suas raízes à dimensão subjetiva para perfilar a natureza inovadora de seus institutos.

Evidentemente que o espectro subjetivo do alcance da lesão servirá como co-fator de aferição da relevância social da tutela coletiva, mas não é este o ponto nodal e indeclinável para o descortinamento da *quaestio*.

A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos despontará necessária sempre que o interesse da coletividade enquanto organismo (dimensão objetiva) a reclame como indeclinável à superação das mazelas do individualismo.

Nesta veia, quando o Órgão Ministerial ajuíza uma Ação Civil Pública não está, finalisticamente, defendendo os interesses restritos dos titulares dos interesses que acidentalmente coletivizaram-se, mas está colocando o grupo indeterminado na berlinda, como amostragem real dos efeitos concretos que a infringência à dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais causou, podendo-se-lhe denominá-lo de *grupo-amostragem* do interesse da atuação ministerial e, nunca, grupo-fim.

Veja-se, portanto, e em reforço, que a atuação ministerial na

defesa do Estado democrático de direito, apesar de concorrente com a dos indivíduos¹⁰⁰ do grupo social a que serve, é peculiar, na medida que objetiva *inversamente* àqueles, a *proteção imediata da dimensão jurídico-objetiva e, mediatamente, a da dimensão subjetiva*, onde cabem os direitos individuais, dentre os quais os homogêneos.

Assim, bem se vê, a coletivização dos direitos individuais homogêneos tem índole instrumental-estratégia, informada pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sob o prisma subjetivo, contudo, muito embora reunidos circunstancialmente, os interesses permanecem divisíveis e, normalmente, disponíveis.

Digno de nota que os instrumentos folheados ao Órgão Ministerial, em regra, não permitem uma satisfação exauriente da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que não é, nem nunca foi, repise-se, o fim do atuar do Órgão-Agente.

Desta forma, nesta dimensão, em regra, o espaço prevalente é da competente Advocacia.

Nesse passo, desmistifica-se, de uma vez por todas, a visão do "Advogado-Ministério-Público", invasor¹⁰¹ das atribuições inerentes à Advocacia (art. 133, CF/88).

Se, excepcionalmente, na esfera subjetiva o atuar ministerial for exauriente¹⁰², o princípio da proporcionalidade o justificará, já que a implementação efetiva do Estado democrático de direito pode, pela

¹⁰⁰Digno de nota que se está a pontuar, na comparação perfilada, a defesa indireta da dimensão objetiva que o indivíduo realiza ao propor uma lide singular, mesmo com mero conteúdo patrimonial, em situação diametralmente oposta à do *Parquet*; contudo, a questão da legitimidade do particular para a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, inobstante admitida no direito comparado, não se encontra placitada em nosso seio. Por ora, a legitimidade do singular encontra-se enfeixada na ação popular constitucional, com as limitações temáticas nela contidas, excluindo, consabido, os interesses acidentalmente coletivos.

¹⁰¹Há que sustente que o Ministério Público sequer teria *jus postulandi* em matéria civil, razão pela qual teria de se fazer representar, em juízo, por advogado! Esta é a posição de Paula, Adriano Perácio. Sobre a Lei 8429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade no processo civil. In: *Improbidade Administrativa*, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001 **apud** Godinho, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. Disponível na *internet* em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7974&p=4>, acesso em 07/06/2006

¹⁰²como pode sugerir, v.g., a hipótese da Lei 7.913/89, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Na nossa opinião, porém, nem mesmo esta hipótese afigura-se exauriente da proteção da dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais, tendo em vista que não contempla a possibilidade de indenização por dano moral, a ser defendida pelos interessados em demandas próprias, onde a capacidade postulatória é exclusiva do advogado.

importância que ocupa dentro da estrutura do Estado, relativizar a indispensabilidade da Advocacia à Administração da Justiça, como ocorre, também, no caso do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, bem como no terreno dos Juizados Especiais Cíveis e, principalmente, na interposição de *habeas corpus*, no âmbito criminal.

3.4.7 Da Natureza Jurídica Da Intervenção Ministerial Na Defesa Coletiva Mediata Dos Individuais Homogêneos: Uma Investigação Específica

A fim de sistematizar o presente estudo, conveniente traçar a natureza jurídica da atuação ministerial quando na defesa *mediata* dos individuais homogêneos e *imediata* do interesse difuso dos titulares do poder estatal.

Retomando o aduzindo na investigação genérica, a natureza jurídica do atuar ministerial, enquanto Órgão-Agente, dicotomiza-se. No âmbito do processo civil tradicional atuará como *pro populo*, se e enquanto os interesses forem despersonalizados e, contrário senso, quando personalizados, como substituto processual de pessoa determinada.

O Ministério Público, enquanto guardião do Estado democrático de direito, não age em prol de pessoa determinada, já que no âmbito de sua atuação -- a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais -- há indeterminação absoluta dos sujeitos, conformando a conceituação dos direitos difusos.

Nesse passo, claro é ver que o Ministério Público age em prol dos titulares do poder, como *longa manus* do Poder Constituinte Originário, para fiscalizar e para garantir a observância dos primados firmados no Documento Fundamental.

Para a execução deste papel, ao Ministério Público foi outorgado o poder-dever de agir para a defesa da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. A atuação do Órgão, nesse passo, fulcra-se na satisfação da sua função institucional, delineada pelas mãos do Poder

Constituinte Ordinário. A ação ministerial, portanto, é indisponível. Contudo, comporta temperamentos, como ensina Hugo Nigro Mazzilli¹⁰³, já que há espaço para a conveniência e a oportunidade na investigação da hipótese detonadora do agir.

Na posse destas premissas, investigue-se em qual moldura se encaixa a atuação ministerial no tema-centro do presente ensaio.

Como parte *pro populo*, age o Ministério Público

(...) por não tolerar o Estado eventuais ameaças ou violações a certos direitos objetivos que, pela inércia da jurisdição ou ausência de legitimados, resultariam órfãos e vítimas da organização estatal. Daí nascer parcela da faixa de atuação ministerial, através de uma legitimação ordinária para a tutela destes interesses ou direitos cuja garantia é atribuição do próprio Estado.¹⁰⁴

A natureza jurídica do agir ministerial no cumprimento da missão institucional multicitada parece se aproximar da figura de parte *pro populo*, mas com ela, em verdade, não se identifica, vez que não há espaço para a figura da legitimação ordinária, consoante se verá adiante.

Ademais, não age no interesse do Estado, mas daqueles que o antecedem, daqueles que formulam a sua configuração, na mesma medida em que não defende, na seara que se estuda, direitos despersonalizados, porque como já se declinou anteriormente, o interesse defendido pelo Órgão Ministerial pertence aos titulares do poder que apenas são indetermináveis, individualizadamente.

Os interesses difusos, que pertencem a toda a sociedade e simultaneamente a cada um de seus membros, corporificam o valor em si mesmo a ser protegido; desta feita, são subjetivamente difusos em ambas as dimensões (subjetiva e objetiva); contudo, tal cenário não importa despersonalização.

Por isso, a dimensão objetiva (jurídico-positiva) dos direitos fundamentais é una e indivisível, de molde que nesta seara a unitariedade é uma constante¹⁰⁵.

¹⁰³ *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23

¹⁰⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. *ob. cit.*, p. 27

¹⁰⁵ Neste cenário, o pronunciamento jurisdicional será procedente ou improcedente para todos os titulares dos direitos individuais mediatamente protegidos e potencialmente exigíveis, cuja configuração subjetiva sequer é

Em arremate, diferentemente do que ocorre na fisionomia *pro populo*, não raro a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos patrocinada pelo Ministério Público dirige-se contra o Estado-Administração ou contra o Estado-Legislação, com o objetivo de compelir à abstenção da invasão ilegítima na orla subjetiva dos indivíduos ou determinar a ação para a garantia de direitos e implementação de políticas públicas à efetivação dos direitos fundamentais.

Identificar-se-ia, então, com a figura da substituição processual?

Numa visão ortodoxa, tomando-se, *v.g.*, os ensinamentos de Sérgio Gilberto Porto¹⁰⁶, a hipótese estaria afastada, já que não haveria tutela de interesse de pessoa determinada, mas de uma pluralidade subjetiva.

Assim, denota-se, de plano, a insuficiência dos critérios ordinários para a configuração da natureza jurídica da legitimidade do Órgão-Agente, na seara que se estuda.

Busque-se os balizamentos.

As questões que entornam o agir do Ministério Público no tema de que se ocupa este trabalho não terão bom equacionamento se a premissa cognitiva fincar raízes no paradigma das relações individuais, porque destas, definitivamente, não se ocupa o Órgão, *enquanto guardião* da implementação da *democracia substancial*.

Consoante já se assentou, renovadas vezes, o *agir ministerial* tem em *mira* o *interesse difuso* dos *titulares* do *poder estatal* na consubstanciação da *superação* do *status quo* vigente, engajado em fazer cumprir as abstenções e as ações determinadas pelo Poder Constituinte aos Constituídos.

Repise-se que a legitimação ministerial para defesa *mediata* dos

conhecida na *cognitio*, sendo tratados como coletividade determinável, salvo no caso de improcedência por falta de provas (coisa julgada *secundum eventum litis*). A divisibilidade é inerente apenas à esfera subjetiva e lá proceder-se-ão as peculiaridades, caso a caso. Contudo, o tratamento da esfera objetiva, o pronunciamento sobre a lesão, é uníssono, uniforme, vinculativo a todos os integrantes do grupamento acidental (e por evidente ao figurante no pólo passivo da lide), enquanto coletividade genérica, mas passível de determinação, padecendo, ao parecer, de inconsistência sistêmica o artigo 103, III, CDC em combinação com o seu § 2º, ao estabelecer a eficácia *erga omnes secundum eventum litis* absoluta, o que será abordado no contexto deste capítulo, adiante.

¹⁰⁶Conforme *ob.cit.*, excertos identificados quando da investigação genérica, retro

individuais homogêneos decorre da indissociabilidade da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais -- que encampa os individuais homogêneos -- à dimensão jurídico-objetiva -- âmbito da atuação ministerial.

Contudo, não há que se pesquisar a natureza da legitimação ministerial na defesa do Estado democrático de direito, tomando-se por fonte os interesses individuais homogêneos, porque, em verdade, a eles não se dirige o agir ministerial, imediatamente.

Destarte, a legitimidade ministerial para a defesa *mediata* dos individuais homogêneos só será descoberta pelo aquilatar da correlação destes com outro interesse, difuso, contido nas eficácias irradiante, dirigente e vinculativa da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

Assim, se os Poderes Constituídos, os serviços de relevância pública ou os particulares atingirem, por uma ação ou omissão, a esfera jurídica de um grupo determinável de indivíduos, acidentalmente formado, esta invasão, dada a relevância que alcança, transcenderá a simples esfera individual dos diretamente lesados e atingirá o *interesse difuso*¹⁰⁷ *de efetivação dos direitos fundamentais inscritos na Constituição*, configurando hipótese legitimante do agir ministerial.

O Processo coletivo tem dois escopos gerais: a defesa dos interesses essencialmente incindíveis (coletivos e difusos); o manejo da tutela coletiva de interesses subjetivamente individuais, acidentalmente coletivos (homogêneos), que, como já dito, contemplam igualmente uma dimensão objetiva¹⁰⁸ e, portanto, indivisível.

A exemplo do ocorrente no âmbito do processo civil tradicional, que se ocupa das relações individuais, a lei, em hipóteses pontuais, no intuito de otimizar a defesa judicial de objetos indivisíveis (que imporiam, em regra, o litisconsórcio necessário), autoriza que qualquer dos

¹⁰⁷Veja-se bem: o interesse defendido pelo Órgão Ministerial não está individualizado. A potencialidade de individualização é característica ínsita à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, não à objetiva, que a todos interessa.

¹⁰⁸e subjetivamente difusa, por excelência

legitimados concorrentes autônomos primários possa defender a coisa em juízo, substituindo os demais co-legitimados.

No caso do processo coletivo, a inviabilidade da imposição do litisconsórcio necessário desnuda-se mais contundente, pondo à mostra a razoabilidade da legitimação extraordinária.

Calha mencionar que são impertinentes as objeções lançadas nalguns escritos, acerca desta conformação da legitimidade, sob o argumento que padeceria de atecnia pela impossibilidade de determinação dos ordinariamente legitimados¹⁰⁹, bem como pelo fato de serem os substitutos processuais os atores processuais ordinários no âmbito da tutela coletiva¹¹⁰.

Consoante se tem pretendido demonstrar, a fluidez da titularidade dos interesses em causa não extirpa a dimensão subjetiva que lhes é inerente, ao lado da esfera jurídico-positiva (objetiva), que é sempre e inarredavelmente subjetivamente difusa.

De outra banda, os princípios informadores da *legitimatío ad causam* do processo coletivo têm esta última por fonte; a primeira atua como coadjuvante na aferição tópico-sistemática da relevância social da tutela coletiva, bem como conforma as peculiaridades que devem nortear o tratamento processual isonômico em seu sentido material, projetando efeitos sobre os limites da coisa julgada¹¹¹ e à litispendência entre ações

¹⁰⁹Conforme aduz Luiz Paulo da Silva Araújo Filho in *Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos*, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 2000, 93/94: "a concepção da legitimação em ações essencialmente coletivas como extraordinária suscita a questão básica de saber qual seria então a hipótese de legitimação ordinária, que, as mais das vezes, não é apontada, mas que deve existir, porque é óbvio que não se pode conceber a legitimação extraordinária sem antes definir qual seria a legitimação ordinária para as ações relativas aos interesses difusos e coletivos". No mesmo sentido: ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 59, **apud** GODINHO, *ob. cit.*, nota 49

¹¹⁰Araújo Filho instiga que, se a "substituição" dos titulares do direito é a regra, soaria excêntrico tratar essa legitimidade como "extraordinária", *idem*

¹¹¹Conforme se observa da diversidade de tratamento dos efeitos da coisa julgada, no artigo 103, CDC. Acerca do aspecto, importante gizar que a eficácia *erga omnes* do julgado está tecnicamente restrita aos direitos fundamentais subjetivamente difusos em sua dúplice perspectiva (jurídico-subjetiva e objetiva), porquanto é o valor em si que está sob proteção; a eficácia *erga omnes*, na defesa dos interesses coletivos em sentido restrito e na defesa coletiva dos individuais homogêneos, não tem a mesma latitude: os efeitos do julgado operam *ultra partes* (tecnicamente correta a dicção do artigo 103, II, CDC), porque a eficácia da coisa julgada alcança os titulares da dimensão subjetiva presentes e ausentes, salvo no caso de improcedência por falta de provas e observado o disposto no § 2º do mesmo artigo. Num esforço semântico, pode-se entendê-la como *erga omnes* nos limites da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais em causa. A extensão da inteligência do artigo 103, II, CDC aos individuais homogêneos será tratada alhures.

coletivas¹¹².

Os interesses difusos, como já perfilado, pertencem a toda a sociedade e simultaneamente a cada um de seus membros; por isso, corporificam o valor em si mesmo a ser protegido. Tal não significa despersonalização, mas mera inindividuação. No caso dos coletivos, a esfera subjetiva plural é composta por um grupo determinável, que tem como lastro uma relação jurídica em comum, una e indivisível. Nos individuais homogêneos, os interesses subjetivos são perfeitamente individualizáveis, de molde que seus titulares podem ser, em regra¹¹³, facilmente identificados.

Assim, enquanto a subjetividade difusa é uma constante na dimensão objetiva de todas as estirpes antes mencionadas -- há, diagramando-se uma pirâmide, uma gradual desconcentração (na dimensão subjetiva) dos interesses no movimento ascendente dos individuais homogêneos (base) aos difusos (ápice), tendo por estágio intermediário, os coletivos.

De toda a sorte, em qualquer das hipóteses, o Ministério Público age como autor ideológico¹¹⁴ da vontade geral¹¹⁵ (juízo normativo do dever-ser) em ver implementado o Estado democrático de direito, pela efetividade das garantias que redundarão na concretização dos direitos

¹¹²Como ensina MENDES, *As Ações Coletivas...*, p. 260, nas ações coletivas, não se obterá bons resultados na aferição da litispendência em se considerando apenas a parte formalmente presente no processo, mas os titulares do direito material posto em juízo. A respeito do tema, vale referir a Medida Provisória n.º 2180-35, que introduziu o § único ao artigo 2º da LACP, com a seguinte redação: “A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.” Ademais, a matéria recebeu tratamento no Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, art. 30, bem como no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, art. 7º.

¹¹³ A expressão foi propositada, vez que não se pode ignorar que, por vezes, a identificação dos titulares dos interesses coletivos pode se afigurar mais factível e exauriente, ante a relação jurídica base como o liame comum dos integrantes do grupo.

¹¹⁴A locução guarda pertinência com a nomenclatura corrente das ações coletivas (*ideological plaintiff*), no sentido de não estar o extraordinariamente legitimado defendendo em juízo, principalmente, o seu próprio interesse, mas o do grupo ou da classe à qual está vinculado. Tais especificações serão abordadas, em sumário, quando do exame do item 3.8.5. Contudo, no caso do Ministério Público, sob o enfoque que se pretende demonstrar, não defende sequer principalmente o interesse do grupo diretamente afetado, posto que sua ação tem mira no interesse transcendente que os garante e legitima e que por óbvio exorbita das idiosincrasias dos fragmentos sociais. Assim, não há defesa ideológica de grupos definidos, mas a defesa coletiva da ideologia difusamente amalgamada na sociedade brasileira enquanto substrato comum da consciência coletiva, explicitada pelo vetor axiológico da dignidade da pessoa humana e o seu diálogo com os demais princípios político-constitucionais.

¹¹⁵A explicitação semântica da locução virá alhures (5º capítulo)

fundamentais assegurados na Constituição, substituindo o titular transcendente daquela.

Sua legitimidade, portanto, é extraordinária¹¹⁶ autônoma (a) concorrente(b) primária(c), porque, a um só tempo, (a) está munida do direito de ação; (b) não exclui a legitimidade atribuída a outros legitimados¹¹⁷; e (c) independe da ação do ordinariamente legitimado, o que, inclusive, na espécie, seria inoperabilizável, dada a sua indeterminação subjetiva (defesa imediata da dimensão objetiva).

Assim, a natureza jurídica da intervenção ministerial para a defesa coletiva mediata dos interesses individuais homogêneos veste a roupagem da substituição processual, inobstante distanciar-se dos silogismos que definem este instituto processual no âmbito do processo civil tradicional, que não é vocacionado para o equacionamento do tema.

A atuação ordinária do Ministério Público (e dos demais co-legitimados) não tem o condão de transmutar a natureza jurídica da legitimação extraordinária autônoma concorrente primária em ordinária, despontando o equívoco como falacioso, *data maxima venia*.

No caso do Órgão-Agente, paladino por excelência (mas não exclusivo) da vontade geral, a atuação sistemática¹¹⁸ está a demonstrar em concreto o comprometimento com as funções institucionais que lhe foram acometidas; na seara dos individuais homogêneos, denota que a sua postura avança no rompimento das barreiras do acesso material à jurisdição.

Em sumário: o Ministério Público, enquanto Órgão-Agente da implementação efetiva do Estado democrático de direito, assume a figura de substituto processual *dos titulares do poder estatal, porque age¹¹⁹, em nome próprio na defesa de interesse cuja titularidade não ostenta*.

¹¹⁶ já que não é titular do direito subjetivo que defende

¹¹⁷ como ocorre, v. g., na Ação Civil Pública, *ex vi* do art. 5º, da Lei 7.347/85.

¹¹⁸ No cenário jurídico nacional o Ministério Público tem atuação efetiva, propondo a maior parte das ações coletivas em tramitação, o que torna necessário o controle jurisdicional da legitimidade, num diálogo de freios e contrapesos, coibindo eventuais abusos

¹¹⁹ por expressa autorização da *Lex Maxima*, como se pode denotar da clara dicção do artigo 127, *caput*, do Diploma Fundamental.

A questão da legitimidade ministerial para a defesa dos individuais homogêneos, como se assentou, encontra esteio na reflexividade que o cumprimento da função institucional deste Órgão estatal alcança na seara da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, cuja efetividade consubstancia-se no epicentro da verificação de uma democracia substancial.

Nesta senda, tal natureza jurídica da legitimação ministerial arrefece, s.m.j., a crítica da inibição da liberdade individual de decidir quando seria ou não conveniente defender em juízo o direito lesado¹²⁰.

Primeiramente, vale gizar, não existem direitos absolutos, todos são contrastáveis por juízos de ponderação. O Ministério Público, em agindo em prol da defesa imediata da dimensão objetiva (jurídico-positiva), preocupa-se com a relevância social da tutela coletiva como critério de acesso racional à jurisdição, donde palpita a preponderância do interesse difuso sobre o do particular que pretende ver-se excluído dos limites da coisa julgada formal e material.

Ademais, preserva-se a esfera de intangibilidade da liberdade do singular ao admitir-se a sua intervenção no processo coletivo (na qualidade de litisconsorte¹²¹), participando ativamente da formação do contraditório da prova; outrossim, os efeitos da sentença de procedência com eficácia condenatória genérica só se concretizarão no espectro de sua orla jurídica se, *sponte sua*, postular a execução dos seus haveres, sem prejuízo da hipótese de atuação subsidiária dos legitimados extraordinários concorrentes autônomos¹²² com reversão dos haveres para o fundo criado pela Lei 7347, de 24/07/1985.

Sempre pontuando que o presente estudo circunscreve-se à fundamentação jurídico-filosófica da *legitimatío ad causam* do *Parquet* na

¹²⁰Conforme Araken de Assis, verbis: “Conceber a esfera legitimante do parquet diversamente levaria à aniquilação de direitos privados, à alteração, por órgão do Estado, do objeto litigioso, em qualquer demanda; bastaria autorizar a intervenção do Ministério Público num organismo com poderes ainda maiores do que a Prokuradura soviética” (TJ-RS — Apelação 92.13468-8 — 1ª Câmara Cível)

¹²¹Artigo 94 da Lei 8078/90

¹²²Conforme artigos 100, caput e 82, ambos do CDC, que informam todo o processo coletivo, como se verá oportunamente

tutela coletiva dos individuais homogêneos, à luz da realidade brasileira, cumpre apenas referir que evidentemente existem alternativas ao sistema da coisa julgada *secundum eventus litis* moderado, vigente entre nós¹²³, que podem fornecer outra coloração a este quadro, como os sistemas de inclusão (opt-in), ocorrente na Inglaterra, ou de exclusão (opt-out), verificado nos Estados Unidos da América, sendo que este último será abordado, *an passant*, quando do estudo dos tópicos de direito comparado.

De outra banda, não se está a defender a idéia de que o singular não pode defender direitos essencialmente transindividuais ou encabeçar a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o que já se materializa corrente em diversos ordenamentos alienígenas, com os temperamentos que lhe são pertinentes¹²⁴, bem como encontra esteio constitucional em nosso seio¹²⁵.

A legitimidade do singular para a defesa coletiva de interesses de natureza indivisível (difusos e coletivos *stricto sensu*) e de direitos instrumentalmente coletivos (individuais homogêneos) advém do princípio da inafastabilidade da jurisdição em consonância com a singela constatação de que os valores-fonte estruturantes do Documento Maior têm por titulares a coletividade (enquanto universalidade) e, simultaneamente, cada indivíduo que a compõe, em representando o organismo social do qual faz parte.

Nesta senda o fragmento (indivíduo), porque indissociado do todo (sociedade), pode, legitimamente e em nome próprio, representar a universalidade, e assim o fazendo estará em pleno exercício de cidadania ativa.

Nesta conformação, bem se vê, a omissão infraconstitucional não tem o condão de inibir a legitimidade do particular, que lhe é inata, porque co-titular da decisão política fundamental que deu corpo ao

¹²³A versão absoluta do artigo 103, III, CDC será analisada ao depois.

¹²⁴Como ocorrente nas *class actions* norte-americanas e com a ação popular portuguesa, *verbi gratia*, temas que não serão aqui abordados.

¹²⁵Veja-se, no aspecto, MENDES, *As ações Coletivas...*, p. 253/257

Documento Maior.

Não se trata, outrossim, de ampliação da legitimidade concorrente, porquanto se cuida de *legitimatío in re ipsa*, não se podendo contrastar, também, que o espaço ao particular se encontra delineado na ação popular constitucional que, aliás, tem espectro bem limitado se comparada à ação popular constitucional portuguesa¹²⁶.

Tal questão, embora não seja tema deste estudo, poderá ser objeto de aprimoramento pelo direito nacional, mormente pelo texto do Código Modelo de Processo Coletivo Ibero-Americano, que prevê tal possibilidade, em seu artigo 3º, I¹²⁷, o que inclusive já é cogitado à luz do anteprojeto de Código brasileiro de processo coletivo¹²⁸.

Digno noticiar que a doutrina e jurisprudência brasileiras, em se deparando com o tema da legitimação no campo do processo coletivo, dividem-se em três flancos, classificando-a como a) extraordinária; b) ordinária; c) autônoma.

Acerca deste último viés, vale transcrever a posição de Godinho¹²⁹ que, em substância, converge para o que se pretende demonstrar neste estudo:

(...) Outro ponto a ser destacado é o da natureza da legitimidade das ações coletivas, havendo intenso debate doutrinário se trataria de legitimação ordinária, extraordinária ou um terceiro gênero. Entendemos que esse debate é equivocado por pretender trabalhar com categorias do processo individual, já que não há necessidade de se buscar um paralelo necessário entre os institutos processuais. Estamos diante de um processo com suas peculiaridades próprias, dentre as quais avulta a questão da legitimidade. Uma nova realidade não tem que se prender a classificações antigas, que foram elaboradas diante de outra realidade.

(...)

Entendemos que se trata de uma legitimação autônoma, portanto, em qualquer hipótese de tutela coletiva. Essa ressalva é necessária em razão de ser opinião corrente de que a legitimação seria ordinária em se tratando de direitos difusos ou coletivos e

¹²⁶Veja-se acerca do tema GRINOVER, Ada Pellegrini, A Ação Popular Portuguesa : Uma Análise Comparativa.In:_____. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000, p.. 49-61.

¹²⁷Art. 3o. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: Art. 3o. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;(…)

¹²⁸Conforme art. 9º. *Legitimação ativa*. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; (...)

¹²⁹*ob. cit.* p. 08

seria extraordinária quando se relacionasse com direitos individuais homogêneos, em razão de estes últimos serem em essência individuais. Não podemos concordar com esse raciocínio. Como já exposto, os direitos individuais homogêneos possuem um caráter complexo por adquirirem uma dimensão social, de modo que a individualidade perde importância para fins de tutela coletiva, tanto assim que o pedido veiculado deve ser genérico.

Retornando à linha de pesquisa da presente investigação, os contornos da legitimação ministerial não ensejam o monopólio da dicção da vontade geral pelo *Parquet*, que não é o único legitimado, mais um dos que concorrem, em igualdade de oportunidades, a esta feição - exigência do pluralismo que caracteriza o *ethos* de uma sociedade que se pretende democrática; outrossim, não se encontra indene ao controle jurisdicional, consoante se verá alhures; posição diversa, aliás, transmudaria a legitimidade ministerial em arbitrária.

Por derradeiro, há que ser mencionado que a legitimação parquetária recebeu idêntica classificação no Código Modelo de Processo Coletivo Ibero-Americano.¹³⁰⁻¹³¹

3.5 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA MISSÃO INSTITUCIONAL DO ÓRGÃO-AGENTE NA DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS REFLEXOS NA DEFESA MEDIATA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A princípio, convém gizar, a Ação Civil Pública está inserida no rol das garantias constitucionais aos Direitos Fundamentais, ao lado dos demais remédios arrolados nos artigos 5º e 8º da Constituição da República Federativa do Brasil e das ações para o controle concentrado da constitucionalidade das leis.

¹³⁰Conforme se estabelece pela leitura combinada dos artigos 1º e incisos e 3º, III, *verbis*: Art. 1o. Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe. Art. 3o. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:(...)III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

¹³¹As questões da representação adequada, da prevalência do interesse comum sobre o particular e da utilidade da tutela coletiva no caso em concreto serão apreciadas ao depois, no capítulo que tratará da colmatação do uso abusivo das ações coletivas.

A afirmativa encontra respaldo na determinação constitucional que o Ministério Público promova a referida ação para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses *difusos* e coletivos, *ex vi* do artigo 129, III.

No decorrer do presente estudo, pensa-se ter demonstrado que o norte do agir ministerial, quando, via reflexa, atinge direitos individuais homogêneos, está no cumprimento de seu papel no Estado democrático de direito, enquanto guardião da sua implementação e preservação.

Nesse passo, como já acentuado inúmeras vezes, substitui os titulares do Poder Estatal, objetivando a proteção da dimensão jurídico-objetiva de tais direitos, que placita um agir ou um abster aos Poderes Constituídos, aos serviços de relevância pública e aos particulares, para a efetividade da positivação dos direitos fundamentais encartados no Documento Maior.

Como igualmente sublinhado, o interesse propalado pelo Órgão-Agente é subjetivamente *difuso*, na medida em que pertence a todos os titulares do Poder e a cada um de seus membros, concomitantemente.

Nessa medida, em preconizando o Legislador Constituinte que a Ação Civil Pública é instrumento hábil para a defesa de *outros interesses difusos* e coletivos, que não os expressamente consignados, encampa, também, o interesse difuso que decorre da própria decisão político-fundamental, consolidadora da missão ministerial que ora se busca ver aclarada.

Diante da indissociabilidade das dimensões dos direitos fundamentais, o órgão ministerial, como já se viu, ao defender *diretamente* o interesse difuso que se concentra na proteção da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, defende, *mediatamente*, a dimensão subjetiva dos mesmos direitos.

Assim, uma questão de enfoque, a Ação Civil Pública, será instrumento de defesa *mediata* dos direitos individuais homogêneos ao mesmo tempo em que, atendendo à interpretação sistemática da Carta Maior, instrumentaliza o agir ministerial para o cumprimento de suas

funções institucionais.

Digno de nota que o instrumento pode ser utilizado com caráter preventivo¹³² ou repressivo, o que desnuda sem pudor que a mera iminência de malferimento das diretivas impostas pela dimensão jurídico-positiva dos direitos fundamentais (verbalizadas pelas eficácias irradiante, dirigente e vinculante, combinada ou isoladamente, dependendo do caso em concreto) funciona como fator idôneo de ignição do pronunciamento judicial¹³³.

A polêmica do desvirtuamento da ação civil pública como *sucedâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade* será estudada ao ensejo da sedimentação da legitimidade ministerial no âmbito do direito tributário, por uma questão didática, uma vez que tal objeção é recorrente naquela seara.

Destarte, ao manejar o instrumento, o Ministério Público e os demais extraordinariamente legitimados¹³⁴ estarão trazendo à tona a

¹³²Neste sentido, estamos revendo a posição anterior, adotada em nosso *O MP na Defesa dos Individuais Homogêneos*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 95

¹³³Situando a questão à luz do Código de Defesa do Consumidor, vale salientar que a possibilidade da tutela preventiva pode ser depreendida da leitura do artigo 29, *verbis*: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, sobre o tema, assim se pronuncia: “Como já referido, no conceito do art. 29, basta a mera exposição da pessoa às práticas comerciais ou contratuais para que se esteja diante de um consumidor a merecer cobertura do Código. (...) Um tal conceito é importante, notadamente para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas. O implementador - aí se incluindo o Juiz e o Ministério Público - não deve esperar o exaurimento da relação de consumo, para, só então atuar. Exatamente por que estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso, é mais econômico e justo evitar que o gravame venha a se materializar.” *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 147. Ademais, há que se pontuar que a tutela preventiva vem prescrita como direito básico do consumidor, conforme art. 6º, incisos VI e VII, a seguir transcritos: VI- a efetiva PREVENÇÃO e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos; VII- o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à PREVENÇÃO ou reparação de danos difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;”

¹³⁴Kazuo Watanabe sustenta que as associações têm legitimidade ordinária para a defesa de interesses coletivos e difusos, *in* Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: Legitimação para Agir, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 34, p.197-206. Veja-se os seguintes excertos: “ A penetração no âmago da associação, criada com o fim institucional de promover a defesa de algum interesse difuso, deixará evidente que a pessoa jurídica é um mero instrumento para a veiculação dos interesses dos próprios associados (...) A pessoa jurídica é, em suma, uma transparência, uma visibilidade, um veículo apenas, e seu objetivo estatutário é o dos próprios membros(...) Os interesses e objetivos dos associados são os mesmos da associação e presença desta em Juízo, tal como ocorre nos casos em que o sistema jurídico se vale da técnica da veiculação dos direitos e interesses por meio de entes não-personificados, equivale à presença de todos os seus membros, e até de outros co-titulares dos direitos e interesses indivisíveis. Tem-se, aí, o que Cappelletti denomina *parte ideológica*. A associação, que evidentemente, poderá ter interesses e direitos próprios em relação a seus bens, quanto aos fins estatutários age pelos interesses de um grupo ou de uma categoria ou mesmo de uma coletividade inteira, ideologicamente representados. A legitimidade da associação, portanto, é ordinária, e não extraordinária.”

bidimensionalidade dos direitos fundamentais, com a peculiaridade de que o agir ministerial estará *sempre e inarredavelmente* focado na defesa *mediata* da *dimensão jurídico-objetiva* e *mediata da dimensão subjetiva*, equação não peremptória para os co-substitutos processuais.

No que concerne à Ação Civil Pública enquanto instrumento para a defesa *mediata* dos interesses individuais homogêneos, compatível com o enfoque que se lhe emprestou neste ensaio, as palavras do eminente Rui Luiz Burim, nos estudos preludiais da Lei 7.347/85:

É evidente que a lei nova, trazendo uma atribuição nova, através da ação civil pública, reforça o entendimento de que o promotor é o advogado do povo. Sem dúvida será preocupação importantíssima, a partir de agora, muito mais que até agora, fazer com que este promotor do povo atraia a confiança do povo, para que o povo vá até ele e ofereça a reclamação.(...) ¹³⁵

A figura do "Advogado **do** Povo" denota, *de per se*, a estirpe de interesses que são agitados pela atuação ministerial. Se estão fusionados a outros, ou se lhes contêm, por uma inerência sistêmica, a proteção alcançada a estes últimos não deve assumir papel-centro, olvidando-se a que lhes sobrepuja.

Diante da fisionomia da Ação Civil Pública, enquanto instrumento concorrentemente adequado para garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil, alguns temperamentos hão de ser feitos à Lei 9.494/97, que modificou os limites subjetivos da coisa julgada do remédio, transmudando-a de *erga omnes*, para "*erga omnes*, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova" (Nova redação do artigo 16 LACP).

A inserção da locução limitativa antes grifada padece de inconstitucionalidade¹³⁶.

A interpolação, a um só tempo, infringe o princípio político-

¹³⁵Revista do MP/RS, Porto Alegre, Ed. Especial, 1986, p. 60 [*in debates à conferência de Hugro Nigro Mazzili, constante nestes anais*]

¹³⁶ e pode ser inserida na segunda onda de mitigação das garantias constitucionais e, reflexamente, dos direitos fundamentais que estariam aptas a instrumentalizar (mitigação por lei infraconstitucional, em sentido formal e material).

constitucional que estrutura o Estado brasileiro como Estado democrático de direito, e malfeire o princípio da reserva da lei, consoante se verá.

Os estudiosos dos Direitos Fundamentais asseguram que a divisão dos Poderes é a mais efetiva das suas garantias.

No Brasil, ante a introdução do sistema proporcional para a escolha dos representantes do povo, a força política da Casa Legislativa de representação popular está repleta de mandatários da região nordeste, mais numerosa em Estados, em detrimento da su-sudeste, tradicionalmente mais politizada e, por isso, contestadora do *status quo*.

Esta realidade favorece a usurpação da função legislativa pelo Poder Executivo, como está a demonstrar a regulação maciça das relações sociais por meio de medidas provisórias, com a conseqüente ampliação do terreno para normatizações casuísticas, e em muito contrapostas ao interesse público.

Assim, medidas provisórias que, em tese, só poderiam ser editadas mediante comprovada relevância e urgência da matéria, são exaradas diuturnamente, sob o manto da discricionariedade presidencial na avaliação do binômio.

Antes da Emenda Constitucional n.º 32/2001, que deu nova redação ao artigo 62 do Texto Maior, sensível aos abusos cometidos diante da maior flexibilidade do texto originário, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão em enfoque, firmou que haverá idoneidade na reedição¹³⁷, realizada dentro do prazo de vigência do ato quase-legislativo de natureza cautelar, sempre que, por mora legislativa, a medida não tenha sido objeto de apreciação no termo fixado pelo Legislador Constituinte, tendo em vista o perigo que o vazio legislativo possa trazer às relações sociais, erigidas a jurídicas, por meio do instrumento legislativo vulgarizado, mas que deveria ser excepcional.

A pergunta é, por que há mora legislativa?

A Lei em comento teve nascedouro na medida provisória 1.570/97 que, nascida com três artigos, teve sustado, provisoriamente, o seu

artigo segundo em liminar concedida em Ação Direita de Inconstitucionalidade¹³⁸ e seu artigo primeiro enfocado numa Ação Direta de Constitucionalidade¹³⁹. O terceiro, tornado segundo em vista da suspensão noticiada, introduziu a modificação legislativa que enfeixa a limitação à coisa julgada na Ação Civil Pública, como sobredito.

A sistemática dos limites subjetivos da coisa julgada implementada pela Lei 7.347/85 sofreu remodelação pelo código Consumerista¹⁴⁰, tendo em vista a reciprocidade que os enlaça¹⁴¹, conforme a nova redação do artigo 21 da LACP por aquele introduzida.

Em verdade, consoante já se aduziu, no âmbito do processo coletivo, o Código Consumerista constitui-se no instrumento-fonte, vez que estabelece os contornos dos institutos que lhe são caros, tratando-os sistematicamente.

Nem se diga que o regramento seja estanque à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, tomando-se a especificação da epígrafe do Capítulo II do Título III da Lei 8078/90 pelo todo, vez que tal interpretação esbarra na sistematicidade orgânica da Lei 8078/90 no que concerne ao traquejo dos institutos do processo coletivo.

Neste ensejo, vale colacionar a opinião esboçada por Mendes¹⁴², ao perfilar o estudo das regras de competência do CDC em cotejo com as havidas na Lei da Ação Civil Pública:

(...)Embora inserido no capítulo atinente às “ações coletivas em defesa dos interesses individuais homogêneos”, o

¹³⁷Tribunal Pleno, ADI-MC 1610/UF, Relator Ministro Sydney Sanches, j. 28/05/97, DJ 21/11/97, p. 63948

¹³⁸ADIN 1576-1, Relator Ministro Marco Aurélio, apreciação da liminar em 16/04/97

¹³⁹ADC n.º 4, Relator Min. Sydney Sanches, cuja liminar, apreciada em 11/02/98, DJ 13/02/98, tem o seguinte teor: “O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia o medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam. Votou o Presidente.”

¹⁴⁰Desta feita, estamos revendo, in totum, a posição adotada em nosso *O MP na Defesa dos Individuais Homogêneos*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 97/99

¹⁴¹neste sentido, v.g., José Marcelo Menezes Vigliar, in A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a Nova Disciplina da Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Inconstitucionalidade, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 745, p. 67-72, p. 69

¹⁴²*As Ações Coletivas...*, p. 213/232

artigo 93 do CDC rege todo e qualquer processo coletivo, estendendo-se às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não há como não utilizar aqui, o método integrativo, destinado ao preenchimento da lacuna da lei, tanto pela interpretação extensiva (extensiva do significado da norma) como pela analogia (extensiva da intenção do legislador).

(...)É necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o artigo 93 do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos para a tutela de interesses difusos e coletivos a competência nacional ou regional ficaria fora do alcance da lei. O absurdo do resultado desta posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo do ordenamento.

A Ação Civil Pública, em seu nascedouro, restou circunscrita¹⁴³ à tutela dos interesses essencialmente coletivos (coletivos em sentido restrito e difusos¹⁴⁴) nela encampados. O incremento internado pela Lei 8.078/90, em externalizando a dimensão jurídico-objetiva e, portanto, subjetivamente difusa dos direitos do consumidor como exteriorização da dignidade da pessoa humana no mercado, inaugurou instrumental para a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos ao lado do aprimoramento do acervo destinado à defesa dos direitos incindíveis¹⁴⁵.

A explicitação do cabimento da tutela dos interesses coletivos em sentido restrito, pela Lei da Ação Civil Pública, ultimada pela dicção do Código Consumerista (artigo 117), visou ceifar improducentes controvérsias quanto à incompreensão daqueles e dos difusos como integrantes de uma mesma categoria (a dos essencialmente coletivos). A par disso, dando corpo à complexidade que encerra a transindividualidade

¹⁴³Em face do veto ao inciso IV do artigo 1º, que traduzia a vocação do instrumento ao habilitá-lo para a tutela coletiva de qualquer direito ou interesse coletivo ou difuso

¹⁴⁴ expressão esta criticada por Galeno Lacerda, que, por ser diáfana, não bem explicitava que, em verdade, a Lei 7.347/85 instrumentaliza a proteção dos interesses fundamentais da sociedade, ponto de tangenciamento com a proposta deste ensaio, *in ob. cit.*, p. 13. Veja-se: “Adianta que não gosto desta expressão. Ela está consagrada na doutrina, está consagrada na doutrina em vários textos, mas não me agrada, porque eu acho muito vaga, muito vago este adjetivo “difuso”. Muito vago e inexpressivo. Que tipo de direitos seriam estes? Direitos sem conteúdo, diáfanos. E na verdade nós estamos em presença de direitos fundamentais do homem enquanto pessoa em sociedade, enquanto membro de uma comunidade que pode ser agredida a todo e qualquer momento pela poluição, pelos atentados à ecologia, agressões contra o consumidor, uma preocupação muito importante da nova lei. Esses interesses não são difusos, são interesses fundamentais, interesses eminentemente concretos, muito mais importantes que os direitos subjetivos individuais.” [*Ação Civil Pública*, in Revista do Ministério Público do RS, Edição Especial, 1986, p. 13.

¹⁴⁵ Acerca da diferença entre defesa coletiva de direitos individuais e defesa de direitos coletivos, veja-se a

inerente ao processo coletivo, despertou a inerte vocação do documento também para a tutela dos individuais homogêneos¹⁴⁶.

De outra banda, corrigiu-se o equívoco inicial em pretender dar à ação civil pública amarras temáticas, placitando-a como instrumento hábil à tutela coletiva de quaisquer direitos transindividuais, observada a relevância social no exame aporético.

Renova-se que na Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público, a defesa coletiva da esfera subjetiva dos interesses de titulares identificáveis (coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), só caberá porque mediata, em decorrência da impossibilidade de incisar a bidimensionalidade do direitos fundamentais; inobstante, não descuidará o Órgão do seu objetivo primeiro, a proteção da eficácia da dimensão objetiva, enquanto vontade geral da qual emana a relevância social da tutela coletiva, *locus* da legitimidade de seu agir.

Assim, bem se vê, desponta assistemático aduzir que o artigo 103 do Diploma Consumerista trataria exclusivamente da coisa julgada nas *ações coletivas* nele previstas, de modo que o seu transporte dialógico para a seara da Ação Civil Pública desponta natural.

Contudo, há que se ponderar que o artigo em exame (103, CDC) padece de atecnia e inconsistência sistêmica ao estabelecer, em seu inciso III¹⁴⁷, eficácia *erga omnes secundum eventum litis* em sua acepção absoluta, vez que só incidente em caso de procedência do pedido, inaugurando *discrimen* irrazoável no manejo do instituto.

À guisa de compreensão da crítica proposta, cumpre inicialmente coligir, em sumário esboço, a nomenclatura que acerca o fenômeno da coisa julgada, apartando terminologicamente eficácia e efeitos.

A eficácia da coisa julgada pode ser compreendida como a potencialidade do conteúdo da sentença, como algo que lhe é intrínseco

sempre esclarecedora lição de Teori Zavaski, no artigo multicitado neste trabalho

¹⁴⁶Nem se diga que tal interpretação estaria equivocada em se considerando a menção, no artigo 117 do CDC, apenas a direitos individuais, sem a adjetivação homogêneos. Isto porque, como já foi cansativamente referido, os interesses individuais homogêneos, enquanto acidentalmente coletivos (acidente de coletivização instrumental) permanecem essencialmente individuais.

¹⁴⁷Que disciplina a matéria na seara dos individuais homogêneos

(interno), e que se exterioriza por meio de seus efeitos, descortinando os limites objetivos (matéria decidida) e subjetivos (aqueles que estão submetidos à autoridade da coisa julgada) da decisão qualificada pela imutabilidade¹⁴⁸.

A objeção à redação do artigo 103, III, CDC desdobra-se em dois argumentos principais.

Primo, porquanto a eficácia *erga omnes* do julgado está tecnicamente adstrita aos direitos fundamentais subjetivamente difusos em suas duas dimensões (jurídico-subjetiva e objetiva), porquanto é o valor em si (interesse subjetivamente difuso, que pertence a cada um e simultaneamente a todos os cidadãos¹⁴⁹) que está sob proteção¹⁵⁰. A coisa julgada na defesa dos interesses coletivos em sentido restrito não tem a mesma latitude: os efeitos do julgado operam *ultra partes* (tecnicamente correta a dicção do artigo 103, II, CDC), porque a eficácia alcança os titulares da dimensão subjetiva presentes e ausentes¹⁵¹, salvo no caso de improcedência por falta de provas e do constante no § 1º do mesmo artigo. Num esforço semântico, pode-se entendê-la como *erga*

¹⁴⁸Não se tratará neste estudo da intrincada questão da relativização da coisa julgada, tema que tem redobrado fôlego para diversos escritos e exorbita das cercanias metodológicas do problema em abordagem. Contudo, podemos sinalar nossa posição favorável ao fenômeno quando e na medida em que, excepcionalissimamente, o julgado constraste materialmente com a Constituição ou com a sua idéia reguladora antecedente. Ademais, concordamos inteiramente com o Professor de todos nós, Sérgio Gilberto Porto, quando diz, parafraseando Canotilho, que a relativização da coisa julgada dever-se-á dar em estrita consonância com Documento Maior, em respeito à sua configuração (da coisa julgada) como um dos “conceitos fundamentais de estabilidade e previsibilidade na convivência jurídica”, não sendo possível admitir a sua singela desconsideração e simultâneo rejuízo, sob pena de configuração de arbítrio, sendo necessária a prévia desconstituição da *res judicata* e, ao depois, a submissão do conflito à nova apreciação. (*Segurança Jurídica dos Atos Jurisdicionais e Relativização da Coisa Julgada*, inédito)

¹⁴⁹Aqui empregado no sentido de ter direitos intangíveis (acepção ampla) e não como a potencialidade de aquisição e exercício de direitos políticos pelos nacionais (acepção restrita)

¹⁵⁰Insta registrar que, dada a bidimensionalidade dos direitos fundamentais, mesmo os interesses subjetivamente difusos não ignoram a perspectiva subjetiva. Contudo, no mais das vezes o objeto da ação não contempla espaço para titulações subjetivas, porquanto restringem-se a faceres ou non faceres ou a condenações para fundos de natureza coletiva, vinculados à proteção ambiental. Sem embargo, se o pedido, para além do predito, contemplasse uma condenação genérica para todos os lesados pelo dano ambiental verificado, a eficácia da sentença que protege o valor em si (a salubridade do meio ambiente) contemplaria uma eficácia objetiva, que atine à proteção da dimensão jurídico-positiva (direito fundamental como normatividade) ao mesmo tempo em que encerraria uma potencialidade(eficácia) subjetiva (embora absolutamente indeterminada na fase da *cognitio*), gerando a titulação para a execução de pretensão singular, por meio de prévia habilitação na fase executória, individualmente e a tempo e modo.

¹⁵¹Veja-se o caso das ações coletivas ajuizadas por Sindicatos: estarão submetidos aos efeitos da coisa julgada não só os representados pelo ente sindical, mas todos os membros da categoria atingida.

*omnes*¹⁵² nos limites da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais em causa.

Idêntico tratamento, ao parecer, merece a coisa julgada na defesa coletiva dos individuais homogêneos, posto que a esfera subjetiva – a exemplo dos coletivos *stricto sensu* -- é determinável, o autor ideológico está qualificado para o encargo (o que torna a decisão sobre a pretensão deduzida em juízo idônea para vincular todos os possíveis integrantes do grupo acidentalmente formado¹⁵³, presentes ou ausentes), a divisibilidade da esfera subjetiva poderá ser competentemente defendida na fase executória.

Não obstante, merece assento -- com fulcro na bidimensionalidade versada por Canotilho - que na *cognitio* deve prevalecer a unitariedade do tratamento da esfera objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, o Estado-Juiz deve dizer de maneira coesa, útil e econômica se a lesão existiu, impondo a condenação genérica, hipótese mais comum; ou, em atendendo os limites objetivos da postulação (que pode ter cunho inibitório, numa visão mais ativa, alicerçada na prevenção, ter índole cautelar, *v.g.*), dar o direcionamento requerido, podendo-se falar, neste diapasão, em “eficácia objetiva”¹⁵⁴ do julgado, correlata à proteção da dimensão jurídico-objetiva, ao direito fundamental enquanto normatividade. Se o pedido da ação coletiva for improcedente, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão os direitos¹⁵⁵ dos titulares da dimensão subjetiva dos interesses postos em causa (por simetria ao artigo 103, § 1º) e, em caso de falta de provas, a ação poderá ser proposta por qualquer dos legitimados.

Em reforço, ensina Ada Pellegrini Grinover que na ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, “(...) o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo nas ações coletivas na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de

¹⁵² dicção do artigo 16 LACP

¹⁵³ muito embora não seja conhecido em sua extensão subjetiva, na fase da *cognitio*

¹⁵⁴ Locução da lavra e responsabilidade da ensaísta, que não se confunde com os efeitos

¹⁵⁵ já adquiridos

fazer ou não fazer, enquanto as ações pessoais tendem ao ressarcimento pessoal".¹⁵⁶

Neste diapasão, na tutela coletiva dos individuais homogêneos¹⁵⁷ a "eficácia subjetiva"¹⁵⁸ da coisa julgada tem espaço na fase executiva, âmbito do exercício das pretensões individuais certificadas genericamente na *cognitio*.

Secundo, porquanto a eficácia da coisa julgada *secundum eventum litis* absoluta é criticada por doutrinadores de escol, como Cappelletti¹⁵⁹, por ser contraproducente (não evita a reprodução processual do caso, inobstante já decidido no âmbito da tutela coletiva contrariamente ao defendido pelo autor ideológico), incompatível com os fins da representação adequada¹⁶⁰ e precursora de situação antiisonômica, impondo à contraparte do legitimado extraordinário a sujeição a novos processos.

Evidente que houve hipervalorização da proteção à orla jurídico-subjetiva dos membros ausentes que, em caso de improcedência (por qualquer fundamento), poderão ajuizar as ações individuais que entenderem cabíveis (§ 2º do artigo 103, CDC).

Corolariamente e em tese¹⁶¹, entendeu o legislador ordinário em mitigar a utilidade bilateral do processo coletivo, posto que o demandado na ação para a defesa coletiva de individuais homogêneos terá que se sujeitar, em caso de improcedência, mesmo com o exame meritório, a novas demandas a serem propostas pelos membros ausentes, individualmente. Pragmaticamente, contudo, a utilidade pretensamente relativizada mostrar-se-á hígida, posto que o julgado terá efeito dissuasório sobre novas demandas; aqueles que permanecerem resolutos

¹⁵⁶ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6ªed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 830

¹⁵⁷ E também dos essencialmente coletivos

¹⁵⁸ Locução sob a responsabilidade da ensaísta

¹⁵⁹ Conforme MENDES, "As Ações Coletivas...", p. 105/106

¹⁶⁰ Os contornos da idéia de representação adequada serão ao depois vistos, ao exame do controle jurisdicional da legitimação ministerial

¹⁶¹ MENDES, "As Ações Coletivas...", p. 263/264, entende que tal diferenciação é irrazoável, malferindo o princípio da isonomia

terão de enfrentar o poderio técnico-econômico daqueles contra os quais irão litigar, quedando-se, no mais das vezes, sucumbentes.

Contudo, é pela irrazoável contraproducência no tocante ao acesso material à jurisdição que a coisa julgada, assim equacionada, não atende os preceitos que norteiam o escopo do processo coletivo, devendo-se estender, numa leitura consoante, o tratamento verbalizado no inciso II do artigo 103 para os individuais homogêneos, o que nos remete para a higidez do artigo 16, da LACP, em sua redação original¹⁶², porque compatível com os vetores estruturantes do processo coletivo, concebidos no CDC¹⁶³.

Assim, abertos os umbrais de pesquisa ao âmago do instrumento, no âmbito da proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a sentença da Ação Civil Pública tem, quer pela dicção singular do art. 16, da retrocitada lei, quer pela sua combinação com o art. 103, II do CDC, eficácia *erga omnes* (mas, no que concerne à dimensão subjetiva, incide nos limites da configuração dos interesses postos em juízo).

Pois bem.

O Executivo, no bojo da referida medida provisória, posteriormente convertida na Lei 9494/97, reduziu tal eficácia, ao torná-la estanque à esfera da competência territorial do órgão prolator¹⁶⁴.

¹⁶²Erga omnes, mas entendida sob duas nuances (para os coletivos estrito senso e individuais homogêneos): a) nos limites da configuração subjetiva dos potenciais titulares das pretensões exigíveis na fase executória (“eficácia subjetiva”) e b) erga omnes, propriamente dita, no que concerne à proteção da dimensão jurídico-objetiva do direito fundamental em causa, titulando mediata e genericamente pretensões que poderão, mediante prévia qualificação, ser exercidas na fase executória, mas impondo ações ou omissões aos destinatários do ato sentencial, desde logo e independentemente da volição dos titulares das pretensões divisíveis e disponíveis, em regra (“eficácia objetiva”).

¹⁶³Neste passo, discordamos, *data maxima venia*, do aludido por MENDES, “As Ações Coletivas...”, p. 264, no sentido da revogação do artigo 16 da LACP pelo artigo 103 do CDC, aos auspícios do artigo 2º, § 1º, parte final LICC. Se é bem verdade que o regramento instrumental introduzido pelo CDC não se circunscreve ao terreno das ações coletivas da seara consumerista, não menos verdadeiro é que o artigo 117 do CDC determinou a sua incidência à LACP, naquilo que fosse cabível, donde se deduz que os institutos por ela regulados, dentre os quais os efeitos da coisa julgada, permaneceriam sem retoques, salvo se tivessem dicção mais restritiva que a do novel instrumento, o que não se verifica, sendo mais um argumento em reforço da higidez técnico-sistemática da redação original do artigo 16 da LACP.

¹⁶⁴MENDES, “As Ações Coletivas...”, p. 264, menciona que o texto em questão sofreu outra remodelação restritiva por meio de sucessivas medidas provisórias, passando os efeitos da coisa julgada a vincular apenas os substituídos que tivessem, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do prolator. Contudo, consoante consulta ao site da Presidência da República, http://www.presidencia republica.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm, em 21/06/2006, a redação do artigo 16 da LACP continua sendo a determinado pela Lei 9494/97, *verbis*: Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada

É bem verdade que cabe à lei federal regular matéria processual e que a coisa julgada faz parte desta seara. Mas, como visto, a discricionariedade legislativa não é ilimitada, mas refratária dos princípios político e jurídico-constitucionais e dos princípios-garantia.

Uma análise pragmática revela que a inovação legislativa, reflexamente, interfere nas atribuições ministeriais, fazendo com que seja necessária uma porção de Ações Civis Públicas, para o efeito que uma única ação desta estirpe produzia antes.

Assim, enquanto anteriormente um único Agente Ministerial poderia propor a Ação Civil Pública, cuja sentença, enquanto comando concreto, poder-se-ia impor a todos, agora, ante a prisão ao aspecto territorial, são necessários inúmeros Agentes, tantos quanto suficiente para o atingimento do mesmo efeito prático, qual seja, a universalização do efeito da coisa julgada material.

Assim, introduzindo a nova lei redução das atribuições ministeriais, está maculada pela inconstitucionalidade formal, vez que tal só se poderia dar através de Lei Complementar, seja da União, seja dos Estados, na forma preconizada pelo artigo 128, § 5º, da Carta Constitucional de 1988.

Nesta esteira, valorosas as palavras de Cândido Alfredo da Silva Leal Júnior:

A restrição que o art.2º da MP 1570-3/97 traz à legitimidade do Ministério Público Federal (e à competência deste Juízo) é inconstitucional frente ao que dispõe o art. 128-§ 5º e o art. 129-III da CF/88. A inconstitucionalidade decorre de que as atribuições do Ministério Público Federal, no tocante ao ajuizamento de ação civil pública, têm previsão constitucional (art. 129, III), sendo que a organização e distribuição destas atribuições entre os Membros da instituição é matéria que somente pode ser tratada por lei complementar (art. 128-§5º da CF/88). Desta forma, não poderia a medida provisória (MP 1.570-3/97) limitar a competência territorial para conhecimento de ação civil pública porque estaria, de forma indireta e em afronta ao texto constitucional, restringindo a esfera de atribuições dos Membros

erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. [\(Redação dada pela Lei n.º 9.494, de 10.9.1997\)](#). As alterações mencionadas por MENDES não constam no texto compilado da norma (Lei 7347/85), sendo que a MP 2180-33 e suas sucessivas reedições não placitam qualquer modificação à redação do artigo 16 da LACP, mas aos artigos 1º e 2º da mesma Lei, conforme artigo 6º da referida medida provisória, o que será tratado ao depois.

do Ministério Público Federal através de atos sem a necessária força normativa (medida provisória não é a lei complementar exigida no § 5º do art. 128 da CF/88).¹⁶⁵

Ademais, a alteração legislativa infringe o Estado democrático de direito, na medida em que mitiga uma das garantias constitucionais postas à defesa dos direitos fundamentais, fazendo eclodir a sua inconstitucionalidade material.

Este o ponto nodal.

Ao forçar a pulverização de ações, reedita o colapso na segurança jurídica, em vista da inevitável contraditoriedade que haverá de cercar as inúmeras decisões judiciais em relação à mesma problemática.

Neste norte, impressiona como possa a Lei em referência ignorar completamente a proteção à coisa julgada, um dos princípios-garantia arrolados na Carta de Direitos Fundamentais positivada no Documento Maior, na medida em que faz desabrochar hipótese em que, inobstante a identidade de partes, objeto e causa de pedir, um juiz possa julgar questão anteriormente decidida por outro, no mesmo sentido, contrariamente, ou criando posição eclética.

Novamente é de alvitre trazer à baila que os preceitos do processo civil tradicional não são adequados para o bom equacionamento da celeuma.

Assim, mesmo a objeção da divergência de autores ideológicos em cada uma das demandas coletivas não procede como argumento contrastante à litispendência¹⁶⁶ e à coisa julgada entre ações coletivas, vez que a tendência é considerar-se tal questão de somenos, já que é caso de legitimação extraordinária, devendo o tema ser solvido pelo exame do alcance da dimensão subjetiva em causa, verificando-se se a demanda limita-se a atingir um grupo acidentalmente formado, um grupamento onde seus componentes tenham entre si um vínculo comum

¹⁶⁵ Juiz Federal da 5ª Vara Federal de Porto Alegre, liminar na ACP 97.0012192-5-RS, exarada em 11/07/97.

¹⁶⁶ Acerca da litispendência, há que ser referida a crítica ferrenha de MENDES, “As Ações Coletivas...”, p. 261, ao artigo 104, CDC. Após dizê-lo cabível apenas nas hipóteses dos individuais homogêneos, lamenta a omissão quanto a um dos critérios de vinculação do indivíduo ao processo coletivo, admitindo ações individuais a ele simultâneas, deixando de priorizar a tutela coletiva como critério de acesso racional à jurisdição, minando o seu escopo. A questão foi revista no Anteprojeto de Código Brasileiro de Tutela Coletiva, artigo 33, parágrafos 1º,

ou uma coletividade difusamente considerada.

No caso do Órgão-Agente, dada a unidade e a indivisibilidade que lhe são inerentes, verifica-se que a questão toma maior assento, agredindo o bom senso.

Enfraquecendo-se a garantia, dissolve-se a efetividade dos direitos fundamentais, corrompendo-se o pilar maestral da democracia substancial.

Ainda, numa visão macro, não é de todo desassisado ponderar que houve, corolariamente, ingerência ao princípio do juiz natural, na medida em que as regras de competência receberam alteração casuística e sem qualquer razoabilidade constitucional, alterando aquilo que o fenômeno da recepção de leis ordinárias pela Constituição (dentre as quais, a Lei 7.347/85, e seu artigo 16), havia assentado.

Ademais, considerando que todos os juízes estão investidos na jurisdição, una e indivisível, os critérios de competência não a mitigam se a preservarem como externalidade autêntica do poder soberano, mas a organizam funcionalmente a fim de otimizar o acesso daqueles que a buscam. Neste passo, as limitações introduzidas no artigo 16 da LACP, por não buscarem atingir a excelência, mas por restringirem o espectro de incidência normativo-pragmática da sentença a ser proferida em processo coletivo, de exponencial relevância social, falece por inconstitucionalidade, por agredir frontalmente o princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁶⁷, que não pode ser mitigado por recursos escusos.

Nem se diga que a lacuna estaria suprida pelo princípio da federação¹⁶⁸, vez que a eficácia *erga omnes* da sentença exarada em ação civil pública não o desafia. A Federação só pode sobreviver conforme os primados fundamentais assentados pelo Poder Constituinte Originário; a eficácia *erga omnes* do remédio constitucional, assim como ocorre com a Ação Popular, está a serviço deste molde e a questão se resolve

2º e 3º.

¹⁶⁷Com reflexos sobre o princípio do juiz natural

¹⁶⁸Galeno Lacerda preocupa-se com a questão da compatibilização da eficácia *erga omnes* e o princípio federativo, consoante expõe in Rev. do MP-RS, Ed. Especial, 1986, p. 28/29

sistematicamente à luz do artigo 93 do CDC.

Esta é a visão, *s.m.j.*

Em posição diametralmente oposta à defendida neste estudo, *v.g.*, a interpretação que verte do caso colacionado por Justino Adriano Farias da Silva¹⁶⁹.

¹⁶⁹Ação Civil Pública - Interesses Individuais Homogêneos, Revista de Processo, n. 31, p. 330-343, out.-dez.1996: (...)I- Das alegações da inicial.1) O Ministério Público estadual, representado por um de seus membros, afora a presente ação civil pública contra a CESA, alegando que, contrariando a legislação em vigor, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, vem ela comercializando sobras de produtos armazenados em seus depósitos localizados no interior do Estado.2) Alega que relatório circunstanciado do egrégio Tribunal de Contas do Estado apontou irregularidades no procedimento adotado pela empresa, especialmente no que diz respeito à referida comercialização, já que a mesma não pode ser objeto de suas atividades, lesando, com isso, os interesses legítimos de seus depositantes.3) Inicialmente apoia-se em vários juristas integrantes do Ministério Público brasileiro para mostrar a legitimidade do Parquet para a propositura de ações como a presente. O fundamento é o tal interesse individual homogêneo, instituto ou concepção nova trazida pelo Código de Defesa do Consumidor.4) (...) 5) (...) alinha suas pretensões que consistem na proibição de novas comercializações da sobras pela Requerida, bem como a condenação da Companhia a ressarcir os danos sofridos pelos depositantes que façam jus a distribuição de sobras, de forma genérica, nos termos do art. 95 desse Código tão preferido.(...)II- Da ilegitimidade ativa do Ministério Público.1) O caso presente não trata de interesses difusos e nem de direitos individuais indisponíveis, razão pela qual o Ministério Público é parte ilegítima ativa para propor a demanda. Nem se argumente que, no caso presente, a situação é de postulação de interesses individuais homogêneos. Miguel Reale, em parecer a que alude Ada Pellegrini Grinover, tratando da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, a única hipótese que se poderia cogitar no caso presente, afirma: “O que, porém, não tem cabimento é a extensão da ação civil pública à proteção de direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Além de não se entender bem o que venha a ser origem comum, não há dúvidas que, em se tratando de direitos individuais (ou, por outras palavras, de direitos subjetivos) não assiste ao Ministério Público competência para substituir os indivíduos na defesa de seus direitos, numa totalização da ação civil pública incompatível com o princípio da autonomia individual. Se um consumidor entende estar lesado em seu direito individual homogêneo, a ele cabe defendê-lo em juízo, dispensada a ação tutelar do Ministério Público, o que se revela, repito, a inconstitucionalidade do art. 117 do CDC ao ampliar a competência do Ministério Público, no concernente à propositura de ação pública civil”. O argumento do mestre firma-se no fato de que, pela Lei Maior, é atribuído ao Ministério Público a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127) e direitos difusos e coletivos (art. 129, In. III), não podendo, por óbvio, legislação infraconstitucional ampliar a competência ditada pelo comando maior.2)(...)Cada vez são mais frequentes as ações infundadas propostas pelo Ministério Público, sob o manto da proteção dos interesses coletivos. Rogério Lauria Tucci, tratando da ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público, afirma que esse comportamento “parece pretender transformar o importante instituto jurídico processual em referência, numa autêntica ‘panacéia geral para toda e qualquer situação’. Realmente, diz ele, “as diversificadas atuações dos membros do Parquet, tanto no plano federal, como no estadual chegando a formular pedidos juridicamente impossíveis, a substituir, sem legitimidade, entidades de classe, e a agir sem o imprescindível interesse processual, têm, segundo entendemos, extravasado, consideravelmente, os limites estabelecidos na legislação em vigor, de sorte a tornar a ação em estudo inadequada ao escopo perseguido pelo demandante”. Um acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 12.12.1991, coligido por esse autor, em apêndice a seu trabalho, bem demonstra as firmações. Dito acórdão proclamou a ilegitimidade para a causa do Ministério Público Estadual, a intentar a tutela de interesses, ditos difusos, de alunos e/ou seus genitores ou responsáveis, no tocante à majoração de preços de serviços prestados por estabelecimentos de ensino. Disse o Des. Cunha de Abreu, relator do recurso, que a afirmação de que os interesses em jogo serem “efetivamente difusos, na medida em que não se restringem à esfera de interesses de número finito de indivíduos, senão a toda a coletividade, alcançada pelo resultado a ser ditado, não se sabendo bem quais os segmentos desta coletividade”, esbarra na mens legislatores; não podendo, por outro lado, o Parquet exercer munus concedido pela lei ao advogado, se não usurpando a atividade profissional. Diz mais o relator: “Não parece ter sido essa em verdade a intenção do legislador constituinte, que de uma penada teria assim erigido o Parquet em Curador e *custus legis* universal, sem a oitiva dos beneficiados, dispensando o concurso ou ao menos a presença obrigatória do advogado, visto que o alcance do posicionamento ministerial às suas culminâncias, todo e qualquer interesse pode ser tido e

Deixando de lado as questões menores que vertem das entrelinhas, veja-se como se pode demover, *data venia*, os argumentos retro-alinhados, fazendo-se um teste de validez das premissas desenvolvidas no correr deste trabalho.

O ponto nodal a desate está no enfoque que se pretenda dar a questões como a da estirpe em tela, potencializando-o no reinado das relações individuais ou lhe dando a devida interpretação, da transindividualidade.

Muito mais que elucubração corporativista¹⁷⁰, a legitimidade ministerial para a defesa *mediata* dos individuais homogêneos decorre da interpretação sistemática do Texto Constitucional.

É bem de ver, em linha de princípio, que o caso em comento envolve o descumprimento de determinação legal, acentuada pelo E. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, conformando hipótese de infringência ao princípio da legalidade, norte do agir dos Órgãos da Administração Direta e Indireta, bem assim como dos serviços públicos descentralizados sob a forma de concessão ou permissão.

Destarte, muito mais envolvente que o simples interesse dos indivíduos diretamente lesados, componentes do grupo-amostragem e não do grupo-fim da atuação ministerial, o instrumento em tela objetiva, no caso, reprimir a violação da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, sustentando-se no interesse difuso que o embasa, e, não, no mero interesse individual daqueles.

O argumento de que a hipótese contempla indevida proteção de interesses individuais disponíveis, bem se vê, não resiste.

Neste âmbito, oportuno frisar, para afastar a multiplicação dos

rotulado difuso, na esteira do que disse alguém alhures, que tudo que afeta o menor dos indivíduos a todos afeta(...) Por outro lado não pode realmente o Parquet exercer o munus que a lei concedeu ao advogado, pena de insuportável usurpação e virtual obsolência da nobre atividade, relegada que estaria ao rol das excentricidades das partes, não se vislumbrando porque alguém -- refere-se aqui os não pobres no sentido da lei --- iria procurar e pagar um advogado, se pode ter seus interesses superiormente e gratuitamente defendidos por uma instituição do porte do Ministério Público, de indiscutível ascendência moral e festejável nível intelectual.

¹⁷⁰ como sugere o digno Professor, ao dizer que a sustentação doutrinal da legitimidade ministerial assentar-se-ia em escritos de integrantes da carreira.

equivocos interpretativos que se tem tecido nesta esfera, os direitos fundamentais não são disponíveis, em nenhuma de suas dimensões.

Pode-se falar, no entanto, na disponibilidade de alguns dos efeitos concretos da dimensão subjetiva, que se consubstancia no exercício dos direitos que compõem o patrimônio jurídico de cada um, sem se olvidar a proteção ao patrimônio jurídico mínimo, garantidor da dignidade da pessoa humana¹⁷¹. Assim, a dimensão subjetiva do direito fundamental de propriedade pode garantir, por exemplo, o direito à herança, mas o particular pode deixar de exercê-lo, renunciando ao seu quinhão. Em o fazendo, diminui a extensão objetiva de seu patrimônio (agora despido do quinhão a que renunciou), mas não abdica do direito à propriedade¹⁷² como componente da circunferência de sua orla jurídica. Se um indivíduo é ofendido em sua honra subjetiva ou objetiva, poderá ou não requerer em juízo as providências cíveis e criminais cabíveis. Quedando-se inerte, não está abrindo mão da honra como elemento da sua personalidade¹⁷³, mas apenas declinando, no caso em concreto, a oportunidade de buscar a adequada reparação.

¹⁷¹Consoante a festejada lição de FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

¹⁷²Pode-se dizer então que o direito de propriedade (direito subjetivo disponível) é renunciável; contrário senso ao direito à propriedade, que integra o patrimônio jurídico do singular como possibilidade inerente à sua condição de partícipe de uma sociedade que apregoa a propriedade privada como um valor passível de concretização.

¹⁷³ Sobre o tema da disponibilidade de direitos da personalidade: Paulo Mota Pinto, Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Código Civil Brasileiro, *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 96, dez.2004, p. 407/437, valendo citar os seguintes excertos: (...)Se a protecção da personalidade humana é a missão primeira e mais importante de todo o jurista – arrancando de uma concepção de Direito que tem o personalismo ético como seu epicentro -, e se a dignidade da pessoa humana se encontra inscrita logo no “pórtico” de nossas Constituições, como fundamento de ambos os Estados, (...) a consagração no Código Civil desses direitos marca, com a chancela do legislador, o acolhimento e a recepção dos “direitos do Homem” no diploma fundamental do direito privado. (...) Aqueles direitos, que incidem sobre a personalidade humana globalmente considerada ou em algumas das suas particulares refrações ou aspectos, têm, na verdade, tendencialmente como objeto dimensões essenciais à pessoa humana, e, portanto, correspondem normalmente a direitos fundamentais. (...) os direitos da personalidade desempenham uma função, de instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais no direito privado (...) Tal não significa que a sua previsão seja inútil, ou redundante (...) numa perspectiva segundo a qual o direito civil, como todos os ramos do direito, é necessariamente também “direito constitucional concretizado”. (...) Ora, para além das naturais diferenças de sensibilidade a uma tutela paternalista que se verificam entre civilizações, e dentro de cada sistema jurídico, cumpre notar que se vem verificando um crescente reconhecimento de uma dimensão patrimonial em muitos direitos da personalidade – relacionados sobretudo com a informação pessoal--, em correspondência com uma prática social corrente de seu aproveitamento (...), sendo possível “sua limitação voluntária com contrapartidas económicas” dentro “dos limites matérias impostos pela ordem pública, e com limites procedimentais, destinados a assegurar a genuinidade do consentimento.”

Assim, em reforço, quando o indivíduo abandona a faculdade que lhe assiste de lutar pela eliminação da conduta que atrita com a consubstanciação de seu direito fundamental, através dos instrumentos que lhe são alcançados pelo sistema, não renuncia ao próprio direito, que é irrenunciável, mas abandona a possibilidade de pedir a sua imediata proteção, pelo Estado-Jurisdição, coisa bastante diversa.

A efetividade do Estado democrático de direito, como exaustivamente se frisou, é interesse de todos, não de indivíduos ou grupos, em si mesmos considerados, mas como fragmentos do todo.

Dessarte, é natural que o sistema de autoproteção da democracia substancial contemple outros meios condizentes com a macrotutela que pretendeu o Poder Constituinte Originário. Nesta senda, se um indivíduo sofreu um dano aos reflexos estritamente patrimoniais da dimensão subjetiva de seu direito fundamental e nada fez, e se a ação ou a omissão lesiva foi singular, este malferimento, apesar de importante, não moverá o Órgão Ministerial¹⁷⁴, tendo em vista a inexistência do interesse coletivo, social, ou público primário.¹⁷⁵

A lesão à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais atuará como mola propulsora do agir ministerial quando o *grupo-amostragem* for composto por um número plural de indivíduos, idôneo a demonstrar que a conduta lesiva, longe de ser um caso particular, é generalizante, devendo ser ceifada, em prol da implementação e preservação do Estado democrático de direito, desnudando a relevância social da tutela coletiva. A disponibilidade ou não do direito material, ínsita à diagramação do perfil dos reflexos concretos da dimensão subjetiva, não rege a *legitimatío*, que tem esteio na dimensão mais altiva, a jurídico-objetiva.

Bem se vê, assim, a Ação Civil Pública, devidamente visualizada, longe está de ser a panacéia referida pelo ilustre processualista de origem peninsular, porque não é todo e qualquer direito ou interesse que por ela

¹⁷⁴ enquanto guardião do Estado **Democrático** de Direito; mas, poderá impulsioná-lo a agir pela configuração de hipótese legitimante doutra função institucional, como a defesa dos incapazes, ou a promoção da Ação Penal competente.

¹⁷⁵ como ensina MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva,

se pretende defender, mas aqueles que assumam envergadura compatível com o manejo do instrumento.

Ao contrário do que foi afirmado por TUCCI, o Órgão Ministerial, assim atuando, não está a substituir entidades de classe, bastando, para isso, beber-se um pouco da sabedoria do Poder Constituinte Originário.

O âmbito de atuação do sindicato vem gizado no artigo 8º, III, cabendo-lhe “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria¹⁷⁶”; o das associações, claramente posto pelo art. 5º, XXI, estando legitimadas para “representar seus filiados¹⁷⁷ judicial ou extrajudicialmente.”¹⁷⁸

O Ministério Público não guia o seu agir pelo interesse de grupos restritos ou delimitados. Atendendo ao comando Constitucional¹⁷⁹, prima pela defesa do interesse social na promoção do bem comum, genuíno interesse público, que transcende a mera reparação de lesões particulares ou grupais, na medida em que objetiva que os Poderes Constituídos, os serviços de relevância pública, e por extensão os particulares, observem a Carta Maior e se abstenham de ingerir na órbita privada dos indivíduos, quando e na medida em que tal lhes for vedado, e ajam para a implementação dos programas asseguradores dos direitos fundamentais enquanto direitos à prestação estatal.

Nesta linha, causa estranheza a menção à formulação, nesta seara, de pedidos juridicamente impossíveis, e à ausência de legitimidade ministerial, neste âmbito, já que o Órgão, a todas as luzes, está a agir conforme desejam os titulares do Poder, e nos limites da legitimação extraordinária que lhe foi franqueada.

A adequação da ação civil pública como instrumento para a defesa coletiva dos individuais homogêneos perpassa pela interpretação

1997, p. 3.

¹⁷⁶grifou-se

¹⁷⁷grifou-se

¹⁷⁸Além destas hipóteses, como consabido e apenas para não passar *in albis*, tais entidades também se encontram legitimadas a propor mandado de segurança coletivo [art. 5º, LXX, CF/88] e a ação direta de inconstitucionalidade [art. 103, IX, CF/88].

¹⁷⁹art. 127, *caput*, c/c art. 129, II, CF/88

constitucionalmente adequada do artigo 129, III, CF/88.

Primo, em estando vocacionada, sem qualquer ressaibo de controvérsias, para tutelar os interesses difusos, por evidente é remédio hábil para fazê-lo no intuito da proteção da dimensão jurídico-positiva¹⁸⁰ dos direitos fundamentais, inclusive dos que assumem conformação subjetiva individual, mas coletivizam-se acidentalmente, atendendo ao mandado de otimização que decorre da perspectiva objetiva, a presumir *juris tantum* a tutela coletiva, e não a individualizada – estéril para a magnitude das lesões massivas – como adequada e necessária ao acesso racional à jurisdição constitucional, atendendo ao comando do artigo 5º, parágrafo 1º, abrindo os umbrais para a concreção jurídico-criativa do conteúdo material dos direitos fundamentais sob apreciação, em observância ao artigo 5º, parágrafo 2º do Texto.

Sob este viés, tendo em conta a justicialidade dos direitos fundamentais como a pedra-de-toque do Estado democrático de direito e atentando-se para a bidimensionalidade que é imanente a tais direitos, sói resta concluir pela idoneidade do instrumento para a tutela dos individuais homogêneos, vez que a defesa da democracia é função ministerial precípua e inderrogável (artigo 127, *caput*, CF/88).

Secundo, em sendo o Ministério Público guardião do Estado democrático de direito, não se mostra consoante a Carta criar “guetos” de legitimação, em detrimento, por exemplo, de searas em que exorbitem os poderes constituídos, como ocorre nos excessos do poder de tributar, nas omissões administrativas à implementação de direitos sociais indeclináveis à proteção da dignidade da pessoa humana, o que inclusive afronta a clara dicção do artigo 129, II, da Magna Carta, tornando confluyente o uso da ação civil pública, mesmo no caso dos individuais homogêneos, sob pena de placitar-se descompasso com a volição política dos titulares do poder soberano, que elegeram o Ministério Público como sua *longa manus* na fiscalização e na observância dos direitos assegurados na Constituição.

¹⁸⁰ que é subjetivamente difusa, na medida em que a cada um e simultaneamente a todos interessa que as eficácias e as funções da normatividade dos direitos fundamentais sejam observadas.

Terzo, porquanto o artigo 129, III, CF/88 contempla conceitos jurídicos indeterminados, vocacionando a ação civil pública para a defesa do patrimônio cultural e social. A densificação de tais locuções semanticamente abertas não pode olvidar, salvo melhor justiça, da interpenetração da dimensão cultural dos direitos fundamentais e do interesse social verbalizado no caput do artigo 127, respectivamente.

O dever de proteção do patrimônio social, aqui compreendido em larga acepção, como o acervo de bens e valores pertencentes à sociedade enquanto universalmente concreta, está por evidente ditado pelo interesse de todos (o interesse social – leia-se da sociedade) em ver erigida uma comunidade justa, igualitária, livre e solidária, a qual só poderá ser avistada à luz da dignidade da pessoa humana, que permeia o núcleo intangível de todos os direitos fundamentais, trazendo à tona, na intersecção da bidimensionalidade que os caracteriza, a idoneidade do remédio para a proteção da dimensão objetiva, independentemente da conformação que assuma a perspectiva subjetiva; preterir os individuais homogêneos é mitigar a garantia constitucional e, por corolário, os direitos fundamentais que por ela poderiam ser verbalizados.

A dimensão cultural dos direitos fundamentais congrega a labuta permanente da humanidade em dar concretude à dignidade da pessoa humana, erigida como limite e fim do Estado, mormente o democrático de direito, que tem a efetividade dos direitos fundamentais como vetor dirigente. No caso brasileiro, a proteção à dignidade da pessoa humana (em concreto, não como mera abstração) compõe a parte mais sensível do *ethos* que, inobstante idéia pressuposta à noção do Estado que não reclama qualquer teste de validade, veio positivada no seio da Constituição como o núcleo axiológico que dá vida e coloração ao trânsito da ordem social, cuja salvaguarda é dever peremptório dirigido aos poderes constituídos e razão da existência da ordem jurídica.

Neste diapasão, barrar a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos por meio da ação civil pública, instrumento ordinário da atuação ministerial na provocação do Estado-Juiz, é ignorar a

intersubjetividade da dignidade da pessoa humana, inibindo que desalinhos sejam coibidos eficientemente, e não apenas nos limites de múltiplas ações individuais, a produzir mudos efeitos, desproporcionalmente acanhados para colmatar lesões provenientes de acidentes de coletivização, que imputam reverberações no tecido social muito mais amplas que a mera afetação da órbita singular dos diretamente envolvidos, que, aliás, sequer são conhecidos, e por isso são tratados como coletividade abstrata, só cognoscíveis subjetivamente na *executio*. Impor a pulverização de ações em hipóteses tais é assegurar apenas formalmente o acesso à jurisdição, pressupondo que todos os titulares das pretensões individuais estejam em condições de superar as barreiras e lutar por seus direitos.

Quarto, se não bastasse, a abertura do catálogo das atribuições ministeriais vem placitada na Magna Carta, sob a dicção do artigo 129, IX, desde que compatível com a sua finalidade. Ora, a que veio o Ministério Público no contexto da Constituição de 1988 senão à defesa precípua da cidadania, aqui tomada como o direito de ter direitos intangíveis, conforme lapidou Juarez Freitas? Se é assim, que finalidade pode ser mais altiva que a provocação do Estado-Juiz para que exerça o poder-dever de dar eficácia aos direitos fundamentais, independentemente da configuração subjetiva que assumam?

Sob este viés, a limitação do uso da ação civil pública, jungida aos essencialmente coletivos ou a cercanias dependentes da benevolência da intervenção legislativa, inverte a lógica do Estado jurisdicional da justiça constitucional, padecendo, *data venia*, de reluzente inconstitucionalidade.

A exegese empreendida é congruente à idéia segundo a qual o Ministério Público não age, repise-se, na defesa de indivíduos ou grupos determinados, mas em prol de interesse que é subjetivamente difuso, só alcançando aqueles, mediatamente, tendo em vista a indissociabilidade das dimensões que guarnecem os direitos fundamentais.

Ventilando a admissibilidade da Ação Civil Pública para a defesa coletiva dos individuais homogêneos, sob outros enfoques, que não o

versado no presente ensaio, tem-se em primeiro plano Mazzilli¹⁸¹, a ponderar o interesse finalístico como condutor da atuação do Ministério Público nesta seara, o que estabelece ponto de confluência com esse estudo no que concerne à relevância social como critério de sindicabilidade em causa, o que será tratado no item 3.8:

(...) Assim, se a defesa de interesse coletivo ou individual homogêneo convier à sociedade como um todo, deve o Ministério Público assumir sua tutela. Nos casos de interesse de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade ou de suficiente abrangência social não se justificará a iniciativa ou intervenção do Ministério Público.

Como se vê, a divergência que se assenta entre a concepção do renomado Douto e a desta ensaísta desemboca na visão que o direcionamento do agir ministerial alcança, percebido por aquele como firmado no grupo, e interpretado por esta como fulcrado *imediatamente* num interesse maior e continente, e que só secundária, mediata e inexaurivelmente se projeta para o grupo, o que afasta a disponibilidade como delimitador da competência do Órgão-Agente.

Hugo de Brito Machado busca ponto de apoio no valor econômico das "*quotas individualizadas ou individualizáveis*" dos individuais homogêneos, para legitimar, em certos casos, o agir ministerial neste âmbito:

Existem direitos individuais homogêneos nos quais as quotas individualizadas ou individualizáveis são de valor economicamente significativo. Os indivíduos, titulares dessas quotas, por isto mesmo são motivados a defendê-las. No caso da cobrança de um tributo inconstitucional isto geralmente acontece. (...)

Existem, todavia, direitos individuais homogêneos que, embora tenham, globalmente, considerados, expressão econômica elevada, não são economicamente significativas as parcelas ou quotas individuais. Os titulares desses direitos, por isto mesmo, não são motivados a defendê-los individualmente.

(...)
O entendimento segundo o qual todos os direitos individuais homogêneos podem ser defendidos pelo Ministério Público leva a conclusão de que os membros do parquet podem advogar, e tal conclusão conflita flagrantemente com a norma constitucional que expressamente o proíbe. O entendimento segundo o qual somente os direitos difusos ou coletivos podem ser defendidos pelo Ministério Público deixa inúteis as normas da

¹⁸¹ *A Defesa dos Interesse Difusos em Juízo*. 9º. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, *passim*, mas especialmente na p. 48.

Constituição segundo as quais tem o parquet o dever de zelar pelo efetivo respeito aos direitos nela assegurados, e nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Judiciário.

Penso que as normas de leis ordinárias que legitimam o Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos nos casos aqui referidos, são meramente explicitantes ou exemplificativas. Aliás, a não ser assim, seriam inconstitucionais. Como a Constituição não deu, explicitamente, ao Ministério Público, tal legitimação, de duas uma: ou se entende que se trata de legitimação implícita na Constituição, e neste caso não pode ser restrita aos casos indicados em leis ordinárias, ou então ter-se-á de concluir que a mesma não está implícita na Constituição, e neste caso as leis que a conferem, como fizeram as de início referidas, são inconstitucionais.

Conclui-se, portanto, que o Ministério Público está legitimado para a defesa dos direitos individuais homogêneos que tenham duas características, a saber: a) sejam, em sua globalidade, de grande expressão coletiva e b) em suas quotas, ou parcelas, individualizadas, ou individualizáveis, sejam de valor econômico não significativo. Não, porém, para a defesa daqueles direitos cujas parcelas individualizadas ou individualizáveis sejam de porte econômico capaz de estimular a defesa, individualmente, por seus titulares. Ainda que tenham grande expressão coletiva.¹⁸²

O ponto de distanciamento entre a visão do nobre doutrinador e a proposta deste estudo pode ser verificado pelos diferentes enfoques das duas pesquisas. Aquela, a preconizar o Órgão-Agente como defensor imediato de interesses individuais homogêneos, buscando balizamentos para a fisionomia ministerial que emoldura; esta, por entendê-lo *invariavelmente*, enquanto guardião do Estado democrático de direito, como defensor de interesse subjetivamente difuso, e objetivamente concentrado, pertencente aos titulares do Poder estatal: a preservação da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que impõe aos Poderes Constituídos, aos serviços de relevância pública, aos particulares abstenções ou ações para um só norte: a efetividade daqueles, e a conseqüente implementação da democracia substancial.

Nesse norte, não há que se buscar *discrimines* para o agir ministerial em seara que nele não interfere. O maior ou menor valor econômico dos bens jurídicos, individualmente considerados, é inócuo para este fim, já que, gigantes ou minúsculas as repercussões pecuniárias, a infringência à dimensão jurídico-objetiva, pelo agir ou a

¹⁸²O *Ministério Público e os Direitos Individuais Homogêneos*, Repertório IOB, Caderno n. 3, artigo n.

abster proibidos, se revelará invariável, esteando o atuar ministerial.

Ademais, como muito bem pondera Godinho¹⁸³:

Nem se argumente que o disposto no art. 25, I, a, da Lei 8625/93, haveria definitivamente limitado a atuação do Ministério Público apenas aos direitos individuais homogêneos indisponíveis. Tal interpretação não é possível pelas seguintes razões: a) aplicação subsidiária ou integradora da Lei do Ministério Público Federal (art. 6º, XII, da Lei Complementar 75/93 combinado com o art. 80 da Lei 8625/93), sendo que o processo coletivo deve formar um microssistema; b) a incompatibilidade dessa interpretação da lei com o disposto no art. 127 da CF; c) a equivocidade da linguagem legislativa. Devemos ler o dispositivo mencionado com a disjuntiva ou substituindo a conjuntiva e, assim como, por exemplo, devemos fazer com a nova redação do art. 515, §3º, do CPC e fazer o contrário na interpretação do art. 286, CPC; d) se fossemos ler esse dispositivo como determinante de uma simultaneidade entre a característica da indisponibilidade com a homogeneidade, o Ministério Público só poderia defender interesses de incapazes em ações coletivas, e não individualmente.

De tudo que foi dito, parece inderrogável que a Ação Civil Pública, como instrumento do agir ministerial, enquanto guardião do Estado democrático de direito:

- a) realiza, *in concreto*, as funções institucionais do MP;
- b) resgata o sentimento de cidadania;
- c) desafoga a máquina judiciária;
- d) otimiza a prestação jurisdicional.

Estes são motivos suficientes a imprimir ânimo para se enfrentar tão intrincada questão? Estes são motivos suficientes para se buscar sistematização da *vexata quaestio* da legitimidade ministerial para a defesa (que se viu: mediata) dos individuais homogêneos? Estes são motivos suficientes para superar paradigmas de há tanto sedimentados na nossa sociedade? Estes são motivos suficientes para reavaliar conceitos e adaptá-los às novas necessidades sociais?

Ou será o direito processual um fim em si mesmo?

3.6 DA SUPERAÇÃO DA SEARA ESTRITAMENTE CONSUMERISTA

3.6.1 Rejeição Às Amarras Temáticas – A Falácia Da Única Resposta Jurídica Correta

Diante da inauguração infraconstitucional da defesa coletiva dos direitos acidentalmente coletivos pelo estatuto consumerista, existem objeções ao uso universal da Ação Civil Pública, havendo tendências concretas à imposição de amarras temáticas incompatíveis com a envergadura constitucional do remédio.

Neste cenário, sobreveio a vinculação da idoneidade do instrumento apenas para a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, consoante se pode colher da leitura do seguinte aresto:

(...) A LEI NR. 7.347/85 DISCIPLINA O PROCEDIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR (MEIO AMBIENTE, ETC), INCLUINDO SOB A SUA ÉGIDE, OS INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. A LEI DE REGÊNCIA, TODAVIA, SOMENTE TUTELA OS "DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS", ATRAVÉS DA AÇÃO COLETIVA, DE INICIATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUANDO OS SEUS TITULARES SOFREREM DANOS NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORES. O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA PROMOVER A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO CONTRIBUINTE DO IPTU, QUE NÃO SE EQUIPARA AO CONSUMIDOR, NA EXPRESSÃO DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE, DESDE QUE, NEM ADQUIRE, NEM UTILIZA PRODUTO OU SERVIÇO COMO DESTINATÁRIO FINAL E NÃO INTERVÉM, POR ISSO MESMO, EM QUALQUER RELAÇÃO DE CONSUMO. IN CASU, AINDA QUE SE TRATE DE TRIBUTO (IPTU) QUE ALCANÇA CONSIDERÁVEL NÚMERO DE PESSOAS, INEXISTE A PRESENÇA DE MANIFESTO INTERESSE SOCIAL, EVIDENCIADO PELA DIMENSÃO OU PELAS CARACTERÍSTICAS DO DANO, PARA PERLAVRAR A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE¹⁸⁴.

A sustentação da tese restritiva ventilada no julgado supra reproduzido, que exemplifica uma torrente jurisprudencial símile, põe em discussão o tradicional questionamento:

¹⁸³ *ob. cit.*, p. 14/70

¹⁸⁴ STJ, PRIMEIRA TURMA, DECISÃO:01-06-1995, DJ DATA:19/06/1995, PG:18643, RSTJ VOL.:00078, PG:00106, RELATOR: MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO

Existe uma única resposta jurídica correta?

A resposta à questão epigrafada traz em seu bojo a intrincada pesquisa acerca do conceito de sistema jurídico -- se aberto ou fechado, se multifacetado ou não -- bem como deita raízes acerca da descoberta da relação que se estabelece entre o objeto a ser interpretado e o seu intérprete, desnudando se a subsunção lógico-formal ainda é suficiente para a garantia da unidade da ordem jurídica.

Pois bem: existe uma única resposta jurídica correta para um caso em concreto?

Sobre o tema, respondem negativamente, entre outros, Kelsen, Aarnio e Alexy.

Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, traz à liça conteúdo democrático relevante, porquanto pretende demonstrar que o direito positivo deve despir-se de todos os fatores que refugiam à estrita técnica jurídica, vez que o direito não pode servir como instrumento ideológico.

Nesta linha, a visão kelseniana repudia possa haver uma única resposta jurídica correta para a solução de um caso em concreto, porquanto tal revelaria indubitável comprometimento ideológico do intérprete, já que a moldura legislativa é uma estrutura aberta a várias interpretações.

Nesta esteira:

Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente¹⁸⁵.

Aarnio veicula crítica a Dworkin, porquanto a interpretação deve ser

assentada em bases pragmáticas, não se podendo imaginar, em tal contexto, a figura o super-juiz que pode erigir a única resposta correta para o caso por dispor de conhecimento e tempo ilimitados para decidir.

Porquanto a existência do super-juiz Hércules só é compatível com uma realidade ideal, necessária se faz a construção das bases teóricas para a descoberta da melhor interpretação possível, no que Aarnio avançou um passo em relação a Kelsen, que nada discorreu sobre o tema.

Aarnio admite a única resposta correta como princípio regulador da racionalidade jurídica, compatibilizando seu ideário com a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas.

A racionalidade jurídica é meio de combate ao arbítrio, porquanto o intérprete judicial deverá fundamentar racionalmente a sua decisão para que a mesma possa adquirir autoridade dentro da comunidade jurídica.

De outra banda, aduz que a fundamentação racional tem natureza híbrida, porquanto jurídico-axiológica.

Neste sentido:

Em resumen, em uma sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) em el razonamiento jurídico há de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no sólo com el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). Utilizando la terminología de Max Weber, em uma sociedad moderna el Derecho está materializado¹⁸⁶.

Assim, enquanto ideal, a resposta correta será aquela que estiver fulcrada nos melhores argumentos racionais, dentro do prisma da racionalidade discursiva, porquanto assim os Tribunais se dão a conhecer e abrem ensejo ao controle de suas ações pelo povo.

A fim de erigir-se a melhor argumentação possível, há que se ter em conta duas ordens de justificação: a interna e a externa. A primeira

¹⁸⁵ *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 390

¹⁸⁶ La Tesis de La Única Respuesta Correcta y El Principio Regulatorio Del Razonamiento Jurídico, *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, n. 8, 1990, p. 23/38:26

respeita à relação lógica entre a premissa maior (normativa) e a menor (fática), cujo produto é a conclusão racional. A justificação externa, a seu turno, decorre da necessidade da fundamentação da escolha de dada premissa normativa, quando várias concorram à aplicação.

No entanto, se várias conclusões razoáveis estão em concurso, vez que oriundas de silogismos racionalmente aceitáveis, há que se eleger critérios para que uma resposta se sobressaia a outra.

Neste aspecto, a importância do critério da maioria, que traduz a maior aceitação da resposta A, em dado momento histórico, em detrimento das n resposta possíveis. Desta feita, sob o ponto de vista social, no momento da eleição da resposta preponderante, a visão da minoria é mais débil, o que não significa que sua racionalidade tenha sido rejeitada.

Isto posto, vem à baila as seguintes perquirições: por que é necessário comprometer-se com o critério da maioria? Há normas alternativas de solução da dúvida?

Partindo-se do pressuposto de que Habermas, ao construir sua teoria, baseou-se numa realidade ideal, na qual a comunidade-auditório tivesse comprometimento com a racionalidade eminentemente discursiva, bem como que o exercício do discurso significa a plena realização da liberdade, o critério da maioria não representa, de modo algum, qualquer tirania, porquanto todos os envolvidos na comunicação têm por foco o bem estar comum.

Na prática, sustenta Aarnio que o critério da maioria foi adotado porque as comunidades racionais não aceitariam, no mais das vezes e para solução de problemas importantes, que o sorteio despontasse como alternativa razoável.

Dessarte, a melhor interpretação possível para o caso em concreto será aquela que eleita pela maioria, naquele momento histórico, como sendo a racionalmente mais sólida, o que deixa implícita a idéia de que a minoria de hoje poderá vir a ser a maioria de amanhã.

Neste contexto:

La mayoría simplemente muestra la *mayor aceptación posible* para la solución R. En otras palabras, la solución R sería aceptable para la mayoría si R fuera discutida en este auditorio. Desde el punto de vista social, la otra solución es, como propuesta minoritaria, “mas débil” que R¹⁸⁷.

Alexy parte do pressuposto que a figura dworkiana do super-juiz Hércules nada mais é que um estratagema filosófico, a exemplo do ocorrente em John Rawls com o “véu da ignorância”.

Feita tal observação, há que se trazer à liça que a melhor interpretação possível, em Alexy, deve observar os seguintes sistemas: a) condições de prioridade; b) estruturas de ponderação; c) prioridades *prima facie*.

Estabelecido o conflito de valores, não que ser disciplinadas condições de prioridade para a resolução do tensionamento. Assim, as condições de prioridade implicam a existência de regras:

Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento em um sistema jurídico y las reglas que se corresponden com ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios.¹⁸⁸

Nas estruturas de ponderação tem-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o que remete para a adequação e necessidade da aplicação de dada regra no caso em concreto, mormente para que tal não represente o malferimento de valor de grau superior.

Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de um princípio, tanto mayor debe ser la importância del cumplimiento del outro. La ley de ponderación no formula outra cosa que el princípio de la proporcionalidad me sentido estricto.¹⁸⁹

As prioridades *prima facie* estabelecem cargas de argumentação, ordenando a aplicação dos princípios. Contudo, não contêm determinações definitivas, porquanto só o estudo casuístico confirmará a superioridade do princípio a *priori* concedida. As cargas argumentativas estabelecem

¹⁸⁷ idem, p. 35

¹⁸⁸ Sistema Jurídico, Princípio Jurídicos y Razon Práctica, *Doxa*, n. 5, 1988, p. 147

¹⁸⁹ idem

presunção *juris tantum* de preponderância de dados princípios em face doutros, cedendo, pois, à prova em contrário:

Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios. Desde luego, no contienen una determinación definitiva. Si son más fuertes los argumentos en favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. Con ello, el orden depende de nuevo de la argumentación¹⁹⁰.

Os princípios e as regras formam um sistema incompleto para a busca da única resposta correta, enquanto princípio regulador do sistema jurídico.

A busca da única resposta correta, com a conotação antes ventilada, imprescinde da argumentação jurídica; na medida que os princípios e as regras não regulam por si mesmos as suas aplicações, iniludível que a pragmática traga a lume valorações adicionais, desde que suscetíveis a um controle racional.

Considerando a argumentação jurídica como argumentação prática, fulcrada na racionalidade discursiva, bem se vê que o ideal da única resposta correta não se concretiza; seu campo de incidência é essencialmente normativo.

No seio dos fatos sociais, o melhor que se poderá obter, segundo Alexy, é a resposta mais aproximada da correção, já que afirmar existir a única resposta correta para o caso em concreto configuraria exercício de arbitrariedade e prepotência, porquanto nenhum intérprete possui tamanha latitude cognosciva, e todas as respostas obtidas a partir dos princípios e das regras, como fruto da aplicação da razão prática, são ao menos relativamente corretas:

No existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a

¹⁹⁰ ob. cit., p. 148

renunciar a la Idea de la única respuesta correcta (...) como Idea regulativa¹⁹¹.

Outros argumentos formatam-se à sedimentação da impossibilidade da hipótese suscitada no preâmbulo.

Primo, há que se ter em conta que, sob o prisma ontológico, inexistente vinculação pura; a lei é obra humana permeada pela falibilidade. Destarte, seria inimaginável que um sistema jurídico axiologicamente equilibrado concebesse um intérprete-autômato que, independentemente de qualquer diálogo aporético, pudesse traduzir a letra fria da lei como a inderrogável interpretação dela decorrente; o contágio da disposição com os valores materiais e históricos que cercam a atividade interpretativa no momento em que ela está sendo erigida é indeclinável.

Secundo, porquanto o dogma da completude e da auto-suficiência da normatividade sucumbe à constatação das antinomias que, muito antes de corporificarem problemas, instrumentalizam a oxigenação sistêmica, num processo ininterrupto que tem por foco o seu aprimoramento teleológico.

Terzo, porque se o sistema jurídico é inexoravelmente aberto, sensível a mudanças, o intérprete participa da produção da norma atuando em circularidade com o objeto interpretando, modificando-o ao mesmo tempo em que por ele é alterado, valendo a máxima de que compreender é aplicar. Assim, o produto da interpretação não pode ser uníssono, porquanto a gênese interpretativa é naturalmente multifacetada; seria, pois, inconcebível um único resultado como produto deste processo interativo.

Naturalmente que não se pode, com o escopo de arrefecer a pujança da objetividade, hipertrofiar o subjetivismo, desguarnecendo o sistema jurídico de mecanismos de proteção contra tal mazela.

Desta feita, não há que se emprestar integral razão a Guastini quando vê o intérprete como produtor exclusivo da norma jurídica, desprezando a autonomia do objeto, ao contrário do preconizado, *v.g.*,

¹⁹¹ ob. cit., p. 151

por Betti em seus cânones interpretativos¹⁹².

O intérprete participa, como efeito, da produção da norma jurídica, estabelecendo com o objeto interpretando relação circular, integradora e interativa.

Destarte, a subjetividade e a objetividade convivem em harmonia; muito embora haja acentuada preponderância da primeira, a atuação do intérprete não é ilimitada, mas encontra freio nas cláusulas de intangibilidade que por ele não podem ser alteradas ou suprimidas.

Neste cenário, importante gizar a lição de Gadamer no tocante ao círculo hermenêutico. Ensina o douto que

A regra hermenêutica de que tudo deve ser entendido a partir do individual, e o individual desde o todo, procede da retórica antiga e passou, através da hermenêutica moderna, da arte de falar à arte de compreender. Em ambos os casos nos encontramos como uma relação circular. A antecipação do sentido, que envolve o todo, se faz compreensão explícita, quando as partes, que se definem a partir do todo, definem por sua vez esse todo.¹⁹³

Gadamer deixa claro que o preconceito da objetividade nua deve ser superado, porquanto o intérprete deve ser consciente da contribuição que realiza, já que a forma representativa não traz em si mesma toda a imanência do objeto.

Contudo, o intérprete deve ser fraterno e humilde em relação ao objeto; a correspondência hermenêutica que estabelece a relação de circularidade sujeito-objeto é a antítese da equação matemática, porque esta conduz a um único resultado, ao contrário da primeira.

O intérprete é condicionado pelo resultado que busca com a operação interpretativa.

Quando se confronta com uma contradição, tenta aplicá-la a si mesmo. Portanto, toda a interpretação também instrumentaliza auto-conhecimento, de molde que não é dado ao intérprete ignorar-se neste processo.

Sem que tal constatação signifique plena autonomia do exegeta em

¹⁹²que aqui não serão estudados

¹⁹³*Hermenêutica Filosófica. Sobre o Círculo da Compreensão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000 (Coleção Filosofia, n.º 117), p. 141/150.

relação ao objeto, que deve ser respeitado -- muito embora o texto não fale por si, denota que não é possível empreender interpretação apartando os conceitos prévios que já integram o arcabouço do conhecimento técnico-empírico-axiológico do realizador da exegese.

Calha à fiveleta trazer à baila o estudo empreendido por Tribe¹⁹⁴ acerca das falácias interpretativas, tendo por pano de fundo a Constituição estadunidense.

O Documento Maior deve ser visto em sua integralidade; assim se deve nortear a sua aplicação, sob pena de equívocos interpretativos a franquearem aparente constitucionalidade a situações que, melhor estudadas, refogem de seu âmbito.

A leitura desintegradora da Constituição traz à liça o fenômeno da *dis-integration*, pelo qual a análise singularizada de uma parte da Constituição, sem liame e sintonia com o restante da Magna Carta, faz com que se obtenha a falácia interpretativa de entender dado fato como constitucional quando flagrantemente não o é.

Dalguns dos casos estudados por Tribe, quadra trazer à liça a *vexata quaestio* da constitucionalidade da pena de morte na seara estadunidense; o embate entre as 5ª e 8ª Emendas constitucionais.

A quinta Emenda afirma que a pena capital pode ser aplicada desde que respeitado o devido processo legal. A oitava emenda, a seu turno, rechaça do terreno constitucional qualquer pena aflitiva, mormente a capital, em qualquer circunstância, sendo de somenos a observância ou não dos formulários.

Há que se ter em conta que este conflito entre as duas emendas propiciou meio de cultura para a aceitação da pena capital em dados Estados confederados, enquanto noutros é abominada, ceifada, inadmitida, por inconstitucional.

Há que se gizar, de outra banda, a chamada *hyper-integration*.

Nesta modalidade falaciosa, o intérprete hipertrofia dado segmento da Constituição ou da legislação infraconstitucional, deixando de

vislumbrar que inexitem direitos e deveres absolutos, vez que a relativização é sempre possível, numa esfera de pesos e contrapesos, norte no esteio constitucional.

Exemplo interessante deste caso é a contraposição entre a liberdade de expressão e a proibição da queima de símbolos da pátria, notadamente a bandeira estadunidense.

A Suprema Corte dos EUA já exarou entendimento pela impossibilidade de aplicação de sanções criminais ao incendiário do pendão, quando o ato praticado tenha exteriorizado a mais lídima expressão de protesto; assim, basta que o ato, enfim, esteja justificado em direito assentado na Constituição.

À guisa de conclusão, um questionamento sobrepaira: as falácias supra referidas constituem-se, de fato, em duas modalidades ou compreendem um só equívoco interpretativo?

Penso que a *dis-integration* e a *hyper-integration* revelem, em verdade, duas facetas de uma mesma falácia, qual seja, o apelo pela interpretação assistemática, corporificada pela não-observância da unidade da Carta Maior.

Dessarte, ao intérprete que tem por diretriz a visão da Constituição como sistema, nenhuma das falácias antes registradas teria curso; as interpretações fragmentárias são desvalidas, só adquirem força quando conciliadas e legitimadas pela e na Magna Carta.

Reaglutinando as premissas já expostas, há que se ter presente que o sistema jurídico, como rede hierarquizada de normas, vivencia historicidade, alimenta-se e consolida-se da e na conformação aporética, bastando que se reflita, neste diapasão, acerca das diferentes matizes interpretativas incidentes sobre os conteúdos jurídicos indeterminados ao longo dos tempos.

O silogismo jurídico, portanto, não é lógico-formal, mas dialético, persuasivo, compreendendo antagonismos que trazem à liça a incontestável incapacidade do sistema em abarcar respostas singulares a

¹⁹⁴Tribe, L. *How Not to Read The Constitution*. 3.ed. New York: Foudation Press, 2000, p. 25-30

problematizações plurais em essência.

Assim, a complexidade da fenomenologia jurídica sobra na moldura restrita da norma, a qual, então, não se lhe pode servir como amarra.

A idéia da única resposta jurídica correta traria morte à concepção do sistema jurídico como concatenação vívida de princípios, regras e valores, cuja harmonização pressupõe a constante e permanente reelaboração dos entes fracionários, processo que passa ao largo do engessamento acenado pela busca irrazoável de uma resposta cabal, um desassisado pensar sob o prisma hermenêutico.

Estando placitada na Constituição da República Federativa do Brasil a função ministerial de defesa do Estado democrático de direito e a conseqüente legitimidade ministerial para a defesa *mediata* da dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais, que comporta, a seu turno, os direitos individuais homogêneos, como poderia o Legislador ordinário eleger esta ou aquela hipótese *em detrimento de todas as outras que também configuram situações legitimantes da atuação ministerial?*

Não é esta a interpretação, salvo melhor juízo, que se deve emprestar às Leis 6.024/74¹⁹⁵, 7.913/89 e 8.078/90¹⁹⁶, que, muito antes de restringir aspecto que não lhes compete, consoante orienta o princípio jurídico-constitucional da supremacia da Constituição, estão a explicitar

¹⁹⁵Esta, especificamente, por força do fenômeno da recepção

¹⁹⁶A lei em epígrafe é multifacetada, dada a importância que os direitos do consumidor alcançam no contexto de uma sociedade de massas. Prevê, num primeiro plano (art. 82), a legitimidade ministerial concorrente para a interposição de demanda plúrima para a defesa de direitos individuais homogêneos, hipertrofiando a proteção à dimensão subjetiva deste Direito Fundamental. A par disso, altera a redação da Lei 7.347/85 (artigos 110/117), para remover ressaibos de dúvida acerca da sua idoneidade para proteção da dimensão jurídico-objetiva destes Direitos Fundamentais, explicitando, como se vê, o comando constitucional expressado na dicção do art. 129, II, CF/88. E, ainda, para cristalizar esta estrutura, expressamente dispõe acerca do concurso de preferência entre os créditos havidos em virtude dos dois instrumentos, manejados concomitantemente (art. 99, *caput*). Consoante se observa, a inovação do Código Consumerista não está a depor contra o que se disse alhures, acerca da indissociabilidade das dimensões subjetiva e jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais, dentre os quais os inerentes ao consumidor. O que se vê, ao contrário, é a solidificação desta íntima coligação no instrumento infraconstitucional, já que ambos os instrumentos -- o da defesa do interesse difuso e o da defesa dos interesses individuais homogêneos --- fazem parte de um mesmo título, o da Defesa do Consumidor, entendido nas suas dimensões individual e como ser político, titular do poder estatal, a quem o Ministério Público serve, no desempenho do papel de Defensor do Estado Democrático de Direito. Destarte, ainda que num e noutro caso, direta ou indiretamente, as dimensões subjetiva e jurídico-objetiva estejam sendo defendidas, não há que se cogitar tenha instituído o código Consumerista uma sobreposição tautológica de instrumentos, tendo em vista que a **diversidade dos objetos** a que visam permanece intacta, a ratificar o acerto da teorização de J. J.

conteúdo já definido na Carta Política, potencializando, por critério de discricionariedade legislativa (que só se pode dar consoante a Constituição), a defesa do Estado democrático de direito --- pelo aprimoramento do instrumento --- nalgumas hipóteses singulares, que, longe de significar o todo, são parte dele.

A questão aguça a crítica quando se analisa a matriz ideológica que produziu o lampejo restritivo verbalizado pela introdução do parágrafo único do artigo 1º, LACP, pela MP 2180: sequer a proteção coletiva da liberdade-resistência (conformação do Estado liberal) pode ser veiculada pela Ação Civil Pública, vez que o remédio foi apartado das reclamações contra as exorbitâncias do poder de tributar do Estado. A ganância arrecadatória, cultuada iterativamente por Estados administrativa e gerencialmente incompetentes, está no seio da iniciativa, que não pode prevalecer, sob pena de malferimento do núcleo duro dos direitos fundamentais. Ou será que a aferição da capacidade tributária passa ao largo da preservação do mínimo existencial, que deve restar infenso às exações iníquas, ainda que economicamente suportáveis, em tese, pelo sujeito passivo da obrigação?

Mitigando a consubstanciação dos preceitos do Estado liberal, em restringindo a defesa da liberdade contra o Estado, o ato quase-legislativo naturalmente não se conteve em ressaibos puritanos, ceifando também do espectro do remédio a proteção dos direitos fundamentais prestacionais, inclusive os decorrentes imediatamente da Constituição (direitos originários à prestação) -- positivamente da igualdade inerentes ao Estado democrático e social -- impondo-lhes a insólita via das ações individuais ou plúrimas, com todas as vicissitudes do processo civil tradicional. Então, os reclamos da órbita previdenciária igualmente não podem ser mais gerenciados pela via da Ação Civil Pública. Será que se quer continuar a meramente declarar a garantia do acesso (formal) à Justiça ao invés de garantir a sua acessibilidade material, efetiva, racional?

Há que se pontuar que a restrição imposta pela interpolação legislativa (vedando o manejo do instrumento, v. g., nas searas tributária e previdenciária) traduz um contra-senso ao defendido por Kelsen, cujo formalismo teve o mérito de apartar influências ideológicas da atividade construtiva do direito. Outrossim, sob o escólio de Aarnio, não encontra respaldo sistêmico porque a premissa normativa eleita (v.g., no âmbito tributário: o interesse público está amalgmado à tributação e não no seu oposto) colide com o vetor axiológico-normativo que legitima todas as atividades dos poderes públicos – a dignidade da pessoa humana, restando órfã de justificação externa. Em Alexy, pode ser igualmente rejeitada, porquanto erigida sob a total ignorância da proporcionalidade, e também defectível por malferir a prioridade *prima facie* da dignidade da pessoa humana como ápice valorativo que não pode transigir com o arrefecimento da garantia da justicialidade (não formal, mas concreta) dos direitos fundamentais que orbitam no seu entorno. Ademais, pressupõe um intérprete autômato, vocacionado a dar voz à vinculação pura, reeditando a supervalorização do objeto da interpretação, num desvario egoísta e ultrapassado da atividade legiferante do Estado (e aqui o problema acentua-se, vez que se trata de ato – a medida provisória -- que não pode ser compreendido como lei em seu sentido formal-material¹⁹⁷, carecendo, *de per se*, de legitimação democrática), ignorando o ideário gadameriano do círculo hermenêutico. Se não bastasse, incorre nas falácias interpretativas verbalizadas por Tribe, inscrevendo a restrição à luz de uma leitura desintegradora da Constituição (desprezando o valor-fonte como diretiva de limitação do exercício do poder estatal) e hipertrofiada do dever de tributar, que não é absoluto e não decorre necessária e invariavelmente do interesse social.

Em vista das reflexões amalhadas no decorrer deste trabalho,

¹⁹⁷ E, por isso, nos sentimos à vontade para incluí-la na quarta onda de relativização das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais que por elas seriam passíveis de instrumentalização (primeira onda: contextualidade constitucional (v.g. garantia da liberdade individual e prisão cautelar como limitação à liberdade); segunda onda: lei infraconstitucional em sentido formal e material (e.g., antecipação de efeitos da tutela (artigo 273, CPC) e mitigação do contraditório, tido por postecipado); terceira onda: decisão judicial (relativização da coisa julgada formal e material), conforme exemplifica (dois últimos casos) SÉRGIO PORTO, *Segurança Jurídica...*, inédito.

não é necessário negar a fisionomia peculiar dos direitos individuais homogêneos --- como louvavelmente o fez o Ministro Maurício Corrêa --- para explicar a legitimidade ministerial para a proteção *mediata* desta categoria, enquanto guardião do Estado democrático de direito.

Já se aduziu, repetidas vezes, a dimensão objetiva (jurídico-positiva) dos direitos fundamentais é subjetivamente difusa, porquanto integra o interesse de todos e simultaneamente de cada um enquanto integrante desta totalidade em ver concretizada a vontade geral, emanada da decisão política fundamental, verbalizada nas eficácias irradiante, vinculante e dirigente daqueles direitos.

No que concerne à dimensão subjetiva dos transindividuais, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos estão relacionados entre si em círculos concêntricos, imantados por um núcleo gravitacional: os direitos fundamentais do Homem, em sua esfera jurídico-positiva.

Analisando-se os círculos concêntricos, do centro para a extremidade, ver-se-á uma gradual despersonalização do interesse subjetivo na remoção da mácula causada pelo desrespeito àquilo que move o sistema e, por isso, o centraliza: nasce individualizado e se pulveriza -- tornando-se diáfano, subjetivamente difuso -- no último estágio.

Nos dois primeiros estágios, sob o prisma da subjetividade, os interesses enfeixam um pólo determinável. No primeiro, um grupo de indivíduos ligados pela homogeneidade de seus interesses; no segundo, um grupo de indivíduos unidos por uma relação jurídica-base.

No terceiro estágio, impera a indeterminação subjetiva absoluta, estando os detentores do interesse protegido ligados apenas por circunstância fática.

O *locus* do interesse social que lastreia a legitimidade ministerial na defesa dos interesses transindividuais é a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais [que é, em essência, subjetivamente difusa]. O fato que interliga os sujeitos do interesse difuso pode ser visto em duas

nuances. A primeira, indissolúvel¹⁹⁸, assenta-se no fato de que são os titulares do poder soberano, *ex vi* do parágrafo único do artigo 1º, da Magna Carta e reclama a proteção dos valores encampados no Documento Maior, em catálogo aberto, que inadmitem restrições desproporcionais. A segunda nuance sedimenta a conveniência da defesa unitária dos interesses essencialmente coletivos e orienta tópicamente a necessidade da proteção coletiva dos interesses individuais homogêneos.

Na feição comunitária de indivíduos determináveis, a lesão ao núcleo gravitacional, por projetar efeitos para o além-mar da orla jurídica dos titulares dos interesses subjetivamente considerados, configurará a circunstância fática objetiva que detona a *legitimatío* ministerial, enquanto substituto processual da universalidade que compõe a terceira órbita subjetiva.

Contudo, ante a bipartição da esfera subjetiva dos coletivos em essência (coletivos em sentido estrito) e aparência (individuais homogêneos), aos primeiros o Poder Constituinte originário reconheceu, *ipso facto*, a relevância social que pode ser afastada sistematicamente no tocante aos da segunda estirpe: não é o acidente da coletivização que definirá o interesse social da defesa coletiva dos individuais homogêneos, *de per se*, devendo o seu descortinar concorrer com outras latitudes.

Assim, a tutela coletiva mediata dos interesses individuais homogêneos será relevante e adequada se e enquanto atender a conveniência da proteção da dimensão subjetivamente difusa, enquanto inerência da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais de cada um dos subjetivamente afetados.

Destarte, o Ministério Público, enquanto guardião do Estado democrático de direito, olhos postos no centro imanente da figura antes declinada (dimensão jurídico-objetiva), move-se, na tutela coletiva, como substituto processual dos titulares da vontade geral, alcançando indiretamente, porque englobados no âmbito da proteção-fim do Órgão

¹⁹⁸já que cláusula pétrea implícita como se anotou alhures

Agente, as segunda e terceira órbitas subjetivas concêntricas, justificando, como já se disse, a legitimação ministerial para a defesa *mediata*, dos interesses individuais homogêneos.

A *ratio* da legitimação ministerial para a defesa dos interesses desta última estirpe, encontrada por Teori Zavascki¹⁹⁹ nas hipóteses das Leis 6024/74, 7913/89 e 8078/90, ao fim e ao cabo confluencia, em certa medida, para o que se assinalou dantes:

(...) a lesão é especialmente significativa, dado que, pela natureza dos bens atingidos e pela dimensão coletiva alcançada, houve também lesão a valores de especial relevância social (...) Não se trata obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerados em sua dimensão comunitária e impessoal (...) Conquanto suas posições individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que, quando consideradas em sua dimensão coletiva, passam a ter relevância ampliada, de resultado maior que a simples soma de posições individuais. É de interesse social a defesa desses direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que é, segundo a própria Constituição, instrumento fundamental para promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir os interesses da coletividade (art. 192).²⁰⁰

Contudo, a magistral fundamentação não pode, como se viu, ser compartimentalizada às três hipóteses que anuncia, a princípio, como estanques à legitimação ministerial no campo dos individuais homogêneos, sob pena de impedir a concretização do determinado pela combinação dos artigos 127, *caput*, e 129, II, III e IX da CF/88.

Destarte, ao que parece, a cognição judicial acerca da legitimidade ministerial para a promoção de ações que englobem a defesa, *mediata*, dos interesses individuais homogêneos, deve ser feita com olhos postos na intrincada questão da defesa do Estado democrático de direito, sob pena, no mais das vezes, de sacrifício da implementação da democracia substancial.

Neste enfoque, a contextualidade constitucional informa que a

¹⁹⁹apesar da visão restrita que defende para a legitimidade ministerial neste âmbito, buscando fonte na legislação infraconstitucional, combinada coma antítese da parte final do art. 127, *caput*, e, não, como aqui se defende, na atribuição jurídico-constitucional do Órgão Ministerial enquanto guardião do Estado Democrático de Direito, esteio que não manietta o agir ministerial.

²⁰⁰*ob. cit.*, p. 18

legitimidade ministerial para a defesa dos direitos individuais homogêneos deverá ser a regra; a ilegitimidade, a exceção.

Por conseguinte, apenas e tão-somente a interpretação tópicosistemática poderá excepcionar, em concreto, a legitimidade ministerial *in re ipsa* para a defesa coletiva dos direitos ou interesses individuais homogêneos; neste passo, somente a cegueira dos postulados da civilística tradicional, assaz insuficiente para o processo coletivo, explica a postura da jurisprudência conservadora em estabelecer, *a priori*, um rol taxativo de hipóteses legitimantes ao *Parquet*, numa reedição da vinculação pura à letra fria da lei, em total descompasso com os vetores da Carta Constitucional.

Calha referir, em prosseguimento, algumas cercanias em que a legitimidade ministerial para a defesa mediata dos interesses individuais homogêneos desponta patente, porque evidenciado o interesse social na proteção imediata da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em causa, que acidentalmente coletivizaram-se, recomendando-se a tutela coletiva como critério de racionalidade ao acesso à jurisdição e com vistas à concreção da isonomia material; por corolário, a efetivação de toda a teia de direitos e garantias que orbitam no entorno do vértice da dignidade da pessoa humana.

3.6.2 Da Legitimidade Ministerial Na Seara Tributária

Linhas postas, asseverado o interesse social na proteção imediata da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em causa como divisor de águas da legitimidade ministerial para a defesa mediata dos direitos individuais homogêneos, insta inscrever inexistir ressaibo de dúvidas que o Órgão poderá assim atuar em matéria tributária, porquanto exteriorização do *telus* de seu papel constitucional.

Contudo, a atuação tem sido mitigada pelas tendências conservadoras. Alardeia-se, à guisa de justificação para a glosa, que "(...) a relação jurídico-tributária não constitui relação de consumo, de

*modo a permitir a utilização dos mecanismos de defesa do consumidor para se questionar a constitucionalidade de tributo(...)*²⁰¹.

O Supremo Tribunal Federal, com fulcro no precedente do Recurso Extraordinário 195056-1/PR (Anexo C3), da relatoria do Ministro Carlos Velloso, também afirma a ilegitimidade ministerial na seara em cotejo, foco na inexistência de uma relação de consumo, *in casu*.

Negar conteúdo social à matéria tributária é deixar entrever visão por demais linear acerca do fenômeno jurígeno de que se ocupa, olvidando que a legitimidade do poder de tributar perpassa pela realização da justiça social, cujo conteúdo fluido pode ser visualizado pelas diretrizes que norteiam República, em especial a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, todos informativos do arcabouço principiológico que rege tal seara do conhecimento jurídico.

Welber Barral²⁰², ao tecer comentários acerca da higidez da Ação Civil Pública em matéria tributária, preconiza

O interesse econômico envolvido na ação civil pública [em matéria tributária] liga-se via de regra, aos recursos econômicos no âmbito de um território. Quer sejam detidos pela Unidade Federativa, quer sejam operados por sujeitos privados, que ali reinvestem, estes recursos importam melhorias globais nas condições de vida da população.

A soma destes recursos transcende os valores pecuniários que representa. Implica ainda inestimável importância para dado grupo social, cujos projetos podem ser violados por taxaço que apresente o carácter de inconstitucional e confiscatório.

(...) é perceptível, na configuração sócio-institucional contemporânea, a mescla de interesses entre o Ministério Público e a população local. Inconcebível, a partir daí, imaginar-se que poderia seu representante permanecer inerte face à violação de interesses de toda a comunidade. Interesses que, embora, fluidos, se substanciam numa ordem econômica estável(...)

Assim, como tutor da economia local e do interesse de seus cidadãos é que o Parquet se legitima ativamente(...).

Neste ensejo, até a edição da MP 2.180-35, de 24/08/2001, a qual deu nova redação ao artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.º 7.347, de 24.7.85, excluindo peremptoriamente a *legitimatio ad causam* do

²⁰¹ STJ, 1ª Turma, REsp 521807/SC, j. 06-12-2005, DJ 01-02-2006 (unânime), Rel. Min. Denise Arruda, conforme nota da pesquisa de jurisprudência consolidada, sob a chave: matéria: processo civil; título: ação civil pública matéria tributária ou previdenciária; subtítulo: legitimidade ativa do Ministério Público.

²⁰²Notas Sobre a Ação Civil Pública em Matéria Tributária, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 80, out.-

Ministério Público para as lides de natureza tributária, era preponderante o entendimento da 2ª Turma do Colendo STJ, pela admissibilidade de tal legitimação, porquanto “(...)A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual²⁰³, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o *Parquet* a velá-lo em juízo.(...)”

Em tal contexto, não se pode poderia deixar de colacionar o seguinte aresto, lúcido, porque perfeitamente conforme com o sistema constitucional vigente:

(...) Ainda que não exista expressa disposição legal para a tutela pelo Ministério Público dos direitos e interesses individuais homogêneos por via da ação coletiva (Ação Civil Pública), fora dos casos previstos no Código de Defesa do Consumidor, consolidou-se a jurisprudência no sentido de que se revestida a lide de relevante significação social, justificada está a legitimidade do *Parquet*.

A relevante significação social da matéria está identificada com situações em que a eventual lesão de direito atinge um grupo de pessoas, que podem ser identificadas como titulares deste direito violado, mas que por conveniência social, em razão da hipossuficiência ou do clamor público que causa o ato inquinado, justifica-se a demanda coletiva. Em princípio, todos poderiam individualmente propor a demanda e efetivamente muitos o farão, se o MP não tomar a iniciativa de propor a ação Civil Pública. Mas outros tantos, por ignorância, por falta de recursos ou por qualquer outro motivo, como o próprio descrédito no Poder Judiciário, não irão propor a ação. Justifica-se, neste caso, a atuação ministerial, quer seja para que a lesão de direito seja corrigida mais uniformemente, quer seja para que o acesso à Justiça seja democratizado. (TRF 4ª Região, AC 1999.04.01.023416-7/PR, 3ª Turma, Rel. Paulo Afonso Braum Vaz, DJU 09-08-2000, Seção 2, p. 219).

Neste diapasão, transparece inócua a tentativa de aferrar a legitimidade ministerial apenas aos direitos individuais homogêneos que a legislação infraconstitucional expressamente reconheça como relevantes, como sói concluir ocorrente no Código de Defesa do Consumidor, na defesa dos investidores do mercado de valores imobiliários (Lei 7.913/89) ou dos credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial (Lei n.º 6.024, de 1974, art. 46), patente no Estatuto da Criança e do Adolescente e, mais recentemente, no Estatuto do Idoso.

dez.1995, p. 151-3.

²⁰³ REsp 478944/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02-09-2003, DJU 29-09-2003, unânime.

Manietar a ação do Órgão a este viés – autorização da legislação infraconstitucional – subverte a ordem axiológica do sistema e esbarra na sua conhecida e intrínseca incompletude. É a casuística, e não os iluminados, que fará colorir a legitimidade do *Parquet* ora telada, sua matriz estará sempre correlacionada ao precípuo papel que lhe confiou o Constituinte originário --- guardião da democracia substancial. Por isso, a fonte da legitimidade é mais ativa e independe da benevolência do legislador ordinário.

Circunscrever os interesses sociais aos direitos essencialmente coletivos²⁰⁴ é, *data venia*, reduzir o alcance da norma constitucional, ignorando que o Estado democrático de direito enfeixa, como cerne, a eficácia dos direitos fundamentais, de molde que toda a gama de direitos desta estirpe, mesmo em sua acepção individual, contempla a bidimensionalidade como característica imanente, carregando sempre a dimensão objetiva, independentemente de sua diagramação subjetiva, como ordem impositiva de respeito à liberdade em seu sentido positivo-negativo. Esta força decorre das eficácias irradiante, diretiva, vinculante, que são ínsitas à dimensão objetiva, quer se encontre o indivíduo *de per se* considerado, quer acidentalmente coletivizado com seus pares, quer como partícipe de relações jurídicas-base, quer quando integra a coletividade como um todo.

Outra ordem de objeção tem sido recorrente no âmbito que se estudo: trata-se de saber se a ação pública, assim manejada, importaria via oblíqua de controle concentrado de constitucionalidade.

No seio do Colendo Superior Tribunal de Justiça a questão apresentava-se²⁰⁵ dicotomizada.

Num primeiro flanco, o entendimento de que mesmo consolidada a lesão aos interesses individuais homogêneos em matéria tributária, a ação

²⁰⁴Conforme leciona ASSIS, Araken, precedente já mencionado no corpo do texto

²⁰⁵Há que se ponderar que a posição atual do STJ inclina-se, à luz da introdução do parágrafo único do artigo 1º da LACP, à denegação irrestrita da legitimidade ministerial na seara tributária (após um prévio intervalo de entendimento fracionário pela eficácia *ex nunc* da inovação vertida do ato quase-legislativo), conforme pesquisa procedida para o exame do tema em matéria previdenciária, o que será visto com mais detalhe, infra, afetando indiretamente a questão da utilização da ACP como via oblíqua de controle concentrado de constitucionalidade.

civil pública não poderá cotejar o exame da inconstitucionalidade da lei instituidora, sequer incidentalmente, porquanto tal prática representaria via obliqua de controle concentrado de constitucionalidade (REsp 169602/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, j. 16/08/2001, DJU 08/10/2001, p. 191).

No pólo oposto, a consagração do remédio como idôneo para tal fim, entendendo "(...)lícita a argüição incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza "prejudicial", sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada" (REsp 478944/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 02-09-2003, DJ 29-09-2003, p. 153, unânime).

Com efeito, os fundamentos do *decisum* não são alcançados pela imutabilidade do caso julgado, de forma que o controle difuso de constitucionalidade havido em Ação Civil Pública em matéria tributária não tem o alcance vergastado pela posição que rechaça a idoneidade do remédio e – corolariamente – a legitimidade ministerial nesta seara, pelo contrário, representa racionalidade do controle incidental, revitalizando-o de sua apatia hodierna.

Consoante traz à baila Juliano Taveira Bernardes²⁰⁶

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, diferenciando a declaração incidentaliter tantum, que serve de alvo da causa de pedir, do verdadeiro objeto da ação civil pública – consistente em uma obrigação de fazer ou de não fazer –, entendem equivocada a tese da impossibilidade do uso da ACP no controle difuso. Defendem os autores, ainda, que os efeitos erga omnes da sentença dizem respeito aos limites subjetivos do provimento judicial, "dentro da especificidade do resultado da ação coletiva", motivo por que tais efeitos não devem ser confundidos com a questão da jurisdição nem da competência do órgão prolator.

De outra banda, ainda que se objete que os efeitos pragmáticos da decisão de procedência sejam assemelhados aos da ação direta de inconstitucionalidade, é possível vislumbrar a total improcedência da

²⁰⁶Novas perspectivas de Utilização da Ação Civil Pública e da Ação Popular no Controle Concreto de Constitucionalidade, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4484>, acesso em 21/06/2006

alegação de usurpação da competência da Corte Constitucional, posto que o julgado não estará infenso ao controle pelas instâncias superiores, inclusive pelo STF, consoante já apreciado pelo Pretório Excelso, no bojo da Reclamação 600/SP, *verbis*:

RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA DE SEUS CORRENTISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação." (Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA (designado), DJU de 14/02/2003.)

Outrossim, verifica-se a mesma tendência argumentativa no julgamento do RE 227.159/GO:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que "nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local." 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público. (44) 2ª Turma, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJU de 17/05/2002, p. 73.²⁰⁷

Assim, pode-se dizer que após o julgamento da reclamação antes mencionada a Suprema Corte vinha²⁰⁸ admitindo o controle difuso de constitucionalidade em ações civis públicas, alinhados os seguintes fundamentos:

(a) a pretensão da ACP diz respeito a bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, daí por que inalcançável pela

²⁰⁷No mesmo diapasão, a decisão monocrática do Min. CELSO DE MELLO, na Recl. 1.733/SP (medida liminar), publicada no DJU de 1º/12/2000, conforme transcrição do *Informativo STF*, n. 212/2000.

²⁰⁸ao menos até a Medida Provisória n.º 2180/2001

via do controle abstrato, não se podendo, então, falar em invasão da competência privativa do STF; e (b) como a decisão da ACP também se sujeita aos recursos em geral, especialmente o extraordinário, podem conviver harmonicamente os dois modelos de controle de constitucionalidade (abstrato e concentrado)²⁰⁹.

Parece inderrogável, neste contexto, a inconstitucionalidade da atual redação do § único do artigo 1º da LACP²¹⁰, introduzido pela Medida Provisória n.º 2180/2001, afastando, peremptoriamente e *in abstracto*, a possibilidade da utilização do instrumento na seara tributária.

Não é razoável conferir interpretação restritiva à dicção abrangente do Constituinte originário, manietando o Órgão-Agente de seu mister, ceifando garantias constitucionais²¹¹ ao pleno exercício da cidadania, com escopo na maior aproximação possível do Estado histórico ao Estado idealizado no Documento Maior, que pressupõe e almeja a concreção da democracia substancial.

Nem se diga que a vazão da tese da constitucionalidade traria em seu âmago o arrefecimento dos já combalidos cofres públicos, prejudicando contundentemente os haveres que seriam destinados ao financiamento das políticas públicas à implementação e manutenção das prestações determinadas no Documento Maior.

A ação ministerial necessariamente pautar-se-á pela proporcionalidade²¹². Aqui uma vez mais se enaltece o critério da

²⁰⁹BERNARDES, Juliano Taveira. Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade, disponível na internet em <http://jus2.uol.com.br/doutrina>, acesso em 21/06/2006

²¹⁰com a seguinte dicção “*Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço –FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados*”

²¹¹que se devem orientar pelo princípio da máxima eficácia, consoante alude Canotilho: “(...) a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. (...) é hoje sobretudo invocado [o princípio] no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais(...))”, in **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 227

²¹²Humberto Ávila conceitua a proporcionalidade como um postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim(...)Ele se aplica somente a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (congruência entre meio e fim), o da necessidade (utilização do meio menos gravoso aos direitos que se encontram sob iminente restrição, no escopo da menor ingerência possível na orla jurídica dos titulares destes direitos) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagem provocadas pela adoção do meio, um mandado de ponderação orientado pela proteção e para a promoção da dignidade da pessoa humana). **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112/3. Não se ignora aqui a discussão acerca da classificação da proporcionalidade numa nova categoria jurídica – postulado

relevância como norte do caminhar do *Parquet*: se a iniquidade, inobstante verificada²¹³, não interfere com monta na capacidade contributiva do contribuinte e não engessa o crescimento econômico, poder-se-á vislumbrá-la como um mal menor que poderá ser tolerado para a promoção de um bem maior, por todos querido, o bem comum²¹⁴.

Eclodida a relevância, assumindo a exação exemplificativamente caráter discriminatório, confiscatório, malferindo, *e.g.*, o mínimo existencial do contribuinte (no caso dos impostos pessoais), não haverá complacência possível, posto que o financiamento das políticas públicas não poderá se dar à custa do ceifamento da idéia fundamental da liberdade.

Isto posto, quadra referir que a agir do substituto processual em epígrafe não subjuga o mesmo valor ontológico prefalado, posto que seu fundamento está nas entranhas do acesso material à jurisdição, como instrumento de superação dos obstáculos sócio-culturais²¹⁵, sem prejuízo da co-atuação²¹⁶ na transposição das mazelas decorrentes das

– ao lado dos princípios e das regras jurídicos, mas a questão não será abordada. Importante, por oportuno, escandir proporcionalidade de razoabilidade, que não são expressões sinônimas como se poderia cogitar de afogadilho. Muito embora se possa, no caso em concreto, obter-se resultados pragmáticos aproximados pelo uso de uma ou outro recurso, é imperioso ter em vista que a proporcionalidade é técnica de argumentação jurídica que só se consolida com a consubstanciação de seus pressupostos (*supra* aludidos), enquanto que a razoabilidade verbaliza-se como um juízo de equidade que, para vir à tona, impescinde das exigências perfiladas à proporcionalidade.

²¹³ como, *v.g.*, a desconsideração de dadas despesas com a formação educacional holística como hábeis a subsidiar descontos na base de cálculo do imposto de renda da pessoa física

²¹⁴ o que atende a lógica da inexistência de direitos (subjativos) absolutos, como decorrência da incidência da proporcionalidade na solução de antinomias entre princípios.

²¹⁵ Neste ensejo, magnânimo o voto (vencido) do Ministro Marco Aurélio, que funcionou como Relator, no RE 206.781-4 MS, j. em 06/02/2001, DJU 29/06/2001, p 56, *verbis*: “(...) *Na espécie dos autos, temos interesse individual homogêneo envolvido? A resposta, para mim, é desenganadamente positiva. E por que o é? A ação foi intentada objetivando beneficiar todos os contribuintes de um município. O interesse social salta aos olhos, considerada a globalidade dos que residem no Município. Reitero que, na espécie, temos um interesse social, um predicado que direciona a conclusão do envolvimento de interesses individuais homogêneos, que é justamente o aspecto social (...)* Caminhamos nesse sentido dando uma interpretação, portanto, teleológica ao inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, considerada a repercussão do tema no tecido social, o interesse, em si, dos cidadãos, o interesse abrangente desses cidadãos. (...) O Ministro Ilmar Galvão refere-se à inibição, eu diria melhor, à acomodação dos contribuintes quanto ao acesso ao Judiciário para reclamar lesão ou ameaça de lesão a direito. Isso é uma constante, porque o cidadão geralmente aquilata os aspectos positivos e negativos do ajuizamento, quer quanto a aborrecimentos que tem, quer quanto às despesas, no que precisa contratar um profissional da advocacia. Esperar-se que cada qual, residente no Município de Umarama, ajuíze a ação para impugnar a majoração tida como ilegal do tributo **é simplesmente assentar-se que não teremos o ajuizamento dessas ações.**(...)” o grifo é nosso.

²¹⁶ atuação principal da Defensoria Pública da União e dos Estados, sem olvidar que há Estados que ainda não a tenham instituído, ao arpejo da Constituição.

inacessibilidades econômica e técnica.

Para a estapafúrdia hipótese de todos os diretamente lesados com a tributação inconstitucional conformarem-se com a sua instituição, enternecidos por altruísmo irrazoável, o Ministério Público representará um momento de lucidez dentro da faina dialética: se sua apreciação for equivocada, caberá ao Estado-Juiz dizê-lo; o apagar da ignição do processo de mediação, tão caro ao Estado ético pensado por Hegel, adotado como base teórica deste estudo e que depois será estudado com vagar, não se justifica.

De outra banda, poder-se-ia argumentar que a ferramenta restaria debalde, estudados os *leading cases* do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária dos últimos anos, que exteriorizam uma tendência contrária ao contribuinte, individualmente considerado, pela constatação da preponderância da constitucionalidade dos tributos vergastados, quer pela via do controle difuso, quer concentrado.

O juízo final de improcedência não pode significar senão o óbvio: a tese trazida à colação, segundo o entendimento majoritário dos que estão a compor o Colegiado Maior quando do julgamento, que põe fim, por uma necessária ficção jurídica, à controvérsia --- *inter partes*, tutela individual; nos termos do artigo 103, CDC, tutela coletiva (controle difuso) ou *erga omnes* (controle concentrado) ---, não mereceu guarida.

Agregar que tal resultado possa impor caráter tautológico a demandas outras, com causas de pedir remotas e próximas diversas do caso julgado, é por demais assisado, é como querer engessar a iniciativa do acesso à jurisdição, *ad cautelam adversa*.

Neste cenário, precisa a opinião de PRUDENTE:

De ver-se, assim, que, em matéria tributária, os interesses individuais homogêneos, legalmente definidos, como aqueles decorrentes de origem comum, uma vez agredidos, coletivamente, em seu núcleo originário (hipótese de incidência tributária e conseqüente fato gerador, de natureza homogênea, a gerar obrigações tributárias e resultantes interesses individuais também homogêneos), sofrem, por força do impacto agressor, o fenômeno da atomização processual, em defesa de interesse coletivo e social, relevantes a legitimar a pronta atuação do Ministério Público, na linha de determinação institucional dos arts.

127, caput e 129, III, da Constituição da República, traduzidos nas disposições dos arts. 5º, II, a e 6º, incisos VII, a e d e XII, da Lei Complementar n.º 75/93, mediante as garantias instrumentais da Ação Civil Pública, evitando, assim, a pulverização dos litígios, com o conseqüente acúmulo de feitos judiciais, nos Tribunais do País, nessa seara histórica de abusos tributários, onde o contribuinte, individualmente considerado, sem recursos e órfão da assistência judiciária do Estado, queda-se inerte e vitimado, sem qualquer defesa, ante a brutal arrogância do Fisco. (...) Com o devido respeito às opiniões contrárias, entendo que a única interpretação válida, nesse contexto, é aquela que brota do tecido constitucional e se mantém fiel e conforme a Constituição, no corpo da normativa legal, a ponto de não frustrar a vocação institucional do Ministério Público, essencial à função jurisdicional do Estado, feito guardião da ordem jurídica, do regime democrático, do sistema tributário nacional e dos interesses individuais homogêneos, coletivos e sociais, no espaço tributário. A hermenêutica gestada nas entranhas da legislação ordinária, sem força bastante para alcançar os comandos constitucionais em referência, afigura-se insuficiente à garantia plena dos direitos do contribuinte e da Justiça tributária, no Estado democrático de direito.²¹⁷

Ora, os interesses caros da sociedade não podem deixar de ser apreciados pelo Poder Judiciário, até porque faz parte do processo dialético a superação das posições anteriormente tomadas, à vista de novos e profícuos argumentos; outrossim, ainda há que se considerar a salubre oxigenação periódica dos quadros magistrals.

Por outro viés, não se pode olvidar que a interpretação formal da Constituição, realizada por magistrados, não é a única possível, a não ser que se despreze a inolvidável contribuição de Peter Häberle, que advoga a adequação da hermenêutica constitucional à sociedade pluralista e aberta, na qual todos os grupos e cidadãos encontram-se imiscuídos no processo interpretativo, interagindo para a busca de uma síntese entre o Documento Maior e a realidade constitucional, o que não suprime a atuação magistral nem desafia a cogência da lei, mas confere caráter mais democrático ao processo interpretativo, hipertrofiando a sua legitimidade²¹⁸.

A teoria de Häberle é coerente com o modelo de Constituição que adota -- singularmente próxima da concepção hegeliana acerca do

²¹⁷PRUDENTE, Antônio Souza. Legitimação Constitucional Do Ministério Público Para Ação Civil Pública Em Matéria Tributária, Na Defesa De Direitos Individuais Homogêneos, disponível <http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.phtml?cod=91&cat=Artigos&vinda=S>, acesso em 06/06/2006

²¹⁸Consoante muito bem sintetiza RICHE, Flávio Elias, O Método Concretista da “Constituição Aberta” de Peter Häberle, acessível em <http://www.geocities.com/flavioriche/haeberle.html>, acesso em 04/07/2005

tema²¹⁹ --, segundo a leitura de RICHE²²⁰

(...) o legado cultural de determinado povo, de sua tradição e de sua experiência histórica, assim como o reflexo de suas esperanças, de suas expectativas (...) constituindo ao mesmo tempo um ser e um dever-ser. Seu resultado é, pois, obra de todos os intérpretes da sociedade, que é aberta e pluralista. Desse modo, a tarefa da exegese constitucional não está restringida ao momento da interpretação dos textos normativos, ganhando relevância o papel condicionador que os requisitos culturais exercem sobre a pré-compreensão do intérprete (...) Conseqüentemente, toda a modificação cultural termina por implicar em uma transformação da própria exegese, configurando a cultura o pano de fundo material no qual se move a hermenêutica constitucional (...).

Neste cenário, o Ministério Público transparece mais uma vez como o tutor da cidadania²²¹, dando voz a uma expressiva parcela da população que, inobstante vivendo o contexto da norma e a preconcebendo ilegítima, não ousaria enfrentar as vicissitudes de um processo judicial para provocar a atuação do intérprete que exerce parcela da soberania do Estado, quedando-se silente, empobrecendo a democracia de suas luzes.

À medida que a maioria da cidadania de desvele, não se olvida e até se projeta que a atuação do Ministério Público na seara em foco reste mitigada, como saudável conseqüência da aquisição da consciência efetiva da idéia da liberdade e do seu concreto exercício por meio de instâncias mediadoras atuantes e comprometidas, em essência, com o processo dialético: o Ministério Público retirar-se-á de cena quando os atores sociais aprenderem a exercer os seus papéis no escopo da busca incessante da democracia.

À guisa de fecho, necessária faz-se uma reflexão, porquanto indeclinavelmente associada ao tema em abordagem.

Afirmada a legitimidade ministerial para a defesa mediata dos direitos individuais homogêneos, inclusive em matéria tributária, e a corolária inconstitucionalidade do artigo 6º da Medida Provisória 2180/2001, que inaugurou a dicção restritiva do parágrafo único do artigo 1º da LACP, é inderrogável que o interesse público que placita o agir do

²¹⁹Constituição não-formal

²²⁰ob. cit., nota de texto n.º 11

²²¹Não se olvide a explicitação semântica do uso deste termo como o “direito a ter direitos intangíveis” (Juarez

Parquet, olhos postos no interesse difuso da preservação e na consolidação da liberdade negativa de quaisquer dos cidadãos da República, estejam eles agrupados em feixes identificáveis ou não, também poderá municiar ações ministeriais na busca de recursos legítimos que, por omissão de dados agentes públicos, não estejam aportando ao Erário, prejudicando o financiamento das políticas públicas que colorirão de eficácia os direitos prestacionais.

Neste ensejo, a ação de improbidade administrativa por omissão relevante, *v.g.*, ausência de diligência na execução do ativo fiscal de dado município, também viabilizará o manejo dos freios e contrapesos tão caros à democracia, num franco e intercambiante diálogo com a Ação Civil Pública, assunto para outro modesto ensaio.

Apenas para não deixar ao largo, retomando os argumentos já lançados no item 3.5 acerca da inconstitucionalidade da alteração do artigo 16, da LACP, introduzida pela Lei 9494/97, verifica-se que a eficácia *erga omnes* da sentença exarada em ação civil pública não desafia o princípio federativo.

Em matéria tributária, poder-se-ia cogitar um abrandamento, admitindo que a limitação perfilada estará em consonância com o sistema constitucional vigente no tocante a impugnações de exações emanadas do poder tributante municipal, caso em que a eficácia *erga omnes* da sentença de procedência, restrita à base territorial da competência do Juízo prolator, atenderá à moldura objetivo-subjetiva reclamada na ação, não corporificando qualquer prejuízo à acessibilidade material à jurisdição.

Contudo, no tocante aos tributos de natureza estadual ou federal, a restrição afigura-se iníqua, pelos argumentos já estudados.²²²

Propostas várias Ações Cíveis Públicas para o afastamento de dado tributo *estadual*, *v.g.*, a questão dever-se-á resolver pela reunião das demandas, nos termos do artigo 103, CPC²²³, ante a flagrante conexão, e

Freitas, fonte já revelada no curso do trabalho)

²²²Remetemos o leitor ao item 3.5 deste estudo

²²³Ademais, a questão também pode ser resolvida à luz do artigo 93, II, CDC, reunindo-se os feitos conexos no foro da Capital da unidade da Federação em que esteja a ocorrer o abuso do poder de tributar.

a eficácia *erga omnes* da sentença de procedência projetar-se-á em toda a base territorial de incidência do imposto, qual seja, o Estado da Federação instituidor da exação impugnada, tornando-a uniformemente inexigível, evitando-se a insegurança jurídica decorrente de decisões conflitantes.

E não se poderia pensar em limitação subjetiva diversa, posto que o Ministério Público atua na defesa imediata da dimensão objetiva do direito fundamental malferido pela ilegítima exação, sem prejuízo da defesa indireta da dimensão subjetiva de tal direito, tendo por grupo-amostragem os titulares dos direitos individuais homogêneos da comunidade onde o Agente que subscreve a inicial da Ação civil Pública é promotor natural e, por isso, lá ingressou com a demanda.

Tal circunstância por óbvio não exclui a homogeneidade do direito de todos os demais atingidos pela mesma iniquidade, que não podem ficar desguarnecidos de proteção, ao menos em um Estado que se pretende materialmente democrático e que, portanto, deve colmatar desigualdades irrazoáveis e patentes, valendo-se de instrumentos contundentes e eficazes.

No âmbito dos tributos federais, a solução seria idêntica. O julgamento proferido pelo Juízo federal preventivo²²⁴ teria eficácia *erga omnes* para todo o território nacional, o que representa alargados benefícios à economicidade e à qualidade da prestação jurisdicional, com efeitos diretos sobre o resgate do prestígio do Poder Judiciário, que deve retomar no imaginário popular a titulação de último baluarte de defesa da ordem constitucional; para tanto, deve agir em consonância com tal máxima.

3.6.3 Da Legitimidade Ministerial Na Seara Previdenciária

O rompimento de arcaicos paradigmas também se faz lento no

²²⁴Poder-se-ia resolver a questão da competência não pela prevenção, mas pelo vertido no artigo 93, CDC, ou seja, reunindo-se todas as demandas no foro da Justiça federal da Capital do País.

âmbito em epígrafe, tornando imprescindível a crítica da academia, na assunção de sua co-responsabilidade social, uma vez que partícipe da sociedade aberta que interpreta a Constituição material, lição de Peter Häberle antes singelamente esboçada.

Neste arcabouço, verifica-se o nítido conservadorismo, incapaz da humildade que há que se requerer do exegeta, em movimento de circularidade com o objeto da interpretação, a embeber o julgado a seguir reproduzido por excerto, que restringe a legitimidade ministerial sem respaldo tópico-sistêmico, em frontal dissintonia com a moderna tendência que preconiza a tutela coletiva dos individuais homogêneos como recurso racional de acesso à jurisdição:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para defender interesses individuais homogêneos, além de impropriedade da ação civil pública. Seja porque o interesse coletivo, no caso, não se restringe aos aposentados e pensionistas, mas ao segurado de maneira geral, seja porque o pleito não interessa a todos os beneficiários de aposentadorias e pensões previdenciárias, mas somente aqueles cujos benefícios ultrapassam um salário mínimo, deve-se entender que inexistente, na espécie, a "alma coletiva" de que fala "Mancuso", que caracteriza o interesse a ser defendido pela via da ação civil pública. Pode existir, "in casu", até um interesse de um grupo de pessoas, ou a soma de interesses individuais, ou, ainda, interesses individuais homogêneos, mas não o "interesse coletivo" a ser protegido através da ação prevista na Lei no. 7.347/85. Este só pode ser aquele que considera o aposentado e pensionista de maneira global, e apenas naquilo que a lesão tem de comum a todos os demais lesados, os quais devem pertencer a uma categoria "indeterminada" de pessoas. No caso, "os pretensos lesados são perfeitamente identificáveis"(...).²²⁵

A linha de raciocínio ora vergastada agita a idéia da idoneidade do instrumento apenas para os direitos essencialmente coletivos, apartando-a como legítima a instrumentalizar a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, ignorando por completo a relevância social que deflui da coletivização acidental de tais interesses em combinação com as características predominantes do perfil médio do círculo dos titulares dos direitos subjetivos lesados – em sua maioria idosos – os quais são credores de prioridade especial, consoante a clara dicção da Carta

²²⁵AG 91.01.18152-1, TRF1, PRIMEIRA TURMA, Relator JUIZ EUSTÁQUIO SILVEIRA, Data da decisão 30/06/92, DJU 17/08/92, p. 24204

Constitucional, artigo 230.

Assim, este discurso totalmente antidemocrático -- porque contrário à vontade geral que legitimou a atuação parquetária para a defesa coletiva dos interesses agrupados pelo acidente de coletivização, mormente pelo alcance majoritário da tutela sob a orla jurídica de idosos ---- avilta a dignidade de um universo significativo de pessoas que deveria receber dos Poderes do Estado tratamento condizente com a sua condição especial, impelindo-as à litigiosidade atomística, sujeita às vicissitudes do processo individual, inclusive a configuração de malferimento à isonomia material, pela ocorrência de decisões frontalmente opostas, inobstante se trate da mesma matéria de direito. Franqueada a ação coletiva, ter-se-ia racionalidade no acesso à jurisdição, utilidade do provimento jurisdicional proferido em tempo razoável, economia processual e material, segurança jurídica, pela latitude dos efeitos subjetivos da coisa julgada, efetividade do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição e respeito à isonomia constitucional.

Nesta esteira, importante coligir a lição de OVÍDIO BAPTISTA:

(...) queremos mais uma vez insistir em nossa questão fundamental: a petrificação do "mundo jurídico" conceitual e alienado da História, só pode fornecer-nos um instrumental construído para uma sociedade otimista e confiante no progresso contínuo e indefinido de suas próprias idealizações políticas e sociais, de que, agora, devemos servi-nos para a regulação do convívio de uma sociedade apreensiva às vezes pessimista com relação a seu próprio futuro; para a disciplina de nossa época que alguém já denominou a 'era da incerteza'.²²⁶

Compulsado o plexo argumentativo precedente, calha trazer à colação julgado que concatena didaticamente fundamentação concernente ao caleidoscópio axiológico que estrutura o nosso Documento Maior, agraciando várias das hipóteses desenvolvidas neste ensaio²²⁷.

²²⁶SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, 1ª ed., p. 210/1

²²⁷PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REAJUSTAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA NEGATIVA DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO MANEJADO CONTRA DECISÃO JUDICIAL QUE, NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFERIU LIMINAR, DETERMINANDO O RECÁLCULO DE TODOS OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - CONCEDIDOS OU MANTIDOS, NO TERRITÓRIO DE PERNAMBUCO, ENTRE FEVEREIRO DE 1994 E FEVEREIRO DE 1997 - DOS SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, CUJA RENDA MENSAL INICIAL TIVER

SIDO OU HOUVER DE SER CALCULADA, COMPUTANDO-SE OS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO REFERENTES A FEVEREIRO DE 1994, CORRIGINDO-OS PELO VALOR INTEGRAL DO IRSM DE FEVEREIRO DE 1994, NO PERCENTUAL DE 39,67%, BEM COMO A IMPLANTAÇÃO DAS DIFERENÇAS POSITIVAS. DISCUSSÃO QUE SE ENCERRA, SOBRETUDO, NA LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS CONCERNENTES A REAJUSTAMENTO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. 2. EM QUE PESEM AS NOTÁVEIS CONSIDERAÇÕES DEDUZIDAS EM PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RESP 506.457, AGRESP 423.928, RESP 419.187), É DE SE RECONHECER A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O OBJETO DA AÇÃO (CORREÇÃO DO BENEFÍCIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL) E OS TITULARES DO INTERESSE (REPRESENTADOS NA MAIOR PARTE POR PESSOAS IDOSAS), AO LADO DA DIMENSÃO SUBJETIVA (QUANTIDADE DE SUJEITOS DE DIREITO ENVOLVIDOS) ATINGIDA PELOS EFEITOS DA NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA, CONFIRMAM A LEGITIMIDADE MINISTERIAL PARA O SEU AJUIZAMENTO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF/88, ART. 25, IV, "A", DA LEI N.º 8.625/93, E ARTS. 50, I E III, "E", E 60, VI, "A" À "D", E XII, DA LC N.º 75/93. 3. A NATUREZA DAS ATRIBUIÇÕES DETERMINADAS COMO DE COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL, A DIMENSÃO DE SUA RESPONSABILIDADE, A PLURALIDADE DE CATEGORIAS E TEMÁTICAS EM RELAÇÃO ÀS QUAIS DETÉM INCUMBÊNCIAS DE PARTICULAR SERIEDADE, O PODER INVESTIGATIVO, FISCALIZADOR E DETERMINANTE DE QUE FOI DOTADO ESSE AGENTE - CONSTITUCIONALMENTE QUALIFICADO PELA SUA ESSENCIALIDADE À FUNÇÃO JURISDICCIONAL DO ESTADO - IMPÕEM SEJA ADMITIDO, COM LARGUEZA, O EXERCÍCIO DE AÇÕES COLETIVAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NÃO SENDO ACEITÁVEIS, EM SENTIDO OPOSTO, INTERPRETAÇÕES RESTRITIVAS OU INIBIDORAS. 4. AO MINISTÉRIO PÚBLICO SE CONFERE O DEVER DE SALVAGUARDA, NÃO APENAS DOS DIREITOS DITOS INDISPONÍVEIS, MAS TAMBÉM DOS INTERESSES SOCIALMENTE RELEVANTES, INDEPENDENTEMENTE DA INDISPONIBILIDADE QUE OS GRAVE OU NÃO, OU SEJA, DAS PRETENSÕES QUE SE RECONHEÇAM COM REPERCUSSÃO OU REFLEXÃO NA COLETIVIDADE CONSIDERADA EM CONJUNTO. ASSIM, NESSE CONTEXTO, NÃO SE PODE PERMITIR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DE INTERESSES MARCADOS PELA INDIVIDUALIDADE, COM EXERCITAÇÃO CONFINADA NO CORRESPONDENTE TITULAR, SEM REVERBERAÇÃO NO CAMPO DO SOCIAL. CONTUDO, DE OUTRO LADO, AO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO SE PODE DEIXAR DE RECONHECER A SUA RESPONSABILIDADE NA PROMOÇÃO DE DIREITOS E REIVINDICAÇÕES QUE, EMBORA COM TITULARES IDENTIFICADOS OU IDENTIFICÁVEIS, TÊM ACENTUADA CONOTAÇÃO SOCIAL, SEJA PELA NATUREZA DO OBJETO PRETENDIDO, SEJA PELA QUALIDADE DISTINTIVA DE CERTA CATEGORIA, CUJAS NECESSIDADES SEJAM DISCERNIDAS PELA PRÓPRIA SOCIEDADE COMO PRECISÕES DE ÍNDOLE COLETIVA OU ARRIMADAS EM CUIDADO ESPECIAL RESTAURADOR DE EQUILÍBRIO INDISPENSÁVEL DIANTE DAS DIFICULDADES VIVENCIADAS EM RELAÇÃO À PRÓPRIA INSERÇÃO SOCIAL. 5. A NORMA LEGAL QUE INSTITUIU A AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI N.º 7.347/85 - NASCEU COMO "LEI DOS INTERESSES DIFUSOS". POSTERIORMENTE, EM DECORRÊNCIA ESPECIALMENTE DO ALARGAMENTO PROVIDENCIADO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI N.º 8.078, DE 11.09.1990), A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PASSOU A SER ADMITIDA PARA FINS DE PROTEÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DENOMINADOS, GENERICAMENTE, DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. A DOUTRINA TEM SE REFERIDO AO FATO DE QUE PROMOÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS ("ACIDENTALMENTE COLETIVOS") TERIA CABIMENTO APENAS QUANDO SE TRATASSE DE MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR E PATRIMÔNIO ARTÍSTICO, ESTÉTICO, HISTÓRICO, TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO, NÃO HAVENDO, DE OUTRO LADO, LIMITAÇÃO MATERIAL, QUANDO SE CUIDASSE DE DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS ("ESSENCIALMENTE COLETIVOS"). É DE SE RESSALTAR, ENTRETANTO, QUE, A DESPEITO DESSA DIFERENCIAÇÃO, TEM-SE AGASALHADO, EM OUTRAS OPORTUNIDADES, UMA COMPREENSÃO MAIS AMPLIADA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, REPUTADOS ESPÉCIES DO GÊNERO COLETIVO, APTOS A SEREM DEFENDIDOS ATRAVÉS DA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ESPECIALMENTE QUANDO ELA É MANUSEADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PASSOU-SE A SE CONCEBER A PROMOÇÃO DA AÇÃO COLETIVA EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS QUANDO CONFIGURADO MANIFESTO INTERESSE SOCIAL, COMPATÍVEL COM A FINALIDADE DA INSTITUIÇÃO MINISTERIAL. 6. IN CASU, ESTÃO EM LITÍGIO DIREITOS/INTERESSES QUE SE PODE QUALIFICAR DE INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. O MINISTÉRIO PÚBLICO POSTULA O RECÁLCULO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PERCEBIDOS POR TODOS OS SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO ESTADO DE PERNAMBUCO, COM A APLICAÇÃO DO IRSM DE

A Juíza Federal Marciane Bonzanini, ao sentenciar Ação Civil Pública proposta pelo órgão ministerial²²⁸, com o objetivo de afastar a incidência das alíquotas de contribuição previdenciária sobre as remunerações dos servidores públicos civis da União, suas autarquias e fundações, tendo em vista a inconstitucionalidade da MP 560/94, preconizou:

FEVEREIRO DE 1994 AOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. ESTÁ EM DISCUSSÃO O RELEVANTE DIREITO SOCIAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL, CONSTITUCIONALMENTE CONCEBIDO, EX VI DO ART. 70, CAPUT, DA CF/88, ENTENDENDO-SE POR DIREITO SOCIAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL TAMBÉM O DIREITO À PERCEPÇÃO DOS BENEFÍCIOS DEVIDAMENTE CALCULADOS E CORRIGIDOS, SEGUNDOS OS DITAMES LEGAIS, DE FORMA CAPAZ A GARANTIR A SATISFAÇÃO DE TODAS AS NECESSIDADES DE SUBSISTÊNCIA QUE SE ASSOCIAM A ESSES VALORES. OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS "SE CARACTERIZAM POR SEREM UM FEIXE DE DIREITOS SUBJETIVOS INDIVIDUAIS, MARCADO PELA NOTA DE DIVISIBILIDADE, DE QUE É TITULAR UMA COMUNIDADE DE PESSOAS INDETERMINADAS MAS DETERMINÁVEIS, CUJA ORIGEM ESTÁ EM QUESTÕES COMUNS DE FATO OU DE DIREITO" (GIDI). NO CASO CONCRETO, TÊM-SE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, NA MEDIDA EM QUE, EMBORA ATRIBUÍDOS A CADA SEGURADO/BENEFICIÁRIO, SEGUNDO A SUA SITUAÇÃO PARTICULARIZADA, ESTÃO AGREGADOS - AS PARTICULARIDADES QUE INDIVIDUALIZAM SÃO JURIDICAMENTE IRRELEVANTES, MANIFESTANDO-SE A DIVISIBILIDADE APENAS NO MOMENTO DA EXECUÇÃO DO PROVIMENTO JUDICIAL COLETIVO, SE LHES FOR FAVORÁVEL - POR UMA ORIGEM COMUM (RESULTANDO NA HOMOGENEIDADE), QUAL SEJA A RESISTÊNCIA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA NA CORREÇÃO DOS BENEFÍCIOS PELA APLICAÇÃO DO IRSM DE FEVEREIRO, CORRESPONDENTE AO PERCENTUAL DE 39,67%. 7. ESTÁ SENDO POSTULADO DIREITO DE PESSOAS QUE SE ENQUADRAM, EM SUA MAIORIA, NO CONCEITO DE IDOSO. A SITUAÇÃO ETÁRIA, SE ASSIM SE PODE DENOMINAR, TEM RECEBIDO ATENÇÃO PARTICULARIZADA NOS DIAS ATUAIS. A EDIÇÃO DA LEI QUE DETERMINOU A TRAMITAÇÃO PRIVILEGIADA DOS PROCESSOS EM VIRTUDE DA IDADE DOS POSTULANTES (LEI N.º 10.173, DE 09.01.2001), ASSIM COMO DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI N.º 10.741, DE 01.10.2003), SÃO SINAIS DESSA PREOCUPAÇÃO COM AS PECULIARIDADES DAS NECESSIDADES QUE PASSAM A INTEGRAR A VIDA DAS PESSOAS COM IDADE AVANÇADA. NÃO PODERIA SER DIFERENTE. A ANCIANIDADE TRAZ CONSIGO UM QUADRO ESPECIAL, ESPECIALIDADE QUE, COMO JÁ DITO, FAZ ASSEMELHAR ESSA SITUAÇÃO ÀS QUE CARACTERIZAM OS QUE SE ENQUADRAM COMO CRIANÇAS, ÍNDIOS, CONSUMIDORES. DIZ-SE QUE "NÃO SÓ SE FAZ NECESSÁRIA A LUTA PARA IMPLEMENTAR OS 'NOVOS' DIREITOS DA TERCEIRA IDADE PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO ATUAL, MAS, SOBRETUDO, PARA APOIAR O FORTALECIMENTO DE INSTITUIÇÕES COMO O MINISTÉRIO PÚBLICO, A QUEM COMPETE UMA ATUAÇÃO MAIS EFETIVA NA CONSECUÇÃO DA CIDADANIA DOS IDOSOS" (WOLKMER E LEITE). 8. NÃO SE MOSTRA CONFORME AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA ECONOMIA PROCESSUAL E TAMBÉM DA ISONOMIA ENTENDER PELA ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, IMPELINDO TODOS OS SEGURADOS PREJUDICADOS A AJUIZAREM AÇÕES INDIVIDUAIS, GERANDO ACÚMULO DE DEMANDAS QUE, PELA IDENTIDADE DE DISCUSSÃO, PODERIAM E DEVERIAM TER A MESMA SOLUÇÃO. 9. PRECEDENTES DOS TRFS E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (QUINTA TURMA, RESP 413986/PR, REL. MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA): "O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTÁ LEGITIMADO A DEFENDER DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS QUANDO TAIS DIREITOS TÊM REPERCUSSÃO NO INTERESSE PÚBLICO"/ "O EXERCÍCIO DAS AÇÕES COLETIVAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DEVE SER ADMITIDO COM LARGUEZA. EM VERDADE A AÇÃO COLETIVA, AO TEMPO EM QUE PROPICIA SOLUÇÃO UNIFORME PARA TODOS OS ENVOLVIDOS NO PROBLEMA, LIVRA O PODER JUDICIÁRIO DA MAIOR PRAGA QUE O AFLIGE, A REPETIÇÃO DE PROCESSOS IDÊNTICOS". 10. PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 5ª REGIÃO, AGTR - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004.05.00.0000317 SEGUNDA TURMA, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, J. 16/03/2004

²²⁸ACP 96.0017521-7, fls. 189/227

No caso, a discussão sobre a inexistência de base legal válida para o desconto mensalmente feito dos vencimentos dos servidores públicos federais civis a título de contribuição social justifica, por si só, a relevância da matéria para a sociedade como um todo. As verbas descontadas possuem caráter alimentar, só se admitindo a incidência de descontos mediante autorização legal válida ou determinação judicial. De outra parte, a atuação do Poder Público só pode ocorrer em conformidade com base legal válida, sob pena de admissão de comportamento arbitrário. Esses valores têm dimensão social suficiente para justificar a atuação do Ministério Público.

Dessa forma, seja por consideração do inc. II do art. 129 da C.F/88, seja por caracterização dos direitos discutidos neste feito como individuais homogêneos com relevância social (art. 129, inc. IX, da C.F/88 c/c o art. 6º, inc. XII, da L.C n.º 75/93), resta indubitosa a legitimidade do Ministério Público Federal para propor esta ação.

Além disso, tratando-se de lesões massivas, entendo que a interpretação dos instrumentos processuais que possibilitam o seu exame coletivo pelo Poder Judiciário deve ser feita sob uma perspectiva da realidade. Ou seja: respeitando as determinações constitucionais e legais atinentes ao processo, não se pode olvidar que as ações coletivas hoje são a alternativa mais eficiente e eficaz para a concretização do direito de irrestrito acesso ao Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da C.F/88).

O problema das lesões massivas e de seu exame pelo Judiciário deve ser resolvido na origem, fazendo com que todos aqueles que tenham tido seus direitos violados, independentemente de haverem ou não buscado pessoalmente socorro na prestação jurisdicional, vejam concretizadas a realização da justiça. De nada adianta a criação de mecanismos coativos de uniformização das decisões sem que se pense em afastar a possibilidade de surgimento de renovadas séries de processos a cada lesão que venha a ser praticada e que atinja um grupo social com um todo. São causas em que, pela extensão do rol dos lesados e pela garantia constitucional básica e geral de quebra da inércia da prestação jurisdicional, com certeza envolvem interesses públicos ou, no mínimo, interesse de uma coletividade, legitimando e eticamente obrigando o Ministério Público e entidades representativas a agir, assim resgatando a confiança dos jurisdicionados na instituição e no próprio Poder Judiciário.²²⁹

Inobstante tais luzes, a pertinência sistemática da defesa coletiva de interesses individuais homogêneos não foi percebida pelo Poder Executivo Federal que, parecendo tomar para si a decisão do que seja mais ou menos conveniente para a cidadania material, trouxe à baila a restrição do uso do remédio, ceifando a sua incidência às questões previdenciárias, consoante a nova redação do artigo 1º da LACP, pela malfadada MP 2180.

²²⁹fls. 197/8 dos referidos autos

A iniciativa, a par de assumir um viés autoritário, que ignora a eficácia vinculante dos direitos fundamentais, representa verdadeira afronta à proibição de retrocesso, ao reduzir, sem qualquer legitimidade constitucional, a vocação do instrumento e, por via reflexa, a legitimidade dos autores ideológicos – dentre os quais por excelência o Ministério Público, como paladino in re ipsa da coletividade.

Nesta linha, a restrição, repisados aqui como escritos todos os argumentos já lançados para a crítica da mesma restrição à seara tributária, soa agudamente inconstitucional.

Mais: faz ver escancaradamente a linha diretiva dos mandatários da República que deram vida à abjeta restrição: a defesa coletiva pode ser admitida, desde que não contraste, v.g., o poder de império de tributar, ainda que isto seja feito à margem da Lei, para o que as tutelas individuais servem para dar aparência de respeito ao acesso à jurisdição.

Neste diapasão, calha certa a lição de CASTANHEIRA NEVES²³⁰:

Na perspectiva política, a lei deixa de ser uma norma puramente jurídica e apenas suscetível, como tal, de uma mediata função política – a função política que, como se acentuou atrás, ela cumpriria com ser só uma norma jurídica -, para adquirir antes uma imediata função política, pois que em si passou em si mesma a ser um específico instrumento político, um instrumento de que o poder político lança mão para realizar a sua política (...) A funcionalística neutralidade jurídica da lei possibilitou que ela adquirisse uma direta intenção política e desse modo se transformasse num “processo de governo”. À tentativa iluminista de reduzir o político a jurídico substitui-se hoje a instrumentalização do jurídico pelo político.

Desta feita, a restrição tem que ser impiedosamente afastada, porquanto contrária à decisão política fundamental e, portanto, eivada de ilegitimidade representativa.

Inobstante, a consulta à jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça²³¹ demonstra que, após uma relativa mitigação da restrição legislativa em comento (para entendê-la incidente *ex nunc*, preservando as ações civis públicas ajuizadas antes de sua égide, mas

²³⁰Apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, “*Jurisdição e Execução...*”, p. 205

²³¹A questão ainda não extrapolou os movimentos intestinais do STJ, não alçando exame perante o STF, portanto e por ora

rechaçando as iniciativas coletivas nascidas sob a sua vigência²³²), o posicionamento atual inclina-se à denegação irrestrita da legitimidade ministerial na seara de que se trata neste título, a exemplo do âmbito tributário.

Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. PREVIDENCIÁRIO. DIREITO INDIVIDUAL DISPONÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INADEQUAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. A ação civil pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, salvo quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

2. "Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados." (parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 7.347/85).

3. O Ministério Público não possui legitimidade para ajuizar ação civil pública visando ao reajuste de benefício previdenciário, por se tratar de interesse individual disponível (Constituição da República, artigos 127 e 129, inciso III, e Lei Complementar 75/93, artigo 6º, inciso VII).

4. Precedentes.

5. Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti que, ressaltando seu entendimento, acompanhou o voto do Sr. Ministro-Relator, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Paulo Medina, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.²³³

No mesmo sentido, conforme precedentes citados no corpo do acórdão, com chave de pesquisa "ILEGITIMIDADE MINISTÉRIO PÚBLICO - INEXISTÊNCIA RELAÇÃO DE CONSUMO", os seguintes arestos RESP 417374-RS, AGRG NO RESP 610683-PR, AGRG NO RESP 502610-SC, RESP 369822-PR, AGRG NO RESP 404656-RS, RESP 370957-SC, RESP 423098-SC, RESP 143215-PB, RESP 143092-PE, AGRG NO RESP

²³²A 1ª Turma do STJ entendia o Ministério Público como **parte ativa legítima** para propor ação civil pública envolvendo matéria tributária, **desde que** a ação tivesse sido proposta **antes** da entrada em vigor da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001.

²³³REsp 416962 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2002/0023368-9, Relator(a)Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, Data do Julgamento:16/12/2003,DJ 12.12.2005 p. 425 (Anexo C2).

333016-PR, RESP 248281-SP, RESP 506457-PR, RESP 419187-PR, RESP 463975-PR, RESP 381142-SC.

O voto do Relator (Anexo C2), após discorrer sobre a natureza disponível do benefício previdenciário, trouxe à baila o argumento tradicional, qual seja, que na seara dos direitos individuais homogêneos a ação civil pública encontra-se restrita ao direito do consumidor.

Quadra perfilar que novamente a questão é vista sob as vendas do processo civil tradicional, deixando de contemplar a lição *canotilhana* da bidimensionalidade dos direitos fundamentais. Ignora-se que o acidente de coletivização é instrumental, de índole pública -- porque se orienta para a busca do acesso racional à jurisdição, valor por toda a coletividade cultuado, tanto que inscrito no Documento Maior, como garantia fundamental implícita, decorrente da inafastabilidade da jurisdição efetiva, lúcida, ágil, útil, econômica. Neste cenário, a disponibilidade²³⁴ ínsita à esfera subjetiva desponta totalmente inócua para a aferição da relevância social da tutela coletiva, que obviamente não pode estar aferrada, *numerus clausus*, aos limites consumeristas.

Compulsado o voto do Ministro Paulo Gallotti (Anexo C2), denota-se a sua preocupação com o amordaçamento em epígrafe, valendo colacionar os seguintes excertos:

Sem adentrar na discussão doutrinária sobre o alcance das expressões "interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos", tenho que o exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com a amplitude necessária com vistas ao efetivo cumprimento das relevantes atribuições que lhe foram cometidas pela Carta Magna, principalmente, como na hipótese dos autos, em que se discute direito de inquestionável magnitude e alcance social, qual seja, a recomposição do valor real dos benefícios previdenciários.

Assim, conforme já decidiu esta Corte, na linha do entendimento firmado pelo hoje Ministro Teori Zavascki, "há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública" (REsp. n.º 95.347/SE, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJU de 1º/2/1999).

²³⁴ Ainda que mitigada, como já se viu, vez que a dimensão subjetiva, enquanto entorno da dignidade da pessoa humana, é irrenunciável; neste passo, o titular renuncia o exercício do direito, expressa ou tacitamente, não à aquisição dos direitos em tese, o que seria desassisado.

Contudo, conforme observou o Ministro Hamilton Carvalhido, não é essa a compreensão que tem prevalecido na Quinta Turma, que, ao apreciar hipóteses semelhantes à presente, assentou orientação de que, "tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não pode ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública" (REsp. N.º 419.187/PR, relator p/ acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJU de 8/9/2003).

(...)

No âmbito da Sexta Turma, embora não localizado precedente colegiado, o Ministro Paulo Medina no REsp. n.º 419.519/SC, DJU de 26/6/2003, monocraticamente adotou idêntica linha de pensamento.

Assim, na Terceira Seção, o tema pode ser dito pacificado.

Apenas para registrar, anoto que a matéria, em caso assemelhado, está sendo levada à consideração da Corte Especial nos Embargos de Divergência do Recurso Especial n.º 413.986/PR, relator o Ministro Ari Pargendler.

Ante o exposto, ressaltando meu ponto de vista, acompanho o relator para dar provimento ao recurso especial.

Contra tal decisão foram interpostos embargos de divergência, admitido, conforme a ementa a seguir reproduzida, incluído para julgamento na pauta dia 28/06/2006, 3ª Seção do STJ, conforme informação obtida no sítio do referido Tribunal²³⁵:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N.º 448.684 - RS (2006/0051122-7) RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS PROCURADOR : MÁRCIA PINHEIRO AMANTÉA E OUTROS

Vistos, etc. Trata-se de Embargos de Divergência opostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Sexta Turma deste Tribunal, nos autos do REsp 448.684/RS, de relatoria do Min. Hamilton Carvalhido, que restou ementado nos seguintes termos, in verbis: "RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO INDIVIDUAL DISPONÍVEL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE.1. O Ministério Público é parte ilegítima para a propositura de ação civil pública relativa a benefício previdenciário, objeto, em natureza, de interesses individuais disponíveis, que em nada se confundem com aqueles outros individuais homogêneos e oriundos de relação de consumo, de proteção também deferida à Instituição Ministerial

²³⁵ Os embargos foram rejeitados à unanimidade, nos termos do voto da Ministra Relatora, DJ 02/08/2006, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. 1. Tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, bem como não sendo relação de consumo, o Ministério Público não detém legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública em defesa de tal direito. Precedentes das Turmas que compõem esta Terceira Seção. 2. Embargos rejeitados.

pelos artigos 81, inciso III, e 82, inciso I, da Lei 8.038/90. 2. Precedentes. 3. Recurso provido." (fl. 155).

Nos presentes embargos de divergência, colaciona como paradigma acórdão proferido pela Quinta Turma, no REsp 413.986/PR, de relatoria do Min. José Arnaldo da Fonseca, que assim restou sumariado: "RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. "O Ministério Público está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público." "O exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige, a repetição de processos idênticos." Recurso conhecido, mas desprovido."

Sustenta o Embargante que a lei conferiu legitimidade ao Parquet para a utilização da Ação Civil Pública mesmo na hipótese de agir na salvaguarda de interesses individuais homogêneos, na condição de substituto processual autônomo, mormente quando esses direitos sejam revestidos de grande interesse para a coletividade. É o relatório. Decido.

Prima facie, ao que se me afigura, restou demonstrada a alegada divergência, pelo que admito o processamento dos presentes embargos, ao teor do art. 266, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Vista ao Embargado para impugnação, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 267 do RISTJ. Publique-se. Intime-se. Brasília (DF), 27 de abril de 2006. MINISTRA LAURITA VAZ, Relatora.

Pontuo que o voto do Relator do Acórdão paradigma²³⁶ referido na

²³⁶ Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavrada il. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, verbis (fls.172/183):

"Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com amparo no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, insurgindo-se contra acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, à unanimidade, negou provimento à apelação, mantendo a sentença monocrática proferida em ação civil pública.

Os fundamentos do v. acórdão recorrido estão resumidos na seguinte ementa (fls. 131):

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. ORDEM DE SERVIÇO N.º 59097. PRINCÍPIO DE PROVA DOCUMENTAL DA ATIVIDADE RURAL.

O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ação coletiva visando proteger o interesse dos segurados do INSS, que tiveram negada a concessão de benefícios por determinação administrativa, fato este que estaria causando prejuízo grave a todos os beneficiários.

A produção em regime de economia familiar caracteriza-se pelo trabalho dos membros do núcleo familiar com base em um única unidade produtiva, cuja documentação é expedida em nome de uma pessoa, geralmente o marido/pai ou outra pessoa que comande os negócios da família. Portanto, não é razoável a determinação contida na Portaria 4.273/97 (art. 24 § único) e na Ordem de Serviço 59097 no sentido de que não sejam aceitos como início de prova material do exercício de atividade rural em regime de economia familiar documentos que não façam referência direta ao requerente mas sim a outros membros da família (pais, cônjuge, etc.), pois contraria a natureza do regime.

Apelação desprovida e remessa oficial provida em parte..."

Agora, na presente etapa processual, alega a autarquia recorrente que o decisum supra contraria os seguintes diplomas legais: "Lei n. 7.347/85, art. 21; Lei n. 8.078/90, arts. 81, 82 e 92; Lei n. 8.213/91, arts. 11, inciso VII e § 1º, 55, § 3º e 105 a 108", na medida em que reconhece a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal para propor ação civil pública, na defesa de interesses de segurados da Previdência. Sustenta o caráter disponível dos direitos previdenciários, que não são suscetíveis de tutela mediante ação civil pública, pois, em que pese a natureza individual e homogênea que ostentem, não caracterizam relação de consumo.

Apresentadas as contra-razões, às fls. 149/165.

Recurso admitido na origem consoante o despacho exarado pela Vice-Presidência da Corte a quo, às fls.

167/168.

É o relatório.

O recurso merece conhecimento, sendo tempestivo, e atendido, quantum satis, o requisito legal do prequestionamento, porquanto a matéria, regulada pelos dispositivos apontados como violados, foi objeto de deliberação no v. acórdão hostilizado.

No mérito, sem razão o recorrente, senão vejamos.

A controvérsia envolve o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público Federal para propor ação civil pública "visando proteger o interesse dos segurados do INSS, que tiveram negada a concessão de benefícios por determinação administrativa", de modo a impor à autarquia previdenciária, a aceitação de documentos expedidos em nome do genitor, ou do cônjuge do beneficiário, para comprovação do tempo de atividade rural, em regime de economia familiar.

A hipótese sub oculis cuida de direitos individuais homogêneos, pois, embora atribuídos a cada beneficiário, na conformidade de sua situação específica, possuem a mesma fonte originária - a recusa do INSS em reconhecer, nos documentos expedidos em nome de terceiros, a prova de direito próprio, ou seja, de atividade rural desenvolvida em regime de economia familiar. Alia-se a esse elemento, a caracterização como direitos que dizem respeito a uma coletividade, porquanto, os eventuais titulares desses direitos, ainda não determinados no momento da propositura da demanda, são determináveis, no sentido estrito da palavra.

Nessa perspectiva, não remanesce dúvida quanto à legitimidade do Ministério Público Federal para a adoção de medidas concernentes à proteção desses direitos, desde que configurado relevante interesse social. Assim, a Constituição Federal estabelece, no art. 129, III, entre as funções institucionais do Ministério Público: "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" e, "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." (art. 127, caput)

A Lei n.º 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, explicita, em harmonia com o texto constitucional: "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados: IV - a qualquer interesse difuso ou coletivo".

A Lei Orgânica do Ministério Público Federal é expressa, no artigo 6º, inciso VII, d:

" Compete ao Ministério Público da União:

...

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

...

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos."

A jurisprudência dominante, nos tribunais do país, encaminha-se de acordo com a orientação legal, como se pode verificar nos julgados a seguir colacionados, todos emanados dessa Colenda Corte:

"EMENTA. Ministério Público. Legitimidade ativa. Código de Defesa do Consumidor. Cooperativa habitacional. Administração em detrimento dos cooperados apurada em inquérito civil.

Precedentes da Corte.

Tem o Ministério Público, na forma de vários precedentes da Corte, legitimidade ativa para defender interesses individuais homogêneos, presente o relevante interesse social, assim, no caso, o direito à aquisição de casa própria, obstado pela administração de cooperativa habitacional em detrimento dos cooperados, como apurado em inquérito civil.

Recurso especial conhecido e provido."

"EMENTA. PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE.

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL está legitimado a recorrer à instância especial nas ações ajuizadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

2. O MP está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público.

3. Questão referente a contrato de locação, formulado como contrato de adesão pelas empresas locadoras, com exigência da Taxa Imobiliária para inquilinos, é de interesse público pela repercussão das locações na sociedade.

4. Embargos de divergência conhecidos e recebidos."

Os interesses individuais homogêneos são espécie de interesses transindividuais, ensejando, para seu exercício e proteção, a utilização dos instrumentos de tutela coletiva. Em acórdão memorável, a nossa Corte Constitucional pronunciou-se nesse sentido:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação "RE-163231/SP. Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA DJ DATA-29-06-01 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737. Julgamento 26/02/1997 - TRIBUNAL PLENO. Votação Unânime.

A aposentadoria previdenciária de indivíduos que laboraram, durante longos anos, em regime de economia familiar está assegurada no art. 201, § 7º, II, da Constituição Federal, com a alteração procedida pela EC n.º 20/98, e no art. 11 da Lei n.º 8.213/91. Trata-se de direito de extrema relevância para os trabalhadores rurais, na maioria das vezes, único meio de subsistência que dispõem, ao final da vida dedicada às atividades no campo. Entretanto, pela própria natureza da atividade, os camponeses enfrentam dificuldades para reunir registros e documentos do tempo de serviço prestado, em nome próprio, visando sua comprovação perante o instituto previdenciário.

Nesse diapasão, pertinente a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal para compelir o INSS a acatar documentos expedidos em nome de familiares dos rurícolas, tanto do ponto de vista formal, pois consiste em via processual legítima e eficaz, para evitar desnecessário acúmulo de demandas individuais, com o mesmo e idêntico objeto, como do ponto de vista substancial, porquanto contempla entendimento desse Colendo Tribunal de Superposição, quanto à aceitação da prova do tempo de serviço em regime familiar, através de documentos não especificamente expedidos em nome do beneficiário. Nessa esteira de inteligência, oportuno transcrever o seguinte julgado:

"PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE DO TRABALHO - MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – LEGITIMIDADE.

I - O Ministério Público está legitimado para instaurar inquérito civil, no intuito de colher subsídios para eventual ação civil pública em defesa do meio-ambiente.

II - O exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige, a repetição de processos idênticos."

(RESP 265.358/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 18.02.2002)

Nesse passo, é legítima a atuação do Ministério Público Federal na defesa dos direitos individuais homogêneos, especialmente quando configurado interesse social relevante, materializado no caso *sub oculis*, onde se tem conhecimento de grande número de membros de grupos familiares que exerceram atividade rural, estando, agora, sob a égide da ordem constitucional implantada em 1988, aptos a reivindicarem suas aposentadorias junto ao INSS. Entretanto, a autarquia previdenciária vem, sistematicamente, indeferindo os benefícios, arrimada na tese da prova documental insuficiente, ou deficiente, pois não contempla o titular específica e individualmente.

É certo que os trabalhadores rurais que vivem em regime de economia familiar, eventuais beneficiários da ação proposta pelo Parquet Federal, podem postular, individualmente, os seus direitos. Entretanto, a origem única da reivindicação, consubstanciada na recusa do órgão público, recomenda a defesa coletiva em um só processo,

ementa dos embargos de divergência supraditos, que foi decidido à

quer pela observância ao princípio da economia processual, quer pela própria relevância social atribuída aos interesses individuais homogêneos, que, no caso, adquirem conotação coletiva.

Segundo destacado por essa Corte Superior de Justiça, "Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública. REsp 95347/SE, 5ª Turma, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ de 01.02.1999.. Esclarecedor o trecho do voto condutor ora transcrito:

"Tomando como argumento de indiscutível judiciosidade, os ensinamentos do Professor Zavascki, acerca da ação civil pública como adequada à defesa de direitos individuais homogêneos, vale salientar: "há certos interesses individuais homogêneos – de pessoas privadas e de pessoas públicas – que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos, verdadeiros interesses da comunidade como um todo. É o que ocorre com os direitos individuais homogêneos, antes mencionados, dos consumidores e dos poupadores, cuja defesa (sic) pelo Ministério Público para defendê-los é inegável, independentemente de previsão normativa ordinária, pois que albergada no próprio Texto Constitucional."

Oportuno recordar o ensinamento da eminente processualista Ada Pellegrini Grinover, quanto à legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública para tutelar interesses individuais homogêneos:

"(...) a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis". (grifo nosso)

Demais disso, verifica-se que o direito à aposentadoria rural encontra-se definido como direito social, a teor do disposto no art. 7º, XXIV, da Constituição Federal, que trata dos "direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social", por conseguinte, não possui índole puramente individual.

Outro aspecto relevante consiste na atuação do Ministério Público Federal para resguardar o interesse social dos trabalhadores rurais, integrantes de categoria social que tem dificuldade de acesso ao Poder Judiciário, tanto devido à falta de informação, como pela hipossuficiência econômica...

Assim, há de ser mantido o v. acórdão atacado, que preserva o espectro de atuação do Ministério Público, delineado na Carta Política e na legislação ordinária, visando a tutela dos interesses da sociedade como um todo, sobretudo dos interesses individuais homogêneos de relevância social."

Confiram-se, ainda, os seguintes precedentes:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO (CHEQUE ESPECIAL). RELAÇÃO DE CONSUMO. PRETENSÃO DE DECRETAR-SE A NULIDADE DE DETERMINADAS CLÁUSULAS TIDAS COMO ABUSIVAS. INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

- O contrato bancário de abertura de crédito (cheque especial) submete-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor.

- Tratando-se de ação que visa à proteção de interesses coletivos e apenas de modo secundário e consequencial, à defesa de interesses individuais homogêneos, ressaí clara a legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública. Precedentes do STJ.

Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n.º 2640-RJ."

(REsp 292.636/RJ, Rel., Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 16/09/2002)

"Código de Defesa do Consumidor. Ação civil pública. Televisão por assinatura. Direitos individuais homogêneos. Dissídio. Precedentes da Corte.

1. O Ministério Público está legitimado pelo Código de Defesa do Consumidor para ajuizar defesa coletiva quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos.

2. A televisão por assinatura tem hoje importante presença como instrumento de lazer, contribuindo para a qualidade de vida dos cidadãos, e alcançando significativas parcelas da população, não estando confinada aos estratos mais abastados.

3. Há entre os assinantes direito individual homogêneo, decorrente de origem comum, que autoriza a intervenção do Ministério Público.

4. Recurso especial não conhecido."

(RESP 308.486/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 02/09/2002)

unanimidade, em 15 de outubro de 2002, trouxe em seu seio um rol de precedentes que admitem a legitimação parquetária para a defesa dos individuais homogêneos, em diversas áreas.

Como se observa, alguns dos arestos insertos no voto paradigma são contemporâneos ao período anterior à introdução do § único do artigo 1º, LACP, quando a legitimação ministerial em comento era mais prestigiada na Corte que se rotula da cidadania²³⁷, o que não corresponde à realidade hodierna.

De outra banda, a situação perfilada no Acórdão paradigma enfeixa nítida configuração de interesses individuais homogêneos, posto que a tutela coletiva dirige-se ao afastamento de iniquidade que não atinge a universalidade de aposentados, mas o grupo de jubilados que alcançaram o benefício pelo cômputo da atividade rural exercida em regime de economia familiar, sendo que o ato administrativo vergastado, cuja extirpação é o objeto da tutela coletiva, confronta com a maciça jurisprudência previdenciária que, ao interpretar a questão, já entendeu idônea a prova documental em nome do genitor dos aposentados, dadas as peculiaridades sócio-culturais da vida campesina, fulcrando-se na presunção *pro homine*.

Admitir-se a tutela coletiva na seara previdenciária significa dar concretude à decisão do Poder Constituinte Ordinário, que declinou aos idosos – perfil subjetivo dos efeitos mediatos da defesa coletiva – proteção especial.

A posição conservadora de nossos Tribunais tem placitado maquinaísmos superiores ao ilegítimo cerceamento do acesso qualificado à jurisdição --- o que evidentemente interessa a toda a coletividade -- no caso dos direitos individuais homogêneos.

Sob o argumento do sumário afastamento da legitimidade ministerial, por entendê-lo encilhado à seara consumerista, os Pretórios têm olvidado de examinar com mais percuciência a natureza jurídica dos

À vista do exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

²³⁷Conforme chamada publicitária constante em seu sítio www.stj.gov.br

direitos transindividuais em voga, negando o manejo da tutela coletiva até mesmo quando se trata da proteção de interesses essencialmente coletivos, como ocorre quando a pretensão impessoal e genérica da ação coletiva tem por norte a revisão geral dos benefícios de toda a coletividade dos segurados da previdência social, situação que só pode ser concebida sob o prisma da unitariedade, despontando o argumento da disponibilidade individual como sofismática. A disponibilidade, ainda que mitigada, refere-se ao exercício, pelo singular, do direito subjetivo assegurado genérica e impessoalmente na *cognitio*. Assim, a disponibilidade tem por *locus* a esfera subjetiva do direito material, que não é o escopo imediato da tutela coletiva.

Como assinala Godinho²³⁸

De todo modo, mesmo incidindo em lamentável erro ao desprezar o objeto litigioso na análise da natureza do direito tutelado, o Superior Tribunal de Justiça comete pior equívoco ao negar legitimidade ao Ministério Público, desconsiderando o disposto nos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição. Realmente, o interesse social está intrínseco nas questões previdenciárias, o que faz com que haja uma legitimidade *in re ipsa* do Ministério Público para ajuizar ações coletivas em defesa dos direitos dos segurados.

Muito embora a tutela coletiva dos individuais homogêneos seja uma decorrência da Constituição, de molde que não se afina com a benevolência do legislador infraconstitucional, a situação de descompasso notabiliza-se com a edição do Estatuto do Idoso, que em seu artigo no art. 74, I, conferiu atribuição ao Ministério Público para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

De outra banda, a redação em cotejo evidencia a desvinculação entre indisponibilidade e homogeneidade, o que não inaugura novo cenário hermenêutico, mas faz placitar as inconsistências sistêmicas antes reproduzidas, tornando mais escorreita a tese ampliativa, vez que mais clara à luz dos que teimam em vincular-se à legolatria.

Novamente intercede Godinho²³⁹ com lúcida objeção ao aferramento

da legitimação ministerial para a defesa coletiva dos individuais homogêneos às cercanias do direito consumerista:

Se já nos parecia plenamente possível o ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público em questões previdenciárias, a edição do Estatuto do Idoso torna indiscutível a matéria, já que, além de prever uma série de direitos previdenciários, expressamente confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos idosos²⁴⁰. Aliás, se a partir do Estatuto do Idoso o Superior Tribunal de Justiça continuar desprezando a Constituição e mantiver seu entendimento de que os direitos individuais homogêneos só podem ser tutelados quando houver lei expressa, será obrigado a excluir do âmbito de eficácia subjetiva da decisão coletiva todos os segurados da previdência que não forem idosos, o que configurará uma situação no mínimo desarrazoada, para não dizer esdrúxula.

(...)

Todos esses fatores demonstram que a questão deve ser resolvida com maior simplicidade: o Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento de ações que tutelem direitos previdenciários porque está constitucionalmente autorizado para tanto, seja porque se trata de direitos coletivos, seja em razão do inegável interesse social legitimador da tutela de direitos individuais homogêneos.

O Diploma em epígrafe deixa entrever a possibilidade da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos no âmbito assistencial, na hipótese do art. 34 do Estatuto do Idoso, que garante aos idosos, a partir de sessenta e cinco anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, benefício mensal de um salário-mínimo, se a Autarquia previdenciária exigir, sem respaldo sistêmico, a comprovação de incapacidade para atos da vida cotidiana, o que não encontra esteio na norma de regência.

3.6.4 Da Legitimidade Ministerial Para A Defesa Coletiva Dos Individuais Homogêneos Nas Omissões Administrativas

A discricionariedade absoluta não encontra esteio em quaisquer das teorias da argumentação jurídica nem em face das técnicas interpretativas, mormente as que preconizam a hierarquização axiológica

²³⁸ob. cit., p. 24

²³⁹ob. cit., p. 24

²⁴⁰Sempre lembrando que a tutela coletiva no âmbito do direito previdenciário não se limita à defesa coletiva dos individuais homogêneos, podendo alcançar a defesa dos interesses essencialmente coletivos.

como primado exegético.

Ab initio, com o escopo de delimitar o espectro da discricionariedade, há que se pontuar que está presente nas fases pré e pós-legislativas, podendo ser colhida não só nos atos administrativos, onde apenas é mais curial, mas nos legislativos e judiciais, posto que o exercício do poder, nos casos delimitados pelo sistema jurídico, pressupõe a existência de uma margem de apreciação do agente para o exercício finalístico de suas funções típicas.

Sob o prisma do direito administrativo, a teoria da margem de apreciação opera em face dos conceitos jurídicos indeterminados e vocábulos plurissignificativos, de diversas etiologias, abarcados em normas cuja aplicação cabe ao agente administrativo ou político.

A discricionariedade administrativa, consoante Hartmut Maurer²⁴¹, é concebida em duas projeções: como ato de decisão e de escolha da melhor dentre as diversas conseqüências jurídicas previstas na norma para o atendimento da finalidade prevista na lei.

Funciona, a discricionariedade administrativa, como abrandamento à idéia da submissão irrestrita à lei, sem prejuízo da imaculação da órbita dos atos administrativos vinculados, muito embora a vinculação pura não mais se sustente, porquanto o agente não é um autômato obrigado a executar, v.g., inclusive leis inconstitucionais, formal e materialmente; este não é, contudo, o âmbito deste estudo.

Dentro espectro da discricionariedade como ato de decisão, há que pontuar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴² acerca do desvio de poder por omissão do agente, quando este, por sua abstenção, deixa de atender o cunho teleológico da norma imperativa da conduta não exercida.

O exercício do poder discricionário, em Maurer, é orientado pela lei, sendo indeclinável que o agente fundamente seus atos, descortinando as razões pragmático-jurídicas pelas quais agiu, vinculando-se aos motivos

²⁴¹ *Manuel Droit Administratif Allemand: Allgemeines Vewaltungsrecht*. Paris: L.G.D.J, 1994, p. 125-155.

²⁴² *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, p. 75

dados.

Maria Silvia di Pietro posiciona-se contrária ao controle judicial dos atos administrativos nas hipóteses em que a lei confira expressamente ao agente a prerrogativa da escolha, como ocorre com a nomeação e exoneração de servidores *ad nutum*²⁴³.

Celso Antônio Bandeira de Mello, numa posição intermediária, sustenta²⁴⁴ que para a fundamentação, as razões adotadas pelo agente, a sindicabilidade é ampla, posto que só é intangível ao exame jurisdicional o que deita raízes em campo diverso, restrito, o qual qualifica como mérito do ato administrativo. Sua conceituação, aliás, vem muito bem lapidada por Seabra Fagundes

(...) o mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isso é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios de boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.²⁴⁵

Num terceiro flanco, ao qual me filio, estão aqueles que defendem a ausência da esfera de imunidade antes sinalada. Desta feita, todos os aspectos do ato administrativo são sindicáveis, atuando o juiz como administrador negativo, sempre que provocado; interpretação contrária seria negar vigência ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Tal entendimento é esposado, *ad exemplum*, por Eduardo Garcia de Enterría²⁴⁶.

Não obstante ausente a esfera de intangibilidade, a margem de apreciação do administrador estará resguardada, residindo o controle jurisdicional sobre as razões que levaram ao agir em toda a sua plenitude. Destarte, o juiz não irá substituir o administrador público na realização de seus misteres, dentre os quais o exercício da discricionariedade

²⁴³ *Direito Administrativo*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 177 e 180

²⁴⁴ ob. cit. 82.

²⁴⁵ *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 131

²⁴⁶ *Problemas del Derecho Público al Comienzo de Siglo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 59

administrativa, mas poderá afastar a eficácia de dado ato administrativo que, inobstante tenha atendido, em tese, boa técnica de administração, não laborou com economicidade no caso em concreto, lesando o interesse público; outrossim, poderá julgar inválida nomeação que não tenha observado critério da notoriedade do saber jurídico do nomeado, se tal qualificação não se mostrar verdadeira no caso em concreto, inobstante assim o tenha considerado o agente político legitimado a realizar a indicação e, aprovada esta, a nomeação.

Consoante já afirmado, alhures, a discricionariedade não é prerrogativa exclusiva do âmbito administrativo, vez que incide nos atos legislativos e judiciais; seu exercício, igualmente limitado pelos mesmos parâmetros antes declinados.

Uma lei que autoriza a permuta de bem público com particular, malferindo o patrimônio histórico e cultural, ainda que o tombamento do bem lhe seja posterior, pode ser tida por inconstitucional, posto que tombamento tem eficácia meramente declaratória, com efeitos *ex tunc*. Assim, o controle judicial enfrenta diretamente o juízo de conveniência e oportunidade da autorização, afastando, em concreto, o exercício pernicioso da discricionariedade legislativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello colaciona exemplo²⁴⁷ do mau exercício da discricionariedade pelo julgador: num dado órgão fracionário de um Tribunal, o juiz vencido adere ao voto vencedor, declinando que o faz para evitar a postergação do trânsito em julgado da decisão. Segundo Mello, o julgador não se houve com acerto no tocante à fundamentação da qual se valeu, vinculando-se a esta, consabido, posto que declaradamente frustrou a possibilidade jurídica de eventual recurso do sucumbente, ante a divergência inicial.

Neste passo, se o poder discricionário deve ser exercido, fundamentadamente, conforme os deveres da função, inderrogável que se retome os postulados das teorias da argumentação jurídica supra

²⁴⁷ “Discricionariedade...”, p. 75

explicitados²⁴⁸.

Calha agregar que a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick comunga de idéias símiles às esposadas por Alexy, mormente naquilo que se assenta na lógica formal. Contudo, consoante ensina Manuel Atienza²⁴⁹, partem de premissas distintas para a elaboração da estrutura de seus primados interpretativos, posto que MacCormick os constrói a partir da jurisprudência; Alexy, ao revés, projeta cânones da teoria da argumentação prática geral para o campo do Direito.

Neste aspecto, excerto da obra de Manuel Atienza:

(...) a teoria padrão [da lógica-formal] se ocupa, quase com exclusividade, de questões de tipo normativo. Com isso, contudo, além de não se incluir no âmbito de estudo da maior parte das argumentações produzidas fora dos tribunais superiores (...) não se dá suficientemente conta da argumentação a propósito de questões normativas, uma vez que, também com relação a esse tipo de problema, surgem discussões sobre fatos que podem vir a ter uma importância até mesmo decisiva. A construção de uma teoria da argumentação jurídica que dê conta também desse tipo de (ou desse aspecto do) raciocínio jurídico deveria levar, por um lado, a uma aproximação maior com as teorias da argumentação da vida ordinária. Por outro lado, obrigaria a considerar (...) não apenas que se há de desenvolver em contato próximo com a teoria moral (...), como também com a sociologia do direito, entendida esta como teoria sociológica e como investigações do tipo empírico.²⁵⁰

Desta feita, a idoneidade da discricionariedade nas fases pré-legislativa, legislativa propriamente dita e pós-legislativa, só será reconhecida quando exercida em consonância com os princípios e regras que orbitam no sistema jurídico que lhe cerca, sob pena de apologia ao arbítrio.

Diante das limitações metodológicas deste estudo, analisaremos os reflexos da lição supra colhida no âmbito da omissão administrativa, ante a sua fertilidade para a incidência de meio de cultura à atuação ministerial como autor ideológico.

Como consabido, a singela consagração dos direitos fundamentais à prestação não lhes dá corpo vívido, para o que desponta inarredável zelar pela implementação de uma gestão da coisa pública que os contemple

²⁴⁸Item 3.6.1 deste ensaio

²⁴⁹*As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, Madrid, 2ª edição, 2002, p. 233/4.

enquanto imperatividades normativo-axiológicas.

Não se pode olvidar que o papel institucional do Ministério Público é, por excelência, o de atuar como guardião do Estado democrático de direito, de molde que lhe é impositiva a verificação em concreto das hipóteses em que há relevância social na provocação do Estado-Juiz à avaliação da idoneidade da discricionariedade administrativa em omitir-se na implementação dos prestacionamentos determinados na Constituição²⁵¹, com ou sem irradiação na legislação infraconstitucional²⁵², o que se hipertrofia no processo coletivo, dada a repercussão objetivo-subjetiva da lesão no tecido social.

Godinho²⁵³ explicita algumas das situações de proteção coletiva, no espectro de interesse do Estatuto do Idoso:

ação coletiva para que sejam construídas entidades públicas de abrigo para idosos ; ação coletiva visando a um adequado tratamento de doenças crônicas que atinjam idosos (art. 79, I e II, do Estatuto do Idoso); ação coletiva para fornecimento de medicamentos ; ação coletiva para efetivar o direito à educação do idoso ; ação coletiva para garantir adequada locomoção para os idosos (acessibilidade), conforme art. 38, II e III, do Estatuto do Idoso, etc.

Em todas as situações exemplificadas, o Ministério Público está a defender a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais à saúde, à educação, à liberdade de locomoção, qual seja, a obrigação do Estado de realizar as políticas públicas adequadas à implementação efetiva dos direitos prestacionais, sendo que o perfil dos titulares da dimensão subjetiva de tais direitos, *in casu*, hipertrofia a relevância social, vez que o idoso é titular de proteção especial (artigo 230, CF/88), o que estabelece certa prioridade das gestões públicas a eles destinadas (o que também ocorre com relação à criança e ao adolescente, *ex vi* do artigo 227, *caput*, CF/88), mas não exaure a legitimidade do Ministério Público para buscar tais prestacionamentos aos outros integrantes do seio social.

²⁵⁰ *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, Madrid, 2ª edição, 2002, p. 317

²⁵¹ o que integra o que podemos denominar de quinta onda de relativização das garantias e dos direitos fundamentais (mitigação por ato administrativo). Abordaremos apenas os omissivos.

²⁵² O que nos remete para a eficácia das normas constitucionais, o que não é objeto deste trabalho, mas o tema foi mencionado no bojo do capítulo 2.

²⁵³ *ob. cit.*, p. 21

No mesmo ensejo encontra-se a hipótese de uma Ação Civil Pública com conteúdo mandamental atinente à construção de uma creche pública, constatada a necessidade de ampliação da estrutura disponível para o atendimento de crianças de zero a seis anos, em dado Município, o que incluiu a contratação de pessoal especializado, se o acervo humano existente não for suficiente.

Apenas para que não passe *in albis*, não se objete que, nos casos trazidos à apreciação, a questão da legitimidade não suscitaria dúvidas porque os interesses em voga, em sua feição subjetiva, são indisponíveis. O *locus* da *legitimatío* é a esfera jurídico-objetiva, estranha a qualquer ressaibo de disponibilidade, porquanto una, indivisível, que tem por titulares toda a sociedade e cada um de seus membros, em simultâneo.

Linhas postas, não se nega a imprescindibilidade da fixação de critérios objetivos para a aferição da relevância social como reverberação do interesse difuso da implementação do Estado democrático de direito, concretizável pelo respeito às eficácias irradiante, vinculante e dirigente contidas na dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

Neste passo, insta colacionar excerto do voto de vista do Ministro Sepúlveda Pertence, no bojo do RE 195.056 (Anexo C3), *verbis*²⁵⁴:

Donde, de igual modo, ser de repelir que o reconhecimento da presença de interesse social **na tutela de determinada pretensão de uma parcela da coletividade possa ser confiada à livre avaliação subjetiva inevitavelmente carregada de valores pessoais -, quer de** agente do Ministério Público que a veicule em juízo, quer do órgão jurisdicional a que toque verificar-lhe a legitimação para a ação coletiva: para obviar esse risco de arbitrariedade, a solução há de fundar-se em critérios dotados de um mínimo de objetividade.

Penso, como visto, que a adstrição da legitimidade do MP aos casos de previsão legal expressa, embora razoavelmente objetiva, seria um critério insuficiente para a identificação do interesse social na defesa de direitos coletivos: dado que deriva da Constituição a legitimação do MP para a hipótese, não se pode reputar exaustivo o critério que delega ao legislador o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição.

Tal encaminhamento, a verificação tópico-sistemática da relevância social que legitimará a atuação ministerial na defesa imediata da

²⁵⁴Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 09/12/99, DJU 14/11/2003, p. 18

dimensão objetiva e apenas mediata, refratária e diáfana da dimensão subjetiva dos direitos em voga, é proposta deste estudo, que inclusive pretende sistematizar os balizamentos do controle judicial da *legitimatío*.

Pesquisemos onde há consenso: a seara consumerista.

3.7 DA RATIO ESSENDI DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SEARA DO CONSUMIDOR E SUA REVERBERAÇÃO COMO CRITÉRIO OBJETIVO DE AFERIÇÃO DA RELEVÂNCIA SOCIAL DA DEFESA COLETIVA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

A dignidade da pessoa humana é princípio-fonte da teia dos direitos da personalidade, estando estampada no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Orlando de Carvalho advoga que *“se hoje há um sentido e um futuro para a História, ele está no Homem, não o ideal, mas o de carne e osso, que se faz a si próprio em um processo dialético: o Homem como processo”*²⁵⁵.

Outrossim, ensina que os direitos humanos devem ser vistos como instrumentos da luta pelo Direito (Ihering); os direitos fundamentais, a seu turno, como positivação racional dos direitos humanos, aparando a ambigüidade semântica que lhes é ínsita²⁵⁶²⁵⁷, viabilizando o exercício das liberdades individuais enquanto faculdades resultantes destes direitos fundamentais²⁵⁸.

A topografia da dignidade da pessoa humana no vértice da hierarquia constitucional viabilizou uma releitura do indivíduo, não mais como um instrumento do individualismo²⁵⁹ egoístico e exacerbado, mas

²⁵⁵apud ALVES, Gláucia. Sobre a Dignidade da Pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

²⁵⁶ ibidem

²⁵⁷Poder-se-ia objetar a restrição no tocante à realidade brasileira hodierna, aduzindo que na Carta Magna de 1988 não enfeixa catálogo fechado para os direitos fundamentais, por força do artigo 5º, § 2º. Contudo, há que se lembrar que a codificação é apenas uma das formas de positivação de direitos, de molde que não podem ser tomadas como sinônimas.

²⁵⁸ibidem

²⁵⁹NALIN, Paulo. Economia, Mercado e Dignidade do Sujeito. In RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al.

como ser coletivo, fraterno, solidário e personagem principal da funcionalização da propriedade, da nova concepção do trânsito jurídico, fulcrado na solidariedade e na boa-fé, e da família eudemonista.

Há que se pontuar que a dialética concreta de Orlando de Carvalho sustenta inexistir *standard* para a dignidade, posto que a personalidade não subsiste senão enquanto exista uma personalidade humana real²⁶⁰, chave de leitura da dignidade da pessoa humana em Hegel, segundo o qual se trata de um conceito geral concreto e não um conceito geral abstrato.

A dignidade da pessoa humana, ápice da escala axiológica da Constituição e núcleo essencial do direito comum do homem comum²⁶¹, imprime entre o direito público e o direito privado uma dialética da complementaridade, consoante a leitura de Miguel Reale²⁶².

Neste passo, recusa-se a fusão da esfera pública com a privada, porque ambas as perspectivas, às vezes em tensão, às vezes em coincidência, atuam complementarmente correlacionadas e mutuamente implicadas no processo de ordenação jurídica da experiência social.

Sem que seja necessária a utilização do desgastado recurso da dicotomia, há que se concordar com Lafer²⁶³, no sentido que a “inexistência de limites entre o público e o privado é característica básica do totalitarismo”, de molde que ao se apregoar a absorção do direito civil pelo direito constitucional (visão antidicotômica extremada), estar-se-ia viabilizando meio de cultura para a potencial subjugação dos valores individuais pelos estamentais, lidos como sociais, sob os óculos de um Estado totalitário.

Ademais, seria mesmo paradoxal fusionar tais esferas, fulcro na dignidade da pessoa humana -- valor racional à positivação dos direitos humanos que concernem à personalidade ---, porquanto tal interpretação

(org.). *Diálogos Sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

²⁶⁰ *apud* Gláucia Alves, p. 244

²⁶¹ como Orlando de Carvalho denomina o Direito Civil, *apud* Gláucia Alves, p. 245

²⁶² *O Projeto do Código Civil: Situação Atual e Problemas Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

²⁶³ *apud* Gláucia Alves, p. 245

colocaria em xeque a garantia que todo o movimento dos direitos humanos do pós-guerra quis infundir.

Nesta dialética da complementaridade, a relação entre Constituição e Direito Privado apresenta por vezes coincidências (v.g. da dignidade pessoa humana como centro irradiador), por vezes típica fisionomia de instrumentalidade, como sucede com as normas infraconstitucionais especificam, detalham a completa implementação dos princípios e diretrizes constitucionais, consoante ensina Judith Martins-Costa²⁶⁴.

Na Magna Carta de 1988, a dignidade da pessoa humana está inscrita dentre os princípios político-constitucionais, exurgindo, por sua natureza intrínseca, incontrastável ao poder constituinte derivado.

Não se esgota, contudo, em tal fisionomia, na medida em que funciona como cânone interpretativo que inspira todo o Documento Maior, bem como serve como fonte irradiadora à inscrição de inúmeros dispositivos que exemplificam as suas facetas, sem pretensão de exaurimento, uma vez que a dignidade da pessoa humana não pode estar arraigada a *standards*, consoante a correta leitura da dialética concreta, fulcrada na visão hegeliana acerca do tema.

São exemplos das irradiações da dignidade da pessoa humana, os direitos e garantias fundamentais à igualdade, ao acesso à jurisdição, à liberdade religiosa e de expressão, à intimidade e à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo de correspondência, aos direitos sociais, ao exercício da atividade econômica com os condicionantes do artigo 170, CF, direito à saúde (art. 196), entre muitos outros.

Essas especificações da dignidade da pessoa humana são importantes porquanto lhe conferem precisão conceitual, mas não exauriente, aparando a imprecisão semântica que é curial aos direitos humanos.

Os valores de uma sociedade condicionam o erigir de princípios estruturantes de cujos postulados advirão princípios fundamentais, gerais, especiais, especialíssimos, regras e normas individuais de conduta

àqueles conformes.

No Estado liberal, o valor essencial é a própria liberdade; no Social, a igualdade formal.

Para o Estado social e democrático de direito é indeclinável a preservação da própria democracia, cuja enunciação pressupõe a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, do qual decorrem a liberdade e a igualdade (material) como princípios gerais, sendo estes balizamentos condicionantes dos princípios especiais e especialíssimos, bem como conformadores de todas as regras e normas individuais de conduta, numa leitura consoante a Constituição.

Desta feita, a taxinomia do prefalado artigo não se concilia com a leitura do exegeta contemporâneo, para quem os princípios, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana, são fontes do sistema jurídico e não meros coadjuvantes interpretativos, que só entram em cena em caso de lacunas, o que só atendia ao mito da completude do direito codificado, hoje já superado.

Neste passo, ademais dos princípios e sua força normativa, a legislação infraconstitucional deve ser espelho da concretização dos princípios constitucionais, sob pena de ser ceifada pela força do controle de constitucionalidade, seja para o caso em concreto (controle difuso) sem com efeitos *erga omnes* (controle concentrado).

Assim, embora incontestável que a mera codificação não realizará a transmutação necessária à implementação de uma sociedade mais justa e solidária, que valorize a pessoa humana, tornando possível a efetiva ascensão democrática à proteção da personalidade, representa a corporificação de ato legislativo conforme o princípio estruturante da República Federativa do Brasil, ao que não podem ser ceifados encômios, v.g., na seara do direito do consumidor.

No Brasil, a década de 80 serviu de cenário para a retomada da democracia, com as eleições indiretas para presidente, constituição da assembléia nacional constituinte e promulgação da denominada

²⁶⁴ “*Mercado e Solidariedade Social*”, p. 627.

Constituição-Cidadã, propositiva de uma sociedade justa, humana e solidária, centrada na proteção da dignidade da pessoa humana, na erradicação da pobreza, na livre iniciativa, no livre exercício do trabalho.

Nas últimas décadas a importância político-econômica do Brasil tem sido incrementada e sedimentada em ações que têm primado pelo reequacionamento das forças no mercado internacional, propondo alternativas para a redução das macrodesigualdades, aliando-se a outros países com foco na competitividade (MERCOSUL) e envidando esforços para o fortalecimento das Américas (ALCA), sem prejuízo das gestões junto a OMC para fazer cessar obstáculos criados, *v.g.*, pelo governo estadunidense e algumas multinacionais européias (como nos casos da quebra da patente dos medicamentos genéricos e exclusão de subsídios a dados segmentos da agricultura daquele país) a produtos brasileiros nos mercados interno e internacional.

Inobstante a alta carga tributária brasileira²⁶⁵, os serviços públicos, mormente os de incumbência do Executivo, encontram-se sucateados, sofrendo o povo brasileiro privações de toda ordem, salvo faixa da população cada vez mais restrita, que paga por serviços públicos (que lhe deveriam ser alcançados pelo Estado) sem utilizá-los e desassossega-se com a proliferação da marginalização e da pobreza de seus concidadãos.

O direito muda a reboque das transformações sociais, inobstante estas ocorram em espectro de dinamicidade e complexidade que o direito não consegue alcançar.

Dentro desta perspectiva, o contrato evoluiu, funcionalizou-se; a autonomia da vontade foi deposta pela prevalência da solidariedade social, personalizando-se o trânsito jurídico com os escopos da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

No contexto brasileiro atual, os contratos paritários quase não têm relevância social prática, posto que na sociedade massificada os contratos operam-se por adesão do consumidor. Os indivíduos são considerados

²⁶⁵segundo reportagem do jornal Zero Hora do dia 20/03/2005, o Brasil ocupa o 7º lugar no *ranking* mundial, representando a carga tributária 35,5% do PIB (fonte: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT))

apenas como grupos, despontando a despersonalização dos contraentes (bilhetes, tickets, passes, cartões magnéticos).

Outrossim, há que se considerar a categoria dos contratos obrigatórios (água, luz, telefone, gás) e dos pactos cativos de longa duração²⁶⁶, tais como os de seguro, prestação de serviços educacionais, assistência médica, os quais envolvem geralmente obrigações de fazer de forma contínua e prometem segurança e qualidade²⁶⁷.

Segundo Paulo Nalin, "*funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência(...) é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social*".²⁶⁸

Segundo Glauber Talavera, a função social instrumentaliza a prevalência do interesse público em prol do proveito coletivo, concretizando justiça distributiva e permitindo a inclusão social, a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades.

Função social do contrato é decorrência da própria funcionalização do direito privado, consubstancia irradiação do primado da função social da propriedade para o trânsito jurídico dos bens e direitos.

A função social, atenta às exigências ético-sociais, não comporta *standards*, mas se amolda aos valores vigentes em cada sociedade, em determinado momento histórico.

Apenas a título de exemplificação, há que se aduzir que, no liberalismo, a função social consistia em possibilitar o equilíbrio formal e a autonomia da vontade dos contratantes, divergindo diametralmente da função social concebida pelo Estado social, que pugna pela solidariedade e pela implementação da dignidade da pessoa humana em seus diversos espectros, de modo que a função social atua "*como estímulo ao progresso material, mas sobretudo à valorização crescente do ser humano*

²⁶⁶ expressão de Cláudia Lima Marques, citada por Eduardo Sens Santos, no seu artigo intitulado A função Social do Contrato, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.13, p. 99-111/ 103.

²⁶⁷ *ibidem*

²⁶⁸ *Do contrato: Conceito Pós-moderno em Busca de Sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*.

num quadro em que o Homem exercita a sua criatividade para crescer como indivíduo e com a sociedade".²⁶⁹

Neste diapasão, há correlação necessária entre função social do contrato e dignidade da pessoa humana.

Quando, v.g., os efeitos do contrato extrapolam os interesses dos contratantes, porque interessam a toda a coletividade de forma difusa, não se pode tratar o contrato como fenômeno isolado, mas contextualizado em sua função social, o que faz ver que a relativização dos efeitos dos contratos exclusivamente aos contratantes seria uma visão reducionista do fenômeno contratual²⁷⁰ que, em verdade, projeta seus efeitos à sociedade, em efeito cascata ou dominó.

Nesta senda, o intérprete não pode ver o contrato como "*um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais, a coexistência harmônica*"²⁷¹ sendo cediço que a existência do pacto pode impor-se *de per se*, podendo ser invocada contra terceiros e, nalgumas hipóteses, por terceiros às próprias partes.²⁷²

São reflexos da hipercomplexidade contratual compatíveis com a nova fisionomia que o instituto ostenta.

De outra banda, vale registrar que o contrato, para além de sua função econômica ordinariamente circulatória, pode funcionar como agente criador de riquezas, mas a matéria não será abordada neste ensaio.

Postos tais lineamentos, pode-se afirmar que o contrato justo irradia benefícios ao tecido social, de molde que deve ser visto como instituição social: os bons contratos, que promovem o desenvolvimento econômico e social, são do interesse de toda a sociedade. Por isso, o "princípio da relatividade simplesmente não existe no tratamento das

Curitiba: Juruá, 2001, p. 217

²⁶⁹Cesar Luiz Pasold **apud** Eduardo Sens Santos, "A Função Social...", p. 110

²⁷⁰SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, p. 9-37/ 25

²⁷¹"A Função Social...", p. 119

²⁷²idem

relações de consumo feito pelo direito brasileiro”²⁷³.

Em face do escopo da busca da justiça material (equilíbrio substancial) como instrumentalização da função social do contrato, surgem elementos categoriais tais como a boa-fé objetiva e suas funções (infra) e as cláusulas gerais como instrumentos de conformação da dialética concreta que preside a exegese dos direitos fundamentais, trazendo a lume a imbricação da função social do contrato ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A função social é princípio do direito contratual que encerra um mandado de otimização (Robert ALEXY). O contrato deve buscar atingir a sua função social com excelência dentro das possibilidades fático-jurídicas que o envolvem. É o ponto de partida para o exercício do direito de contratar, verificável em determinada época ou sociedade, do qual se podem extrair outras formulações, de modo a integrar e organizar o sistema, necessariamente aberto, do direito contratual²⁷⁴.

O contrato não pode mais ser visto como uma relação de débito/crédito, mas como um negócio onde deve existir múltipla cooperação entre os sujeitos (importante aqui a boa-fé como fonte de efeitos anexos do contrato), foco na concreção da idéia solidarista do artigo 3º, I, CF/88.

À luz da Constituição de 1988, o contrato que possua unicamente fim econômico estaria frustrando as premissas da justiça social inserida em seu artigo 170. Assim, a codificação da cláusula geral da função social do contrato, inobstante decorrência da função social da propriedade era necessária para facilitar o seu reconhecimento pelo Poder Judiciário, mormente ante a cultura da legolatria que permeia a cátedra e os Pretórios.

Paulo Nalin cita o caso do entendimento do STJ sobre a inaplicabilidade do CDC às relações imobiliárias, infligindo perda integral ou de percentual significativo, em caso de desistência do negócio, pela

²⁷³Fábio Ulhôa Coelho *apud* Santos, Eduardo Sens, O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais, *Revista de Direito Privado*, v. 10, p. 9-37/ 25

incidência das regras do direito intertemporal, entendendo por inaplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados antes da sua vigência.

Contudo, assevera, desde a promulgação da Magna Carta de 1988 o Poder Judiciário já tinha condições de fazer a adequada defesa do consumidor, significando o CDC mera ordinarização da tutela ao consumidor (art. 170, V, CF/88).

Na visão da monografista, parafraseando Judith Martins-Costa, recodificar não é reformar; codificar e positivar não são sinônimos, sendo este fenômeno bem mais abrangente que aquele.

Paulo Nalin²⁷⁵ traz à liça que a funcionalização do contrato importa na constatação da tendência da despatrimonialização do direito privado, aduzindo que o contrato contemporâneo não mais tem por função única ou mesmo precípua a circulação de riquezas, muito embora inarredável que tenha tal função econômica; a autonomia contratual, então, presta-se ao livre desenvolvimento da pessoa do contratante²⁷⁶.

Por este viés, pode-se afirmar que o Documento Maior ocupa-se do direito "antropocêntrico" em oposição ao direito "ecocêntrico" do Código Civil de 1916, consoante ensina Paulo Nalin²⁷⁷.

A Constituição de 1988 preocupa-se com os valores existenciais do Homem

(...) resgatar o homem (antropocentrismo) não se identifica com a renovação daqueles valores egoísticos contidos no Código Civil (de 1916), ou seja, não é o homem econômico que figura no vértice constitucional, em que pese ser este, também, tutelado pela Carta, todavia de forma casual, mas sim o homem existencial, recepcionada a relação jurídica desde que tais experiências individuais tenham uma projeção útil (existencial) para o titular em si e para o coletivo²⁷⁸.

A Constituição garantiu a proteção ao consumidor, advindo o CDC como ordinarização, instrumentalização desta máxima.

²⁷⁴Eduardo Sens, O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais, *Revista de Direito Privado*, p. 34.

²⁷⁵*Do contrato: Conceito Pós-moderno em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 243 e ss.

²⁷⁶ob. cit., p. 251

²⁷⁷ob. cit., p. 246

²⁷⁸idem, p. 246

Contudo, considerando que a Carta Constitucional preocupou-se em mencionar apenas a novel espécie contratual, deixando de referir a aplicação explícita de seus postulados às demais estirpes pactuais, os conservadores passaram a asseverar que, se a relação não é de consumo, a abordagem constitucional é praticamente nula, criando um “gueto legislativo”, expressão de Gustavo Tepedino²⁷⁹, onde o CC de 1916²⁸⁰ e seus primados do direito privado clássico (liberdade da versão clássica-liberal, intangibilidade e relatividade dos contratos) devem imperar.

Tal visão, contudo, é subversiva à ordem constitucional, “*pois não reconhece o homem o centro axiológico da relação jurídica*” (idem, p. 248). Neste enfoque, “*seja de consumo, civil ou comercial, a relação de crédito estará nucleada no seu titular (artigo 1º, III c/c artigo 170, caput, CF/88) e não no crédito*”²⁸¹.

A mesma senda percorrem decisões judiciais que desconsideram o antropocentrismo, na medida em que não realizam os valores constitucionais da dignidade e da solidariedade, sendo, portanto, contrárias à Carta, como ocorre, *ad exemplum*, segundo Paulo Nalin²⁸², com a postura do STF quanto à não limitação dos juros nos contratos bancários.²⁸³

Nalin, citando Pietro Perlingieri²⁸⁴, assevera que a despatrimonialização guarda relação com a mudança que vai ocorrendo no sistema entre *personalismo* (superação do individualismo) e *patrimonialismo* (superação da patrimonialidade voltada a si mesma, primeiramente do “produtismo” e, mais atualmente, do consumismo), com prevalência do sujeito face ao patrimônio.

Vale transcrever, *in verbis*:

O axioma proposto (**contrato é relação complexa solidária**) leva em conta a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, um contrato

²⁷⁹citada por Paulo Nalin, ob. cit. p. 248

²⁸⁰a obra é de 2001

²⁸¹ibidem

²⁸²e na posição pessoal da ensaísta

²⁸³ob. cit. p. 249

²⁸⁴ob. cit., p. 250

funcionalizado e destinado à realização de valores outros que não, somente, os patrimoniais. Para tanto, é indispensável a superação da clássica cultura do direito subjetivo de crédito versus o dever jurídico de débito, estando a relação jurídica antes encimada na sua complexidade, sendo o estado de crédito ou de débito uma simples fração da relação contratual: o credor não **é** credor, mas **está** credor em dado momento da relação, igualmente valendo tal relatividade de posição para o devedor.²⁸⁵

José Augusto Delgado pondera que

o mundo jurídico revela à humanidade (...) a impossibilidade de a sociedade, em razão da necessidade cada vez maior do homem ser valorizado na preservação de sua dignidade e de sua cidadania, continuar sendo dirigida por normas de cunho individualista e com objetivos de proteger, apenas o patrimônio.²⁸⁶

Assim, a *reconstrução* do direito privado na atualidade exige a atenta concreção das normas constitucionais, inclusive mediante a percepção dos deveres que delas defluem²⁸⁷, cujo conteúdo deve ser revelado pelos intérpretes da Constituição, mas não exclusivamente ao seu alvedrio, vez que poderão estar contemplados na legislação infraconstitucional, explicitamente, e ser concretizados em atos administrativos; outrossim, a utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais auxilia na construção do conteúdo dos deveres impostos pelas diretrizes constitucionais, não se podendo, no entanto, olvidar da aplicação direta da Constituição, seja em sua feição negativa (controle difuso), seja positivamente, no caso de preenchimento de lacuna legislativa, atuando então a interpretação como importante processo da concreção da diretriz. A aplicação do direito privado à luz da Constituição impõe a sua reconstrução, pela transposição da individualidade, à guisa da efetividade do paradigma da solidariedade social, recebendo o artigo 3º, I da CF (sociedade livre, justa e solidária), como princípio constitucional impositivo (CANOTILHO), diretriz (DWORKIN), norma-objetivo, imprimindo caráter constitucional conformador.²⁸⁸

Num mercado massificado, o rompimento da vigilante preocupação com a dignidade da pessoa humana, vértice da "rede hierarquizada de

²⁸⁵ob. cit., p. 256

²⁸⁶O Contrato no Código Civil e a sua Função Social, *Revista Jurídica*, 232, agosto/2004, p. 07-28/10

²⁸⁷Martins-Costa, Judith, ob. cit., p. 627 e seguintes

²⁸⁸idem

valores”²⁸⁹ que fundam o Texto Maior, faria ruir o próprio mercado, que padeceria autofagicamente ao ignorar o Homem como a própria causa do mercado e não como mero agente das relações econômicas²⁹⁰, dando vazão à fútil idolatria do consumo sem a contrapartida da proteção dos interesses existenciais da pessoa humana, sufocada pelo seu inexpressivo poder de barganha à frente do poderio econômico do fornecedor.

Em outras palavras, a proteção à pessoa humana enquanto operador de mercado gera a corolária e indissociável proteção ao próprio mercado, razão pela qual, inobstante não exista dicotomia possível entre o direito civil e o direito comercial, posto que o operador das relações jurídicas por eles reguladas é a pessoa humana, entremostam-se insuficientes, ao menos sob a ótica das codificações de inspiração oitocentista, baseadas na autonomia da vontade e na igualdade formal, para reequilibrar os interesses em tensão.

Consoante ensina Judith Martins-Costa²⁹¹, na visão naturalista o mercado é concebido como *locus* da liberdade, onde se imprime o regime natural das trocas econômicas à margem de quaisquer interferências (política, normativa, administrativa), porquanto “mãos invisíveis” o ordenam e o dirigem para o bem comum.

Tal concepção fulcra-se no mito da neutralidade, esteado no dogma da economia apolítica; em realidade, porém, revela marcada ideologia a serviço da preservação do *status quo*, servindo o mercado como ferramenta para o alcance do bem estar de um estamento social, que se autodenomina o seu todo e, por isso, faz a leitura da desnecessidade de qualquer dirigismo, olhos postos na imutabilidade do cenário econômico que lhe compraz.

No outro flanco, a concepção artificial ou normativa, a qual delinea o mercado como *locus* no qual o direito constitui, orienta, governa e controla.

²⁸⁹a expressão é de Juarez Freitas, em sua *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, quando desenvolve o conceito de sistema jurídico

²⁹⁰NALIN, “Economia, Mercado...”, p. 102.

²⁹¹*Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: RT, 2002, p. 614 e seguintes

Neste diapasão, o mercado é o produto das decisões políticas e das opções legislativas de dada sociedade, podendo-se afirmar a existência de um polimorfismo de mercados, consoante as escolhas políticas e dos controles jurídicos de cada Estado.

No Estado social, os poderes constituídos, para além de produzir normas, dirigem a coletividade para o alcance de metas determinadas, fazendo exsurgir a dupla instrumentalidade do Direito (no aparelhamento do desenvolver das relações de mercado e na atuação do próprio Estado), consoante ensina Norbert Reich, citado por Eros Roberto Grau²⁹².

Neste passo, o mercado é visto como o regime normativo de trocas econômicas, norteado pela ordem constitucional, que desenha as relações econômicas privadas, antes concentradas nos Códigos Civil e Comercial, fazendo esvaír a dicotomia entre o público e o privado.

No Brasil, os artigos 1º, 3º e 170 da Magna Carta de 1988 desenharam um modelo de mercado assentado na construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Judith Martins-Costa leciona que, no direito pátrio, a solidariedade é norma conformadora do mercado cujas interlocuções devem ultimar a construção de uma sociedade que transcenda a ótica individualista, resolvendo-se as aparentes antinomias que poderiam parecer intrínsecas a certas categorias econômico-sociais, como, *v. g.*, a livre iniciativa e da valorização do trabalho.

Outrossim, que a vagueza semântica da expressão sociedade solidária deva ser adequadamente densificada, calhando referir que a apreensão e a aplicação da solidariedade, enquanto categoria sócio-ético-política, importa reconhecê-la como "norma objetivo"²⁹³ ou *policy*²⁹⁴, que implementa não exclusivamente políticas públicas, mas deveres de

²⁹² *A Ordem Econômica da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 30

²⁹³ expressão de Eros Roberto Grau *in* Interpretando o Código de Defesa do Consumidor :algumas notas, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p. 183

²⁹⁴ expressão de Ronald Dworkin, *in Taking rights seriously*, *apud* Judith Martins-Costa, *ob. cit.*, p. 621/2, nota 41

solidariedade que "se impõem a todas as relações de mercado e conformam o seu efetivo modelo."²⁹⁵

Neste senso, encampando a Carta de 1988 a concepção artificial de mercado, restaram estabelecidos como diretrizes, nesta seara, os parâmetros elencados no artigo 170, erigidos em consonância com o assentado nos artigos 1º e 3º, frutos prodigiosos do fértil terreno da proteção à dignidade humana.

No escopo de dar concretude aos primados que devem reger o mercado (dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e da livre iniciativa, sociedade justa e solidária, erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais) sobreveio o Código de Defesa do Consumidor²⁹⁶ que, para além de proteger o operador das relações de consumo, veio a garantir a proteção do mercado em si mesmo enquanto conformado pela justiça social.

O fenômeno da funcionalização dos três pilares do direito segue a mesma tendência deste novo ritmo ideológico constitucional, consoante ensina Paulo Nalin:

a propriedade rural e urbana, esta última no contexto das cidades, (...) em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental, o contrato, que somente pode ser reputado válido, e quiçá existente, se exercido em consonância com a solidariedade social e em mútuo respeito dos operadores do negócio para com a boa-fé; a família comprometida com a felicidade e dignidade de seus membros, especialmente a dos filhos, em movimento eudemonista²⁹⁷."

Ensina, ainda, que a empresa abandona a sua função meramente econômica para alçar vôo sobre uma função social que decorre da sua importância dentro de um mercado socialmente funcionalizado, o que se verifica agudamente desde que o direito civil, por intermédio do novel *Codex*, abriu-se ao direito comercial²⁹⁸.

²⁹⁵MARTINS-COSTA, Judith, 2002, p. 622

²⁹⁶que no projeto original foi nominado como de proteção e defesa do consumidor, o que se me afigura como mais próximo aos reais fins da legislação infraconstitucional em comento, cuja parcialização tem esteio na Constituição, de molde que o ceifar do vocábulo proteção despontou como recurso pueril e sem qualquer efeito pragmático verificável, vez que em absoluto atingiu a teleologia que o encerra.

²⁹⁷"*Economia, Mercado...*", p. 120.

²⁹⁸Ibidem

Dessarte, somente a incessante vigília do mercado para a manutenção dos limites axiológicos impostos na Carta, numa ótica de supervalorização dos sujeitos e seus interesses (patrimoniais e existenciais) poderá conformar o mercado pela justiça social²⁹⁹.

A dignidade da pessoa humana é, a um só tempo, na realidade pátria hodierna, o núcleo essencial em torno do qual orbitam os preceitos inscritos pelo constituinte originário e a essência do direito civil (pessoa humana como sujeito de direitos e deveres), imbricando relação de coincidência entre as perspectivas do direito público e do direito privado, fazendo ruir o dogma da dicotomia entre estas searas.

A diretriz da solidariedade social busca, como ensina Comparato³⁰⁰, *“a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros”*.

Neste cenário, a solidariedade social tem por núcleo axiológico essencial a dignidade da pessoa humana, servindo como veículo para a sua concreção no âmbito do mercado, aqui concebido em seu viés artificial ou normativo.

A operacionalização da diretriz da solidariedade social no âmbito das relações desta estirpe não tem outro escopo que não realizar em concreto o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, assumindo função instrumental à efetividade do valor eleito como cernal ao Estado democrático.

Solidariedade, como já se aduziu, é termo permeado por vagueza semântica. Inobstante, pode ser compreendida e densificada como a *“superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social”*³⁰¹.

A boa-fé objetiva, neste passo, serve à concreção da diretriz da

²⁹⁹NALIN, *“Economia, Mercado,...”*, p. 122.

³⁰⁰Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 353.

³⁰¹Judith Martins-Costa, p. 621

solidariedade social que, a seu turno, tem por matriz a dignidade da pessoa humana, permitindo a sistematização de casos-tipo.

Outrossim, faz progredir o estudo da jurisprudência, até mesmo como suporte ao próprio direito de acesso à jurisdição, pelo paulatino rompimento dos obstáculos sócio-culturais e melhor aparelhamento da acessibilidade técnica, aproximando os consumidores do conhecimento de seus direitos, bem como viabilizando a ação da Administração Pública na edição de portarias e resoluções que coíbam os reiterados abusos apurados pelo estudo sistemático dos casos-tipo.

De outra banda, a sistematologia da boa-fé objetiva supera os umbrais das relações tipicamente de consumo, vez que a solidariedade social é diretriz do trânsito jurídico globalmente considerado, muito embora possa despontar mais aguçadamente em dado segmento do mercado, atuando mais incisivamente nos contratos em que a comutatividade contratual seja mais sensível a rompimentos, como ocorre nas relações de consumo.

Neste particular, vale referir a posição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Penso, portanto, que essas novas exigências éticas feitas para a regulação do tráfico comercial e que se estendem para todos os ramos do Direito, inclusive para o campo do direito processual, devem orientar o comportamento das partes. Não se trata de simples preceito moral, porque sua exigibilidade decorre da eficácia mediata da Constituição da República, pela teoria da *Drittwirkung*, segundo a qual as regras asseguradoras dos direitos fundamentais do cidadão estabelecem enunciados que devem regular não apenas as suas relações com o Estado, mas orientam todo o campo da autonomia privada, sobre o qual igualmente incidem.³⁰²

Estudando a eficácia externa dos direitos fundamentais, bem como a correlação entre a Constituição e o Direito Privado, Canaris desenvolveu um modelo dogmático que repousa, sobretudo, na função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela (trazendo à liça os conceitos de proibição de excesso, dever de suficiência e a corolária proibição de insuficiência, respectivamente).

Para Canaris, o conceito "eficácia de irradiação" empregado no

Direito alemão, ao tratar da eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*) dos direitos fundamentais sobre o direito privado,

não é jurídico, mas uma formulação metafórica extraída de uma linguagem coloquial; é um conceito vago, supérfluo, porque todos os correspondentes problemas podem ser resolvidos de forma mais correcta e precisa recorrendo às funções 'normais' dos direitos fundamentais, como proibições de intervenção e como imperativos de protecção.³⁰³

Canaris sustenta, outrossim, que não apenas as leis, mas também o exercício da jurisdição está vinculado aos direitos fundamentais, sob pena de a protecção a tais direitos perder efetividade, posto que as leis só poderem ser preenchidas com conteúdo concreto, pelo julgador. Os direitos fundamentais devem ser aplicados a leis de Direito Privado como direito imediatamente vigente, porque a Constituição, sem restrições, possui o grau de lei superior; a vinculação do legislador é imediata, bem assim as decisões judiciais, pois o julgador não pode adotar solução diversa na sua aplicação e desenvolvimento, do que decorre que "a *ratio decidendi* deve ser pensada como norma(...) sujeita à vinculação aos direitos fundamentais (...) do mesmo modo que uma correspondente proposição legal."³⁰⁴

Considerando que em regra os sujeitos de Direito Privado não são destinatários dos direitos fundamentais, não estão, em princípio, consoante ensina Canaris, sujeitos à vinculação imediata aos direitos fundamentais³⁰⁵³⁰⁶; para Canaris, somente se deveria falar de *eficácia*

³⁰² **apud** Judith Martins Costa, ob. cit., p. 654, nota 144

³⁰³ CANARIS, Claus- Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 132

³⁰⁴ ob. cit., p. 131

³⁰⁵ Neste passo, a teoria dos imperativos de tutela é uma variante da teoria da eficácia indireta (mediata), com marco referencial na doutrina de Günther Düring, a verbalizar que, considerando que a autonomia privada também tem protecção constitucional, é possível, no âmbito das relações privadas, falar-se em renúncia a direitos fundamentais, o que não poderia ser cogitado nos liames verticais (Estado-indivíduo). Neste viés, os direitos fundamentais podem orientar a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais contidas na legislação infraconstitucional que estaria a reger a relação privatista, exteriorizando a submissão do direito privado aos valores constitucionais. Tal teoria é hodiernamente a mais aceita na Alemanha, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sendo emblemático o caso Lüth, quando Tribunal Constitucional Federal, passou a entender que "uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado não se verifica de modo directo, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente erigiu uma rodem objectiva, que, como decisão

imediata em relação a terceiros quando os direitos fundamentais se dirigem contra os sujeitos de Direito Privado como destinatários da norma, o que não é a regra, mas a exceção³⁰⁷.

Contudo, os direitos fundamentais, enquanto imperativos de tutela, podem afetar sujeitos do direito privado porquanto tal "*função*"³⁰⁸ *carece, em princípio, para a sua realização, da transposição pelo direito infra-constitucional.*"³⁰⁹ Assim,

a função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela também se aplica, em princípio, em relação à auto-vinculação por contrato. Ela tem aqui relevância especial, por um lado, se, pelo seu carácter personalíssimo, o bem protegido por direitos fundamentais, cujo exercício é contratualmente limitado, não estiver de todo à disposição do seu titular, ou se, pelo seu conteúdo fortemente pessoal, for especialmente sensível em relação a uma vinculação jurídica, e, por outro lado, se as possibilidades fácticas de livre decisão de uma das partes contraentes estiverem significativamente afectadas. O facto de problemas deste tipo serem, em regra, resolvidos de modo puramente privatístico não impede a sua dimensão jurídico-constitucional, em caso de descida abaixo do mínimo de protecção imposto pelos direitos fundamentais, não devendo excluir-se, à partida, a possibilidade de uma queixa constitucional.³¹⁰

Há que se mencionar, em contraponto, a *teoria da convergência estatal*, que tem, dentre seus expoentes, Jürgen Schwabe³¹¹. Segundo tal concepção, a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal. Disto decorre que as ofensas aos direitos fundamentais seriam sempre oriundas do Estado, uma vez que a ele incumbe o dever de proteger os direitos fundamentais em geral. Assim, a problemática da vinculação de terceiros e a da eficácia externa dos direitos fundamentais constitui um problema meramente

jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, também o direito privado." CANARIS, ob. cit., p. 43/4.

³⁰⁶ Assim, CANARIS se opõe ao absolutismo da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que apregoa a utilização da Constituição como fonte normativa imediata para a solução de conflitos entre particulares e tem, entre seus principais expoentes, Antonio-Enrique Perez Luño. Vale referir, ainda, que a teoria da eficácia direta nasceu, a seu turno, como antítese à teoria da negação da eficácia (que tem em Konrad Hesse um de seus principais protagonistas) e sua variante estadunidense denominada *State Action*, que também reconhece a eficácia dos direitos fundamentais apenas no plano vertical (relações Estado-indivíduo) mas, ao contrário da sua matriz, oferece um abrandamento, porque excetua a 13ª Emenda Constitucional (que proíbe a escravidão).

³⁰⁷ ob. cit., p. 133

³⁰⁸ enquanto imperativos de tutela

³⁰⁹ CANARIS, ob. cit., p. 138

³¹⁰ CANARIS, ob. cit., p. 134/5

aparente, vez que se cuida essencialmente de um fato que envolve sempre a vinculação direta do legislador privado e da jurisdição civil aos direitos fundamentais.

Canaris critica tal ideário, dizendo-o “inaceitável como modelo geral de pensamento, devido à sua contrariedade de princípio à liberdade, e é, como razão, rejeitada pela doutrina dominante(...)”.³¹²

Cumprido coligir, ainda que em sumária síntese, a teoria dos três níveis de Alexy (nível dos deveres do Estado, nível dos direitos frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados), ou teoria integradora, que não vê as outras três vertentes (eficácia direta, eficácia indireta e convergência) como excludentes entre si, porque representam diferentes facetas para a construção de uma teoria unitária, uma vez que todas são equivalentes em resultados, o que afasta a idéia de preponderância de um nível em relação ao outro.

Sarmiento³¹³ explicita:

A teoria do efeito mediato estaria situada no primeiro nível. Para Alexy os juízes, como órgãos do Estado, estão obrigados a levar em consideração os Direitos Fundamentais, como valores objetivos na interpretação e aplicação das normas de Direito Privado, trata-se, portanto, de um dever do Estado. Já no segundo nível operaria a teoria dos deveres de proteção. Assim quando o Judiciário, ao dirimir conflitos interpretativos, não leva em conta os Direitos Fundamentais, ele, de acordo com Alexy, viola um direito fundamental do cidadão oponível frente ao Estado. (...) E no terceiro nível, relativo às relações entre particulares, incide a teoria da eficácia imediata. Para Alexy, esta eficácia imediata não significa um câmbio entre os destinatários de Direitos Fundamentais, com a substituição do Estado pelo particular no pólo passivo do direito, mas sim que, “(...) *por razones jusfundamentales, em la relación ciudadano/ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían.*”³¹⁴

Postos tais lineamentos, fácil ver que a legitimação ministerial para a defesa coletiva dos individuais homogêneos na seara consumerista representa uma leitura correta da vontade geral³¹⁵ contida no

³¹¹ apud CANARIS, ob. cit., p. 62

³¹² ibidem

³¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 264/265

³¹⁴ ALEXY, Robert *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos, 2002, p. 521.

³¹⁵ Acerca da explicitação do uso semântico desta locução, remeto o leitor ao 5º capítulo deste trabalho

Documento Maior, que na sua feição dialética contempla a vontade individual de todos os concidadãos, superada e guardada na universalidade.

A dicção legislativa veio ao encontro do primado da consubstanciação da dignidade da pessoa humana como vértice axiológico do sistema, dando voz e concretude instrumental da defesa efetiva e racional dos direitos decorrentes da pessoa humana, enquanto "causa do mercado e não como mero agente das relações econômicas", buscando a efetividade da justiça social como diretriz do mercado normativo fulcrado na solidariedade, o que não se poderia realizar sob a exigência da atuação restrita dos legitimados ordinários, em demandas atomizadas e sem reverberação social suficiente.

Então, por evidente, a *legitimatío* conferida ao Ministério Público e aos concorrentemente legitimados, como conseqüência do pluralismo político que há se que assentar em uma sociedade que preconiza a democracia substancial como um dever-ser, encontra esteio na eficácia vinculante dos direitos fundamentais, telada na órbita da dimensão jurídico-objetiva.

Destarte, de somenos se os direitos subjetivos em causa tem conteúdo patrimonial disponível, porquanto esta é uma externalidade distante da consideração que enfeixa a legitimação de que se trata, que orbita no entorno do núcleo essencial que lhes fornece vida.

O Min. Sepúlveda Pertence, no Recurso Extraordinário n.º 195.056-1/PR (Anexo C3), visualizou a questão com a sapiência que lhe é peculiar:

o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127 [CF], não é o de incumbir a instituição [do Ministério Público] a defesa dos interesses indisponíveis, mas, sim, a dos interesses sociais", já que "a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva.³¹⁶

Neste cenário, a conformação do Código Consumerista, inobstante elogiável por ceifar improducentes controvérsias sob a

³¹⁶GODINHO, *ob. cit.*, 20/70

legitimação ativa da tutela coletiva na seara em que preside, deve ser vista pelo exegeta como prospectiva, informadora, exemplificativa, inexauriente. A postura castradora claudica diante da dúplice infringência à eficácia vinculante dos direitos fundamentais: pelo legislativo, ao impor restrição irrazoável à órbita das declinações da dignidade da pessoa humana; pelo Estado-Juiz que, ao interpretar a restrição como idônea, cegando-se da luz constitucional, exerce ilegitimamente a parcela de soberania que lhe foi acometida pelos titulares do Poder, deixando à mingua de proteção aquilo que lhe era imperativo proteger.

Neste ensejo, ensina Böckenförde³¹⁷:

El fundamento jurídico de la Sentencia expresa la idea de una forma aun menos encubierta: si al interpretar y aplicar el derecho positivo el juez obvia los parámetros axiológicos de la parte de derechos fundamentales, ello significa que lesiona al mismo tiempo el auténtico derecho fundamental del ciudadano frente al Estado. La no observancia del parámetro axiológico de los derechos fundamentales se convierte en una verdadera lesión de derecho fundamental por parte del poder público.

Consoante ensina Kazuo Watanabe³¹⁸,

essa relação jurídica nascida da lesão, ao contrário do que acontece com os interesses ou direitos difusos ou coletivos, que são de natureza indivisível, é individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles, e isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas

Assevera Godinho

(...) tal determinabilidade se traduz em determinação efetiva no momento do exercício do direito, seja por meio de ação individual, seja por meio de habilitação na liquidação de sentença prolatada em ação coletiva³¹⁹ (...) as situações individuais são tratadas coletivamente e, por isso, são desprezadas durante a fase de conhecimento. Se assim não fosse, estaríamos diante de litisconsórcio multitudinário e não de uma legítima ação coletiva³²⁰ (...) nunca estará o Ministério Público defendendo direitos individuais específicos, mas, sim, estará tutelando uma situação que, a partir de lesões individuais, assume dimensão social, transcendendo a posição individual de cada titular. A atuação do Ministério Público é impessoal e genérica, desvinculada da situação pessoal de cada titular. Tanto é assim, que o pedido formulado na defesa dos direitos individuais homogêneos deve ser necessariamente

³¹⁷BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p.119

³¹⁸GODINHO, ob. cit., p. 5/70

³¹⁹ibidem

³²⁰ob. cit., p. 6/70

genérico, havendo posterior habilitação individual dos eventuais titulares que desejarem. E essa habilitação forçosamente será por meio de advogados, cessando a legitimidade do Ministério Público.³²¹

Ao parecer, compulsada a dicção do artigo 127, caput, da CF/88, a legitimação ministerial na seara consumerista tem a função de viabilizar a mediação tida por Canaris como indeclinável à imposição da eficácia vinculante dos direitos fundamentais aos particulares (fornecedores de produtos e serviços), enquanto partícipes do mercado normativo concebido sob ótica da solidariedade social, o que se dará pela atuação do Estado-Juiz que, ao dizer o direito aplicável ao caso concreto, imporá a observância dos preceitos da eficácia jurídico-objetiva das declinações da dignidade da pessoa humana àqueles.

A par desta configuração, a atuação do Órgão-Agente tem por escopo compelir os Poderes Públicos, que se encontram imediatamente vinculados ao conteúdo normativo dos direitos fundamentais, a realizar as ações ou emendar as omissões à implementação da diretiva da solidariedade social no âmbito do mercado, viabilizando meio de cultura para a realização das latitudes da dignidade da pessoa humana, o que pode ser traduzido pela imposição de uma eficaz fiscalização das concessões de serviços públicos relevantes, pelo controle difuso de constitucionalidade das leis, pelo extirpar de atos administrativos iníquos, pelo dever de fundamentação das decisões judiciais, entre tantas figuras integrantes de uma caleidoscópio de possibilidades, cuja instrumentalização não se resume ao âmbito da Ação Civil Pública.

Tendo-se em conta que a conformação dos individuais homogêneos é instrumental, a equação perfilada pode ser transposta para todas as situações em que as ações ou omissões vergastadas estejam a inibir as declinações da dignidade da pessoa humana.

Recomenda-se *prima facie* a tutela coletiva, na seara dos individuais homogêneos, quando as condutas comissivas ou omissivas tenham alcançado a transindividualidade estampada pelo acidente de

³²¹*ob.cit.*, p. 14/70

coletivização que, por óbvio, não interfere na fisionomia dos direitos subjetivos mediata e diferidamente enfocados, sendo de somenos, então, o estudo da disponibilidade, inócua como vetor para o exame da legitimidade, que tem por estruturante a proteção da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais lesados.

Godinho³²² cunha com maestria:

Note-se, portanto, que o tratamento coletivo dos direitos individuais não se confunde com a satisfação pessoal do crédito daí decorrente, este sim indiscutivelmente disponível e que deve ser buscado por meio de advogado.

(...)

A idéia de que só em se tratando de direitos individuais homogêneos indisponíveis é que haveria legitimidade do Ministério Público também não merece prestígio, já que não se pode confundir patrimonialidade com disponibilidade.

Como já afirmamos, a partir do momento em que a lesão a direitos individuais homogêneos adquire dimensão social, supera-se a disponibilidade do direito numa óptica individualizada, em razão de um interesse maior da sociedade em ver essa lesão a direitos tutelada coletiva e genericamente. É como se houvesse uma suspensão da disponibilidade do direito durante a ação coletiva, voltando essa característica no momento da habilitação para a satisfação de um direito específico, a partir de uma condenação genérica.

A prepotência do legislador infraconstitucional de pretender amordaçar o Ministério Público no cumprimento da suas funções institucionais, que não estão a serviço do Órgão, mas da sociedade como um todo, não compactua com a tendência da instrumentalidade do processo como norte de veras incidente no exame dos remédios à disposição das relações interpessoais, questão que assume contornos ainda mais ponderáveis no âmbito da transindividualidade.

Na verdade, representa uma reação à atuação expressiva deste gestor da democracia substancial, que efetivamente age para que a pretensão meramente figurativa dos direitos fundamentais torne-se apenas um delírio distante e abjeto daqueles que os pretendem como uma mera nota civilizatória formal.

Neste espectro, singulares as palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello, ao explicar as mazelas dos Estados formalmente democráticos:

³²²ob. cit., p. 13/14-70

(...) esses padrões de organização não se impuseram à conta de autêntica resposta a conflitos ou pressões sociais que os tivessem inapelavelmente engendrado; antes, foram assumidos porque a elite dirigente de sociedades menos evoluídas, de olhos postos nas mais evoluídas, entendeu que se constituíam em um modelo natural a ser incorporado como desejável estágio civilizatório. Então, não lhes atribuem outra importância senão figurativa. Daí que, não estando cerceadas por uma consciência social democrática e correlata pressão, ou mesmo pelos eventuais entusiasmos de uma "opinião pública". já que as modela a seu talante, aceitam as instituições democráticas apenas enquanto não interferentes com os amplos privilégios que conservam ou com a vigorosa dominação política que podem exercer nos bastidores, por detrás de uma máscara democrática, graças justamente, ao precário estágio de desenvolvimento econômico, político e social de suas respectivas sociedades.

De outra parte, esta situação inferior em que vivem os Estados apenas formalmente democráticos lhes confere, em todos os planos, um caráter de natural subalternidade em face dos países cêntricos (...) Sendo conveniente aos países desenvolvidos a persistência desta mesma situação, que lhes propicia, em estreita aliança com os segmentos dominantes de tais sociedades, manejar mais comodamente os governos dos países "pseudodemocráticos" em prol de suas conveniências econômicas e políticas, é natural que existam entraves suplementares para superação deste estágio primário de evolução.³²³

Nesta esteira, houve irrazoável limitação de direitos fundamentais, em sua dúplice envergadura (objetivo-subjetiva), pela mitigação do feixe de incidência da precípua garantia à sua efetividade: o acesso à jurisdição, decorrência da inafastabilidade da jurisdição, declinação do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo desnudar a ilegitimidade democrática que macula a inovação legislativa guerreada.

Quadra colacionar, neste escopo, a lição de Böckenförde³²⁴:

(...)la limitación de derecho fundametales, incluso alli donde tal limitación está expressamente reservada al legislador (derechos fundamentales con reserva de ley) sólo puede llevar-se a cabo de acuerdo com el principio de proporcionalidad; la limitación de los derechos fundamentales sólo puede llegar hasta donde resulte apropiado, necesario y proporcionado en sentido estricto, en orden a la consecución de un fin justificable de interés público formulado por la ley limitadora. Los derechos fundamentales limitables también garantizan así no sólo el residuo que resta tras la libre intervención del legislador, sino que, por el contrario, la ley limitante debe dejar intacta la substancia del derecho fundamental.

Assim, *verbi gratia*, quando o Ministério Público ajuíza uma Ação

³²³A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas, Revista de Informação Legislativa n.º 137, p. 256/7

³²⁴BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 102

Civil Pública nas searas estudadas (tributária, previdenciária, em face de omissões administrativas), estará protegendo as declinações normativas da dignidade da pessoa humana, que obviamente não se encontram presentes apenas no âmbito do indivíduo enquanto consumidor, atingindo todo o plexo dos direitos fundamentais, em suas três grandezas.³²⁵

Negar tal fisionomia seria o mesmo que aduzir que o indivíduo se desnuda de sua dignidade ao adentrar em círculos sociais outros, que não o protegido pelo Código Consumerista (*v.g.*, como titular de bens sujeitos à tributação, como obrigado tributário do pagamento de tributos pessoais, como segurado da previdência social, como credor de prestações estatais), o que placita a já estudada falácia argumentativa de tomar a parte (a legislação infraconstitucional limitativa) como se fosse o todo (a vontade geral insculpida na Magna Carta).

Ao revés, a missão constitucional do Órgão-Agente, nestas searas, torna-se ainda mais aguda e indispensável, posto que está a patrocinar a defesa da dimensão jurídico-positiva dos direitos fundamentais enquanto normas de conduta impositivas aos Poderes do Estado; a vinculação imediata do conteúdo normativo dos direitos fundamentais a que estão sujeitos torna ainda mais execrável, à vista do interesse geral, os descaminhos das más gestões públicas e das leis de sociedades parciais, reclamando a pronta e aparelhada insurgência dos titulares do Poder Constituinte originário, *in casu* por seu substituto por excelência, enquanto guardião do Estado democrático de direito e paladino da busca incessante da justiça social.

À configuração restritiva vergastada parecer cair como uma luva a ácida crítica de Castanheira Neves³²⁶:

É já insustentável a sua imputação à vontade geral – ao todo ou ao comum comunitário –, pois as leis não são mais do que prescrições de particulares forças políticas, de forças políticas parciais e mesmo partidárias, que no quadro do sistema político-

³²⁵A referência a três grandezas e não a três dimensões (uso mais recorrente pela doutrina) tem por escopo evitar a eventual confusão do leitor com as multirreferidas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou da solidariedade e da fraternidade (as três dimensões, grandezas, espécies de exteriorizações dos direitos fundamentais, enquanto gênero).

³²⁶**Apud** SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Jurisdição e Execução...”, p. 204

estatal (ou constitucional) adquiriram a legitimidade para tanto, a partir de uma sociedade dividida (justamente em diferentes forças sociais e políticas, actuanes e interventoras no nível do poder) e plural (nos projetos ideológicos sobre essa mesma sociedade) (...) sendo a expressão de uma vitória num conflito político, a lei invoca e afirma uma vontade, mas apenas a vontade da força política legislativamente dominante ou essa vontade transacionada com outras vontades políticas também particulares.

Diante desta configuração, a postura conservadora de nossos Tribunais consolida a antítese de uma interlocução social qualificada pela legitimidade, uma vez que corporifica clara reverberação do abjeto placitar do inaccessível material à jurisdição, no contrafluxo do que por todos é querido e almejado, renegando a função social da tutela coletiva.

3.8 CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGITIMAÇÃO MINISTERIAL PARA A DEFESA COLETIVA DOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS³²⁷

3.8.1 Apontamentos Iniciais

Conforme já assinalado ao longo do ensaio, o fenômeno da coletivização estabelece *prima facie* a legitimação ministerial *in re ipsa* adequada para a defesa coletiva dos individuais homogêneos, em prol da defesa imediata da dimensão jurídico-positiva dos direitos fundamentais em causa, como declinações do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico do sistema.

Considerando que a coletivização acidental tem índole meramente instrumental, é o acesso à jurisdição, como decorrência da inafastabilidade do controle jurisdicional, que a seu turno desponta como garantia constitucional inerente ao valor-fonte, que está na berlinda da sistematização da *legitimatío ad causam* do ator ideológico de que se trata, o qual tem por função precípua a consubstanciação do Estado democrático de direito.

Contudo, numa esteira de freios e contrapesos que norteiam o

³²⁷Apesar de já termos sustentado uma posição moderada no nosso *O MP na Defesa dos Individuais Homogêneos*, p. 83/4, não nos ocupamos com o estabelecer dos critérios de validade tópico-sistemática que podem contrastar a legitimidade ministerial em concreto, o que ora empreendemos, em tentativa.

exercício do poder estatal num Estado fulcrado na democracia, os poderes conferidos ao Órgão-Agente não são por evidente ilimitados, sujeitando-se a conformações.

À guisa de sistematicidade, busquemos os balizamentos do Código Modelo Ibero-Americano (Anexo A) e do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (Anexo B).

A legitimidade ministerial ativa para a ação coletiva vem acolhida no artigo 3º, III do Código Modelo e no artigo 9º, III do anteprojeto de Código Brasileiro.

Os requisitos genéricos da ação coletiva são a adequada representatividade do legitimado e a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas (artigo 2º, II e II do Código Modelo e artigo 8º, I e II do anteprojeto de Código Brasileiro, respectivamente).

Para a tutela dos individuais homogêneos³²⁸, o Código Modelo, em seu artigo 2º, § 1º, introduz requisitos específicos, que não foram acolhidos no anteprojeto de Código Brasileiro, quais sejam, a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

A análise da representação adequada perpassa pelos requisitos constantes no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, em seu artigo 8º, §1º, e no Código Modelo Ibero-Americano de Processo Coletivo, art.2º, §2º, os quais serão reproduzidos quando do estudo mais específico.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo repete o paradigma ao verbalizar que, em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (artigo 9º, § 2º do anteprojeto; artigo 3º, § 3º do Código Modelo).

³²⁸Classificados como direitos subjetivos decorrentes de origem comum, no artigo 2º, III do Anteprojeto e como conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, conforme artigo 1º, II do Código

De outra banda, prescreve (o Anteprojeto), no mesmo artigo (9º), § 3º, que em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação, a exemplo do previsto no § 4º do artigo 3º do Código Modelo.

O artigo 10 sistematiza a comunicação dos processos repetitivos, real inovação do anteprojeto. Preconiza que o juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

O parágrafo único do referido artigo disciplina que caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

O disposto no parágrafo único do artigo 10 também se aplica em caso de inércia do Ministério Público na hipótese prevista no artigo 9º, § 3º do anteprojeto (artigo 3º, § 4º do Código Modelo) .

3.8.2 Da Relevância Social

Na visão da ensaísta, os requisitos anunciados minudenciam, numa interpretação contrário senso, as hipóteses de afastamento tópico-sistemático da *legitimatío* ministerial *ad causam*, estabelecida *prima facie* em razão do acidente de coletivização instrumental dos interesses subjetivos, decorrente *in re ipsa* da função institucional do Órgão-Agente na implementação do Estado democrático de direito, inconcebível sem a

efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, a legitimidade ministerial para a defesa coletiva dos individuais homogêneos, presumida pelos vetores axiológico-constitucionais, conforme já estudado, pode ser contrastada, em concreto, pela ausência da relevância social, pela ausência da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, pela ausência da utilidade da tutela coletiva no caso em cotejo, combinada ou isoladamente.

A relevância social placitar-se-á quando o recurso da tutela coletiva servir para a preservação mais eficiente do núcleo intangível da dignidade da pessoa humana em sua eficácia de norma de princípio, reverberando declinações no ser humano em sua dimensão individual ou coletiva.

Consoante ensina Böckenförde³²⁹:

es, sin embargo, igualmente cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, há establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior da comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del Derecho como decisión constitucional fundamental: la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Asi influye evidentemente también en el derecho civil; níguma prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción, todas deben ser interpretadas en su espíritu.

Como já aludido exaustivamente ao longo deste estudo, a *ratio essendi* da tutela coletiva dos individuais homogêneos tem índole instrumental³³⁰: é conveniente e adequada à realização material da garantia do acesso racional à jurisdição, que é decorrência da inafastabilidade da jurisdição, uma das declinações normativas da dignidade da pessoa humana. A tutela coletiva viabiliza, no terreno da transindividualidade, a prestação jurisdicional célere, equânime, útil, econômica, portadora da segurança jurídica.

Não se pode olvidar que acesso material à jurisdição deve ser

³²⁹ob. cit., p. 106

³³⁰Cumprе registrar que, no caso interesses essencialmente coletivos, a tutela coletiva, a par da sua vocação instrumental como critério de racionalidade na provação do Estado-Juiz, é recomendada pela natureza indivisível dos interesses em causa, que reclamam decisão unívoca, com eficácia unitária, *erga omnes* ou *ultra*

amplo e incondicionado³³¹. Conformando a ação processual direito subjetivo público por excelência, só pode ser exercido e limitado pelo interesse comum, o que estabelece a indissociação do indivíduo à coletividade a que pertence, num diálogo que leva à responsabilidade comunitária dos indivíduos na conformação da eficácia dos direitos fundamentais, o que placita um dos reflexos da sua dimensão jurídico-objetiva, transpondo a mera posição singular de cada um dos integrantes desta coletividade frente ao Estado, cujos Poderes devem ser exercidos nos limites da legitimidade democrática.

Consoante a precisa lição de Sarlet³³²

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrentes da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar concretizar. (...) a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos fundamentais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado (...) a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também (...) contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que se deva sempre ficar preservado o núcleo essencial deste.

Sumariando a latitude da dimensão jurídico-positiva (perspectiva objetiva) dos direitos fundamentais, colhe-se os seguintes desdobramentos³³³, decorrentes da sua vocação funcional transcendente à esfera subjetiva, que lhe cunham força jurídica autônoma: a) ordem dirigida ao Estado à concretização e implementação dos direitos fundamentais – a eficácia dirigente; b) preceito normativo para a

partes (em se tratando de interesses difusos e coletivos estrito senso, respectivamente).

³³¹As agitadas condições da ação, previstas no código de processo civil pátrio, são condições da ação de direito material, como se aduziu, na crítica à doutrina eclética.

³³²SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 143

³³³Síntese vertida da leitura da obra de SARLET, em várias passagens, em especial p. 141/149 e 322 e ss.

aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, desnudando a eficácia irradiante; c) conformação do espaço de atuação estatal, o que revela a eficácia vinculante como norma de competência negativa a serviço da proteção da esfera de intangibilidade dos direitos fundamentais e como determinante de ações positivas à implementação dos direitos prestacionais; d) imputação de deveres de proteção dos direitos fundamentais, pelo Estado, sob os prismas preventivo e repressivo, contra agressões perpetradas pelos poderes públicos, por particulares ou por outros Estados; e) condicionante do direito organizacional procedimental destinado a instrumentalizar a efetividade da proteção dos direitos fundamentais, evitando “a redução do significado do conteúdo material deles”³³⁴.

Neste quadro, a relevância social da tutela coletiva deve ser buscada na preservação do mínimo existencial do valor-fonte, ápice do sistema axiológico dos direitos fundamentais, servindo como diretriz normativa à interpretação tópico-sistemática, deixando entrever os contornos de sua eficácia irradiante.

A dignidade da pessoa humana tem conteúdo fluido, o que é adequado à magnitude de seu perfil no âmbito dos direitos fundamentais, como núcleo da “unidade teleológica e axiológica”³³⁵ das normas constitucionais, do que não discrepa a Magna Carta brasileira.

Nas estirpes de individuais homogêneos estudadas (searas tributária, previdenciária, omissões administrativas, consumidor), a relevância desponta indelével, *s.m.j.*, pelas razões já minudenciadas no exame de cada um dos itens, o que não será repisado, abreviando considerações tautológicas.

Inobstante e apenas por fins didáticos, examine-se, em breve, que a cessação arbitrária de benefícios previdenciários malfere a proteção ao mínimo existencial, ante o caráter alimentar dos proventos, normalmente fonte única de renda de pessoas que, em seu perfil subjetivo, dadas as

³³⁴ob. cit., p. 147

³³⁵SARMENTO, Daniel. . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 195

exigências cada vez mais severas da legislação previdenciária, são predominantemente idosas, credoras de proteção especial, de molde que as garantias constitucionais e por excelência, o acesso à jurisdição, devem ser hipertrofiadas, sob pena de redução do conteúdo substancial do direito fundamental em causa.

Interessa à sociedade como um todo, norte na solidariedade social, princípio normativo e direito fundamental de terceira dimensão ou grandeza, a proteção de seus idosos, que não podem ser premiados dos meios necessários à sua manutenção, imperativo que contempla o compromisso de todos em agir de acordo em este vetor axiológico.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, em sua acepção material, dialoga com a otimização das ferramentas processuais possíveis para a prestação rápida, segura, útil, econômica do Estado-Juiz³³⁶, o que certamente projeta efeitos pragmáticos mais efetivos em uma ação coletiva na qual se imprima a urgência correlata ao perfil médio dos titulares dos direitos subjetivos que, na tutela coletiva, estão sendo defendidos em sua dimensão jurídico-positiva e, por isso, o tratamento na *cognitio* é impessoal, o que placita a razoabilidade de uma condenação genérica e as singularidades da posterior execução individual, em que cada um deverá provar a sua qualidade como integrante do grupo atingindo pelos efeitos subjetivos da coisa julgada.

Sarlet³³⁷ sustenta que dos direitos fundamentais sociais inscritos no *caput* do artigo 6º do Documento Maior, quatro deles assumem tamanha imbricação com a proteção da dignidade da pessoa humana que se revelam como indubitáveis espécies de direitos fundamentais sociais originários (aqueles cuja eficácia vinculante decorre imediatamente da Constituição). São os direitos ao salário-mínimo, à previdência social, à assistência social e à saúde.

Registra-se que o último direito citado, enquanto pré-condição à

³³⁶Condicionantes do direito procedimental como desdobramento da função autônoma da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

³³⁷ob. cit., p. 283 e ss.

existência da dignidade da pessoa humana³³⁸, tem âmbito de proteção ainda mais dilargado, justificando o uso da ação civil pública para a defesa mediata de direito subjetivo individual. Muito embora não se possa deixar de registrar que a legitimidade ministerial também nesta hipótese está a serviço da proteção da dimensão objetiva do direito fundamental que, em sua esfera subjetiva, encontra-se particularizado, a questão não será abordada neste estudo.

O raciocínio pode ser estendido, *s.m.j.*, a outros direitos fundamentais sociais, tais como a educação básica, a moradia condigna, que também se encontram intrinsecamente ligados à concretização do conteúdo intangível da dignidade da pessoa humana, razão pela qual podem ser classificados como originários, cuja eficácia vinculante decorre da própria Constituição, independentemente da existência de norma infraconstitucional. Desta feita, as omissões administrativas não poderão apegar-se na ausência de regulamentação, podendo ser sindicadas pelo Estado-Juiz, mediante a adequada provocação pelo Ministério Público enquanto substituto processual dos titulares do Poder Constituinte originário.

Digno pontuar – aparando eventuais descompassos interpretativos – que não se está a sustentar que a *legitimatío* ministerial está interligada apenas e tão-somente aos direitos fundamentais sociais originários, posto que, como já se viu, a *legitimatío* tem por escopo dar vazão à conformação concreta da função jurídica autônoma e transcendente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que implica dizer que a) não se limita aos direitos à prestação; b) alcança todos os desdobramentos da dimensão objetiva antes estudados (as eficácias vinculante, irradiante, dirigente; os deveres de proteção e as condicionantes do direito organizacional e instrumental, escopo na efetividade dos direitos fundamentais; as funções dogmático-jurídica, teórico-estatal e teórico-constitucional).

De outra banda, considerando que na articulação do artigo 5º,

³³⁸ob. cit., p. 296

CF/88, os direitos fundamentais e suas garantias recebem idêntica envergadura constitucional³³⁹, há que ser pontuada a frontal discordância desta ensaísta, à vista dos argumentos já amealhados ao longo deste estudo: a) à desconsideração artigo 127, *caput*, da Magna Carta como vetor concorrente para a dirimência da intrincada *quaestio* da legitimidade ministerial na defesa dos individuais homogêneos; b) à conformação da *legitimatío* de que se trata à iniciativa do legislador ordinário, numa leitura da eficácia limitada para parte final do artigo 129, III, do Documento Maior.

Ambos os argumentos foram expostos no voto de vista do Ministro Sepúlveda Pertence (Anexo C3), no *leading case*³⁴⁰ já anunciado, quando da abordagem do voto do Ministro Maurício Corrêa, caso em que Sua Excelência não conheceu o recurso aforado pelo Ministério Público, aos auspícios destes vetores (premissas (a) e (b) do parágrafo antecedente), rechaçados pelo Ministro Pertence que, inobstante, por não reconhecer, *in casu*, o interesse social, também não conheceu o recurso.

Primeiramente, penso que a dicção do artigo 127, *caput*, tem íntima inter-relação com a fundamentação constitucional da *legitimatío ad causam* que é objeto deste estudo, na medida em que o Ministério Público é o guardião do Estado democrático que, sem a efetividade dos direitos fundamentais, não passa de prescrição em abstrato.

Focando a defesa da dimensão jurídico-positiva, inerência de qualquer direito fundamental, independente da conformação subjetiva que alcance (podendo ser individualizados; acidental ou essencialmente coletivizados) e a ela transcendente, o Ministério Público tem por escopo atuar como o autor ideológico por excelência, mas não exclusivo³⁴¹, substituindo os titulares do Poder Constituinte Originário, provocando o Estado-Juiz à auto e à hetero-imposição dos desdobramentos da perspectiva objetiva, colhendo tópico-sistematicamente da vontade

³³⁹Consoante lição de SARLET, ob. cit., p. 179

³⁴⁰RE 195.056-1, Tribunal Pleno, Relator Mini. Carlos Velloso, j. 09/12/1999, DJ 30/05/2003, republicado no DJ 14/11/2003, p. 18, maioria

³⁴¹como consequência do pluralismo político tão caro às sociedades que buscam a democracia

universal sintetizada na esfera objetiva dos direitos fundamentais em jogo a relevância social que recrudescer a legitimidade *in re ipsa* que transparece, *prima facie*, do acidente de coletivização dos interesses individuais, homogeneizando-os.

Atuando na defesa mediata, diferida, impessoal da esfera subjetiva, como decorrência lógica da incindibilidade das bidimensões dos direitos fundamentais, o Ministério Público labuta pela vontade geral, na qual a vontade individual se encontra superada e guardada, à otimização das ferramentas processuais vocacionadas a descortinar o acesso material à jurisdição, como decorrência da inafastabilidade do controle judicial como declinação do princípio da dignidade da pessoa humana, norte na defesa do mínimo existencial em suas diferentes aparições à luz dos direitos fundamentais postos em juízo.

Não se faz necessário, bem se vê, confundir as categorias dos direitos essencialmente coletivos (coletivos estrito senso e difusos) e instrumentalmente coletivos (os individuais homogêneos), para buscar a racionalidade da legitimação ministerial para a defesa coletiva destes últimos.

O segundo tópico confronta com toda a argumentação que se procedeu. Não se pode impor amarras ideológicas à ação do paladino público, ator qualificado da promoção da justiça social, ante o poder-dever de ação que lhe foi concedido (e por isso a denominação de magistratura de pé, que caminha na direção da justiça), posto que tal interpretação colide com os primados da democracia, que só se compraz com a cidadania ativa, exercida, no âmbito processual, pelos legitimados ordinários ou, quando tal não se fizer factível, como ocorre no caso dos interesses transindividuais, por seus substitutos processuais. Amordaçar a ação dos legitimados extraordinários à benevolência do legislador ordinário fere de morte a concepção do acesso material à jurisdição, condenando o Estado-Juiz a um papel meramente burocrático dentro da estrutura de freios e contrapesos, e submisso ao alvedrio do poder político dominante. Seria placitar ao legislativo o arbítrio e não o poder,

que necessariamente deve ser compartilhado, na conformação do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, numa leitura que desemboca na ilegitimidade democrática pela deficiência dos deveres de proteção às macrolesões às quais diuturnamente submetidos os direitos fundamentais do homem-indivíduo e do homem-coletivo imersos em uma sociedade massificada.

Calha colacionar, neste aspecto, excertos do voto de vista do Ministro Sepúlveda Pertence (RE 195.056-1/PR, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 09-12-1999, DJ 14-11-2003 – Anexo C3), que admitiu que a inteligência dos individuais homogêneos possa inserir-se no âmbito de compreensão dos interesses coletivos, mas dissentiu, como anunciado, do Ministro Maurício Corrêa no que concerne ao afastamento da incidência do artigo 127, *caput*, CF/88 ao equacionamento do tema, bem como no que toca à alegada eficácia limitada da parte final do artigo 129, III, do Documento Maior:

Por isso, “o fato de o art. 129,III, CF não se referir a “interesses individuais homogêneos” -- acentua com razão Rodolfo Mancuso(Sobre a Legitimação do MP em matéria de interesses individuais homogêneos em Milaré(coord.), Ação Civil Pública, r. RT, 1995, p. 438,444 – não autoriza, a 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 em vigor a partir de 1990.

(...)

Daí não se pode extrair, contudo, como parece pretender o recorrente, que qualquer feixe de pretensões individuais homogêneas, seja qual for o seu objeto, possa ser tema de tutela jurisdicional coletiva por iniciativa do Ministério Público.

(...)

A dificuldade está em encontrar o critério de demarcação da área – consensualmente limitada, em que há de reconhecer legitimação do Ministério Público para a tutela coletiva de tais direitos individuais derivados de origem comum.

Opta o Ministro Maurício Corrêa por uma diretiva que tem por si a vantagem da objetividade; a fonte constitucional da questionada legitimação do MP para a defesa dos interesses individuais homogêneos, malgrado contida na alusão genérica do art. 129,III, aos interesses coletivos em geral, seria uma norma de eficácia limitada, dependente de específica previsão legal.

A minha visão do problema – que parece mais afinada à doutrina dominante – se dela perde em objetividade, é menos restritiva que a proposta do Ministro Corrêa e não delega no legislador ordinário o poder de dar maior ou menor efetividade a uma norma da Constituição.

(...)

Não lhe reduzo, porém, a admissibilidade a tais previsões legais explícitas: estou em que, da própria Constituição, é possível derivar outras hipóteses.

E para isso, já neste ponto com o Ministro Velloso e a doutrina mais afeita ao tema, considero adequado o apelo ao artigo 127 da Constituição que, delineando em grandes traços o seu papel junto à função jurisdicional do Estado, confia ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

(...)

E, para orientar a demarcação, a partir do artigo 129,III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do MP, o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais.

De um lado, a proteção aos interesses ou direitos individuais indisponíveis(...)

De outro lado, a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva.

Ao contrário, são de direitos disponíveis as hipóteses mais notórias de indiscutida legitimação do MP para a ação civil pública de defesa de interesses homogêneos, a começar daqueles dos consumidores (...)

O problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio art. 129, III, da Constituição denomina patrimônio social. Não é fácil, no ponto, a determinação do critério da legitimação do Ministério Público.

(...)a estatura constitucional da questão não basta à verificação do interesse social que qualifica o Ministério público para a ação.

De outro lado, é preciso tem em conta que o interesse social não é um conceito axiologicamente neutro, mas, ao contrário – e dado o permanente conflito de interesses parciais inerentes à vida em sociedade – e idéia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar.

Donde, de igual modo, ser de repelir que o reconhecimento da presença de interesse social na tutela de determinada pretensão de uma parcela da coletividade possa ser confiada à livre avaliação subjetiva – inevitavelmente carregada de valores pessoais – quer de agente do Ministério Público que a

veicule em juízo, quer do órgão jurisdicional a que toque verificar-lhe a legitimação da ação coletiva: para obviar esse risco de arbitrariedade, a solução há de fundar-se em critérios dotados de um mínimo de objetividade.

Penso, como visto, que a adstrição da legitimidade do MP aos casos de previsão legal expressa, embora razoavelmente objetiva, seria um critério insuficiente para a identificação do interesse social na defesa de direitos coletivos: dado que deriva da Constituição a legitimação do MP para a hipótese, não se pode reputar exaustivo o critério que delega ao legislador o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição.

Creio, assim, que -- afora o caso de previsão legal expressa -- a afirmação do interesse social para o fim cogitado há de partir da identificação de seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados.

Afinal de contas -- e malgrado as mutilações que lhe tem imposto a onda das reformas neoliberais deste decênio -- a Constituição ainda aponta com metas da República "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Esse critério -- que se poderia denominar de interesse social segundo a Constituição -- ainda que nem sempre explicitado em tese, parece estar subjacente a diversas decisões judiciais, algumas já citadas, que têm reconhecido a legitimação do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos"

Inobstante os fragmentos reproduzidos convergirem, em larga medida, ao que se sedimenta neste estudo para a sistematização da *legitimatío* ministerial para a defesa coletiva dos individuais homogêneos, restou relegada pelo insigne Ministro a legitimação do Órgão-Agente para o objeto do recurso³⁴², qual seja, a defesa coletiva de interesses acidentalmente coletivos, na seara tributária, pontualmente as singularidades da instituição da tributação sobre a propriedade territorial urbana, no Município de Umuarama.

Neste passo, há que se reafirmar como se apresenta o interesse da sociedade na defesa do Estado democrático de direito, pelo Ministério Público, exemplificativamente no âmbito tributário, repisando o que já se anotou no item 3.6.2.

Consoante a lição de Sarlet, os direitos prestacionais, quanto ao objeto, dividem-se em dois grupos: os direitos prestacionais em sentido restrito ou materiais (direitos sociais prestacionais) e os direitos

³⁴²que não foi conhecido, por maioria, decisão à unanimidade afastada apenas por uma questão formal ventilada

prestacionais normativos ou jurídicos .

Os segundos englobam, em sua acepção, os direitos de proteção

no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, bem como os direitos à participação na organização e procedimento. Assim, distingue-se entre os direitos à prestação em sentido amplo (...) que, de certa forma, podem ser reportados primordialmente ao Estado de direito na condição de garante da liberdade e da igualdade do status negativus e os direitos a prestações em sentido restrito (direitos a prestações materiais sociais), vinculados prioritariamente às funções do Estado social.

³⁴³

Diante deste cenário, igualmente transparece tranqüila a *legitimitatio* ministerial para a defesa mediata do indivíduo frente ao poder de tributar do Estado, que se deve ater à lição *canotilhana* das determinantes autônomas e heterônomas, sob pena de desviar-se da legitimidade democrática que placita espectros imaculáveis, questão que para o além-mar da individualidade, interessa a toda a coletividade, cuja vontade geral encontra-se guardada na esfera objetiva, explicando a sua funcionalidade transcendente, objetivo imediato da proteção perseguida na fase cognitiva da tutela coletiva, mormente no terreno dos individuais homogêneos.

A relevância da tutela consolida-se quando necessária e indispensável à preservação do mínimo existencial dos direitos fundamentais do homem-indivíduo e do homem-coletivo, o que perpassa pela indeclinabilidade do núcleo essencial da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

Não se circunscreve, pois, apesar de capitaneada pelo interesse social, à proteção dos direitos prestacionais em sentido restrito. O interesse social de que trata o artigo 127, *caput*, da CF/88, diretriz concorrente ao exame da legitimidade em epígrafe, tem de ser interpretado em latitude cognosciva ampliativa, compreendendo o interesse da sociedade, enquanto universalidade, em ver atendidos os preceitos contidos no Documento Maior e, por isso, acometeu ao Ministério Público a função precípua de ação à consubstanciação do

Estado democrático de direito, o qual não se vivifica e sobrevive sem a imanente efetividade dos direitos fundamentais, o que engloba o dever de proteção às zonas de intangibilidade da liberdade negativa.

Neste panorama, fácil ver que não é possível aferrar a proteção da dimensão objetiva, funcionalmente autônoma e transcendente, à esfera da disponibilidade subjetiva do exercício do direito de ação processual, mormente em se considerando que, no estágio atual³⁴⁴, tal iniciativa --- atomizada, singularizada -- não será portadora da contundência imprescindível à instrumentalização de uma defesa cabal, placitando, em verdade, uma hipertrofia da infringência, que se tornará mais aguda pela configuração concreta da desigualdade entre pessoas que se encontram em posições subjetivas idênticas, tornando o fenômeno da coletivização acidental um nada jurídico.

3.8.2.1 Da Proporcionalidade no Exame da Relevância Social no Caso dos Direitos Prestacionais em Sentido Estrito - Um Diálogo Entre a Preservação do Mínimo Existencial³⁴⁵ e a Reserva Do Possível À Luz da Dignidade Da Pessoa Humana

No cotejo de um conflito entre princípios, a lógica do tudo ou nada se mostra inadequada e desvalida de sentido, entrando em cena o princípio da proporcionalidade como técnica de resolução de antinomias.

A existência de tensões internas é salutar porque externaliza o pluralismo político inerente aos Estados democráticos de direito e favorece

³⁴³SARLET, ob. cit., p. 188

³⁴⁴Em que existem limitações aparentes à legitimidade ativa de singulares para a promoção de ações coletivas, exceção feita à ação popular constitucional, que não serve, *a priori*, para a defesa de individuais homogêneos.

³⁴⁵Sobre o permeio da dignidade da pessoa humana na definição do mínimo vital e do mínimo existencial, vale trazer à colação a dicção de SARLET, In: A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 455.: (...) *a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.*

o aprimoramento sistêmico, que se constrói à luz de um processo dialético-histórico, bem ao sabor da filosofia hegeliana. De outra banda, placita a inocuidade do dogma da completude, o que só seria admissível num sistema fechado e estático, terreno da articulação do superjuiz Hércules, que muito se afasta – o que é alvissareiro – da realidade cotidiana dos operadores do direito, especificamente os juízes, que são os intérpretes que exercem a hermenêutica sob os óculos da parcela da soberania do Estado ínsita à investidura de seus cargos.

No terreno dos direitos fundamentais, dada a fluidez que lhes é imanente, o diálogo para a solução dos conflitos se trava por intermédio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito.

O primeiro subprincípio, como ensina Sarmento³⁴⁶, trata do exame *"da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada"*.

O segundo³⁴⁷, a seu turno, obriga o exegeta a aplicar, para o atingimento do fim colimado, o meio menos gravoso aos direitos e interesses que se encontram sob iminente restrição, de sorte que "na promoção dos interesses coletivos, a menor ingerência possível nos direitos fundamentais do cidadão"³⁴⁸ consubstancia-se como um imperativo de conduta.

O derradeiro, também denominado como mandado de ponderação (ALEXY), concerne ao auscultar da relação custo-benefício, o que significa equacionar que "o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado"³⁴⁹.

Sem olvidar o conteúdo normativo dos princípios em conflito, a autêntica aplicação da proporcionalidade é concreta, de sorte que a sua

³⁴⁶SARMENTO, Daniel, ob. cit., p. 87

³⁴⁷Não adentraremos no detalhamento do subprincípio da necessidade, que é quadripartite: necessidade material, exigibilidades temporal, especial e pessoal, anunciadas por Sarmento, na ob. Cit., p. 89.

³⁴⁸SARMENTO, ob. cit., p. 88

³⁴⁹SARMENTO, ob. cit., p. 89

incidência, em tese, merece reservas³⁵⁰.

Incidindo pelo menos dois princípios ao caso em concreto, há que se estabelecer, à luz da proporcionalidade, “a demarcação do campo normativo de cada princípio envolvido, para verificar se a hipótese está realmente compreendida no âmbito da tutela de mais de um deles”³⁵¹.

Na seara dos direitos fundamentais, desenhar a “topografia do conflito”³⁵² é definir o núcleo intangível, os limites imanentes, indevassáveis, o que só pode ser realizado a partir do caso sensível ao qual a proporcionalidade irá fazer deduzir, à luz do sistema, a solução jurídica mais adequada.

A ponderação de interesses, como terceira fase da dissecação da proporcionalidade, dever-se-á orientar *“no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.”*³⁵³

Alinhavadas tais considerações perfunctórias³⁵⁴, calha transpor a problemática do conflito imanente à dimensão econômica dos direitos sociais prestacionais em sentido restrito.

Reclamando prestações em sentido material, as circunstâncias econômicas, consoante leciona Sarlet³⁵⁵, interagem na efetividade e na eficácia dos direitos sociais prestacionais, exceto no caso dos chamados direitos sociais prestacionais neutros, em que a realização dos prestacionamentos é diretamente remunerada por taxas ou tarifas.

Como corolário a tal peculiaridade dos direitos em voga, entram em cena as questões da limitação dos recursos públicos e do poder de disposição do numerário pelo destinatário da norma, duas facetas do que

³⁵⁰SARMENTO, ob. cit. p. 110

³⁵¹SARMENTO, ob. cit., p. 100

³⁵²Expressão de Roberto Bin, apud Sarmento, p. 100

³⁵³SARMENTO, ob. cit., p. 105

³⁵⁴Evidentemente que o exame detido da proporcionalidade tem fôlego para estudo minudente, o que não é objeto do presente trabalho

³⁵⁵ob. cit., p. 259/260

passou a ser denominado reserva do possível³⁵⁶.

Diante deste quadro, torna-se imperioso delimitar o núcleo intangível dos direitos sociais prestacionais que não podem sucumbir em eficácia sob o apanágio da reserva do possível, sob pena de esmaecimento do conteúdo normativo-impositivo da dignidade da pessoa humana e a ruptura endêmica com os imperativos de conduta perfilados nos objetivos estampados no artigo 3º do Documento Maior, especialmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum.

A par das condicionantes socioeconômicas, os direitos em tela normalmente são positivados em textualidade vaga e aberta, o que concede ao legislador larga margem do cumprimento de seu mister concretizador.

Ao positivar os direitos sociais, a Constituição não perfilou quais são os prestações a eles correlatos, o que deixa transparecer o conteúdo programático de tais direitos, no sentido do imperativo implícito da necessidade de um planejamento perspectivo e continuado da gestão pública para o atendimento das exigências que as diferentes posições subjetivas que permeiam a coletividade reclamem no trato sucessivo das relações sociais.

Por este raciocínio, pode-se dizer que os direitos sociais a prestações diferenciam-se dos direitos de defesa porque, enquanto estes se submetem predominantemente à concretude jurisdicional³⁵⁷, aqueles, em linha de princípio, têm seu conteúdo definido pela interposição legislativa, nos parâmetros traçados pela Constituição. Este viés explica a classificação dos mesmos como direitos fundamentais relativamente absolutos³⁵⁸ e direitos fundamentais absolutamente relativos³⁵⁹,

³⁵⁶SARLET, ob. cit., p. 261

³⁵⁷SARLET ensina que a maior parte dos direitos de defesa tem plena eficácia e imediata aplicabilidade, “dependendo sua efetivação virtualmente de sua aplicação aos casos concretos (operação de cunho meramente jurídico)”, ob. Cit., p. 262

³⁵⁸SARLET sinala que há certa tipologia de direitos de defesa que podem reclamar a interposição legislativa, não só na sua clássica função de restrição ou regulamentação, idem, p. 263

respectivamente.

Há que se impor, então, indeclináveis limites à liberdade de conformação legislativa, sob pena de, num raciocínio extremado, relegar-se os direitos desta estirpe a um mero catálogo (embora aberto) formal, sem qualquer concretude .

Tal questão perpassa pelo questionamento da possibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos individuais (ou coletivos) a prestações, "para além da previsão legal ou mesmo contrariamente a esta"³⁶⁰ -- sem prejuízo das omissões legislativas -- diretamente da Constituição, os denominados direitos originários³⁶¹ a prestações sociais.

Trata-se de definir

se há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui o seu objeto (...) averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de uma plena justiciabilidade(...) ³⁶².

Neste âmbito, a complexidade do tema faz tensionar a competência legislativa precípua para a decisão sobre a destinação e aplicação dos recursos públicos e o poder-dever do Estado-Juiz em definir, provocado, o conteúdo e o alcance dos direitos prestacionais sociais, valendo-se de critérios especificamente jurídicos, sem que isto gere "*um déficit de legitimidade democrática no processo decisório, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos.*"³⁶³.

Há que se pontuar, com arrimo em Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁴, que a natureza aberta e a formulação vaga dos direitos sociais não maculam a possibilidade de conferir-lhes aplicação imediata e plena eficácia pela palavra dos tribunais acerca dos preceitos normativos deles

³⁵⁹ classificação com a qual não concordamos, pelas razões expostas neste item

³⁶⁰SARLET, ob. cit., p. 274

³⁶¹ O corte metodológico que se processa não tem o condão de ignorar que há direitos originários para além do mínimo existencial e que direitos derivados a prestações também poderão integrar a proteção da orla existencial do indivíduo..

³⁶²SARLET, ob. cit., p. 279

³⁶³SARMENTO, ob. cit., p. 142

³⁶⁴Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-8, 1981, p. 233 e seguintes, p. 244-5

defluentes. De outra banda, a norma constitucional será aplicável, imediatamente, sempre que se possa identificar o seu significado central, sob o qual não pare controvérsia; contrariamente, quando o Texto *"expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra"*³⁶⁵, aduz o douto³⁶⁶ que se terá a impossibilidade de conformação de direitos subjetivos sem a ação legislativa concretizadora, porque, neste caso, não há fruição e nem possibilidade de exigibilidade de fruição perante o Estado.

De outra banda, outro empecilho à formatação dos direitos sociais originários ocorre nas hipóteses em que se verifica a delegação expressa da Constituição ao legislador ordinário na tarefa de concretização do conteúdo do direito previsto fluidamente, de molde a entender-se que somente após a atuação do objeto da delegação (a conformação legislativa) nasce pretensão exigível.

Por derradeiro, o argumento da vinculação dos direitos sociais prestacionais à reserva do possível, cuja fisionomia se viu, supra, também vem agitado como entrave à configuração dos direitos subjetivos a prestações decorrentes imediatamente da Constituição.

No cenário pátrio, a maior parte dos direitos sociais foram objeto de concreção legislativa. Contudo, como visto, tal circunstância não diminui a importância do tema em pesquisa, posto que a configuração de direitos originários à prestação pode orbitar como vetor interpretativo no exame da constitucionalidade da conformação infraconstitucional, no que concerne à proteção do mínimo existencial, garantidor da dignidade da pessoa humana, núcleo intangível, com plena eficácia e aplicação imediata, podendo ser exigido, independentemente de interpolação legislativa, além dela e mesmo contrariamente à sua textualidade, se confrontar com os ditames do Documento Maior.

³⁶⁵ idem, p. 243

³⁶⁶ posição que registramos, mas com a qual não concordamos, consoante exporemos ao longo deste item

Prefere-se adotar, pois, a posição da configuração dos direitos sociais prestacionais, em seu cerne indevassável, como autênticos direitos subjetivos originários da Constituição, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, como declinação do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. Assim, o espaço de conformação do núcleo essencial dos direitos sociais deve receber o mesmo tratamento dispensado aos direitos de defesa, deve ser descortinado pelo Estado-Juiz, tópico-sistematicamente.

Nesta linha, o revelar deste núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais como direitos originários e, portanto, immanentemente exigíveis frente ao Estado, não implica a remoção sumária da barreira da reserva do possível, posto que a fisionomia daqueles impescinde do diálogo sistêmico, o que necessariamente dar-se-á por intermédio da proporcionalidade; no cenário democrático não existe espaço para direitos absolutos.

Neste sentido, Sarlet³⁶⁷, parafraseando Alexy, ensina:

(...)apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social. Com isso, traçou-se um claro limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo (no qual a perda absoluta da funcionalidade do direito fundamental está em jogo), o sacrifício de outros direitos não parece tolerável.

Traçados tais limites, a dicção do Estado-Juiz, como decorrência do direito fundamental da inafastabilidade do controle judicial, estará sendo exercida proporcionalmente, estabelecendo freios e contrapesos na discricionariedade legislativa na destinação dos recursos públicos, que é precípua mas não absoluta, contrastável pelas funções autônomas da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, cujo cerne principiológico orbita sob a dignidade da pessoa humana.

Ademais, idéia da conformação dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais (sejam os de defesa, sejam os prestacionais) pela

³⁶⁷ob. cit., p. 316

concretização jurisdicional atende a técnica que prioriza a proporcionalidade como veículo dialético, trazendo à tona a pertinência dos preceitos da teoria relativa³⁶⁸ acerca da natureza do cerne intangível.

Como ensina Sarmento³⁶⁹, numa

democracia, a escolha dos valores e interesses prevaletentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional.

Para além do mínimo intangível, há que se reconhecer, como projeta Canotilho³⁷⁰, direitos subjetivos (individuais ou coletivos) *prima facie*, cuja fisionomia³⁷¹ deverá ser descortinada e dimensionada pela ponderação legislativa em combinação com a concreção jurisdicional, com a diferença sintomática que poderão sucumbir diante de vetores mais elevados, ao contrário do *standard* mínimo, que tem por lastro a proteção à vida e à dignidade humana como causas fundantes do próprio Estado (e por este motivo é fonte de direitos subjetivos definitivos a prestações³⁷²), ao qual não são possíveis extirpações, mas concessões no limite do necessário para a incidência da ponderação de interesses quando em cotejo com outras declinações do valor-fonte (dignidade) ou do que lhe é antecedente (vida) e tão-somente.

Neste cenário, sobreleva a temática da fundamentação das decisões judiciais como garantia fundamental à sindicabilidade do exercício do juízo de ponderação que, ao fim e ao cabo, irá definir, no caso em pauta e à luz do sistema, o conteúdo do mínimo existencial. O dever de fundamentação só se hipertrofia no caso da tutela coletiva, dada a sua vocação para a resolução de conflitos transindividuais, formatando precedentes de maior latitude.

Ponderável consignar, ainda, que o dever do Estado em proteger

³⁶⁸SARMENTO, ob.cit., p. 112

³⁶⁹ob. cit., p. 114

³⁷⁰Conforme citado por SARLET, ob. cit., p. 320

³⁷¹Interpretação da ensaísta e não dicção do jurista português antes nominado

³⁷²expressão de SARLET, ob. cit., p. 320

ativamente a vida e a dignidade humana também contempla a dirigente do aperfeiçoamento sistêmico das garantias, ao lado de uma conduta prospectiva na busca de um planejamento político-administrativo à consecução de seus fins. Outrossim, não poderá labutar em retrocesso, mitigando ou ceifando direitos ou garantias fundamentais reconhecidos pela dicção do Poder Constituinte originário, processo do qual deverá de todo modo restar imaculado o núcleo vital dos direitos fundamentais.

Na verdade, como ensina Sarlet³⁷³, é

pelo seu maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana que um direito fundamental, de acordo com o direito constitucional germânico, se encontra imune à ação erosiva ou mesmo supressiva do poder de reforma da Constituição, de tal sorte que intangível não é o direito fundamental em si, mas, sim, o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana.

A tipologia estudada neste ensaio, sem qualquer pretensão de exaurimento, teve por norte a recorrência com que aparecem em nossos pretórios e a relevância social que encapam, dados os argumentos já expostos em cada tópico, só restando aglutinar, em reforço, que Sarlet, em seu minucioso estudo, qualifica os direitos previdenciários e assistenciais como, dentre outros³⁷⁴, garantes de uma existência digna³⁷⁵, portadores de idoneidade indiscutível para a conformação de direitos subjetivos (individuais ou coletivos) originários à prestação³⁷⁶, aduzindo que o "conteúdo essencial do sistema de previdência social (incluindo o direito à aposentadoria), não poderia ser afetado, mesmo por meio de emenda à Constituição"³⁷⁷.

No que concerne aos direitos assistenciais, menciona que

A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições

³⁷³ob.cit., p. 365

³⁷⁴o direito ao salário mínimo e à saúde, educação básica e moradia simples são outros exemplos

³⁷⁵fls. 283 e seguintes

³⁷⁶Traz à liça exemplos de reconhecimento, pelo STF, de dispositivos constitucionais, na seara tributária, com eficácia plena e imediata aplicação, citando os casos dos artigos 201, §§ 5º (vinculação do valor piso dos benefícios ao salário mínimo) e 6º (valor-base para a gratificação natalina dos pensionistas e aposentados) e 202, I (que regulamente a aposentadoria por idade), ambos da CF/88 (no contexto do item 3.4.4.3.2., ob. cit., p.283 e seguintes).

³⁷⁷ob. cit., p. 291/2

assistenciais.³⁷⁸.

Em arremate, calha coligir o escólio de Canotilho³⁷⁹:

O Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger os direitos à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade pratica, devem escolher precisamente este meio.

Neste passo, orienta-se toda a argumentação acerca da legitimação ministerial no campo das omissões administrativas, terreno fértil aos desatendimentos dos preceitos normativos da dignidade da pessoa humana, consolidando desalinhos à proteção do mínimo existencial, ceifando a cidadela dos prestacionamentos que estariam a serviço da sua implementação.

No que concerne à seara tributária, a questão está predominantemente afeta aos direitos de defesa, que em regra têm plena eficácia e imediata aplicação, reclamando concreção jurídica, à luz do caso em concreto, centrado nos vetores da dimensão axiológico-normativa do valor-fonte.

Agrega-se, o tema envolve exemplo de um direito de defesa com dimensão econômica, ao contrário da regra geral, vez que a abstenção Estatal requerida gerará corolária redução do volume corrente da arrecadação, inclusive com reflexos no acervo dos recursos a serem disponibilizados, em tese, para o financiamento dos direitos prestacionais. Contudo estes não podem ser realizados à luz do abuso da competência tributária, justificando a extirpação da imposição estatal iníqua, ainda que refratariamente tal postura cause prejuízo às gestões públicas direcionadas à consecução dos direitos sociais. A justiça social, afinal, deve ser construída sobre bases democráticas.

A legitimação ministerial para a tutela coletiva dos individuais homogêneos tem fundamental importância na concretização jurisdicional do conteúdo dos direitos fundamentais de defesa e dos direitos sociais prestacionais, mormente no espectro da conformação da fisionomia dos

³⁷⁸ SARLET, 1998, ob. cit., p. 293

³⁷⁹ *Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 34

seus núcleos intangíveis, enquanto fonte de direitos subjetivos originários a prestações estatais, que podem ser exigidos independente, para além e mesmo contra a interposição legislativa. Em assim agindo, não estará velando, *prima ratio*, pela dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mas tornando vívida a força motriz dos efeitos autônomos e transcendentais da esfera objetiva dos direitos fundamentais, dando concretude ao acesso material à jurisdição, como decorrência da inafastabilidade da jurisdição, declinação do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana.

Perseguirá, em juízo, a defesa da proteção da dimensão jurídico-objetiva daqueles direitos fundamentais plenos de dignidade, como são exemplos os direitos previdenciário e assistencial, os direitos prestacionais em geral, submetidos a recorrentes omissões administrativas, a liberdade negativa contra o abuso do Poder de tributar do Estado, sem prejuízo de outras hipóteses acolhidas pela ponderação legislativa, numa leitura conforme a Constituição (como ocorre com o consumidor, o idoso, a criança e o adolescente – apenas para referir as mais importantes); ou pela concreção jurisdicional tópico-sistemática.

3.8.3 Utilidade Da Tutela Coletiva

Circunscrevendo o título ao objeto em estudo – a tutela coletiva dos individuais homogêneos, a utilidade, como visto, poderá ser aferida pela ampliação do acesso à Justiça, viabilizando, *v.g.*, que causas de valor individual insignificante, mas coletivamente vultosas, sejam submetidas ao Estado-Juiz, instrumentalizando a proteção da dimensão jurídico-objetiva dos direitos em voga, em seus efeitos jurídicos autônomos e transcendentais e com titularidade subjetivamente difusa, representando concreta racionalização da provocação do Estado-Juiz, reduzindo quantitativamente as demandas, valorizando a prestação jurisdicional célere, pautada pela igualdade formal e material, segura e econômica, aniquilando o tempo de tramitação irrazoável, hoje vivenciado pelo jugo

da absurdidade quantitativa que assola os tribunais, promovendo o resgate da confiabilidade no Poder Judiciário como baluarte da dicção do bem comum, onde as fórmulas devem retomar o seu lugar na história, instrumentalizando direitos, nunca podendo estar a serviço de qualquer mitigação de seu objeto de instrumentalização.

Como argumenta Mendes³⁸⁰ “sonhamos com o tempo em que conflitos multitudinários, como o ocorrido em torno dos expurgos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), possam ser resolvidos mediante uma única demanda e um único processo”.

3.8.4 Predominância Do Interesse Coletivo Sobre O Individual

A exigência desponta como um corolário lógico da aferição do interesse social que, no caso em concreto, qualifica o acidente de coletivização dos interesses individuais, fazendo descortinar a legitimação ministerial para agir com o escopo de dar concretude e densidade à função autônoma e transcendente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Por isso, a defesa dos interesses individuais homogêneos, enquanto perfilamento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais em pauta, é realizada apenas mediata, reflexamente, permeada pela impessoalidade, reclamando provimentos jurisdicionais com eficácia condenatória genérica.

3.8.5 Da Representação Adequada

A questão da representação adequada guarda pertinência com a idoneidade do autor da demanda coletiva, cuja intervenção só se valida e justifica quando exercida adequadamente, à luz do devido processo

³⁸⁰O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, disponível em

legal. Em agindo no interesse de uma coletividade, recebe a denominação de autor ideológico, devendo estar qualificado para o encargo, na medida em que sua atuação terá potencialidade para gerar a vinculação de posições subjetivas à decisão do Estado-Juiz, em maior ou menor densidade, dependendo do sistema adotado, estando em voga, em última *ratio*, a proteção de liberdade individual como vetor axiológico dos sistemas democráticos contra os abusos que em tese possam ser perpetrados pelo legitimado extraordinário.

Parafraseando Godinho, tem-se a referência de Antonio Gidi³⁸¹, para explicitar a representação adequada como decorrência do devido processo legal, requisito por excelência das ações coletivas norte-americanas, porque, naquele País,

o advogado do grupo é o verdadeiro dominus litis. Como o advogado do grupo tem a expectativa de receber um alto valor em dinheiro a título de honorários como remuneração pelos seus serviços, ele vê a ação coletiva como um empreendimento, um investimento pessoal.

Há que se consignar que o termo é adotado sem a precisão técnica que aparta representação e substituição processuais, o que nada embaça o que já foi dito a respeito da natureza jurídica da *legitimatío* para as ações coletivas, posto que, como visto, a posição majoritária e recorrente é a da legitimação extraordinária autônoma, concorrente e primária.

O substituto processual deve ser um bom paladino, eleito por uma seleção natural no seio da comunidade que pretende defender, consoante ensina Cappelletti³⁸².

No caso da tutela coletiva brasileira, a legitimidade de que se trata foi concedida ao Ministério Público pela dicção do Poder Constituinte originário, notabilizando-o como paladino por excelência, mas não exclusivo, do interesse da sociedade em ver atendidos os preceitos do Estado democrático de direito, priorizando-se a efetividade dos direitos fundamentais, notadamente dos seus núcleos intangíveis, como conteúdo

www.mundojuridico.adv.br, acesso em 09/06/2006

³⁸¹ *apud* GODINHO, ob.cit., nota 43.

³⁸² Appunti Sulla Tutela Giurisdizionale di Interessi Collettivi o Diffusi. In: *Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi: Atti Del Convegno di Studio*. Pádua: Cedam, 1976, p. 201

imane da sua implantação material.

Quanto ao tema, penso que seria proficuamente tautológico novamente discorrer, haja vista o que já foi aludido acerca do papel do Ministério Público no contexto da Constituição de 1988, capítulo ao qual me reporto, como sucedâneo da fastidiosa repetição.

Sinalo, por importante, que o exame da *quaestio* encontra-se topograficamente antecipada por uma opção didática, que pretendeu principiar o estudo específico do objeto deste ensaio com a localização tempo-espacial-funcional do Ministério Público em nosso sistema constitucional.

Ademais, a questão será pontuada no capítulo final deste estudo, quando se pretenderá erigir os alicerces da fundamentação filosófica da legitimação ministerial para a defesa coletiva dos individuais homogêneos.

No que toca aos critérios para a aferição da representação adequada do autor ideológico da ação coletiva, tratam o artigo 8º, § 1º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo e o artigo 2º, § 2º do Código-Modelo Ibero-Americano de Processo Coletivo, conforme

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO(art.8º, §1º)	CÓDIGO MODELO IBERO-AMERICANO DE PROCESSO COLETIVO(art.2º,§2º)
1. A credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;	a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
2. Seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;	b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
3. Sua conduta em outros processos coletivos;	c – sua conduta em outros processos coletivos;
4. A coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;	d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
5. O tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.	e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

diagramados no quadro que segue, divergências textuais ressaltadas em negrito.

No caso da legitimidade ministerial no cenário jurídico brasileiro, o perfilamento da representação adequada em sede infraconstitucional representa um *minus*, posto que a sua gênese tem envergadura constitucional, configurando cláusula pétrea, como já se assentou.

De outra banda, aderimos, em reforço, à posição de Godinho³⁸³, a entender inócua a aferição dos requisitos em voga, no que toca ao Ministério Público, cuja atuação processual deve ser entendida como *in re ipsa* adequada, à luz do Anteprojeto brasileiro, *verbis*:

Combinando-se o disposto nos parágrafos terceiro e quarto do art. terceiro do referido anteprojeto, o Ministério Público é um representante adequado por natureza, não havendo que perquirir sua adequação no caso concreto. Trata-se, pois, de uma representatividade adequada *in re ipsa*.

Ainda se não bastasse, o manejo dos requisitos elencados pelo Código Modelo (e, por conseguinte, no Anteprojeto brasileiro) estão a denotar total congruência ao perfil institucional do Órgão-Agente, até mesmo no que concerne a uma visão dilargada da pertinência temática³⁸⁴, cuja feição natural³⁸⁵ é mais afeita aos co-legitimados, decorrência do pluralismo político inerente ao Estado democrático de direito, objeto de normatização constitucional, no âmbito pátrio, pelo artigo 1º, V da CF/88.

Por derradeiro, a vocação pluralista do Código Modelo deixa espaço à sua conformação às especificidades dos sistemas ibero-americanos que admitem ou renegam a legitimidade ministerial neste âmbito, o que se

³⁸³ Ob. cit., nota 41.

³⁸⁴ Compreendendo-se a defesa imediata dos interesses sociais (leia-se da sociedade) insertos na dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais como sua função precípua enquanto guardião do Estado democrático de direito, ter-se-á placitado o nexo temático entre o legitimado e a matéria tutelada.

³⁸⁵ Neste sentido, recomendável o estudo analógico com a densificação da pertinência temática no âmbito da Ação Direta de Constitucionalidade, caso reproduzido por GODINHO, ob. cit., nota 45, assim ementado: "*Ação direta de inconstitucionalidade: idoneidade do objeto: decreto não regulamentar. Tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da Constituição. II. Ação direta de inconstitucionalidade: pertinência temática. 1. A pertinência temática, requisito implícito da legitimação das entidades de classe para a ação direta de inconstitucionalidade, não depende de que a categoria respectiva seja o único segmento social compreendido no âmbito normativo do diploma impugnado. 2. Há pertinência temática entre a finalidade institucional da CNTI - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - e o decreto questionado, que fixa limites à remuneração dos empregados das empresas estatais de determinado Estado, entre os quais é notório haver industriários.*" (ADI 1282 QO / SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ DATA-29-11-2002, p. 00017)

deve a peculiaridades várias que serão pontuadas *an passant*, no próximo capítulo.

4 TÓPICOS DE DIREITO COMPARADO

4.1 INEXISTÊNCIA DE PARALELISMO NECESSÁRIO ENTRE AS CLASS ACTIONS ESTADUNIDENSES E A TUTELA COLETIVA NO BRASIL

Primeiramente, cumpre traçar a fisionomia da abordagem à qual nos propomos, neste tópico.

Considerando a delimitação do tema em debate, iremos nos debruçar, em breve, sobre alguns tópicos da *class action* relativa à regra 23(b)(3), em razão de questão comum, tendo em vista ser a que guarda maior inter-relação com o objeto do presente estudo, que enfeixa da tutela dos individuais homogêneos.

A fisionomia da ação em comento está fulcrada no binômio da prevalência das questões comuns da classe e a utilidade maiúscula da ação coletiva no cotejo com as demais opções de acesso à jurisdição disponíveis.

Mendes ensina que o termo classe é tomado em sua significação ampla, não tendo conotação política, econômica ou social, podendo ser *"equiparada a um conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria, não se exigindo, inclusive, qualquer relação jurídica base entre os mesmos"*.¹

Outrossim, subjaz ao termo a exigência da devida definição dos contornos da classe, a fim que de viabilizar, inclusive, o controle jurisdicional da proteção aos membros ausentes, da exclusão daqueles que não a integrem da lide e a incidência dos efeitos subjetivos da coisa julgada.

O segundo aspecto tem por norte os seguintes lineamentos: economia processual, racionalidade da utilização do aparelhamento judicial, segurança jurídica decorrente da decisão una (relativa ao processo coletivo, que se submete às instâncias recursais, não se

confundindo com instância única), isonomia material de pessoas que se encontrem em posições subjetivas equivalentes e isonomia processual (o grupo transmuda-se forte face ao seu adversário; sozinho, o indivíduo torna-se uma vítima em potencial, pela impossibilidade lutar, em igualdade de condições – materiais, técnicas – com seu adversário), no escopo da concreção da ampla defesa e do devido processo legal.

Para verificar a superioridade da ação coletiva dentro do universo de instrumentos que são viáveis, em tese, à veiculação da pretensão em causa, o Estado-juiz irá recorrer ao método comparativo, como informa Mendes².

O equacionamento da prevalência do interesse comum do grupo sobre os interesses particulares dos que o compõem rege-se pela verificação, no caso concreto, de um espectro circunstancial uniforme que justifique o ajuizamento do remédio, sob pena de malferimento do devido processo legal, maculando a satisfação adequada e pertinente de situações singulares, com especificidades comuns relevantes, que não podem ser dirimidas senão a partir da solução da lide sob a ótica da transindividualidade.

As dificuldades práticas na identificação deste requisito não tem sido obstáculo para a constatação da

preocupação da jurisprudência no sentido de manter o equilíbrio entre a busca de soluções céleres, econômicas e ampliativas do acesso à Justiça, e a preservação do direito de defesa, do devido processo legal e de soluções verdadeiramente justas e harmônicas.³

Classificam-se como ações coletivas espúrias (*spurious class actions*⁴), caracterizadas pela pluralidade de interesses, que se inter-relacionam pela idêntica origem, permitindo o manejo de um remédio processual comum, pela sua superioridade na assecuração do acesso à jurisdição.

Traçando-se um paralelo entre a modalidade ora abordada e a tutela

¹“Ações Coletivas...” p. 74

²“Ações Coletivas...” ob., cit., p. 91/2

³MENDES, “Ações Coletivas...” ob. cit., p. 94

⁴ MENDES, “Ações Coletivas...” p. 70

coletiva dos individuais homogêneos, observa-se: a) convergência teleológica entre os dois instrumentos, vez que ambos têm por escopo assegurar o acesso material à jurisdição, o que encampa a avaliação acerca de sua adequação ao aparelhamento da racionalidade do manejo do aparato público, da isonomia processual e material, da segurança jurídica, da economia processual, da ampla defesa e do devido processo legal; b) convergência ontológica – o acidente de coletivização, sem exigência de relação-jurídica base entre os titulares dos direitos subjetivos afetados.

Contudo, as aproximações entre os dois modelos não extrapolam em muito tais considerações, posto divergirem diametralmente quanto à legitimação ativa e ao sistema de vinculação da coisa julgada, o que impõe refrear o ímpeto inicial de tomá-las por paralelas.

A legitimação ativa, em todas as estirpes de *class actions*, e não apenas a concernente à regra em voga, é conferida a quem integra a classe, o que equivale dizer que a parte representativa deve fazer parte do conjunto de pessoas interessadas, formulando pretensões ou defesas coincidentes ou típicas da classe.

Na tutela coletiva brasileira, o rol de legitimados extraordinários concorrentes primários é plural, não sendo exigível a pertinência temática, a não ser no que toca às associações. Não se pode olvidar que a exigência vem veiculada no Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, mas ainda carece de concretização legislativa.

O sistema de vinculação à coisa julgada é o denominado *opt-out*, o que significa que todos aqueles que participaram do processo, deixando de requerer a sua exclusão, devidamente notificados, restarão adstritos ao julgado, qualquer que seja o seu resultado.

No Brasil, a coisa julgada, na seara dos individuais homogêneos incide *secundum eventus litis*, projetando eficácia *erga omnes*(sic) apenas na hipótese de procedência, consoante a dicção do artigo 103, III,

CDC.⁵

Diante da fisionomia excepcional das *class actions* (em quaisquer de suas três modalidades – puras, híbridas ou espúrias), vez que as possibilidades de representação restam, em regra, condicionadas à manifestação de vontade do titular ou conferidas a terceiro, pela lei⁶, o que incorre na seara em estudo, há necessidade de um controle rígido acerca da idoneidade do autor ideológico em realizar adequadamente a representação da classe.

No âmbito da tutela coletiva nacional, ainda regulada esparsamente, sem sistematização unificada – motivo do erigir do Anteprojeto multicitado – a questão se encontra mitigada pela conformação legislativa do elenco dos legitimados concorrentes, sem prejuízo da severa crítica à presente ausência de extensão da *legitimatío* também ao singular, em atendendo os ditames do pluralismo político tão ovacionado como premissa indeclinável do Estado democrático de direito.

Sem embargo, o Anteprojeto referido traz em seu seio os critérios para a aferição da representação adequada, o que, para além de hipertrofiar os mecanismos de coibição de abusos, poderá servir à reflexão acerca da atecnia do artigo 103, III, CDC em combinação com o seu § 2º, ao verbalizar uma versão absoluta da coisa julgada *secundum eventum litis*, matéria que já foi objeto de crítica ao longo deste estudo.

Há recrudescimento da importância da prevalência das questões em comum sobre as individuais, na seara das *class actions*, onde a satisfação dos interesses individuais não resta postergada para a fase executiva; por isso, a pluralidade de direitos deverá ostentar uniformidade circunstancial suficiente para viabilizar o manejo razoável do instrumento.

No caso da tutela coletiva no cenário pátrio, o processo encontra-se dicotomizado em *cognitío* e *executío*⁷. Na primeira, incide a

⁵Aqui não se retomará a crítica que se procedeu a este dispositivo, que verbaliza uma feição restrita deste modelos de vinculação, agredindo a isonomia, entre outros entraves.

⁶o que concretiza, em verdade, a possibilidade de substituição processual e não representação

⁷ perfilamos entendimento pela inaplicação das alterações introduzidas pela Lei 11232, de 22/12/2005, à tutela coletiva, posto que veio a lume para dar mais efetividade ao cumprimento das sentenças dos processos individuais, alterando o CPC de 1973, diploma inadequado para a normatização daquela, tanto que em gestação

impessoalidade que determina a condenação genérica. O terreno da disponibilidade, da divisibilidade está restrito ao segundo momento (a execução), quando a parte interessada, *sponte sua* e por intermédio de advogado, deverá comprovar a sua qualidade enquanto parte integrante do grupo acidentalmente formado e, portanto, atingido pelos efeitos do caso julgado, a par de demonstrar o *quantum debeatur* daquilo que lhe é devido.

4.2 DIVERGÊNCIA DOS PERFIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS BRASILEIRO E ITALIANO

No estudo de direito comparado, desponta imprescindível referir os motivos fundantes da coesa denegação de poderes similares aos conferidos ao Ministério Público brasileiro, na seara da tutela coletiva em geral e, em especial, dos individuais homogêneos, no cotejo da fisionomia da Instituição italiana da mesma estirpe.

Vigoriti⁸ objeta em dois flancos: *primo*, que o Estado só pode atuar quando indispensável, o que não se revelaria consubstanciado no caso, ante a natureza civil do processo, o plexo de legitimados para a ação coletiva, bem como os entraves burocráticos decorrentes da atribuição; *secundo*, a *praxis* revela a indisposição do Órgão em cumular novas funções e uma atuação pálida, meramente formal, apenas diante das hipóteses de intervenção obrigatória, inobstante esteja autorizado a promover a tutela de “interesses de notável relevância social”.

um anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo. Assim, muito embora haja unicidade do novo conceito de sentença tanto para o processo individual como para o coletivo, a execução do título executivo judicial representa, no primeiro (hoje), uma fase (somando-se à postulatória, à probatória, à decisória, à recursal), despontando descontextualizada a idéia do processo sincrético para a ação coletiva, onde a *executio* não comporta mera fase, porque há necessidade de comprovação da legitimidade do exequente individual, que deverá demonstrar a sua pertinência temática com o grupo beneficiado pela coisa julgada coletiva. A sentença da ação coletiva, ao contrário da individual, congrega uma titulação genérica, assumindo caráter normativo; na *cognitio* não há identificação dos titulares das pretensões individuais, tornando necessária a prévia prova da qualidade do beneficiado, o que nos remete para a instauração de nova relação processual (na *executio*), diversa da ocorrente no processo de conhecimento, em que atuava no pólo ativo um dos co-legitimados extraordinários na defesa mediata de uma coletividade indeterminada, mas determinável. Então prevalece, no processo coletivo, a adequação da execução em processo autônomo, com a corolária possibilidade de arbitramento de honorários advocatícios, afastando-se o sincretismo inaugurado pela Lei antes gizada.

Godinho⁹, parafraseando Osvaldo A. Gozaini, que também se diz contundentemente contrário à atuação do Ministério Público nesta seara, agrega

seus argumentos se resumem a uma eventual falta de organização institucional específica, ausência de especialização e de independência, o que, evidentemente, não se aplica à realidade brasileira, por mais que o referido autor tenha pretendido emprestar uma força axiomática à sua afirmação.

Com efeito, diante do papel do Ministério Público na Constituição de 1988, não há qualquer espaço para os entraves retromencionados. A realidade hodierna denota que a maioria das ações coletivas ajuizadas em nosso País é encabeçada pelo Órgão-Agente, o que o aparta, definitivamente, do perfil do *Pubblico Ministero*, pondo à bancarrota os argumentos que naquele País insular serviram para denegar ao Órgão os poderes conferidos ao nosso guardião do Estado democrático de direito.

Não é sem senso, portanto, que Cappelletti¹⁰, numa postura altiva, apesar de compactuar com seus patrícios no tocante à irrazoabilidade da legitimação do Ministério Público italiano às ações coletivas, ao colocar-se a par da realidade brasileira, afirmou que

razões do escasso êxito dessa solução na Europa não se aplicam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que sua independência foi assegurada pela Constituição, e em consequência também o fato de que em algumas cidades do Brasil se criaram seções especializadas em matéria de interesses difusos, nos quadros do Ministério Público. Fique bem claro, porém, que essas são as duas condições – independência e especialização – absolutamente indispensáveis ao êxito da solução aqui considerada.

Os pudores à legitimação ministerial para a tutela coletiva no cenário do País peninsular é reflexo do preconceito cultural corrente no âmbito europeu¹¹ a atrelar o Órgão-Agente meramente às suas funções tradicionais. A repulsa se mostra mais aguda na Itália pelo fato da promiscuidade institucional entre o Ministério Público e a magistratura *stricto sensu*, vez que carreiras de um mesmo Poder, sendo possível,

⁸ **apud** MENDES, “Ações Coletivas...”, p. 108

⁹ ob. cit., nota 54

¹⁰ **Apud** GODINHO, ob. cit., p. 08

¹¹ Não se olvida as tentativas de rompimento do paradigma, como ocorrente na Ação Popular portuguesa, que se passará em sumária revista, infra, e no tratamento dado pela *Relator Action* do direito inglês, em que o Procurador-Geral (*Attorney General*) está autorizado pela regra 13, ordem 15, da Suprema Corte, a propor ação

inclusive, a alternância nos exercício dos cargos, o que estabelece, v.g., a inexistência de autonomia financeira, interferindo na ausência de especialização do Ministério Público italiano e cria uma desconfiança sub-reptícia sobre o efetivo controle jurisdicional da *legitimatio*.

4.3 PONTO DE CONFLUÊNCIA ENTRE A NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMATIO AD CAUSAM SUSTENTADA NESTE ENSAIO E AS AÇÕES ASSOCIATIVAS DO DIREITO ALEMÃO

Muito embora seja cediço que no cenário jurídico alemão a legitimidade para as ações coletivas esteja concentrada, com exclusividade, nas associações, uma das leituras da natureza jurídica a ela atribuída em muito se aproxima com a que se pretende argumentar neste estudo.

Mendes¹² traz à baila que, na opinião de Harald Koch, a posição tedesca prevalente revela que, nas ações associativas (*verbandsklagen*),

as associações não estariam fazendo valer nem interesses próprios, nem interesses dos seus associados, mas sim, a defesa de interesses superindividuais e, com freqüência, públicos, em termos de controle de eficácia e realização do direito, situação essa que seria equivalente, em termos de discussão no direito comparado (...) aos interesses difusos.

Sustenta-se, neste estudo, que o *locus* da aferição da legitimidade ministerial na tutela coletiva dos direitos fundamentais acidentalmente coletivizados é a dimensão jurídico-positiva, repositório do interesse social (*rectius* da sociedade; portanto, subjetivamente difuso), por ser portadora da idoneidade de produzir efeitos jurídicos autônomos e transcendentais à dimensão subjetiva (sem prejuízo da incindibilidade das perspectivas, sob a ótica da unidade dos direitos fundamentais), direcionados à efetividade dos direitos substanciais, condição inarredável da democracia em seu sentido vivo.

Neste enfoque, os argumentos que percorrem as veredas da disponibilidade não interessam à busca da *ratio* da legitimação *sub oculi*,

coletiva para a defesa de interesses difusos, consoante notícia MENDES, Ações Coletivas..., p. 51/3

¹²«Ações Coletivas...», p. 131

na medida em que só encontram espaço na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Quando o Ministério Público provoca a interlocução do Estado-Juiz, não defende senão mediata, impessoal e reflexamente a perspectiva subjetiva; está a realizar o poder-dever de zelar pela implementação do Estado democrático de direito. Exerce seu *munus*, então, sem mira nas posições subjetivas que possam ser atingidas pelos efeitos da coisa julgada do pronunciamento buscado. Está gestionando, em verdade, pela própria justicialidade dos direitos fundamentais, ponto mais sensível da democracia fundada na dignidade da pessoa humana.

Trata-se, pois, de uma labuta pela concretização jurídica dos direitos fundamentais, notadamente a conformação de seus núcleos essenciais, que está a serviço do interesse supra-individual, sintetizado na universalidade dos detentores do Poder constituinte originário, fonte da *legitimatío* em causa.

4.4 INFORMES SOBRE A LEGITIMIDADE MINISTERIAL ATIVA NA AÇÃO POPULAR PORTUGUESA

Observada rigorosamente a delimitação do objeto da pesquisa – fundamentação da legitimação ministerial para a defesa coletiva da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais acidentalmente coletivizados, restaria descontextualizado realizar o epígrafado, posto que a nomenclatura “individuais homogêneos” é genuinamente brasileira.

Contudo, sendo incontestável que os individuais homogêneos, independentemente da classificação (*tertium* gênero em relação aos coletivos e aos difusos ou acidentalmente coletivos, ao lado dos essencialmente coletivos – coletivos em sentido restrito e difusos), estão englobados pela categoria dos interesses transindividuais, transparece pertinente alocar espaço para uma visão geral e meramente informativa acerca da *legitimatío* ministerial na tutela plural, no cenário da tutela coletiva portuguesa.

Para tanto, passaremos em revista e em singelas pinceladas¹³ a ação popular, prevista no artigo 52.3 da Constituição daquele País .

O mencionado remédio, de amplo espectro, presta-se à defesa dos interesses coletivos em geral, o que engloba, em sentido lato e na visão de Mendes ¹⁴, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao contrário da ação popular brasileira, que tem as limitações temáticas já conhecidas, verbalizadas no artigo, 5º, LXXIII da CF/88, questão que transborda os limites deste estudo.

Adota uma concepção pluralista, conferindo legitimação ativa concorrente para diversos atores sociais, dentre os quais se destacam os indivíduos, que podem agir como substitutos processuais da coletividade, em sua ampla acepção.

As associações poderão manejar a ação popular para a defesa de todo o universo de interessados no objeto do litígio, não se restringindo ao protagonismo de seus associados. Haverão de respeitar, entretanto, o critério da pertinência temática, posto que a possibilidade de atuação em prol de interesses supra-individuais que extrapolem o contingente de seus membros deverá constar expressamente em seus estatutos.

Entes públicos também receberam *legitimatio ad causam*, mas o Ministério Público restou apenas agraciado com a legitimação extraordinária subsidiária prevista no artigo 16.3 da Lei regulamentadora (nº83/95), para a hipótese de “desistência da demanda, transação ou comportamentos lesivos ao interesse da causa”¹⁵, sem prejuízo da função peremptória de *custus legis* e, concomitantemente, de representação do Estado, dos ausentes e dos incapazes.

A restrição à legitimação ministerial ativa a uma hipótese pontual e subsidiária revela-se como uma externalidade cultural ainda recorrente na Europa: o atrelamento precípua da figura do Órgão às funções eminentemente penais.

Como decorrência do pluralismo, relativizou o requisito subjetivo

¹³Para tanto, partimos do aporte de MENDES, “Ações Coletivas...”, p. 133/144

¹⁴“Ações Coletivas...”, p. 131

para a configuração de litispendência, fazendo incidir o instituto ainda que diversos tenham sido os legitimados extraordinários a tomarem a iniciativa da ignição dos processos que correm em paralelo, para o que são classificados como idênticos, sob o espectro de sua qualidade representativa.

Permite sentença liminar de improcedência, com oitiva preliminar do Ministério Público, para os casos em que o julgador desde logo esteja convencido do insucesso da causa e adota o sistema de exclusão (*opt-out*), com a exigência da notificação preliminar dos interessados identificáveis, autorizado o edital, para a hipótese de "*interesses gerais ou geograficamente localizados*"¹⁶.

A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, sujeitando todos os que não requereram a exclusão, salvo na hipótese de improcedência por falta de provas. No entanto, dependendo das peculiaridades do caso pragmático, o juiz poderá deixar de aplicar atribuir a eficácia geral, o que traz à baila relevante aumento dos poderes do juiz na ação coletiva de que se trata.

Consoante ensina Mendes ¹⁷, a regulamentação da ação popular portuguesa aparou arestas terminológicas, substituindo a referência a interesses legítimos por interesse legalmente protegidos, o que assegurou constância à "aceitação e consolidação da legitimação extraordinária e da existência de necessidades supra-individuais, que não devem ser vistas como desprovidas de titular ou pertencentes, tão-somente ao Estado."

¹⁵MENDES, 2002, ob. cit., p. 142

¹⁶ob. cit., p. 143

¹⁷"Ações coletivas...", p. 135

5 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O APARECER¹ DO ESTADO ÉTICO NO CONTEXTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O objetivo deste capítulo é buscar, à luz da filosofia hegeliana, a fundamentação ética da legitimação ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

5.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO, A JUSTICIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A justicialidade dos direitos fundamentais é a pedra-de-toque do Estado democrático de direito; integra a sua compleição genética. O Estado democrático contemporâneo a concebe imanente porquanto indeclinável à concretização do conteúdo dos direitos fundamentais, mormente dos seus núcleos intangíveis, mesmo independente, paralela e contrariamente à interposição legislativa, quando esta for exigível. Somente pela efetividade dos direitos fundamentais que se pode conhecer o Estado materialmente democrático.

No caso da Constituição brasileira, a consubstanciação da democracia imprescinde, como condição primeva, indevassável, pressuposta, o respeito pela dignidade da pessoa humana, o valor-fonte que nucleia os direitos fundamentais em quaisquer de suas três dimensões.

¹O termo aqui é empregado não no seu sentido epistemológico kantiano, contexto no qual representa o mundo sensível (o que é, sujeito às leis da causalidade) que não esgota o inteligível (o que deve ser, a causalidade por liberdade); mas segundo a leitura hegeliana, como porvir da consubstancialidade ética, da vontade geral, cujo conteúdo só se revela a partir das suas concretizações (ou determinações). No mesmo diapasão, cumpre explicitar que a locução “vontade geral” é utilizada na acepção de substrato coletivo, do que há de comum entre as consciências (e não como soma das vontades individuais, nem como a vontade da maioria), ponto de convergência da filosofia kantiana com Rousseau, muito embora não se olvide do hiato que se lhes aparta, nucleado pela negação e pela afirmação da democracia direta como forma de atingimento deste substrato, respectivamente. Em Rousseau, as vontades não se representam; em Hegel, apenas as mediações havidas no seio do Estado estamental são idôneas a formatar as figurações da liberdade. Nesta quadra, não se está a rotular a CF/88 como o pacto social de Rousseau, vez que o Documento é fruto da democracia indireta, inconcebida pelo ideário rousseauiano, mas como conquista da história, como resultado do movimento dialético, que se expõe pelas duas determinações. Sob esta ótica, transparece a dignidade da pessoa humana como o substrato comum das vontades positivadas na Magna Carta. A vontade geral de que se trata legitima a dignidade da pessoa humana como idéia pressuposta (a idéia reguladora do Estado ético), antecedente ao Estado positivado e, por

É ao fim e ao cabo o descortinar do conteúdo axiomático-normativo da dignidade da pessoa humana, e a sua aplicação tópico-sistemática, que a decisão política-fundamental de todos os titulares do poder soberano nacional elegeram como diretriz normativa do desenvolvimento de todas as ações estatais e comunitárias que se pretendam legitimadas à luz da Constituição.

Nesta quadra, imprescindível um Estado-Juiz altivo e eficaz; um Poder Judiciário amorfo, pálido no exercício da assecuração dos direitos e garantias fundamentais placita uma Constituição prostrada, formal, distante da realidade democrática.

Por primado princiológico, a função jurisdicional do Estado é inerte; sua visibilidade no cenário democrático depende da provocação das forças vivas da coletividade.

Inobstante o pluralismo político, inerente ao Estado da estirpe de que se trata, o Poder constituinte originário atribuiu ao Ministério Público a função precípua da defesa do Estado democrático, o que o consolida como o paladino por excelência, mas não exclusivo da vontade geral.

Nesta senda, a ignição da atividade judicial para conformação do conteúdo dos direitos fundamentais, norte na colimação da efetividade como critério objetivo de transposição da democracia formal, é tarefa intrínseca do Ministério Público brasileiro, de molde que ceifá-lo de sua função institucional fere de morte a conformação mínima do valor-fonte, que tem na inafastabilidade da jurisdição declinação pujante.

A tutela coletiva representa opção racional de acesso à jurisdição, atendendo ao dever de aprimoramento das garantias dos direitos fundamentais, tornando a sua instrumentalização mais abrangente, ágil, segura e eficiente.

Linhas postas, o Ministério Público tem legitimidade *in re ipsa* para a defesa dos direitos fundamentais; com mais acento, a defesa coletiva de tais direitos, sendo desimportante se, no plano subjetivo, ir-se-ão

configurar como essencialmente ou acidentalmente coletivos : a *ratio* da legitimação correlaciona-se com as funções jurídicas autônomas e transcendentais da dimensão jurídico-positiva.

Assim, o interesse na implementação efetiva do Estado democrático de direito transpõe a orla privada do homem-indivíduo ou do homem-coletivo diretamente lesado, atingindo um sem-número de interessados. Neste passo, o órgão ministerial age como substituto dos titulares do poder, defendendo um interesse difusamente amalgamado na sociedade, no cumprimento da sua função institucional.

Esta fisionomia do Órgão-Agente o erige como propulsor por excelência (inobstante não exclusivo) do aparecer do Estado ético em nossa realidade político-constitucional.

5.2 RACIONALISMO KANTIANO

Para que possamos esboçar a concepção hegeliana do Estado ético, necessário incursionar, em breve, no estudo do racionalismo kantiano como pré-compreensão da eticidade, sob a dicção de Hegel.

Kant aparta direito e moral por critérios explícitos e implícitos².

Sob o ponto de vista estritamente formal, no direito as ações são conforme o dever, sendo indiferente as inclinações ou os interesses que as motivaram; no terreno da moralidade, as ações decorrem do dever pelo dever, rejeitando qualquer outra vinculação que não o respeito à lei moral, *de per se*. Por conseguinte, as ações jurídicas são externas (decorrem de relações intersubjetivas de mim para com os outros) , porque regidas pela legislação externa (a conduta deve aderir externamente àquilo que foi prescrito para a convivência social harmônica de dois ou mais arbítrios³), que dá causa a deveres externos (a faculdade dos outros titulares de arbítrios exigirem o cumprimento de minha ação

²Consoante se colhe da leitura da *Doutrina do Direito*. Trad., Edson Bini. São Paulo: Ícone Editora, 1993, *passim*, mas em especial p. 44/53 e 54/60

³ Kant usa arbítrio em seu sentido usual, como sinônimo de vontade. Não faz, portanto, a diferenciação que se verá ao depois, ente vontade imediata (arbítrio) e vontade mediada (liberdade), linguagem hegeliana.

em conformidade com o dever); as ações morais são internas (de mim para comigo mesmo), decorrentes das leis internas (autonomia da vontade), que provocam deveres internos (de mim para comigo, sem coação externa). Neste passo, Kant estabelece a esfera da consciência como intangível à intervenção estatal.

Neste contexto, a liberdade moral consolida-se no fato do sujeito da liberdade dar-se a si mesmo a própria lei sem os influxos de inclinações ou interesses, o agir despido da faculdade de desejar; a liberdade jurídica só é factível no mundo exterior, consolidando uma esfera de não-interferência consonante com a liberdade dos outros.

A inter-relação entre liberdade interna e deveres internos não quer significar que a esfera de reverberação da moral seja monológica, razão pela qual Kant diferencia os deveres com relação à própria perfeição e deveres com relação à felicidade dos outros, de índole indisfarçavelmente intersubjetiva.

O critério de diferenciação entre legalidade e moralidade está na interlocução entre a esfera da responsabilidade decorrente do dever e a exigibilidade do seu cumprimento. Quando um dever (interno ou externo) gera o direito de exigibilidade por um sujeito externo a mim, configura um dever jurídico; quando um dever (interno ou externo) causa apenas a responsabilidade de mim para comigo, consolida um dever moral.

Kant perfila quatro espécies de relações entre o homem e os outros seres: com seres que não tenham nem direitos nem deveres (animais); com seres que tenham direitos e deveres (outros homens); com seres que só tem deveres e nenhum direito (escravos); com um Ser que só tem direitos e nenhum dever (Deus). As relações jurídicas situam-se na segunda estirpe; são caracterizadas pela reciprocidade entre direitos (faculdade de exigir o cumprimento) e deveres (como cumprimento da lei).

No âmbito dos critérios implícitos de diferenciação entre direito e moral, temos a autonomia e a heteronomia e a conformação do imperativo como categórico ou hipotético.

A autonomia, em Kant, nasce da determinação da vontade imediatamente pela razão, sem interferências externas de qualquer ordem; na heteronomia, a ação é impulsionada por fatores exógenos, como o medo e o interesse. Neste contexto, pode-se deduzir do texto kantiano a pertinência temática entre autonomia e moral e heteronomia e direito, que tem na coação uma componente necessária.

Sabido que os imperativos de conduta, nucleados pelo verbo dever, apartam-se em duas classes, os categóricos e os hipotéticos, Kant placitou que os primeiros norteiam apenas as ações morais, porquanto define as ações como boas por si mesmas. Ademais, classificou os do segundo grupo -- conceituados como regentes de ações boas para um certo fim -- em técnicos (relacionados à possibilidade e à habilidade) e pragmáticos (ligados à prudência, também denominados reais). Sem tomar partido pela inclusão das regras jurídicas entre os imperativos hipotéticos técnicos ou pragmáticos, certo é que, na visão kantiana, não estão dentre os imperativos categóricos, que não servem como critério para julgar ações regidas pela heteronomia, cuja vontade é determinada por um objeto externo e não pela autonomia do sujeito em dar a si mesmo a sua própria lei.

Esta linha de raciocínio tem por escopo obviar que o descortinar do direito como valor e não a validade do direito, deve socorrer-se da idéia de justiça que lhe é pressuposta, em seu conteúdo metafísico e para além do empírico: o direito positivo não veicula, *de per se*, o que é justo, mas o que é lícito.

Na visão kantiana, o conceito do justo só pode ser atingido à luz da razão pura, como fundamento de qualquer "legislação positiva possível" .

Na *Crítica da Razão Pura*, em sumário, Kant procede uma investigação da limitação da capacidade do sujeito transcendental para o conhecimento. Traça a competência da razão em seu uso teórico, que transpõe o limite do que pode ser conhecido, afeto ao mundo da experiência, sujeito às leis da causalidade. Apropria-se do sucesso metodológico das ciências físicas, para afirmar a existência de juízos

sintéticos a priori a partir do incondicionado (a razão pura). Responde, em essência, à pergunta: que posso conhecer? Explicita as condições de possibilidade dos juízos sintéticos *a priori* e demonstra a validade apriorística dos mesmos.

Kant trabalha com dois exemplos clássicos⁴: o suicídio e a falsa promessa. Em ambos os casos, demonstra, por silogismos, que as máximas não podem ser universalizadas; a primeira porque desafia a idéia de humanidade em si; a segunda, porque destruiria a própria verdade, transmudando o destinatário da falsa promessa em simples meio da ação. Se fosse permitido mentir, as promessas ulteriormente realizadas já não seriam tidas como sérias, verdadeiras, na medida em que fácil seria desfazê-las ou descumpri-las.

Immanuel Kant parte do imperativo categórico, desprovido de conteúdo empírico, como critério definidor do dever-ser.

Neste passo, se uma máxima individual puder ser universalizada, a conduta que nela se baseia terá valor moral desde que a vontade do indivíduo seja autônoma, decorra diretamente da razão, sem a interferência de fatores externos, como inclinação natural ou o medo.

Desta feita, uma ação terá mérito moral quando decorrer genuinamente do dever instrumentalizado no imperativo categórico.

O Homem deve agir com humanidade, tendo seus pares como finalidade da ação e não como meio desta. Assim, a ação do autêntico filantropo revela a preocupação com a caridade *de per se* e exclusivamente, não podendo o móvel da conduta residir, *v.g.*, na expectativa de satisfação pelo prestígio conquistado pela realização do ato assistencialista. Neste cenário, mérito moral terá a ação do operário que, inobstante passar por reais dificuldades de toda a ordem, não abandona a obra assistencial iniciada, pelo grandioso prazer de ajudar a outrem, tão-só; diferentemente, uma rica senhora que, ao realizar suntuosa doação, tem por companhia uma dezena de câmaras e

⁴Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 60.

holofotes.

A dignidade da pessoa humana⁵ em Kant vem alicerçada na terceira formulação do imperativo categórico, assim enunciada “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio.”⁶

Neste passo, o respeito à dignidade orbita em torno da vedação da utilização de outrem simplesmente como meio, o que importa impedi-lo de consentir com o meu modo de tratar, sem que saiba da minha intenção, de molde que não teria como reconhecer o meu ato. Havendo consentimento válido, contudo, posso usar o outro como meio para os meus fins, sem que tal malfira a terceira formulação kantiana, como ocorre, por exemplo, com o carteiro, que leva a carta até o seu destino final, servindo de meio à comunicação à distância, consciente e voluntariamente⁷, mas não simplesmente.

Muito embora o objetivo deste capítulo atina à fundamentação da legitimidade ministerial na defesa coletiva dos individuais homogêneos à luz da filosofia hegeliana, o diálogo da complementaridade entre Kant e Hegel⁸, permite um debruçar um pouco mais agudo sobre o conceito metafísico da dignidade da pessoa humana, à luz da ótica kantiana, sem o perigo de fuga do problema de que se trata, mormente em se considerando que tal valor⁹ está no ápice axiológico do Estado democrático de direito, cuja guarda compete ao Órgão-Agente, de forma precípua.

A noção de dignidade em Kant está ligada à idéia de não-

⁵Não se estudará, a fim de evitar refugir às opções metodológicas deste texto, a dignidade da pessoa humana à luz da filosofia estoíca e outras escolas

⁶Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59

⁷Weber, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 30-40 (Coleção Filosofia n.º 87).

⁸Conforme sustenta WEBER, na obra citada

⁹insta gizar que a configuração dos direitos fundamentais como normas de princípio atendem de forma integral à postulação kantiana da Justiça como valor. Neste sentido: “a qualificação adicional como normas fundamentais objetivas ou decisões de valor faz com que os direitos fundamentais cubram por completo a definição kantiana e com isso o âmbito do direito.” BÖCKENFÖRDE, ob. cit., p. 129.

equivalente, que aparta as pessoas das coisas. É a negação da reificação, é o reconhecer na dignidade do outro a minha própria dignidade e ver a compenetração do singular e do universal. A dignidade é indissociável à pessoa, é atributo de sua humanidade; é essência imanente ao ser humano.

É conceito *a priori*, que para ser pensado e concebido como irrenunciável, impescinde de especulação empírica, terreno afeto às suas densificações concretas, reais e objetivas, pena de quedar-se obscuro e infértil, como uma declaração emoldurada mas sem vida, o que nos remete à fundamental unidade da razão, em seu uso teórico e prático.

A liberdade foi eleita por Kant como vetor teórico da idéia de justiça¹⁰. Pensamos que, para além da exegese mais imediata, da moral kantiana a serviço da concepção do Estado liberal, o entrelaçamento da idéia da autonomia e da heteronomia da vontade como áreas da moralidade e da legalidade, respectivamente, com o conteúdo e o sentido da dignidade da pessoa humana (e não da idéia abstrata da dignidade da humanidade), conforma a liberdade nos limites da dignidade como a idéia basilar do Estado ético kantiano, o que o enlaça com Hegel e estabelece correlação com a proposta deste estudo¹¹. Não há que se pensar em liberdade sem o seu antecedente, a dignidade, como atributo da pessoa humana que pretende autodeterminar-se em sua liberdade, mas respeitando a liberdade dos seus pares enquanto norma universal.

Assim, a idéia da liberdade, também em Kant, na visão desta ensaísta, pode ser vista na sua dúplici acepção: como direito subjetivo à não intervenção (liberdade resistência), dirigida contra o Estado (concepção liberal da liberdade), mas também como a liberdade através do Estado, a quem incumbe assegurar a efetividade da dignidade da

¹⁰Conforme pondera BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Edunb, 1992., p. 73.

¹¹Sabe-se que Kant não limitou a sua filosofia aos seres humanos, mas aos seres racionais. Desta feita, não percorreu o viés antropológico como limitador de sua abordagem. Contudo, pensa-se que esta singularidade não confronte com a ordem de idéias em exposição, posto que de qualquer sorte os seres humanos estão compreendidos no gênero seres racionais, de molde que a dignidade da pessoa humana aqui deve ser compreendida como a dignidade de todos os seres racionais até aqui conhecidos, o que não inibe a sua extensão a outros seres racionais, para além dos humanos, se sobrevierem.

pessoa humana, como valor supremo, “fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito”¹², o direito, em suma, de participar do bem-estar social, o que colore de sentido o Estado democrático e social de direito.

Porque a dignidade da pessoa humana não tolera a discriminação, a miséria, a incultura, há que se agir à suplantação da falácia naturalista congregada pela realidade hodierna, que apenas mostra um aparecer¹³ enganador -- ao sabor das idiossincrasias das classes dominantes, integrantes de sociedades parciais --- norte na busca incessante da concretização do valor-fonte como dever-ser.

Em Kant pode-se colher o sentimento de respeito¹⁴ à lei moral, que impele o agir pelo dever, a causalidade por liberdade¹⁵, da dignidade da pessoa humana¹⁶, deixando entrever, na visão da ensaísta, que a ética kantiana não cultua a egolatria, nem é monológica, porquanto o diálogo de si para si tem por escopo atingir o ideal de dignidade como dever-ser contido no imperativo categórico, o que o legitima como universal e necessário. Nesta leitura, pode-se afirmar, então, que todo o exercício da liberdade, em Kant, volve-se pela dignidade e para a sua afirmação.

Tal afirmação não se desvalida à luz da heteronomia da vontade, campo de abrangência, em Kant, do direito (legalidade). A convivência harmônica dos arbítrios¹⁷ só se mostra factível com a incidência da coação como meio de repulsão à não-liberdade (a liberdade que não respeita a liberdade dos outros). A coação, neste particular, atua como negação da negação, sendo, pois, uma afirmação da liberdade e do seu antecedente imanente, a dignidade. A coação não é antitética à liberdade, mas à não-liberdade, que se mostra abjeta e reprimível, por desconhecer a dignidade intrínseca na liberdade dos outros; afinal, malferir a dignidade do

¹²SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. :89-94, 1988, p. 92.

¹³aquí no sentido epistemológico do termo

¹⁴O fato da razão será visto, em breves linhas, em prosseguimento

¹⁵A questão do causado incausado, da razão determinando imediatamente a vontade, sem o influxo de co-fatores externos, a autonomia (liberdade positiva)

¹⁶Como pondera SILVA, José Afonso, “A Dignidade da Pessoa Humana...”, p. 93.

semelhante é malferir-se a si próprio e, por isso, injusto (e ilícito¹⁸).

Neste passo, a dignidade da pessoa humana¹⁹ é o centro de aferição da idéia do justo²⁰, sobre o qual dever-se-ão erigir as bases de um Estado ético²¹, a propalar a idéia de todos como iguais em dignidade.

Apenas para que não passe *in albis*, pensa-se oportuno colacionar, em esboço, a questão das dimensões da dignidade da pessoa humana.

Ultrapassando a idéia da dignidade enquanto e tão-somente qualidade inata do ser humano, transparece a sua dimensão cultural, cuja vocação complementar surge como resultado do labor perseverante da humanidade *in totum* em placitar a dignidade da pessoa humana como limite e tarefa dos poderes estatais, simultaneamente²².

Intercede Sarlet, com a percuciência que lhe é peculiar:

Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerando o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade)²³

Outrossim, a dimensão comunitária ou social, que dialoga em certa medida com o que já foi visto, no sentido de explicitar que todos

¹⁷Aqui usado como sinônimo de liberdade, porquanto Kant não diferencia os conceitos, como já visto.

¹⁸Não se adentrará aqui na celeuma do estado de necessidade, visto por Kant como excludente da punibilidade (*Doutrina do Direito*, p. 53, *verbis*: “(...) Por conseguinte, o fato da conservação através da violência não deve ser considerado como inocente (*inculpable*), é certo, mas, sim, unicamente como impunível (*impunible*), (...)” e não da antijuridicidade (ilicitude) como tratado no sistema jurídico pátrio. De toda sorte, a ação em estado de necessidade não seria uma negação à dignidade, mas uma negação à negação (a não-liberdade do outro em agredir a minha dignidade), caracterizando-se como uma afirmação da própria dignidade e, por isso, impunível (Kant) ou lícita (doutrina penal corrente).

¹⁹Sem prejuízo de sua extensão aos demais seres racionais que por ventura se tornarem conhecidos.

²⁰Não se abordará neste estudo, evitando a superação das suas limitações metodológicas, a idéia da justiça em Rawls e em Habermas, inobstante as aproximações que os enlaçam a Kant, mormente no que concerne à adoção, muito embora sob outras perspectivas, da tradição do pensamento transcendental inaugurada na filosofia kantiana.

²¹Aqui se tem claramente, em Kant, a idéia da Justiça como valor, no sentido de que o direito positivo só fornece o que é lícito ou ilícito, tornando indeclinável perscrutar-se o seu antecedente, o justo, que é dado pela moralidade (eticidade em Kant)

²²SARLET, ob. cit., p. 105

são iguais em dignidade em suas relações com seus pares, o que determina uma visão intersubjetiva da dignidade, e não centrada apenas na órbita do singular, viabilizando a imposição de restrições ao exercício da liberdade, desde que não deflagre o desnudar da dignidade pessoal, o que não seria justificável nem em nome da coletividade²⁴.

Calha ainda mencionar que a dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrada como “garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família”²⁵, donde deflui a importância dos direitos fundamentais sociais, enquanto explicitações da igualdade. Outrossim, transparece como garantia à identidade, donde defluem as liberdades de expressão, de pensamento, de crença, à honra, à intimidade, entre outros aspectos, restringíveis apenas com fulcro na lei e nos limites da proporcionalidade²⁶.

A leitura corrente do formalismo kantiano²⁷ aduz que são inadmissíveis exceções particulares ao imperativo categórico, sob pena de contradição, posto que a lei moral deve ser entendida a priori como universal e necessária, restando indene a circunstâncias, decorrências do mundo sensível.

Como ensina WEBER²⁸

Reconhecer objetivamente a validade de um princípio e subjetivamente abrir exceções, para a satisfação de interesses pessoais, é ferir a coerência entre o discurso e a ação. Ou seja, ferimos a coerência universal. Daí a imoralidade.

Na *Crítica da Razão Prática*, Kant busca demonstrar a fundamental unidade da razão, explicando como são possíveis juízos sintéticos *a priori*.

²³Idem, p. 105/6

²⁴ Não procede, neste passo, a pretensa justificação ética da pena de morte, sob a alegação de ter o criminoso despedido-se voluntariamente de sua dignidade ao transgredir os limites de respeito à dignidade do outro, a quem agrediu mortalmente. As limitações impostas pela dimensão intersubjetiva da dignidade não podem transformar o homem simplesmente como meio, denegando-lhe a qualidade de sujeito de direitos, para o que indeclinável a disposição de seu próprio organismo como substância viva. A dignidade é irrenunciável, embora comporte limites, como estão a demonstrar as penas privativas de liberdade.

²⁵SARLET, p. 108

²⁶ibidem

²⁷Poder-se-ia argumentar que as circunstâncias universalizáveis, e não as que estiverem a serviço do mero interesse pessoal, integram o imperativo categórico, como inerência de sua intelegibilidade. Partilhamos deste entendimento, esboçado, v. g., por BARTOLOMEU M. Julia, **apud**, WEBER, p. 85, mas não adentraremos no tema.

²⁸“Ética e Filosofia Política...”, p. 84

Porque, em última instância, a razão pura determina imediatamente a vontade, trazendo à tona o “fato da razão”, a liberdade como *ratio essendi* da lei moral e a lei moral como a *ratio cognoscendi* da liberdade, a diferença entre fenômeno e coisa em si, o conceito do bem e do mal a partir do imperativo categórico, entre diversos outros temas. Responde, em essência, a questão: como são possíveis princípios (juízos sintéticos em seu uso prático) *a priori*?

Sinala-se que os aspectos ora noticiados não serão tratados, porquanto extrapolariam os restritos limites desta abordagem, que não tem a expectativa nem a vocação para o incursionamento em matérias de tal densidade, à exceção do infradito, apenas para evitar o tratamento franciscano do assunto.

Neste diapasão, analisa-se, sumariamente: o “fato da razão”.

A liberdade consiste na autolegislação da vontade, na ação autônoma que decorre imediatamente da razão, sem a interferência de fatores exógenos. Representa o salto metafísico de interrompe a série causal imanente às ciências, fazendo com que o incausado (a razão) dê causa à ação moral. Tem por pressuposto a liberdade negativa, que é o apartar de toda e qualquer avaliação decisória qualquer conteúdo empírico, a ter a razão como único vetor de determinação da vontade (liberdade positiva).

Como isto é possível, a razão determinar diretamente a vontade do agente, é a questão precípua de que se ocupa Kant, ao estudar a razão em seu uso prático, posto que o tema foi tratado de forma sumamente vaga em sua primeira crítica. Pois bem: o que faz, em essência, o indivíduo obedecer à formulação da lei moral como critério hábil para julgar qualquer conteúdo?

Não poderia ser decorrente da liberdade negativa, que é um conceito eminentemente metafísico, que não pode ser provado no mundo sensível.

A resposta, o sentimento de respeito que o cumprimento da lei moral *de per se* causa no agente, o fato da razão, na linguagem do

filósofo em epígrafe, cuja percepção refoge do domínio da experiência, não é uma sensibilidade cognitiva, mas um sentimento produzido *a priori*, é a forma como a lei moral se torna acessível ao agente, submetendo-o. Não obstante "*eu não me afasto de mim mesmo (...) eu sou eu mesmo, pois, sujeitando-me à lei, eu me sujeito a mim mesmo como razão pura(...) eu me determino como ente livre e digno de respeito.*"²⁹

O fato da razão interliga-se com a própria consciência da lei moral e vice-versa num diálogo de múltipla compreensão; é o dado que nos coage a cumprir o imperativo categórico, que se impõe de per se, sem qualquer outra explicação racional adicional³⁰. É a explicitação da liberdade pela lei moral, é o auto-reconhecimento por intermédio da razão.

Loparic fala em "feito" da razão³¹ como designação mais adequada à tese de que se ocupa, do sentimento de respeito como o terceiro elemento do imperativo categórico, que liga³² um conceito do sujeito (a minha vontade) a um conceito do predicado (a universalidade da norma); um "*dado sensível, não cognitivo e a priori que possa conferir a "realidade objetiva" e a "validade objetiva" da fórmula da lei*"³³, conceituando-o como

(...) um tipo particular de consciência, a saber, consciência de que uma certa forma das máximas é imposta a nossa vontade. Essa consciência revela que a fórmula da lei moral nos obriga. A obrigação em questão tem o caráter de necessitação ou coação. O feito da razão é a consciência de que a fórmula vigora porque a razão age em nós. (...) Neste caso, a atividade da razão é imanente e não transcendente. Em virtude desse seu "uso imanente", a razão é "ela mesma, através de idéias, causa eficiente no campo da experiência". Sendo assim, a lei da razão constitui "o começo" e determina "os objetos" da experiência sensível prática aos quais unicamente ela se "refere", se aplica.(...) Esse sentimento positivo de origem não empírica, produzindo a priori pelo fundamento intelectual da nossa vida, é chamado por Kant de respeito pela lei moral.³⁴

O fato da razão prova a efetividade da lei moral porque o ser humano, em a aceitando como válida, passará a adotá-la como critério de

²⁹LOPARIC, Zeljko. O Fato da Razão. *Revista Analytica*, volume 4, n.1, 1999, 13/55, p. 21

³⁰Idem, p. 34

³¹Idem, p. 36

³²Ligação sensível, a priori, não-cognitiva (intuitiva), mas volitiva, conforme LOPARIC, p. 38

³³LOPARIC, p. 32

³⁴Idem, p. 36/7

aferição da moralidade de suas máximas, resolvendo os conflitos que a dinamicidade do sentimento de respeito pela lei impõe aos prazeres, aos desejos, às inclinações; assim, estará agindo em liberdade por intermédio do imperativo categórico, cuja coação sobre a sua sensibilidade moral impõe-se não como um resultado de persuasão argumentativa, mas *ipso facto*, como decorrente imediatamente da razão. Por isso "o sentimento de dever urge agir de acordo com a lei em oposição às injunções dos sentimentos de prazer e desprazer (...) o respeito pela lei torna-se constitutivo do nosso modo de viver"³⁵, como traço marcante da nossa autonomia em buscar a construção racional do sumo bem; em última instância, só somos verdadeiramente livres quando realizamos o bem, afinal "A lei moral é santa (inviolável). É verdade que o homem não é muito santo, mas ele deve ter como santa a humanidade em sua pessoa. (...) somente o homem e, com ele, toda criatura racional é um fim em si (...) "³⁶.

A idealização kantiana acerca do imperativo categórico representou um ponto de partida para a moderna filosofia alemã; a crítica revelou que a experiência não pode ser relegada, já que elemento essencial para o estudo da moralidade e, conseqüentemente, da eticidade, tema não integrante da teoria de Kant.

5.3 A CRÍTICA HEGELIANA

Dentre os críticos³⁷ do racionalismo puro, Hegel reconhece na eticidade o desdobramento *objetivo* da liberdade, valor erigido a princípio-orientador de sua teoria.

Hegel parte da premissa que a singela não-contradição ao imperativo categórico não contém em si mesmo qualquer julgamento sobre o que é moral ou não, precisamente porque o imperativo categórico não encerra qualquer conteúdo moral; é imprescindível que a máxima,

³⁵Idem. p. 41

³⁶KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Shaffer. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 97

para ser aplicada, seja circunstancializada³⁸.

A concepção kantiana de moralidade desponta, para Hegel, como mero desdobramento subjetivo da liberdade (moralidade subjetiva) que, para ascender ao ético (moralidade objetiva), impescinde do reconhecimento de outrem, através de sucessivas mediações das vontades livres, processo realizado nos estamentos, aos quais o indivíduo, enquanto ser social, inexoravelmente pertence³⁹.

Neste passo, o Estado ético em Hegel não é constituído pelo somatório dos indivíduos que o compõem (*vulgus*); é um Estado nitidamente estamental, que repulsa a fisionomia de povo (*populus*) atrelada a uma mera multidão atomística de indivíduos (Rph § 273).

Esclareça-se que a organização estamental do Estado hegeliano não guarda qualquer simetria com classes sociais, sob um viés puramente econômico; estamentos são os “momentos orgânicos” da sociedade civil.

O ideário do jusfilósofo parte da premissa de que a liberdade natural (primeira natureza) é em si mesma uma abstração indeterminada, egoísta, desprovida da eticidade.

Neste cenário, afirma que a pedagogia está a serviço da ética, porquanto funciona como instrumento para a conversão da primeira natureza (vontade natural) na segunda natureza (vontade substancial, ética, que pressupõe o desdobramento objetivo da vontade livre na forma de hábito ou costume⁴⁰)⁴¹, o que só se pode dar por meio do processo dialético, o qual é propulsionado não por corpo amorfo de indivíduos, mas por aqueles que são membros de (*mitglied*) estruturas sociais organizadas (os prefalados estamentos, que têm sentido político-representativo⁴²), no bojo das quais desvela-se a vontade concreta, que se sujeitará sucessivamente à nova mediação, num movimento

³⁷Ao lado de, v. g., Hume e Appel, cujas objeções não serão tratadas neste estudo

³⁸Weber, Thadeu. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano*, 1999, p. 112.

³⁹não se está, pela referência ao ideário de Hegel, a patrocinar-se a defesa da democracia indireta, tema que, pela complexidade, comporta estudo apartado.

⁴⁰WEBER, Thadeu, . “*Ética e Filosofia Política*”, p. 113

⁴¹Rph § 151, agregado

⁴²WEBER, . “*Ética e Filosofia Política*”, p. 135

intermitente de busca da substancialidade ética do Estado, quanto locus da realidade efetiva da liberdade concreta (Rph § 260).

Desta feita, ensina Hegel, o conteúdo empírico é de assaz importância, porquanto nele se traduz o conjunto de tradições, costumes, idiossincrasias, o verdadeiro Espírito de um povo, o qual tem idoneidade para aquilatar o ético com o abandono definitivo do exclusivo campo das ilações formais e subjetivas.

Neste cenário, o imperativo categórico não foi desprezado como instrumento de aferição da eticidade (moralidade objetiva); contudo, a teoria hegeliana rejeita a sua aplicação apriorística, explicando o porquê de determinada ação ser tida como ética por um povo, ao mesmo tempo em que é repudiada por outro: um mesmo fato, à luz dos Espíritos de diferentes povos pode assumir conotações divergentes.

A Constituição, não em seu sentido técnico-formal, mas como ponto de partida para a escritura das bases axiológicas de uma dada sociedade, é o *ethos* de um povo, de molde que cambia de acordo com as diferentes graduações da cultura da autoconsciência da idéia fundamental de liberdade.

Por isso, “cada povo tem a constituição que lhe convém e lhe corresponde” (Rph § 273), podendo-se compreender porque certos povos (sociedades patriarcais, de castas) estejam fora da história, segundo Hegel, porquanto abominam a contradição, submetendo-se cegamente a preceitos que são aplicados de forma vertical, sem qualquer contestação, fulminando de morte qualquer aceno dialético, inviabilizando o movimento para a concreção da vontade livre.

Há que se desprezar a possibilidade de servir o imperativo categórico como supedâneo para Estados totalitários, porquanto os espíritos dos povos devem ser indiscrepantes com o Espírito do Mundo, sob pena de se afastarem do ético, o que se revelará patente pelo oportuno julgamento da conduta errante pelo Tribunal da História.

5.4 A CRÍTICA POPPERIANA

Esta busca pela coerência universal também afasta o relativismo que é apontado à filosofia hegeliana, por alguns de seus críticos, dentre os quais, Popper.

Explica que Kant, em sua *Crítica da Razão Pura*, busca um ponto de equilíbrio entre o racionalismo (intelectualismo, conforme prefere Popper), segundo o qual qualquer proposição razoável para a construção de teorias explicativas da ciência deve ser uma descrição verdadeira dos fatos; e o empirismo, a sustentar que só a experiência permite determinar a verdade ou a falsidade de uma teoria científica.

Para a leitura de Popper, Kant afirma que

o alcance de nosso conhecimento está limitado ao campo da experiência possível e que mais além deste campo o racionalismo especulativo – o intento de construir um sistema metafísico por intermédio da razão pura – não tem justificação alguma.⁴³

A crítica kantiana foi considerada um golpe terrível aos propósitos da filosofia européia⁴⁴⁴⁵, provocando um levante que teve em Hegel o maestral expoente, líder da escola idealista alemã, assim chamada por se apartar da epistemologia de Kant.

Kant, ao responder o questionamento “Como nossas mentes podem apreender o mundo?”, sustenta que a mente pode fazê-lo porque o mundo (digerido, formado, moldado pela mente), tal como se nos apresenta, é semelhante a ela; Hegel foi mais além, asseverando que tal é factível porquanto a mente é o mundo ou, por outras palavras, porque a razoável é o real.

Se recorrermos à racionalidade pura, afirma Popper, parafraseando

⁴³*El Desarrollo Del Conocimiento Científico – Conjecturas e Refutaciones*. Buenos Aires: Paidós, 2ª ed., 1979, p. 373, tradução livre, *verbis*: “el alcance de nuestro conocimiento está limitado al campo de la experiencia posible y que más allá de este campo el razonamiento especulativo – el intento de construir un sistema metafísico mediante la razón pura – no tiene justificación alguna.”

⁴⁴ Idem, p. 373

⁴⁵ Popper está criticando a forma de tratamento da metafísica na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e na Crítica da Razão Pura*, quando Kant a aparta das ciências (ao delimitar o conhecimento ao campo da experiência). Contudo, a objeção não procede, s.m.j., no que concerne às pretensões de Kant na *Crítica da Razão Prática*, onde efetivamente faz metafísica, resgatando-a como filosofia prática, que não pode ser demonstrada empiricamente, mas à luz dos critérios da razão em seu uso teórico.

Kant, estaremos fadados a assistir a razão a contradizer a si mesma, porquanto duas propostas, dissociadas da realidade possível, podem ser igualmente razoáveis, de molde que a metafísica do razoável não conduz, sem ambigüidade, a um só resultado ou a uma só teoria, o que só poderá ser buscado por intermédio da conjugação da experiência.

Popper pergunta: como Hegel superou o entrave proposto? Eliminou o princípio da contradição, enquanto fonte de extirpação do irrazoável, afirmando as contradições como parte do processo dialético, que pressupõe idéias e fatos em movimento. Aduziu que Kant refutou a metafísica, mas não o racionalismo. Desta feita, Hegel inaugura a dicotomia entre dialética e a metafísica, dizendo que esta pressupõe um sistema estanque, estático, livre de contradições que, ao reverso, são o âmago daquela.

Destarte, a primeira crítica é trazida a lume. Concerne à denominada filosofia da identidade que, segundo Popper, seria a base da dialética hegeliana: “se a razão e a realidade são idênticas e a razão se desenvolve dialeticamente, então também a realidade deve desenvolver-se dialeticamente.”⁴⁶ Assim, o mundo dever-se-á reger por regras da lógica dialética, numa ótica nitidamente panlogista.

Isso deveria conduzir a encontrar-se no mundo empírico na mesma natureza de contradições que é admitida pela dialética, mas não é o que de fato ocorre. O princípio da contradição que naturalmente vige, e que pretende ser descartado por Hegel, entende que nenhum par de proposições contraditórias pode corresponder aos fatos verdadeiros, que nunca se contradizem reciprocamente. Hegel, ao revés, afirma que tal contradição pode suceder, posto que é admitida no plano das idéias. Popper chega a perguntar como a dialética explicaria a impossibilidade física, no campo da eletricidade⁴⁷, de um corpo estar carregado positivamente e ao mesmo tempo não o estar, o que é facilmente

⁴⁶“*El Desarrollo Del Conocimiento*”, p. 378, tradução livre da ensaísta, *verbis*: “Si la razón y la realidad son idênticas y la razon se desarrolla dialécticamente (...) entonces también la realidad debe desarrollarse dialécticamente”.

⁴⁷ob. cit., p. 379

resolvido pelo princípio da contradição, pela eliminação de uma das duas hipóteses, que certamente não corresponde ao plano fático. Neste passo, afirma que o panlogismo hegeliano é meramente idealista, um singelo idealismo dialético.

Num segundo estágio, Popper aduz que todas as ciências avaliam a pertinência e a correção das teses por meio do método de ensaio e erro. A comunidade científica admite uma dada teoria como provisoriamente verdadeira, submetendo-a a uma bateria de testes, buscando comprovar a sua validade. Arrefecida a cientificidade da teoria sob prova, esta é *eliminada* por outra realidade tética, que lhe sucede no processo de evolução da ciência, sujeitando-se a um novo ciclo.

Desta feita, não é a contradição, como sustentado por Hegel, que movimenta a ciência, mas, ao revés, é a intolerância humana à contradição que cumpre tal mister: quando uma tese não resiste aos ensaios, ela é substituída pela que lhe desnudou os defeitos, não havendo que se falar em superação e conservação dos momentos anteriores, mas pura e simples eliminação, até porque a teoria que propulsiona o abandono da anterior pode partir de outro ponto de investigação, mostrando-se mais adequado que o eleito pela tese derrocada.

Ademais, Hegel, no afã de superar o apriorismo kantiano, caiu numa contradição performativa, posto que recrudescer o dogmatismo que queria criticar. Isto porque afirmou que a simples contradição ao imperativo categórico resume-se ao plano formal, mas nada traduz em termos de conteúdo do dever-ser, porquanto a contradição é a essência do processo dialético.

Popper sustenta que tal ideário surge na contramão de todo movimento das ciências que se pretendem sérias, que não admitem a contradição, refutam-na, como já se viu na singela digressão sobre o método do ensaio e erro, fazendo exsurgir um dogmatismo perigoso, que não necessita temer nenhum gênero de ataque⁴⁸.

⁴⁸*El Desarrollo Del Conocimiento Científico – Conjecturas e Refutaciones*. Buenos Aires: Paidós, 2ª ed., 1979, p.376.

De outra banda, Hegel pretende demonstrar que a dialética é um melhoramento da lógica, mas enfrenta um obstáculo relevante, posto que o raciocínio tríade, segundo Popper, pressupõe o descarte do princípio da contradição, imanente à lógica ordinária, que tem sido utilizada como método seguro para a evolução do conhecimento científico, em diversas searas, como já asseverado.

Desta feita, a dialética não pode pretender significar em si mesma o progredir dos métodos de construção do conhecimento, uma superação da lógica (que não teria sido eliminada, mas estaria guardada nalguns de seus preceitos, apontadamente pela ambigüidade do uso da expressão como “a razão” ou “as leis do pensamento”), posto que há um espectro bastante significativo do saber científico que, para a aferição da validade de suas teorias, permanece fiel aos parâmetros da lógica ordinária – que não pode, então, ser tida como superada --- como ocorre com a matemática ou qualquer filosofia verdadeiramente racional.⁴⁹

Popper, na crítica mais ferrenha a Hegel, chega a afirmá-lo defensor do Estado absoluto, totalitário, por meio de sua filosofia da identidade (o que existe é razoável), dando respaldo aos poderes existentes.⁵⁰

Ao parecer, Popper realizou leitura equivocada dos §§ 257 e seguintes dos Princípios da Filosofia do Direito de Hegel.

O Estado absoluto imaginado por Hegel é o Estado ideal, pensado, “é a idéia ética do espírito ético como vontade substancial *revelada*” (§ 257), não tendo afirmado jamais que qualquer Estado histórico, concreto, real, tenha conseguido realizar, de fato, a substancialidade ética imaginada como dever-ser, visualizada como conceito, diretriz, móvel para o aprimoramento sistêmico e intermitente do senso político dos povos.

Não há espaço para o totalitarismo na concepção hegeliana, porquanto tal não se compraz com a idéia fundamental de liberdade que é o núcleo valorativo do sistema, razão de ser do Estado-movimento, o que

⁴⁹“*El Desarrollo Del Conocimiento...*”, p.377

⁵⁰ob. cit., p. 385

aparta Hegel das concepções contratuais para a formação do Estado.

Hegel esclarece de forma cristalina que a vontade individual, inobstante superada pelo universal, está nele guardada, conservada, não havendo espaço para a sua eliminação, *verbis*:

(...) La consideración concreta, la idea, muestra que el momento de la particularidad es igualmente esencial y que su satisfacción es por lo tanto absolutamente necesaria. Al cumplir con su deber el individuo debe encontrar al mismo tiempo de alguna manera su propio interés, su satisfacción y su provecho, y de su situación en el estado debe nacer el derecho de que la cosa pública devenga su propia cosa particular. El interés particular no debe ser dejado de lado ni reprimido, sino que debe ser puesto en concordancia con lo universal, con lo cual se conserva lo universal mismo⁵¹. El individuo que se subordina a sus deberes encuentra en su cumplimiento como ciudadano la protección de su persona y propiedad la consideración de su bienestar particular y la satisfacción de su esencia substancial, la conciencia y el orgullo de ser miembro de esa totalidad.(...)⁵²

Dessarte, o Estado funciona como garantidor da substancialidade ética, da coerência e da universalidade dos preceitos assentados nas instâncias mediadoras que o precederam, bem como atua ele próprio neste viés, enquanto último *locus* para a objetivação da vontade, assumindo a função de derradeiro resolutor de conflitos exurgentes da sociedade civil organizada, havidos no processo dialético e a ele imanentes. Para o equacionamento de tais divergências, prima pelo equilíbrio mais eficiente entre os interesses individuais e os coletivos.

Neste diapasão, aclara Hegel:

La esencia del nuevo estado es que lo universal esta unido com la completa libertad de la particularidad y con la prosperidad de los individuos, que el interés de la familia y la sociedad civil debe concentrarse, por lo tanto, en el estado, y que la universalidade fin no debe progresar sin embargo el saber y querer próprio de la particularidad que tiene que conservar su derecho. Lo universal tiene pues que ser activo, pero por outro lado la subjetividad debe desarrollarse en forma completa y viviente. Sólo si ambos momentos se afirman en su furza, puede considerar-se que el estado está articulado y verdaderamente organizado (RPH § 260, agregado).

Vale referir, podando a crítica popperiana à pretensa submissão da lógica tradicional à dialética, que Hegel pretendeu construir uma ciência filosófica do direito, de conteúdo predominantemente normativo (idéia do

⁵¹grifo nosso

⁵²Rph § 261

direito), apartada, mas não divorciada, dos veios empíricos. Almejou expor as estruturas do direito à luz do princípio organizador, a idéia fundamental de liberdade, através sucessivas negações do dever-ser (que se determina), pelo diálogo do ser (tese), do não-ser (antítese) e o devir (síntese).

Desta feita, bem se vê, não pretendeu ceifar às ciências naturais os prelúdios da lógica formal e seu tão caro princípio da contradição como critério de eliminação da tese defeituosa.

Posto isto, avante.

A contradição é mesmo inerente ao raciocínio tríade e isto não guarda qualquer contradição performática e nem placita o dogmatismo reforçado que fez crer Popper, *data vênia*.

Para apreender a filosofia de Hegel⁵³ é preciso adentrar na compreensão da relação de interferência entre o necessário e o contingente, partindo-se da auto-exposição do absoluto, o ideal, o pensado.

E por quê?

O sistema nada mais representa que determinações do idealizado, do absoluto, do ético, consabido que em Hegel o início da filosofia é o ser puro, o indeterminado, a liberdade natural, que é vazia de significado.

Desta feita, não há que se falar de condições *a priori* para o conhecimento (Kant); o começo deve desnudar-se de pré-compreensões.

O absoluto, o pensamento em si, ao determinar-se, ao caracterizar-se em máximas, nega-se em suas explicitações (o infinito revela sua finitude); contudo, isto não quer dizer que o ideal tenha sido eliminado, porquanto continuará a servir de norte, como diretriz do necessário e do contingente, "é o todo que se expõe a si mesmo. Ou seja, a totalidade das coisas existentes é uma explicitação (exteriorização) do absoluto".⁵⁴

É neste contexto que se deve compreender a afirmação hegeliana de que o racional é o real. O pensado caracteriza-se no mundo empírico,

⁵³As considerações aqui postas fulcram-se em WEBER, Thadeu. *Hegel: Liberdade, Estado e História*. Petrópolis: Vozes, 1993

mas não se o faz em sua totalidade, mas em determinações que, num movimento ontológico, buscam a razão de ser no imaginado como dever-ser, que obviamente não é o que existe, mas o devir, o atingível, a meta, aquilo que incessantemente deve ser buscado. As determinidades são exteriorizações do absoluto, mas não o absoluto em si, que conceitualmente é um preceito e não um fato.

Como se vê, a dialética hegeliana não se cinge ao dogmatismo idealizado, tal qual vislumbrado por Popper; preocupa-se, em essência, com a inter-relação entre o pensado e o real, não numa intersecção de finitude (o pensado é o real), mas como matiz da paulatina aproximação dos Estados históricos (contingentes) ao Estado absoluto (ético).

Neste cenário, o absoluto (o ético, o idealizável) é automovimento⁵⁵, porque é causa dos seus momentos exteriores (contingência, possibilidade e necessidade) e simultaneamente autocausação, num movimento circular e infinito.

Esta reciprocidade circular faz ver que o absoluto aparece num primeiro momento como negação de todos os seus predicados (momentos exteriores), consolidando-se no vazio imediato (sem mediação), uma contradição sem conteúdo. A circularidade o impele à sua autoexplicação, enquanto totalidade das coisas pensáveis e existentes⁵⁶. Contudo, tal não se pode dar apenas através de suas externalidades, pois se trata de um processo que tem o absoluto por início e fim.

O absoluto (o ideal, o pensado) é a síntese do ser e da essência. O ser é a primeira imediatidade (ausência de mediação); a essência, a imediatidade refletida no ser, aqui tido como o existente, já submetido à negação (mediação). Este diálogo entre o ser e a essência desenvolve-se até se converter em relação do interior (essência como totalidade, que constitui o ser de modo imediato) e do exterior (o ser determinado), em absoluta unidade, como fundamento da relação essencial.⁵⁷

⁵⁴“Hegel: *Liberdade, Estado...*”, p. 18

⁵⁵“Hegel: *Liberdade, Estado...*”, p. 19

⁵⁶ob. cit., p. 20

⁵⁷“Hegel: *Liberdade, Estado...*”, p.20

Na dialética das modalidades, Hegel explica que o movimento de exposição do absoluto revela a sua efetividade.

O efetivo é o normativo, é o que deve ser, não podendo ser confundido com o existente, âmbito da contingência.

A filosofia da identidade proposta por Hegel guarda sintonia com a reciprocidade entre o todo (que contém o particular) e a parte (que reflete o todo) e com a noção de efetividade.

Destarte, não pretende significar que o racional é o que existe (existência contingente). O racional é o efetivo (o dever-ser). Se a realidade contingente é produto da mediação das vontades livres, aproxima-se do racional, na medida em que exterioriza determinações do ético, mas não significa o ético em sua completude, que só pode ser imaginado como idealidade (dever-ser).

Pensar diversamente, manietaria o movimento dialético de busca incessante da efetividade⁵⁸, o que representaria o fim da história, nada mais a evoluir, a buscar.

Nesta compreensão, o Estado ético determina-se, concretiza-se nos Estados históricos, mas isto não significa que haja identidade entre estes e aquele, que são meras aproximações do idealizado.

Estes Estados concretos, reais, a fim de refletir o ideal ético pensado por Hegel, devem orientar-se pela consciência da idéia fundamental de liberdade, a qual deve vir densificada pelas sucessivas mediações havidas nos estamentos, trazendo a lume o espírito de um povo.

Então o contingente nasce da relação entre a efetividade e a possibilidade. Se há impossibilidade real, não há contingência. O contingente, o que é, pressupõe o possível. Desta feita, ao contrário do que expõe Popper, a dialética hegeliana não desconsidera a impossibilidade física de um corpo estar simultaneamente positiva e negativamente carregado; ao revés, por adotá-la, aborta o processo dialético em seu nascedouro. Se não há possibilidade, não há

⁵⁸Que, considerada em sua forma imediata, é a possibilidade; sob este viés, pode-se dizer que o contingente é de certa forma o efetivo, porque o realizável dentro de um plexo de possibilidades admitidas

contingência, prejudicando o exame da efetividade.

Apenas para que não se passe *in albis*, há que se ponderar que a possibilidade, além de reger a aparição da contingência, também faz brotar a necessidade. Apartando os conceitos, Hegel expõe que o necessário é, em certas circunstâncias, inevitável, equação inaplicável ao contingente (acidental; pode ser ou pode não ser).

Assim, todo o efetivo é possível e todo possível pode ser necessário; ainda que as condições sejam contingentes, o nexu é indeclinável; ou seja, um determinado resultado poderá ser necessário, dentro de certas circunstâncias⁵⁹, ponto sobre o qual agudamente residem as críticas de Hegel ao rígido apriorismo kantiano, mormente no âmbito do direito de emergência⁶⁰.

Neste norte, uma vez mais, não procede a crítica de Popper, posto que a contradição performativa e o dogmatismo reforçado por ele sinalados não passam de uma miragem teórica: a dialética hegeliana é conseqüencialista, tendo a contradição como elemento essencial da construção do espírito dos povos, pelas determinações da idealidade, formadas pelas sucessivas relações dialéticas do necessário e do contingente, enquanto momentos exteriores do absoluto (ideal), que implicam a negação do infinito, colorindo as mediações da vontade livre nos estamentos.

De outra banda, muito embora não se negue que Hegel tenha sido um defensor do Estado Nacional, foco na garantia da sobrevivência da dialética, os Espíritos dos povos transmudam-se pela ação do Espírito do tempo, o que expõe a auto-reflexão do sistema hegeliano, também por influência exógena.

O afluxo de novos fatos modifica a natureza das contradições que servem à mediação das vontades-livres. O momento anterior, contudo,

⁵⁹“*Hegel: Liberdade, Estado...*” ob. cit., p. 28

⁶⁰Neste particular, pontua-se que perfilamos o entendimento da possibilidade do direito de emergência em Kant, posto que a exceção não será contingente, mas poderá ser universalidade para todas as situações que preencham o suporte fático da norma permissiva, tornando-se suscetível de validação à luz do imperativo categórico, pois, afastando a idéia de contradição. Contudo, dada a complexidade do tema, apenas estamos a noticiá-lo, não contemplando este estudo fôlego para a sua análise.

não é desprezado; resta conservado e superado no posterior.

A conservação do estágio anterior aparta a teoria hegeliana das concepções revolucionárias, para as quais, em dado momento histórico, nada do momento anterior pode ser preservado, instaurando-se, então, um novo Estado histórico, situação inimaginada por Hegel, na medida em que concebe o processo histórico como eminentemente dialético, formado a partir das sucessivas mediações das contradições das vontades-livres, com a manutenção das idéias em conflito como suporte da idéia inovadora.

Dessarte, ocorrem sucessivos armazenamentos dos momentos pretéritos, que se aprimoram no novo; a sumária eliminação do anterior tornaria a dialética vã, posto que o movimento do raciocínio tríade requer a necessidade e a contingência como momentos constitutivos.

Calha gizar que na dialética do necessário e do contingente, duas leituras são possíveis: (I) a primazia da necessidade na síntese, o que levaria a um determinismo lógico, necessidade dura, sem contingência – a leitura clássica⁶¹ de Hegel; (II) sopesadas em equilíbrio as duas modalidades do absoluto, ter-se-ia uma necessidade fraca, resultado da interação com o contingente, o que permitiria liberdade de escolha – a releitura⁶² do sistema hegeliano.

A tendência de Hegel é a transformação da necessidade em liberdade, pela influência da ação recíproca:

A necessidade é dessa maneira a identidade interna; a causalidade é sua manifestação, na qual sua aparência de ser-outro substancial foi superada e guardada e a necessidade foi elevada à liberdade (...) A necessidade não se converte em liberdade, porque desaparece, mas somente porque ela manifesta

⁶¹de alguns exegetas de Hegel, dentre os quais Popper, que criticam a filosofia hegeliana por entender que a liberdade esvai-se nas sucessivas mediações, gerando um sistema duro, sem liberdade.

⁶²operada, v.g., por Scelling e outros, que permite salvar a liberdade (suplantando as críticas da apontada necessidade dura) pelas diferentes formas de concretização da dignidade da pessoa humana, perfilando suas múltiplas configurações visíveis, vívidas. Veja-se que a releitura do sistema hegeliano não está a questionar a validade do princípio regulador da dignidade da pessoa humana, que é figuração pressuposta, uma vez que estabelecido pelas sucessivas autodeterminações da vontade. Contudo, o seu conteúdo só se revela a partir das suas concretizações (ou determinações), o que estabelece íntima relação com a justicialidade dos direitos fundamentais e, por conseguinte, com a legitimidade ministerial para a ignição da atuação do Estado como instância mediadora, norte na consubstanciação do Estado democrático de direito, nucleado pelo valor-fonte, como dever-ser.

sua identidade interior.⁶³

A liberdade, em Hegel, é a autodeterminação da vontade, é estar consigo mesmo, é ter consciência da necessidade; a necessidade sabida é a liberdade. O conceito, o normativo, o ideal é o *locus* da efetiva realização da liberdade, porque é nele que há o reconhecimento da necessidade⁶⁴; a liberdade é a interiorização da necessidade, com o enfraquecimento das contradições: “a contingência é apenas um não saber da evolução necessária”⁶⁵, então considerada apenas sob o aspecto subjetivo.

A leitura que propõe a reconstrução do sistema hegeliano⁶⁶⁷ pretende abandonar o conceito de contingência epistêmica, partindo para uma concepção objetiva. Segundo Wieland, a contradição pragmática entre o ato elocutório (que diz o ser) e o conteúdo (o que é dito) é que viabiliza a interpretação do sistema pela via da contingência, que concebe

a interpretação do absoluto como sendo também contingente ou contendo contingência em si para resgatar a possibilidade da liberdade. O absoluto, ao se determinar (exteriorizar), se finitiza. O absoluto se concretiza na particularidade contingente. Esta é aquele explicitado. Possibilidade, contingência e efetividade são seus modos de ser.⁶⁸

5.5 A LEGITIMIDADE MINISTERIAL NA REALIZAÇÃO DO ESTADO ÉTICO

Neste passo, em sendo o Estado ético, consoante Hegel, “a autoconsciência particular elevada a sua universalidade”⁶⁹, desponta que a legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos é um dos instrumentos da realização, pelo Estado, da substancialidade ética.

⁶³apud Webber, Tadeu. “*Hegel: Liberdade, Estado...*”, p. 31

⁶⁴WEBER, Hegel: “*Hegel: Liberdade, Estado...*”, p. 32

⁶⁵ob. cit., p. 34

⁶⁶Idem, p. 35/37

⁶⁷E que foi adotada neste ensaio

⁶⁸apud WEBER, “*Hegel: Liberdade, Estado...*”, p. 37

⁶⁹G.W.F. Hegel. *Princípios de La Filosofía Del Derecho*. Trad. Juan Luís Vermal. Barcelona: Edhasa, 1988, §

Explico.

À liberdade, princípio organizador da concepção hegeliana de Estado, é imanente que conflitos vários que poderiam ser solvidos nas e pelas instâncias mediadoras, sem a interferência do Estado, deixem de o ser, culminando que os subjetivamente lesados, no exercício de nuance de suas liberdades, deixem de agir no provocar a atuação do Estado-Juiz para a resolução do conflito.

Casos há em que, pela natureza do bem jurídico atingido, peculiaridades da pessoa diretamente lesada, entre outras causas, o Estado, através do seu Órgão-Agente, enquanto guardião da *democracia substancial*, necessite agir para buscar a superação do conflito, inobstante a inação dos ordinariamente legitimados, porquanto a salvaguarda da dimensão objetiva do direito em causa interessa difusamente a todos; o Ministério Público atua na defesa *imediate* do Estado democrático de direito, que só se realiza quando concretizado, atingindo, mediatamente e indiretamente, o interesse subjetivamente individualizado.

Vejamos, *verbi gratia*, que na ação civil pública o Ministério Público é concorrentemente legitimado a agir, tendo ao seu lado a sociedade civil, representada pelas corporações que a lei elenca.

A atuação parquetária, nesta seara, consabido, desdobra-se em dois espectros: pré-processual e processual.

Nos casos de interesses tipicamente difusos, como a salubridade do meio ambiente, fácil ver que o Órgão-Agente, ao propor termo de ajustamento, atua na defesa do valor em si, pressupondo o interesse de todos, da coletividade subjetivamente indefinida, à manutenção da higidez dos ecossistemas e na corolária superação da contradição instaurada pela agressão a tal interesse difuso.

Na fase processual, o Ministério Público, uma vez inexitosa a tentativa preliminar ou inviável esta, de plano, provoca o Estado-Juiz a dirimir o conflito, porquanto indeclinável à concreção da Democracia

substancial, que contempla o direito de cada um e simultaneamente de todos ao meio ambiente saudável, o que nos remete à filosofia da identidade de Hegel.

Quadra colacionar, neste espectro, a precisa lição de Sarlet ⁷⁰ quanto à titularidade subjetiva dos direitos fundamentais:

(...) verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (artigo 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) geram um direito à reparação para cada prejudicado(...) Os direitos e garantias individuais referidos no artigo, 60, 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamenta incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos).

Idêntico raciocínio emprega-se no concernente aos direitos coletivos; o diferencial, a determinabilidade subjetiva do grupo diretamente lesado.

No concernente aos direitos individuais homogêneos, aqui considerados como *tertium* gênero em relação aos difusos e coletivos, a explanação, a fim de refugir da linear conclusão da invasão do Estado na órbita da liberdade individual, deve partir da Constituição como síntese das mediações realizadas na sociedade civil organizada.

Neste cenário, o individual está contido no universal, os interesses particulares estão conservados e superados na substancialidade ética instrumentalizada pela Constituição⁷¹, de molde que a lesão de um direito fundamental de primeira, segunda ou terceira grandeza possibilita a ação ministerial, enquanto extraordinariamente legitimado, porquanto a todos interessa que a Constituição material tenha efetividade, de somenos o número de indivíduos diretamente lesados.

Por suposto, o interesse na realização da substancialidade ética

⁷⁰ob. cit., p. 362

⁷¹Não se olvida que a concepção hegeliana de Constituição é eminentemente não-formal, mas o aspecto não

contida na Constituição material e, corolariamente, a efetivação da Democracia, é e sempre será subjetivamente difuso; por isso, a legitimidade ministerial para a defesa mediata dos interesses individuais homogêneos, grupo-amostragem da lesão à dimensão jurídico-objetiva⁷², exsurge patente, na medida em que não há que se obstar o Estado ético realizar a “unidade e compenetração da universalidade e da individualidade”⁷³, consubstanciando a “dialética da racionalidade”⁷⁴ do Estado democrático de direito.

O cunhar dos poderes conferidos ao Órgão-Agente faz transparecer, na visão da ensaísta, a graduação da autoconsciência da idéia fundamental da liberdade no momento histórico em que a Carta Maior foi erigida, revelando o Espírito do Povo brasileiro, às voltas com a superação de um estágio anterior, permeado pela limitação dos direitos civis, porquanto ungido pela arbitrariedade compatível com a ditadura que assolou o País por quase duas décadas.

Como resultado de um processo dialético, porquanto a queda dos governos militares não foi fruto de uma revolução, as mediações que culminaram com a lavra do Texto Maior guardaram em seu seio a experiência até então acumulada, sem eliminá-la, fazendo exsurgir uma nova síntese da tábua axiológica dos deveres dos cidadãos e dos Poderes Constituídos deste novo Estado, categoricamente idealizado como democrático de direito.

Nesta senda, vale referir que os deveres, na dialética hegeliana, não representam limitação da liberdade mas, ao revés, significam a sua plena afirmação, a conquista da liberdade afirmativa.

Neste sentido, é importante trazer à baila que

o Estado, enquanto algo ético, enquanto compenetração do substancial e do particular, implica que a minha obrigação de respeito ao substancial seja ao mesmo tempo a existência da minha liberdade particular, é dizer que o dever e o direito estão

arrefece a higidez da concatenação de idéias que aqui se pretende expor, *s.m.j.*

⁷²embora finito e determinado quanto à circunscrição subjetiva da lesão (dimensão subjetiva)

⁷³G.W.F. Hegel. *Princípios de La Filosofía Del Derecho*. Trad. Juan Luís Vermal. Barcelona: Edhasa, 1988, § 258

⁷⁴expressão canotilhana, já referida nesse estudo.

unidos numa mesma relação⁷⁵ (§ 261, observação).

Como ensina Weber, em sua leitura de Hegel,

não há liberdade natural, imediata. (...) Ora, a liberdade só existe na mediação das vontades, ou seja, uma vontade só é livre pela determinação. Isso se dá nas instituições sociais, na família, nas corporações, nas leis do Estado, etc. É dentro delas que o dever há que ser situado. Graças às instituições sociais, deixamos de ser "sujeitos indeterminados", isto é, incapazes de determinar ou concretizar vontades. Nas instituições, porém, somos obrigados a conviver. Isso implica adaptações e limitações de nossas vontades. O Dever está acima de nossos interesses pessoais imediatos. O dever limita a liberdade imediata, abstrata, que, na verdade, não é liberdade. A "liberdade afirmativa" só se alcança nas mediações, as quais incluem limitações.(...).⁷⁶

Transpondo a idéia dos deveres decorrentes na nova ordem de valores estampada na Carta Constitucional para os Poderes constituídos, há que se dar a primazia à vinculação aos direitos fundamentais, pilastra fulcral dos Estados que se pretendem democráticos.

Neste contexto, consoante ensina Sarlet, os direitos fundamentais têm dúplice função: servem como delimitadores das ingerências do Estado (e fonte de deveres de proteção) e como critério de legitimação do poder estatal⁷⁷.

A fundamentalidade que encerram os direitos desta estirpe pode ser classificada em duas ordens⁷⁸: a *material* que concerne ao reconhecimento do conteúdo e da importância que emana do seu núcleo essencial: a *formal*, que os retira da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, tornando-os insuscetíveis de mitigação.

Há que ser pontuado que a fundamentalidade, em sua nuance material, independe da inscrição exaustiva dos direitos da Carta Maior, porquanto há que se conceber a abertura do catálogo da Constituição escrita, que é meramente exemplificativo, a todas as categorias de direitos que, pela homogeneidade de conteúdo, estejam a exigir a mesma qualificação e, conseqüentemente, o mesmo aparato de proteção, lume à efetividade.

Perguntar-se-á qual o critério eleito para a aferição desta

⁷⁵Tradução livre

⁷⁶"*Ética e Filosofia Política*", p. 112

⁷⁷*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

⁷⁸SARLET, *ob. cit.*, p. 80/1

similaridade. A resposta advém da compreensão que os direitos fundamentais representam densificação do conteúdo fluido do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Desta feita, todas as exteriorizações que se abeberarem desta nascente deverão ter idêntico tratamento, tornando inteligível a parte final do § 2º do artigo 5º, CF/88.

O referido comando normativo refere-se genericamente aos direitos e garantias assegurados na Constituição como integrantes do acervo intangível. Bem se vê, o comando em epígrafe (a) não atrofia a concepção de direitos fundamentais como sinônimos de direitos individuais (expandindo seu alcance para os direitos econômicos, sociais, culturais – denominados como de segunda dimensão ou geração; para os de fraternidade e solidariedade – terceira geração; e, quiçá, aos apontados direitos à democracia e à informação, apontados por Paulo Bonavides como componentes da quarta geração⁷⁹); (b) não restringe aos direitos anunciados o *telus* de conformação de fundamentalidade material⁸⁰.

No tocante ao segundo aspecto, atinente à fundamentalidade formal, sobredita, calha colacionar a natureza e o alcance que os direitos fundamentais exercem sobre os Poderes constituídos⁸¹.

Trazendo à liça o escólio de PÉREZ LUÑO,

os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito do direito constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas de interesses individuais.⁸²

Sarlet chega a denominar esta transposição da faceta meramente subjetiva dos direitos fundamentais (a nuance objetiva e seus desdobramentos) de mais-valia jurídica⁸³, enquanto força jurídica agregada⁸⁴.

⁷⁹Como ensina SARLET, *ob. cit.*, p. 53

⁸⁰O catálogo é aberto, sua concreção dar-se-á pelo contínuo processo dialético, informado pela conformação das necessidades sociais, que não são estanques, mas se transmudam, evoluem, de acordo com circunstâncias multidisciplinares; contudo, sempre estarão orientadas na busca da efetividade da dignidade da pessoa humana.

⁸¹A restrição da abordagem, corte metodológico, não ignora o efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre os particulares. Aliás, a questão já foi tratada, ainda que sucintamente, quando do exame da *ratio essendi* da legitimidade ministerial na seara consumerista.

⁸²*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed. Madrid: Editora Tecnos, 1995, p. 20-1

⁸³*ob. cit.*, p. 141

⁸⁴E não no sentido negativo da teoria marxista

A pré-compreensão da faceta objetiva dos direitos da estirpe em voga pode ser sedimentada em três aspectos: a) considerando a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, ambos podem consagrar direitos subjetivos fundamentais quanto descortinar valores objetivos e fins diretivos à ação estatal, de molde que não há paralelismo indeclinável entre regras e a perspectiva subjetiva; entre princípios e a faceta objetiva; b) a dimensão objetiva agrega efeitos jurídicos autônomos aos correlatos à fisionomia meramente subjetiva dos direitos em tela (a mais-valia jurídica predita); c) tais efeitos explicitam que, a par da função objetiva reflexa dos direitos fundamentais subjetivos⁸⁵, a dimensão objetiva dos mesmos direitos impõe limitações aos Poderes constituídos, no sentido de que “o *status* fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais”.⁸⁶

Neste cenário, a perspectiva objetiva, porque representativa da tábua axiológica plasmada na Constituição material, legitima restrições aos direitos subjetivos fundamentais em prol do bem comum, orientando o sentido e o alcance dos mesmos, fazendo exsurgir os contornos dos seus núcleos essenciais (intangíveis), erigindo uma exegese não meramente individualista na revelação do conteúdo que encerram⁸⁷.

Tal contexto placita a existência de *deveres fundamentais* correlatos aos direitos assegurados pelo regime democrático, o que nos remete à idéia hegeliana acerca da conformação da liberdade natural (primeira natureza) em liberdade mediata, ética, que pressupõe a existência de deveres.

A eficácia da faceta objetiva dos direitos fundamentais pode ser vista sob três aspectos⁸⁸: *dirige* a ação estatal à concretização e à realização dos direitos em voga (*eficácia dirigente*); *irradia* impulsos e

⁸⁵Que apenas noticiamos, com base em SARLET, ob. cit., p. 142/3, como corporificada na autonomia decisória e de ação que eles alcançam ao indivíduo e simultaneamente retiram do Estado, mas não iremos tratar.

⁸⁶SARLET, ob. cit., p. 142

⁸⁷SARLET, p. 143

⁸⁸Idem, p. 141/149

diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional (*eficácia irradiante*), servindo como diretriz para (a) a extensão de seus imperativos à esfera do direito privado – a chamada eficácia horizontal; (b) a proteção de garantias constitucionais contra ação corrosiva do legislador; (c) o reconhecimento de deveres de proteção do Estado contra agressões aos direitos fundamentais perpetradas pelos poderes públicos, pelos particulares e por outros Estados; (d) parametriza os direitos organizacional e procedimental, evitando a redução pragmática do conteúdo dos direitos fundamentais, pela inexistência de instrumentos eficazes à competente defesa que exigem; *vincula* imediatamente os poderes constituídos, obrigando-os a agir na efetivação dos direitos fundamentais e a absterem-se de ingerências injustificadas no âmbito dos preditos, que estão à margem de esfera de disponibilidade que lhes foi concebida pelo Poder constituinte originário (*eficácia vinculante*)⁸⁹.

Incurtionando sobre a eficácia vinculante dos direitos fundamentais em cada uma das esferas do poder, pesquisemos, num primeiro plano, a questão no âmbito do poder Legislativo.

Consoante assevera Krüger, hodiernamente “não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais”.⁹⁰

Neste passo, a vinculação do legislador aos direitos fundamentais significa “uma limitação material à sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora.”⁹¹

Tal enunciação nos remete ao estudo das determinantes autônomas e heterônomas, consoante os ensinamentos de Canotilho, abordado alhures, supra.

O conteúdo dos direitos fundamentais, pois, deve ser descortinado numa interpretação tópico-sistemática⁹², realizada pela jurisdição

⁸⁹Idem, p. 323

⁹⁰apud SARLET, *ob. cit.*, p. 324

⁹¹SARLET, *idem*, p.324

⁹²FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002

constitucional⁹³, à luz das normas constitucionais que os consagram, não podendo a legislação infraconstitucional pretender encapsulá-lo.

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais pode ser vista, então, sob dois prismas: num sentido negativo, pelo qual proíbe-se a edição de leis contrárias a normas de direitos constitucionais; positivamente, na acepção do que denomina a doutrina alemã como deveres ativos de proteção, “que englobam um dever de aperfeiçoamento da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais”.⁹⁴

Neste diapasão, a eficácia em cotejo faz também eclodir a inconstitucionalidade por omissão, pela não realização do dever imposto pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, arrefecendo a efetividade dos mesmos, o que deveria nortear o agir do legislador.

O alcance do efeito vinculante da faceta objetiva dos direitos fundamentais atinge todos os atos normativos oriundos de entidades públicas, sejam típicas, sejam as que exerçam o poder por delegação estatal, e não apenas sobre a lei em sentido formal e material, bem como conforma o agir do poder constituinte derivado, conforme artigo 60, § 4º, IV, CF/88.

No tocante ao poder executivo, a eficácia vinculante significa que os órgãos administrativos devem executar as leis de forma constitucional, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais⁹⁵, amálgama tanto do agir das pessoas jurídicas de direito público propriamente ditas, quanto dos entes da administração indireta, as empresas privadas delegatárias ou concessionárias que, na relação jurídica de base, atuem com privilégios e prerrogativas de autoridade⁹⁶.

O liame entre os direitos fundamentais e os órgãos administrativos exterioriza-se pelo dever de tomar decisões (poder discricionário) que

⁹³Não se abordará, aqui, a concepção de Peter Häberle acerca da ausência do monopólio jurisdicional da interpretação constitucional, asseverando que a sociedade civil, porque inserida no contexto da norma, também está legitimada a interpretá-la. Contudo, o tema já foi anunciado no item 3.6.2., supra.

⁹⁴SARLET, *idem*, p. 325

⁹⁵SARLET, *ob. cit.*, p. 327

⁹⁶*Idem*, p. 327

acolham a tábua axiológica contida no Documento Maior, com especial destaque aos comportamentos que envolvam a aplicação e interpretação de conceitos abertos; deste dever decorre a esfera de sindicabilidade judicial dos atos administrativos.

Questiona-se a possibilidade de controle de constitucionalidade de atos legislativos pela Administração, o que é visto com reservas pela doutrina nacional e alienígena, consoante traz a liça Sarlet, em sua obra multirreferida⁹⁷; a problemática remonta o conflito entre vinculação simultânea da Administração ao princípio da legalidade e a sua subordinação aos ditames constitucionais.

Sem adentrar no tema, que requer análise percuciente e específica, esclarece o constitucionalista por diversas vezes mencionado, hipóteses há que legitimam a pronta negativa de aplicação de uma lei, pela Administração: a) quando da aplicação decorra a configuração de um crime, mormente se resultar ofensa à vida ou à integridade pessoal; b) quando o comando legislativo rechaçado contenha uma evidente ofensa ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, em especial quando represente desrespeito à vida e à integridade física, caso em que a lei pode ser tida por inexistente⁹⁸.

Mesmo no caso dos direitos sociais prestacionais, geralmente regulado por normas de eficácia contida, o que torna mais diáfano o grau de vinculação, que é proporcional ao grau de densidade normativa, a Administração deverá pautar-se, no exercício da discricionariedade, pelas diretrizes materiais contidas na dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁹⁹.

Os juízes e tribunais estão igualmente vinculados aos direitos fundamentais, o que vem desnudado de forma direta pela influência daqueles na pré-compreensão que deve guarnecer a organização das atribuições dos órgãos judiciais e a forma e a razão e pela qual os

⁹⁷SARLET, 328

⁹⁸SARLET, p. 329

⁹⁹SARLET, p. 330

procedimentos judiciais são instituídos e desvelam-se¹⁰⁰.

A funcionalidade da eficácia vinculante, nesta seara, transborda da afetação imediata do Poder Judiciário¹⁰¹, para a atingir, por seus agentes, o controle da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, despontando o “poder-dever dos tribunais de não aplicar atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais”¹⁰², estando, por isso, legitimados a declarar a inconstitucionalidade dos mesmos.

Neste diapasão, pode-se afirmar que cabe ao Poder Judiciário definir o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, para si e para os demais órgãos do poder; a interpretação, neste escopo, deverá sempre trilhar o caminho da maior eficácia possível dos direitos fundamentais, no âmbito do sistema jurídico, consoante ensina Jorge Miranda,¹⁰³ o que inclui o dever de suprimento das lacunas, para o que se deverá dar primazia ao princípio da constitucionalidade.

No tocante ao controle de constitucionalidade por omissão, há que se repisar que os direitos sociais prestacionais (*telus* predominante desta anomalia) vêm em regra consagrados em normas de eficácia limitada (não quanto ao núcleo essencial do direito, que tem eficácia imediata), de molde que o grau de sindicabilidade judicial resta diminuído, mas não suprimido: a dimensão jurídico-objetiva do cerne, que tem aplicabilidade imediata, está a irradiar diretrizes para a interpretação da legislação infraconstitucional e para o exame da proporcionalidade, inclusive no âmbito da discricionariedade administrativa.

Feitas estas considerações, verifica-se que o Ministério Público, enquanto Órgão-Agente da conformação do agir dos poderes constituídos à concreção dos valores estampados no Documento Maior, vem somar-se a esta estrutura de freios e contrapesos, estereotipando nuance de assaz

¹⁰⁰Como já se disse, os direitos fundamentais são a razão de ser dos Poderes constituídos, constituindo-se em critérios de aferição de legitimidade de seu exercício

¹⁰¹Os atos judiciais que afrontem direitos fundamentais poderão ser afastados pelo sucessivo controle judicial, exercido em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁰²SARLET, p. 331

¹⁰³*Manual de Direito Constitucional*. Volume IV. 2ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p. 283-4

importância, porquanto, seja como Instituição, seja como Poder da República, representa a feição ativa do movimento dialético, atuando como garante da cidadania, aqui entendida como o direito de ter direitos intangíveis¹⁰⁴, não sob um espectro individualista, mas nos limites do bem comum.

A intangibilidade do núcleo essencial dos direitos subjetivos fundamentais e a eficácia objetiva destes direitos e seus desdobramentos constituem terreno fértil à compenetração do substancial e do particular, servem de mote às instâncias mediadoras e transparecem como diretrizes ao diálogo dos direitos e deveres, forte na construção de uma sociedade verdadeiramente justa, humana, solidária e quiçá, materialmente soberana¹⁰⁵.

Nesse passo, não é demasiado sublinhar, agora nas palavras do eminente Des. Manoel Carpena Amorim¹⁰⁶, a importância que a efetividade dos direitos fundamentais do Homem ocupa neste cenário:

(...) 2.4 As velhas polêmicas sobre os fundamentos dos Direitos Humanos, sobre se é possível identificar-lhes um único fundamento ou se este fundamento estaria num Direito Natural ou em circunstâncias históricas determinadas, parecem, se não ultrapassadas, ociosas, ante a realidade de um importante e crescente consenso internacional quanto ao seu reconhecimento e proteção.

2.5 Consenso que se tomou patente com a aprovação, em 1948, da Declaração dos Direitos do Homem (...) lembra-nos Bobbio - não só "pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do consensus omnium gentium sobre um determinado sistema de valores", mas ainda instaurou a perspectiva de uma afirmação de direitos "ao mesmo tempo universal e positiva". "Positiva" - diz ele - "no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os Direitos do Homem DEVERÃO SER NÃO MAIS APENAS PROCLAMADOS OU APENAS IDEALMENTE RECONHECIDOS, PORÉM EFETIVAMENTE PROTEGIDOS ATÉ MESMO CONTRA O ESTADO QUE OS TENHA VIOLADO. AO FINAL DESTES PROCESSOS, OS DIREITOS DO HOMEM "SERÃO OS DIREITOS DO CIDADÃO DAQUELA CIDADE QUE NÃO

¹⁰⁴FREITAS, Juarez, Prefácio da obra de SARLET multicitada neste ensaio, p. 18

¹⁰⁵Neste ponto, poder-se-ia abrir nova hipótese investigativa do problema, pontuando a soberania como critério de onipotência do Estado Moderno, com espaço para a visualização da idéia de soberania à luz das concepções de Rousseau e Bodin e uma abordagem do inaccessível material à jurisdição como concausa à crise da soberania nacional, num diálogo com Habermas e Toquenville, mas esta não é a proposta deste estudo, ficando apenas o registro da possibilidade de tal (e futuro) encaminhamento do problema.

¹⁰⁶Diretor-Geral da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

TEM FRONTEIRAS, PORQUE COMPREENDE TODA A HUMANIDADE.¹⁰⁷¹⁰⁸

O Ministério Público, enquanto substituto dos titulares do poder, é agente desta transformação, funcionando como indelével catalisador deste processo dialético, posto que tem a prerrogativa de por ignição a discussões relevantes acerca do malferimento da faceta objetiva multicitada, quer pelos mandatários dos Poderes da República, quer pelos particulares, quer por outros Estados, viabilizando o aprimoramento sistêmico das eficácias dirigente, irradiante e vinculante que encerra, facilitando a colmatação de lacunas, a construção do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, que a todos vincula e que circunscreve a esfera do razoável no exercício dos poderes do Estado, servindo como critério de aferição de sua legitimidade.

Neste diapasão, a conformação legislativa ou jurídica do núcleo essencial de qualquer direito fundamental deve ser orientada pela efetividade da dignidade da pessoa humana, critério unívoco de legitimação, dever-ser que imanta o norte do contingente, enquanto estágio do movimento contínuo de aproximação da racionalidade, dando vida ao Estado democrático de direito, enquanto idealidade ética a ser perseguida.

Não se olvida, neste contexto, a natureza jurídica da coisa julgada como abstração à finitude da dicção estatal; ciências precisam de método e resultado. Contudo, a concretização de que se trata é mais altiva, transcendente ao objeto posto em causa, ao qual se agrega indiscutibilidade, em respeito ao devido processo legal, garantia das liberdades democráticas. No viés que se trata, a construção do justo e não do meramente lícito, a força da jurisprudência é monológica, mas interlociona com as vozes ativas do pluralismo político que garantem as sucessivas mediações sociais, alimentando novas revelações da vontade geral – sempre sob a bússola do ápice axiológico da dignidade

¹⁰⁷grifou-se.

¹⁰⁸Os Direitos Humanos à *Vida* e à *Liberdade* e Suas Garantias Constitucionais no Brasil, **Revista da ESMESC**, ano 4, vol. 4, p. 93/111:94/5.

humana --, que passarão a integrar novos julgados, num processo de circularidade entre essência e aparência, uma evolução que não se compraz com o retrocesso.

Atuando como autor ideológico¹⁰⁹ por excelência, estará o Ministério Público a garantir a consciência da liberdade que fundamenta e fornece lastro para a Constituição formal, propiciando a defesa do espírito do povo brasileiro que fez ascender a nossa história a padrões ainda neófitos, foco na melhor aproximação possível com o Estado idealizado.

Nem se diga que tal fisionomia estaria a placitar a menoridade da cidadania¹¹⁰ ativa; a atuação ministerial não é paternalista. A sociedade civil brasileira carece de organização suficiente às sucessivas mediações da vontade livre, sendo inimaginável conceber que os milhões de excluídos deste País possam lutar efetivamente por seus direitos ultrajados massivamente, vez que expostos às mais diferentes vicissitudes que os agridem em sua dignidade. A atuação ministerial na defesa imediata da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, em quaisquer de suas conformações subjetivas, mas no caso específico deste estudo, a tutela coletiva dos individuais homogêneos, permite o acesso material à jurisdição, que se espera racional, equânime, justa, eficiente: reverberação da idealidade ética.

Em reforço, mas sem tautologia: o Ministério Público, porque guardião da democracia, dever-se-á legitimar agindo em prol da realização da substancialidade ética do Estado, cunhando, conjuntamente com os demais atores sociais, espaço para o pleno exercício da vontade

¹⁰⁹Repisa-se, como visto, que a locução guarda pertinência com a nomenclatura corrente das ações coletivas (*ideological plaintiff*), no sentido de não estar o extraordinariamente legitimado defendendo em juízo, principalmente, o seu próprio interesse, mas o do grupo ou da classe à qual está vinculado. Contudo, no caso do Ministério Público, sob o enfoque que se pretende demonstrar, não defende sequer principalmente o interesse do grupo diretamente afetado, posto que sua ação tem mira no interesse transcendente que os garante e legitima e que por óbvio exorbita das idiossincrasias dos fragmentos sociais. Assim, não há defesa ideológica de grupos definidos, mas a defesa coletiva da ideologia difusamente amalgmada na sociedade brasileira enquanto substrato comum da consciência coletiva, explicitada pelo vetor axiológico da dignidade da pessoa humana e o seu diálogo com os demais princípios político-constitucionais.

¹¹⁰Renova-se: aqui o termo não é utilizado em sentido restrito (como relativo aos nacionais em pleno exercício dos direitos políticos), mas numa acepção ampliada, sem adstrição ao rigor técnico, para englobar aqueles que aspiram a cidadania, não na sua significação fechada, mas como o “direito de ter direitos intangíveis”, na feliz elaboração do eminente Prof. Juarez Freitas, fonte já revelada ao longo do texto.

mediada, sem interferências estatais iníquas, bem como da igualdade substancial, exigindo prestações estatais que estejam conforme a tábua axiológica que lastreia a Carta Constitucional de 1988¹¹¹.

A dignidade da pessoa humana representa o núcleo essencial das liberdades negativas e positivas e, ao mesmo tempo, o princípio normativo para a limitação das liberdades. É o princípio, o meio e o fim do Estado democrático de direito, segundo o Espírito do povo¹¹² brasileiro.

O Ministério Público é o ator por excelência da busca incessante da circularidade entre o pensado e o real, é o paladino público que provoca o Estado como última instância mediadora da vontade livre, mas não numa visão estática, finita, mas num processo histórico, fulcrado num

¹¹¹Relembra-se que houve, no que toca à fundamentação ética, opção expressa pela restrição da abordagem à vinculação dos poderes públicos à eficácia dos direitos fundamentais, o que não significa de maneira alguma que a vinculação dos particulares tenha sido ignorada; apenas finalizou-se estabelecer um foco, facilitando a construção do raciocínio

¹¹² reiteramos a densificação do conceito de povo, à luz do ideário hegeliano, como comunidade ética que se submete ao movimento dialético histórico infinito. Neste contexto, não se circunscreve aos titulares da soberania do Estado, mas a todos aqueles que compõem a sua compleição histórica. Sob este viés, todos os membros da comunidade, politicamente organizada em estamentos, onde dar-se-ão as sucessivas mediações da vontade, são sujeitos de direitos e deveres e, portanto, credores das mesmas ações estatais e comunitárias para a sua implementação, proteção e promoção. Tal contexto nos remete à diferenciação, em Hegel, entre *vulgus* e *populus*, conforme traz à liça Bobbio, ob. cit., p. 99: “ (...) o Estado de Hegel não é um estado de indivíduos, mas um Estado estamental. (...) Basta recordar uma passagem famosa da *Encyklopädie*: “o agregado de indivíduos privados costuma muitas vezes ser chamado de povo, mas considerado tal agregado com tal, tem-se *vulgus*, não *populus*; sob este aspecto, o único escopo do Estado é que um povo não venha à existência, ao poder e à ação, enquanto for agregado”, mas, precisamente, quando estiver articulado em estamentos, que são os “momentos orgânicos” da sociedade civil.”

movimento contínuo da revelação da vontade geral¹¹³, da idéia reguladora da liberdade e, por conseguinte e antecedentemente, do valor-fonte que lhe é subjacente.

¹¹³Reporta-se o leitor à explicitação semântica da locução ora empregada, o que foi procedido no início deste capítulo

CONCLUSÃO

A forma pela qual a legitimidade ministerial para a defesa dos direitos individuais homogêneos foi abordada no presente ensaio, mais que mera idiosincrasia, procura, sem qualquer pretensão de formar *escol*, questionar o ponto de encontro das correntes doutrinário-jurisprudenciais que, de um lado negam, de outro admitem, mas restritamente, esteja o Ministério Público legitimado.

A legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos é *mediata*, e não imediata, como sinaliza o entendimento majoritário.

A afirmação põe a questão num molde que, *s.m.j.*, desfalece, no desabrochar, as hoje renitentes críticas que, no ápice, preconizam o Órgão Ministerial como usurpador de competências.

A assertiva tem por sucedâneo o fenômeno da bidimensionalidade dos direitos fundamentais.

O Ministério Público, enquanto guardião do Estado democrático de direito, labuta, imediatamente, pela proteção da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que contempla de um agir ou de um abster dirigido aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública, em prol da sua efetividade, sem menoscabo da eficácia horizontal que atinge os particulares.

Contudo, porque os direitos fundamentais não prescindem da sua dimensão subjetiva -- o Homem-indivíduo ou o Homem-grupo --- a

atuação ministerial a atingir, também, reflexa e mediatamente, incidindo o patrocínio, sempre indireto, dos interesses individuais homogêneos e/ou dos essencialmente coletivos, enquanto amostragem dos efeitos concretos que o agir, quando proibido, e/ou o abster, marcaram na perspectiva jurídico-positiva.

Nesse norte, o agir ministerial estará sempre voltado para a defesa do interesse, subjetivamente *difuso*, que impõe o respeito aos primados do Estado democrático de direito, só atingido pela efetividade dos Direitos Fundamentais.

Diante desta fisionomia, os argumentos encapsulares, fulcrados na disponibilidade e na divisibilidade dos direitos subjetivos, despontam equivocados, *data maxima venia*, por procurar na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais a fonte da legitimidade que tem *telus* no interesse social inerente à proteção da dimensão objetiva e seus efeitos jurídicos autônomos e transcendentais. É nela que se encontrarão as respostas.

A legitimidade ministerial, nesta instância, decorre do próprio sistema constitucional que identifica o Órgão como guardião da democracia substancial, assentada pelos princípios político-constitucionais inscritos pelo Poder Constituinte Originário (artigo 127, *caput*, em combinação com o 1º, da Magna Carta de 1988).

Dest'arte, o Ministério Público não defende interesses de grupos de indivíduos, mas finaliza, numa visão mais altiva, proteger o interesse de todos em ver os poderes constituídos agirem conforme as determinações do Poder Constituinte, par e passo à vinculação mediata dos particulares aos direitos fundamentais.

O mais são reflexos, inevitáveis, decorrentes da indissociabilidade das dimensões dos direitos fundamentais. As rotulações impedem, muitas vezes, a visualização do conteúdo.

A Ação Civil Pública, hoje --- porque redimensionada pela

constatação do equívoco que a dirigiu, inicialmente, a um universo estanque de hipóteses de incidência --- serve à proteção de *qualquer* interesse difuso ou coletivo, *ex vi* do artigo 1º, IV, da Lei de regência.

Consoante se pretendeu demonstrar no curso deste ensaio, a atuação ministerial, enquanto guardião do Estado democrático de direito, fulcra-se na defesa do interesse difuso do povo (genuínos titulares do Poder Estatal) em ver concretizados os primados por ele inseridos no Documento Fundamental.

Dessarte, inobstante e apesar da inevitável inter-relação que esse assuma com o interesse subjetivo de um grupo acidental de indivíduos ou de indivíduos organizados em grupos --- que, por *fas ou nefas*, figuram como grupo-amostragem da infringência aos postulados da democracia substancial, --- é aquele (o interesse difuso), e não este (o interesse subjetivo), o fim, a meta, a razão de ser do agir do Órgão.

Assim, em exaustão, o que verdadeiramente move o Órgão Ministerial é o interesse do povo, o interesse social previsto no caput do artigo 127 do Documento Maior, enquanto tal e para a finalidade supra; não, como querem fazer crer muitos, o inverso.

Nesta linha, o instrumento é perfeito.

Importante registrar, ainda, nos prelúdios das teorizações acerca da Lei da Ação Civil Pública, afirmara Galeno Lacerda, depois de se reportar ao ideário de Ada Grinover, acerca do projeto de sua lavra¹, seria o Ministério Público inadequado para assumir a legitimidade para a defesa exclusiva² dos interesses difusos, não fosse pela sua inadequação em defender interesses de grupos, nem pela sua estreita ligação com o

¹que restou vencido pelo apresentado pelo Ministério Público de São Paulo.

²conforme cogitado por Ada, na seguinte passagem, colacionada por Galeno no bojo de sua Conferência:“(...) ‘As alternativas de legitimação para agir na tutela jurisdicional dos interesses difusos são as seguintes: atribuir a legitimação a todos os membros da coletividade separadamente, (nesse projeto que eu vou apresentar, embora saiba das grandes restrições, eu ousou estender a ação popular também a todas as pessoas): atribuí-la exclusivamente aos representantes de grupos e associações(...); atribuí-la ao Ministério Público exclusivamente.(...)’. Revista do MP/RS, Ed. Especial, 1886, p. 18.

Executivo³, pela sua “falta de especialização em campos tão pouco tradicionais”.

No que concerne ao primeiro enfoque, sua superação decore do pluralismo político que acerca a questão, sendo o Ministério Público um dos co-legitimados a agir, muito embora não se negue, como foi aludido ao longo do trabalho que, ao contrário dos seus concorrentes, a legitimação ministerial é *in re ipsa* adequada, presunção que só pode ser afastada tópico-sistematicamente, à luz dos vetores vertidos no exame da sindicabilidade, objeto do controle jurisdicional manejado no fecho do terceiro capítulo.

Neste âmbito, seara do atuar ministerial, não há que se falar em defesa de interesses de grupos, enquanto tal considerados. E, buscando-se o centro do tema estudado, na defesa do Estado democrático de direito, o interesse, além de não se restringir a grupos, pertence todos.

No que respeita à estreita ligação que este agir possa manter com os interesses singulares ou com os dos singulares em grupos, já se anotou, inúmeras vezes neste trabalho, não influencia a tal ponto a fisionomia do *agire*, porque este se mantém reto, sempre atento ao interesse supervalente e continente àqueles, consoante se estudou.

A legitimação ministerial de que se trata, em objetivando a proteção imediata da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e mediata da perspectiva subjetiva, guarda sintonia com a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana, em sua dúplice significação. O Ministério Público age para a defesa do limite inalienável e irrenunciável da *dignitas* frente a ingerências ou omissões iníquas, superando as barreiras sócio-culturais que a fariam sucumbir às vicissitudes individuais e, simultaneamente, cumpre a tarefa imposta a si e aos

³veja-se que, à época --- 1985 --- o Ministério Público não tinha a fisionomia que tem hoje.

poderes do Estado de guiarem suas ações à efetividade do valor-fonte, à viabilização do seu pleno exercício, implantando condutas concretas e prospectivas orientadas por e para este escopo.

Outrossim, a *legitimatío ad causam* em revista verbaliza a defesa do direito à vida condigna não como titularidade do ser humano *de per se* considerado, mas como inserido numa comunidade ética em cada um de seus membros vê a sua dignidade no outro e simultaneamente em todos, de molde que o ultraje a cada um de seus pares projeta reverberações na universalidade. Nesta quadra, a solidariedade, a fraternidade, enquanto direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração, estão em última instância sendo defendidos em juízo quando qualquer dos atores sociais -- e não poderia ser diferente em relação ao paladino público por excelência -- reclama a proteção aos direitos fundamentais, sustentáculo do Estado democrático e social de direito, que tem na dignidade da pessoa humana o seu ápice axiológico-normativo, tal qual o aspira a sociedade brasileira.

Neste diapasão, esta titularidade difusa, inerente aos direitos de terceira geração, encontra-se superada e guardada na dimensão jurídico-positiva dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões e, nesta perspectiva e por esta razão, é transcendente ao interesse ou à repercussão individual, produzindo efeitos jurídicos autônomos.

Quanto ao segundo óbice apontado pelo ilustre Professor, o argumento envelheceu, tendo em vista a nova realidade constitucional que acerca a Instituição, que a põe na berlinda com um perfil de aguda crítica aos poderes constituídos, mormente ao Executivo. Tal atitude inclusive semeou a cultura da mordaza e da pretensa limitação do espectro de atuação, sob o apanágio do abuso, que deve ser evidentemente combatido, mas não em prejuízo da cidadania, com a restrição dos meios que são colocados à disposição da conformação

jurídica dos direitos fundamentais, notadamente os seus núcleos essenciais.

No pertinente à última preocupação do respeitado doutrinador, foi brilhantemente minorada por Sérgio Gilberto Porto, no contexto da própria Conferência⁴. Ademais, a realidade hodierna demonstra exatamente o contrário, porque a especialização funcional do Órgão-Agente é uma constante em sua evolução histórica desde os albores da Magna Carta de 1215. Tal circunstância, expressamente reconhecida por Cappelletti – como visto nos tópicos de direito comparado –, apartou das suas considerações de repúdio à legitimidade ministerial para a defesa coletiva, a Instituição brasileira, porque ativa e racionalmente voltada para a consecução das tarefas que lhe foram acometidas pela vontade geral estampada no Documento Maior.

Diante deste contexto, quadra referir que a postura do Estado-Juiz, no exercício do controle da legitimidade ministerial nesta seara, deve ser responsável e adequada aos ditames constitucionais e à idéia reguladora que lhe subjaz. Afinal, racionalizar o acesso à jurisdição é tarefa acometida ao Poder Judiciário, não exclusiva, mas precipuamente. Lapidar esta nova fisionomia obviará nova demanda pela efetividade, cujo descompasso não mais poderá ser explicado sob o apanágio do crescimento geométrico das demandas. Agir neste escopo assegurará a conquista da maioria no cenário democrático, pelo cômico exercício da responsabilidade social e política exigidas pela

⁴(...)O segundo registro que eu gostaria de fazer diz respeito à lição, ou a doutrina, trazida aqui, neste noite, da doutora Ada Pellegrini Grinover, quando refere, vamos dizer assim, a inadequação do Ministério Público para patrocinar, quem sabe com exclusividade, estas ações civis públicas agora instituídas para a tutela dos chamados interesses difusos. Eu penso que a origem desta colocação da professora Ada esteja nas lições do professor Mauro Cappelletti, que também se refere ao Ministério Público desta forma. (...) No entanto, o professor Mauro Cappelletti, que me parece a fonte da professora Ada e que, nas suas manifestações, leva por base esse estudo de Vigoritti, ele, no ano passado, quando esteve aqui, ao fazer a sua conferência sobre a tutela dos interesses difusos, não sei se por cortesia, a verdade é que ele excepcionou o seu posicionamento com relação ao Ministério Público brasileiro. E nessa conferência do professor Cappelletti, onde ele exclui dessas suas considerações com base nos estudos de Vigoritti a posição do Ministério Público brasileiro, ele diferencia o Ministério Público brasileiro, em especial o gaúcho, do italiano. Então, ele reconsidera, de certa

investidura; a participação maiúscula deste Poder na conformação dos direitos fundamentais, para o que devem ser justicializados formal e materialmente, conduzirá à superação da crise hoje assentada no descrédito.

Importante pontuar que a posição conservadora hoje reinante em nossos Pretórios – no que concerne à *legitimatío* de que se trata – se me entremostra mais preocupante que a própria relativização da coisa julgada, que tem sido admitida com reservas, somente em situações excepcionalíssimas⁵.

Ao prestigiar as iniciativas de minoração despudorada do espectro da legitimidade ministerial, internalizadas pelas segunda e quarta ondas de relativização da garantia constitucional (artigo 16 e artigo 1º, parágrafo 1º da LACP), verbalizadas por lei em sentido formal-material e por ato quase-legislativo, respectivamente, o Estado-Juiz está a impedir a discussão de fundo, inibindo a formação da coisa julgada em contrariedade com a Constituição e com a idéia reguladora que lhe é antecedente, arrefecendo a pacificação racional da ordem social, a que serve a ordem jurídica.

Atentando-se para a racionalidade da tutela coletiva, a vulgarização da ilegitimidade ministerial na seara dos individuais homogêneos, espécie mais corriqueira de transindividualidade (ainda que instrumental), conforma franco e ordinário descumprimento do dever de proteção dos direitos fundamentais, mitiga a garantia da justicialidade, pois diminui o alcance da concreção jurídico-criativa e, por conseqüência, do Estado jurisdicional.

Nesta feita, a legitimidade ministerial para a defesa coletiva mediata dos individuais homogêneos guarda íntima e indissociável relação com a justiciabilidade dos direitos fundamentais; seu

forma, esse seu ponto de vista. (...)”. Revista do MP/RS, Ed. Especial, 1886, p. 26

⁵ sem olvidar que, na doutrina, já há escol pela larga utilização do fenômeno.

arrefecimento macula a implementação do Estado democrático e social de direito, arranha a cidadania como “direito a ter direitos intangíveis”⁶ e a própria soberania popular.

Por isso, é cláusula pétrea implícita, decorrente da combinação do artigo 60, parágrafo 4º, II e IV e do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, da Magna Carta.

Não se olvida que o ideário hegeliano, que serviu como referencial teórico para a sinalização da fundamentação filosófica da *legitimatío* de que se trata, tem por pano de fundo uma sociedade civil que respira a cultura do associativismo.

A sociedade brasileira, ao revés, está em processo de organização ainda incipiente, marcado pelas grandes discrepâncias sócio-econômico-culturais vívidas em seu território continental, que congrega milhões de excluídos, desassistidos em suas mais elementares necessidades, os quais impescindem da atuação do paladino público para acessar a jurisdição e ver coloridos de efetividade os seus direitos fundamentais.

A questão é mais aguda na seara dos direitos individuais que, por questões acidentais, coletivizam-se apenas e tão somente para o escopo da tutela racional. É inerente a tal acidente a ausência de organização social prévia à eleição de um articulador do grupo, gerando a apatia da defesa coletiva e o recorrente abandono da defesa individual da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais em causa, numa ótica da relação custo-benefício, placitando por via reversa a desproteção à dimensão objetiva destes mesmos direitos, lesados homogeneamente, o que não se pode admitir sob o pálio de um Estado que tem a democracia fundamental, fulcrada na dignidade para pessoa humana, como dever-ser.

A eleição foi, pois, proposital: uma autêntica opção dialética.

⁶ Dição de Juarez Freitas, passagem já mencionada no texto.

Partindo-se da realidade alemã como tese e da brasileira como antítese, procura-se demonstrar que a legitimidade ministerial é necessária -- mas não excludente a dos demais co-legitimados -- à transposição das barreiras do acesso à jurisdição, norte na conformação da democracia substancial.

Em alegoria, a tutela coletiva dos individuais homogêneos pelo Ministério Público funciona como uma lanterna na escuridão, é pedagógica: abre caminho para que o pluralismo político possa avançar na mesma senda, fazendo com que no futuro, com a conquista paulatina da idéia fundamental da liberdade, a própria sociedade competentemente organizada, e até mesmo por apenas um dos seus integrantes, num exemplo da excelência da filosofia da identidade, possa reivindicar a proteção de seus mais caros valores, abrindo mão da tutoria da cidadania⁷, hoje sob o encargo -- de forma alguma exclusivo, mas incisivo -- do Órgão-Agente, por inscrição constitucional.

Postas estas questões, espera-se que este ensaio, de forma ou outra, contribua para o debate desta intrincada temática da legitimidade ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

⁷Em sua acepção alargada, como “direito de ter direitos intangíveis” (Juarez Freitas), fonte já mencionada no corpo do trabalho

REFERÊNCIAS E OBRAS CONSULTADAS

- AARNIO, Aulis. La Tesis de La Única Respuesta Correcta Y El Principio Regulatorio Del Razonamiento Jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho**. [S.l.]: [S.ed.], n.8, p. 23/38, 1990.
- _____. **Lo Racional como Razonable: Un Tratado sobre la Justificación Jurídica**. Madrid: [S.ed.], 1991.
- ALVAREZ, Anselmo Prieto; e Novaes Filho, Wladimir. **A Constituição dos EUA: anotada**. 1ª edição. São Paulo: LTr Editora, 2001.
- ALVES, Gláucia. Sobre a Dignidade da Pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Subjetivo, Pretensão e Ação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 47, p. 109-123, jun.-set. 1987.
- ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Principio Jurídicos Y Razón Práctica, **Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho**. [S.l.]: [S.ed.], n.5, p. 139/151, 1988.
- _____. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos, 2002.
- AMORIM, Manoel Carpena. Os Direitos Humanos à Vida e à Liberdade e Suas Garantias Constitucionais no Brasil, **Revista da ESMESC**, Florianópolis, ano 4, vol. 4, p. 93-111.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 564-575, 1992, vol. 2.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. In: Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 2000, p. 93/94
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para Agir no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ASSIS, Araken de. Benefício da Gratuidade. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 73, p. 162-200, julho 1998.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. 2ª ed. Madrid: [S.ed.], 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ÁVILA, Humberto Bergmann . **Medida Provisória na Constituição de**

1988. Porto Alegre: SAFE, 1997.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado.** 40.ed. São Paulo: Globo, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol. I.

BARRAL, Welber . Notas Sobre a Ação Civil Pública em Matéria Tributária. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 80, p.151-3, out-dez.1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos (et al). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1993.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas Perspectivas da Utilização da Ação Civil Pública e da Ação Popular no Controle Concreto de Constitucionalidade.** Disponível na internet em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4484>, acesso em 21/06/2006

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia - Uma Defesa das Regras do Jogo.** 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** Trad. Alfredo Fait, Brasília: Edunb, 1992.

_____. **Estudos Sobre Hegel.** Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales.** Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997

BUENO, Cássio Scarpinella. As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n.82, p. 92-151, abr.-jun.1996.

CALIENDO, Paulo. *Da Justiça Fiscal. Conceito e Aplicação.* **Revista Bimestral Interesse Público Da Justiça Fiscal Conceito e Aplicação**, São Paulo, n. 29, p. 159-196 , jan-fev.2005.

CAMPOS Júnior, Ephraim de. **Substituição Processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo Para a Compreensão das Normas Constitucionais.** Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

_____. **Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1988

_____. Rever ou Romper Com a Constituição Dirigente? Defesa de Um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 15, abr.jun. 1996, p. 07/17.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

_____. Appunti Sulla Tutela Giurisdizionale di Interessi Collettivi o Diffusi. In: **Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi: Atti Del Convegno di Studio.** Pádua: Cedam, 1976.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil.** Trad. Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo Y Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, vol. 2.

CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafstabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As Garantias do Cidadão no Processo Civil. Relações entre Constituição e Processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASSALES, Luíza Dias . Ação Civil Pública. **Revista da AJUFE**, São Paulo, n. 48, p. 40-8, jan.-fev. 1996.

CLÉVER, Clémerson Merlin . O Ministério Público e a Reforma Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.692, p. 21-30, jun. 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. In: BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio (org.). **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 57-8, 1981, p. 233 e seguintes

CRETELLA Júnior, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991-1994, Vol. VI, p. 3288-3335.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O Estado de Direito e as Medidas Provisórias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 654, p. 239-244, abr. 1990.

DELGADO, José Augusto. O Contrato no Código Civil e a sua Função Social. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 232, p. 07-28, ago.2004.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas Provisórias - Sua Absoluta

- Inadequação à Instituição e Majoração de Tributos. **A Folha Médica**, São Paulo, v.45, p. 130-142, 1989.
- DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o Conceito de Pretensão. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 35, p. 84-96, nov.1985.
- DÍAZ, Elias. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 9.ed.Madrid: Taurus, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sílvia. **Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Problemas del Derecho Público al Comienzo de Siglo**. Madrid: Civitas, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FAGUNDES, Seabra. **Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FARIA, José Eduardo (org.) **Direito e Justiça, a Função Social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1997.
- FARIAS, Paulo José Leite. **Ação Civil Pública e a Possibilidade do Controle de Constitucionalidade**, disponível na internet em : <http://www1.jus.com.br/doutrina>, acesso em 22/06/2005.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Saraiva: 1992.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **A Legitimidade do Ministério Público como Forma de Garantir o Acesso à Justiça**, acessível em <http://www1.jus.com.br/doutrina>, acesso em 15/06/2005.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico**. 14.ed.Porto Alegre:[S.ed.], 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. Sobre o Círculo da Compreensão. In: **Hermenêutica Filosófica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Coleção Filosofia, 117).
- GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional Coletiva dos Direitos dos Idosos**. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 07/06/2006.
- GRAU, Eros Roberto. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 658, p. 240-242, ago.1990.
- _____. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1990.
- _____. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: Algumas Notas, **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 5, p. 183 e seguintes.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A ação Popular Portuguesa: Uma Análise Comparativa. In:_____. A Marcha do Processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 6ªed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HEGEL, G.W. Friedrich. **Princípios de La Filosofía Del Derecho o Derecho Natural y Ciência Política**. Trad. Juan Luis Vermal. Barcelona: Edhasa, 1988.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: A Necessidade do Debate "Procedimentalismo Versus Substancialismo", **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 57, jan-abr/2006, p. 23-44.

HUNGRIA, Nelson. Os Crimes contra a Economia Popular e o Intervencionismo do Estado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 79, p. 37-40, jun.1939.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1987.

_____. **A finalidade do Direito**. Trad. José Antônio Faria Corrêa. Rio de Janeiro: Rio, 1979, v. I.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2002

_____. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Rodolfo Schaefer, São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LACERDA, Galeno. Ação Civil Pública, **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ed. Especial, p. 11-33, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do Estado Federado ante a Globalização Econômica.. **Revista de informação legislativa**, n. 151, p. 95-108, ano 38, jul.-set. 2001.

LOPARIC, Zeljko. O Fato da Razão Uma Interpretação Semântica. **Revista Analytica**, Volume 4, n.1, 1999, p. 13-55.

MACHADO, Hugo de Brito. O Ministério Público e os Direitos Individuais Homogêneos, **Repertório IOB**, Caderno n.º 3 – Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo, artigo n.º 12437, p. 324-323, 2ª quinzena de setembro 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 2ª ed. São Paulo:

- Revista dos Tribunais, 1992.
- MARMOR, Andrei. La Teoría de La Interpretación de Dworkin. In: _____ . **Interpretación e Teoría Del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 55-86.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Mercado e Solidariedade Social. In: _____. **Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MAURER, Hartmut. **Manuel Droit Administratif Allemand: Allgemeines Verwaltungsrecht**. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 125/155
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 137, p. 255/65, jan.-mar. 1998.
- _____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Temas Atuais de Direito Processual Civil).
- _____. **O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual**. Disponível na internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 09/06/2006.
- MILARÉ, Édis. **A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____.(coord.). **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, Tomo I.
- _____. **Tratado das Ações**. Tomo 1. Atualização Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 46/74
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, Tomo III.
- MIRANDA, Jorge. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. 2ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. Volume IV. 2ª

ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos humanos**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 404, p.9-18, jun.1969.

_____. Aula Inaugural. In: SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. **Discurso de posse no Cargo de Procurador-Geral da República, Brasília**, 30,jun.2005, disponível na internet em www.juristas.com.br/noticias, acesso em 27/07/2006.

MUA, Cíntia Teresinha Burhalde. **O MP na Defesa dos Individuais Homogêneos**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

NALIN, Paulo. Economia, Mercado e Dignidade do Sujeito. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira Et. al. (org.). **Diálogos Sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Do contrato: Conceito Pós-moderno em Busca de Sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY Júnior, Nelson. O Ministério Público e as Ações Coletivas. In: _____. A Ação Civil Pública. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 11,n.31, p. 114-124, jul.1984.

_____. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 2ª ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

_____. O Juiz Natural Do Direito Processual Civil Comunitário Europeu, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 101, p. 01-132, mês.ano.

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social de Democrático de Direito**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Juarez de (coord). **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. Saraiva: São Paulo, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Editora Tecnos, 1995

PINTO, Paulo Mota. Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Código Civil Brasileiro, **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 96, dez.2004, p. 407/437.

POPPER, Karl Raimund. **El Desarrollo Del Conocimiento Científico Conjeturas y Refutaciones**. Buenos Aires: Paidós, 1984, p. 360/387

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria

do Advogado, 1997.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre o Ministério Público no Processo Não-Criminal**. 2.ed.Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

_____. (org.). **As Garantias do Cidadão no Processo Civil – Relações entre Constituição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Segurança Jurídica dos Atos Jurisdicionais e Relativização da Coisa Julgada**. Porto Alegre, PUCRS, inédito, Monografia (Constituição e Direitos Fundamentais, Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet), Faculdade de Direito, Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, segundo semestre de 2004. PRUDENTE, Antônio de Souza. **Legitimação Constitucional do Ministério Público para Ação Civil Pública em Matéria Tributária na Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo12.htm>. Acesso em: 15/06/2005.

REALE, Miguel. **O Projeto do Código Civil: Situação Atual e Problemas Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REINALDO Filho, Demócrito Ramos. **Juízo arbitral**. Trabalho disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/juridi5.htm>> Acesso em: 30 agosto. 2003

RIBEIRO, Darci Guimarães. O Sobreprincípio da Boa-fé Processual como Decorrente do Comportamento da Parte em Juízo. Genesis. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 9, n. 32, p. 239-255, 2004.

RICHE, Flávio Elias. **O Método Concretista da "Constituição Aberta" de Peter Häberle**. Disponível em: <http://www.geocities.com/flavioriche/haberle.html>. Acesso em: 04/07/2005.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SANDEL, Michel J. **El Liberalismo Y Los Limites de La Justicia**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 91-134.

SANTOS, Boaventura Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1997.

SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 10, p. 9-37, abr.-jun. 2002.

_____. A função social do contrato, **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.13, p. 99-111, jan.-mar.1993

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 .

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 455

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição**.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. A Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.212, p. 89-94, abr.-jun. 1998.

SILVA, Justino Adriano Farias da. Ação Civil Pública - Interesses Individuais Homogêneos, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 31, p. 330-343, out.-dez. 1996.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: SAFE, 3ª ed.,1996, vol.I .

_____; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano- Canônica**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SPAGNOLO, Juliano. A garantia do Juiz Natural e a nova redação do art. 253 do Código de Processo Civil (Lei 10.358/01). In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TÁCITO, Caio . Medidas Provisórias na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 90, p.50-56, abr.-jun. 1989.

TEPEDINO, Gustavo. A Teoria da Interpretação Jurídica de Emílio Betti. Dos Métodos Interpretativos à Teoria Hermenêutica, **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 51/79, 2001.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 25-30.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e Processo - Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Juiz Natural e Competência em Tribunal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 576, p. 07-107, out. 1983.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a Nova Disciplina da Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 745, p. 67-72, nov. 1997.

WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: Legitimação para Agir. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 34, p. 197-206, abr.-jun. 1984.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. (Coleção Filosofia, 87).

_____. **Hegel: Liberdade, Estado e História**. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. O Estado Ético. **Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, volume 25, Ano XXIV, p. 9-28, 1º semestre de 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. **Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil**, São Paulo, Ano 10, n. 48, p. 7/21, jan-fev.1996.

_____. O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 117, p.173-186, jan. 1993.

ZINN, Rafael Wainstein. O Contrato em Perspetiva Principlológica. In: **Estudos de Direito Civil-constitucional**. ARONNE, Ricardo (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v.1.

ANEXOS

ANEXO A - PROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS
PARA IBERO-AMÉRICA

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL
PROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-
AMÉRICA

Aprovado pela Comissão de Revisão:- Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Anibal Quiroga León; Antonio Gidi; Enrique M. Falcon; José Luiz Vázquez Sotelo; Kazuo Watanabe; Ramiro Bejarano Guzmán; Roberto Berizonce; Sergio Artavia.

Revisão da Redação: Angel Landoni Sosa

Capítulo I – Disposições gerais

Art 1o. Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Art 2o. Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1o. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par.2o. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

(suprimir: d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;)

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Par. 3o – O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4o do artigo 3o.

Art. 3o. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

VII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

VIII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

Par. 1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2o. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 3o. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par.4o. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par.5o. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Capítulo II – Dos provimentos jurisdicionais

Art. 4o. Efetividade da tutela jurisdicional - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 5o. Tutela jurisdicional antecipada - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

I - haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

Par. 1o. Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.

Par. 2o. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

Par. 3o. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Par. 4o. Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

Art. 6o. Obrigações de fazer e não fazer - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Par. 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Par. 2o. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Par. 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Par. 4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Par. 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 7o. Obrigações de dar - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 8o . Ação indenizatória - Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Par. 1o . O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;

Par. 2o. O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

Par.3o . Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Par. 4o. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas;

Par. 5o. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

Capítulo III – Dos processos coletivos em geral

Art. 9o . Competência territorial - É competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 10. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

Par. 1o. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

Par. 2o. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

Art. 11. Audiência preliminar - Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Par.1o. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Par. 2o - A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

Par.3o. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Par. 4o. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Par. 5o. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1o do artigo 12.

Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por

meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1o. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2o – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3o - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art.13. Julgamento antecipado do mérito - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.

Art. 14. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória - Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor promova a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 15. Custas e honorários - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1o. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 2o. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

Par. 3o- Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Par. 4o. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 16. Prioridade de processamento - O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Art. 17. Interrupção da prescrição - A citação válida para ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art.18. Efeitos da apelação – A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art.19. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

Par.1o – A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

Par.2o – A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

Par.3o – A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IV – Da ação coletiva para a defesa

de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art 20. Ação coletiva de responsabilidade civil - Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art.4o), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Parágrafo único. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, o juiz poderá determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 21. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.

Par. 1o – Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no caput deste artigo.

Par. 2o – Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.

Par. 3o -. Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 22. Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Par. 1o . Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

Par. 2o . Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par.3o - O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a

fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Art. 23. Liquidação e execução individuais - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva.

Parágrafo único. Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art 24. Execução coletiva - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados à ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Parágrafo único. A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência, ou não, do trânsito em julgado.

Art. 25. Do pagamento. O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.

Artigo 26. Competência para a execução. É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art 27. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano,

poderão os legitimados do artigo 3o promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

Parágrafo único. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento.

(Suprimir - Par. 2o. Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.)

Art 28. Concurso de créditos - Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 6o e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da

importância recolhida ao fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Par. 2o. O produto da indenização reverterá para o fundo previsto no artigo 6o.

Capítulo V – Da conexão, da litispendência e da coisa julgada

Art. 29. Conexão - Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Art. 30. Litispendência - A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

Art. 31. Relação entre ação coletiva e ações individuais - A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 33) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

Parágrafo único – Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso da demanda individual ser rejeitada.

Art. 32 . Conversão de ações individuais em ação coletiva. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Art. 33. Coisa julgada - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1o. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.

Par. 2º - Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

Par. 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

Par. 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes.

Art. 34. Relações jurídicas continuativas - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

Capítulo VI – Da ação coletiva passiva

Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

Art. 36 –Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará erga omnes no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia erga omnes, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Art. 38 – Aplicação complementar às ações passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

Capítulo VII – Disposições finais

Art. 39. Princípios de interpretação - Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 40. Especialização dos magistrados - Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

Art. 41. Aplicação subsidiárias das normas processuais gerais e especiais - Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

ANEXO B - ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS
COLETIVOS

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

APRESENTAÇÃO DO ANTEPROJETO ELABORADO EM CONJUNTO NOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ) E DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ (UNESA)

PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Capítulo I – Da tutela coletiva

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 2º. Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

Seção I – Do órgão judiciário

Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

Redação aprovada na UNESA: Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 4º. Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

Art. 5º. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.

Art. 6º. Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Seção II – Da litispendência e da continência

Art. 7º. Litispendência e continência A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3º. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

Seção III – Das condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa

Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

- a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
- e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º. do artigo seguinte.

Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;

VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2º. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta

Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Art.11 Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2º. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3º. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4º. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 12 Compromisso de ajustamento de conduta O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se

assim requererem as partes.

Parágrafo único – Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

Capítulo IV – Da postulação

Art. 13 Custas e honorários Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 1º. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 2º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 3º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§ 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 14 Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado, sem prejuízo das prerrogativas do Ministério Público, poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação coletiva.

§ 2º. Somente nos casos em que o sigilo for exigido para a defesa da intimidade ou do interesse social poderá ser negada a certidão ou informação.

§ 3º. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

Art. 15 Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

Art 16 Contraditório para as medidas antecipatórias Para a concessão de liminar ou de tutela antecipada nas ações coletivas, o juiz poderá ouvir, se entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida, a parte contrária, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 17 Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art. 18 Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para esse, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte.

Capítulo V – Da prova

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por

meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Capítulo VI – Do julgamento, do recurso e da coisa julgada

Art. 20 Motivação das decisões judiciais Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 21 Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 22 Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1º. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Capítulo VII – Das obrigações específicas

Art. 23 Obrigações de fazer e não fazer Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

§ 4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 24 Obrigações de dar Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 25 Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório

das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para completar as medidas determinadas na decisão judicial.

§ 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos parágrafos 2º. e 3º. o disposto no parágrafo 2º. do artigo 29.

Capítulo VIII – Da liquidação e da execução

Art. 26 Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coletiva promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 27 Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º. A execução provisória não impede a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Art. 28 Cadastro nacional de processos coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2º. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29 Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão

necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1º. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2º. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

PARTE II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 30 Da ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art.8º. deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Art. 31 Determinação dos interessados A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação dos membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 32 Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

§ 2º. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça,

por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 33 Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

§ 4º. Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo.

§ 5º. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

Art. 34 Assistência Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 35 Efeitos da transação As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

Art. 36 Sentença condenatória Sempre que possível, em caso de procedência do pedido, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

§ 2º. Não sendo possível a prolação de sentença coletiva líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 37 Competência para a liquidação e a execução É competente para a liquidação e a execução o juízo:

I – da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução;

II – do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

Art. 38 Liquidação e execução coletivas Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas pelos legitimados à ação coletiva.

Art. 39 Pagamento Quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário; os respectivos saques, sem expedição de alvará, reger-se-ão pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários e estarão sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte, nos termos da lei.

Art. 40 Liquidação e execução individuais Quando não for possível a liquidação coletiva, a fixação dos danos e respectiva execução poderão ser promovidas individualmente.

§ 1º. Na liquidação de sentença, caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º. Decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido promovido um número de liquidações individuais compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida pelos danos causados, hipótese em que:

I – O prazo previsto neste parágrafo prevalece sobre os prazos prescricionais aplicáveis à execução da sentença;

II – O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento;

III – Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

Art. 41 Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 25 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará suspensa enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 42 Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43 Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44 Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

Art. 45 Cabimento Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 2º.).

Art. 46 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.

Capítulo II – Do mandado de injunção coletivo

Art. 47 Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 48 Competência É competente para processar e julgar o mandado de injunção coletivo:

I - o Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for

atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único – Compete também ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

II - o Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

III - O Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Governador, Assembléia Legislativa, Tribunal de Contas local, do próprio Tribunal de Justiça, de órgão, entidade ou autoridades estadual ou distrital, da administração direta ou indireta.

Art. 49 Legitimação passiva O mandado de injunção coletivo será impetrado, em litisconsórcio obrigatório, em face da autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora; e ainda da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relativos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 50 Edição superveniente da norma regulamentadora Se a norma regulamentadora for editada no curso do mandado de injunção coletivo, o órgão jurisdicional apurará acerca da existência ainda de matéria não regulada, referente a efeitos pretéritos do dispositivo constitucional tardiamente regulado, prosseguindo, se for a hipótese, para julgamento da parte remanescente.

§ 1º Dispondo a norma regulamentadora editada no curso do mandado de injunção coletivo inclusive quanto ao período em que se verificara a omissão legislativa constitucionalmente relevante, o processo será extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, ficando o autor coletivo dispensando do pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios.

§ 2º A norma regulamentadora, editada após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, respeitará os efeitos de eventual decisão judicial provisória ou definitiva proferida, mas será aplicada às projeções futuras da relação jurídica objeto de apreciação jurisdicional.

Art. 51 Sentença A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo:

I – comunicará a caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para a adoção, no prazo que fixar, das providências necessárias;

II – formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

§ 1º A parcela do dispositivo que se revista do conteúdo previsto no inciso II se prolata sob condição suspensiva, a saber, transcurso *in albis* do prazo assinalado a teor do inciso I, para superação da omissão legislativa constitucionalmente relevante reconhecida como havida.

§ 2º Na sentença, o juiz poderá fixar multa diária para o réu que incida, eventualmente, em descumprimento da norma regulamentadora aplicada ao caso concreto, independentemente do pedido do autor.

Art. 52 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de injunção coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), quando compatível.

Capítulo III – Da ação popular

Art. 53 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

Capítulo IV – Da ação de improbidade administrativa

Art. 54 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação de improbidade administrativa o disposto na lei 8429/92, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 55 Princípios de interpretação Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 56 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 57 Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

- a) o inciso VIII do artigo 6º. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:

art. 6º. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

- b) o artigo 80 da lei 10741/2003 passa a ter a seguinte redação:

art. 80 – as ações individuais movidas pelo idoso poderão ser propostas no foro do seu domicílio.

Art. 58 Revogação Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 59 Instalação dos órgãos especializados A União, no prazo de um ano, a contar da publicação deste código, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 60 Vigência Este código entrará em vigor dentro de um ano a contar de sua publicação.

ANEXO C – ARESTOS

ANEXO C1 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 163231-3/SP
EMENTA E ACÓRDÃO
VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 29.06.2001
EMENTÁRIO Nº 2 0 3 7 - 4

737

184

26/02/97

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 163231-3 SAO PAULO

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA
RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO
RECORRIDO: ASSOCIACAO NOTRE DAME DE EDUCACAO E CULTURA
ADVOGADO: EDEGAR SEBASTIAO TOMAZINI E OUTROS

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros **interesses difusos e coletivos** (CF, art. 129, I e III).

3. **Interesses difusos** são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e **coletivos** aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1. A **indeterminidade** é a característica fundamental dos **interesses difusos** e a **determinidade** a daqueles interesses que envolvem os **coletivos**.

4. Direitos ou interesses **homogêneos** são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de **direitos coletivos**.

4.1. Quer se afirme **interesses coletivos** ou particularmente **interesses homogêneos**, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo **coletivos**, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.




Imprensa Nacional

Supremo Tribunal Federal

385

738

RE N° 163231-3/SP

5. As chamadas *mensalidades escolares*, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam *interesses homogêneos de origem comum*, são subespécies de *interesses coletivos*, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

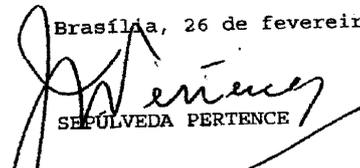
5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como *dever do Estado e obrigação de todos* (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos *interesses coletivos*, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Brasília, 26 de fevereiro de 1997.


 SEPÚLVEDA PERTENCE

PRESIDENTE


 MAURÍCIO CORRÊA

RELATOR

RE N° 163231-3/SP

748

V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator): A matéria constante deste extraordinário está devidamente prequestionada de forma expressa e inequívoca, pois desde a postulação da inicial lastreou-se o pleito na faculdade outorgada ao Ministério Público para agir na proteção dos interesses coletivos, a que se refere o artigo 129, III, da Constituição Federal. Tal fundamento constitucional foi objeto de análise na sentença, no aresto impugnado, além do que consignado nos embargos declaratórios interpostos. Foi o apelo, ademais, admitido pelo então 3° Vice-Presidente do Tribunal a quo.

2. O acórdão questionado, acolhendo preliminar suscitada no recurso de apelação manifestado pela recorrida, negou legitimidade ativa ao **Parquet** para a ação civil pública consistente em medida cautelar satisfativa de interesse de pais de alunos e dos próprios alunos de escolas particulares pagas, ajuizada com a finalidade de compelir a Associação Notre Dame de Educação e Cultura a adequar-se às normas de reajustes dos encargos educacionais legalmente fixados pela autoridade competente, no caso, pelo Conselho Estadual de Educação com base na Lei n° 8.030/90.

3. Como se viu do relatório, o mencionado acórdão recorrido não reconheceu ao **Parquet** a necessária legitimidade *ad causam* para a postulação da ação, porque em se tratando de mensalidades escolares poderiam elas ser objeto de irresignação de cada um dos interessados no respectivo aumento havido como ilegal, dado o caráter individual da obrigação, invadindo assim área de atuação profissional do advogado.



Supremo Tribunal Federal

154

RE N° 163231-3/SP

749

4. Com efeito, vem o Ministério Público cada vez mais se destacando na escalada da organização do Estado, sobretudo no campo da proteção dos interesses difusos e coletivos. Como ressalta JOSÉ AFONSO DA SILVA, (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª edição revista, 1996, Malheiros Editores, págs. 553/558), "a Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a lei n° 1.030, de 1890, já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como *órgão de cooperação nas atividades governamentais*. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*".

5. Resulta daí estarem as funções institucionais do Ministério Público relacionadas no art. 129, da Constituição, do qual emerge como *titular* da ação penal, da ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, *difusos e coletivos*, e da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

6. A ação civil pública, regulada pela Lei 7.347, de 24.7.1985, recebeu *status* constitucional no artigo 129 da Lei Magna de 1988, ao determinar que entre as funções institucionais do Ministério Público se insere a de "*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*".

7. Deixando de lado o exame histórico do aparecimento no ordenamento jurídico nacional da proteção estatal sobre esses direitos, verifico que a partir da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, os direitos *difusos e coletivos* passaram a integrar o complexo

Supremo Tribunal Federal

155

RE N° 163231-3/SP**750**

das funções do Ministério Público, como na hipótese dessa lei que assegurou ao Parquet, em seu artigo 1º, a respectiva defesa por meio desse rito processual, ao proclamar o inciso V desse dispositivo a viabilidade do procedimento "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

8. Posteriormente, com o advento da nova ordem constitucional, ficou expresso que dentre as competências do Ministério Público estariam aquelas pertinentes à promoção do "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" (CF, artigo 129, inciso III).

9. Restou ampliada a atuação do órgão ministerial para albergar esses interesses, consolidando-a ainda mais, ao determinar o Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 81, que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

"I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."



RE N° 163231-3/SP**751**

10. E no mais recente diploma acerca do tema, que é a Lei n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, veio o seu artigo 25, IV, a, dimensionar ainda mais o conceito do que é interesse coletivo, atribuindo ao Ministério Público a competência para a sua defesa.

11. Como se sabe o termo **difuso**, já do domínio público nos dias de hoje, não foi criado modernamente, visto que tem a sua origem na doutrina romanística. Vittorio Scialoja já se referia ao conceito de **difuso**, no século passado, ao mencionar que "direitos difusos, que não se concentram no povo considerado como entidade, mas que tem por próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade" (*Procedura Civile Romana*, Anonima Romana Editoriale, Roma 1932, parágrafo 69, pág. 345). Àquela ocasião, todavia, não se havia estabelecido a diferença entre direitos difusos e coletivos, não obstante alguns desses direitos sendo coletivos fossem rotulados implicitamente como difusos. Por isso mesmo Massimo Villone já houvesse concebido que interesse difuso é "uma personagem absolutamente misteriosa". (*La Colocazione Istituzionale dell'interesse difuso in La Tutela Degli Interessi Difusi nel Diritto Comparato*, Giufré, Milão, 1976, pág.73).

12. Hoje as fronteiras dos dois interesses estão definitivamente delimitadas, sendo difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica. Portanto, a **indeterminidade** seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a **determinidade** aqueles interesses que envolvem os coletivos.

13. Teori Albino Zavascky classifica esses direitos, sob o aspecto **subjetivo**, os **difusos** como transindividuais, como aqueles que não têm titular individual, sendo que a ligação entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância de fato; e os

Supremo Tribunal Federal

157

RE N° 163231-3/SP**752**

coletivos, também transindividuais, com determinação relativa de seus titulares, ou seja, que não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos nasce de uma relação jurídica-base. Definido o conceito dessa forma, seriam difusos, por exemplo, as vítimas do uso de um determinado remédio, que vendido a uma clientela indeterminada, fosse nocivo à saúde; e coletivos aqueles que, constituídos em grupos ou categorias, fossem objeto de certo ato que violasse direitos desses grupos ou categorias, razão pela qual Péricles Frade conceituou-os como aqueles que "têm como característica principal a ligação com o fenômeno associativo, dirigindo-se aos fins institucionais dos grupos". (Conceito de Interesses Difusos, RT, 2ª ed., pág. 39).

14. Nessa mesma esteira posiciona-se Édís Milaré:

"Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil - por se referirem a situações em diversos aspectos análogos - tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada mas determinável de pessoas. Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico dos interesses coletivos ausente nos interesses difusos". (Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, Saraiva, 1990, págs. 27/28).

15. Da mesma forma, apenas com fundamentação distinta, é a opinião de Alcides A. Munhoz da Cunha (A Evolução das Ações Coletivas no Brasil, Revista de Processo n° 77, págs. 224/235); Kazuo Watanabe (Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense, Forense, págs. 185/196) e tantos outros.



16. No entanto, ao editar-se o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu artigo 81, inciso III, uma outra subespécie de direitos coletivos fora instituída, dessa feita, com a denominação dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum.

17. Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomen iuris atípico* da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos.

18. Por isso mesmo Kazuo Watanabe (ob.cit, pág.196), que integrou a comissão que aprestou os estudos preliminares da então proposta do Código do Consumidor, haver afirmado que, no ponto, são "interesses ou direitos individuais homogêneos, os de origem comum, permitindo a tutela deles a título coletivo. Origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal", endossando igual escólio Hugo Nigri Mazzini (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Saraiva, pág. 10, 7ª edição, 1995), para quem "os interesses individuais homogêneos, em sentido lato, na verdade não deixam de ser também interesses coletivos".

19. Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo. Não está, como visto, defendendo o Ministério Público subjetivamente o indivíduo como tal,

RE Nº 163231-3/SP

754

mas sim a pessoa enquanto integrante desse grupo. Vejo, dessa forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. No caso agiu o Parquet em defesa do grupo, tal como definido no Código Nacional do Consumidor (artigo 81, incisos II e III) e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), cujo artigo 25, inciso IV, letra a, o autoriza como titular da ação, dentre muitos, para a proteção de **outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.**

20. E a respeito dessa nota que caracteriza os interesses difusos e coletivos, a transindividualidade e indivisibilidade, anotou J.C. Barbosa Moreira que os interessados nessa relação, tal qual a dos autos, *"se põem numa mesma 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"* (A legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro, Revista Ajuris 32/82), aduzindo, a propósito, Ada Pellegrini Grinover, acerca dos interesses coletivos, no círculo protegido pela tutela estatal, que *"a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade"*. (A Problemática dos Interesses Difusos, editora Max Limonada, página 31).

21. Tal é a hipótese que não pressinto inconstitucionalidade da parte final do dispositivo, como chegou a dizê-lo Ives Gandra da Silva Martins, em artigo que escreveu para a revista *Ciência Jurídica*, nº 62, páginas 10 a 22, tendo-a como afrontadora ao inciso III, do artigo 129 da Carta da República, pois em verdade o Ministério Público está por esse mecanismo credenciado a defender os interesses coletivos, interesses esses que são os dos autos e consignados no preceito constitucional e regulamentados pela Lei

RE N° 163231-3/SP

Orgânica Nacional do Ministério Público (artigo 25, IV, a) e pelo Código do Consumidor (artigo 81, II e III).

22. Não paira nenhuma dúvida que a recorrida autorizou o aumento das mensalidades *contra legem*, sendo certo inclusive que há farta prova nos autos de que não se obedeceu à legislação da época quando se reuniu a comunidade escolar, através da Associação de Pais e Mestres, descumprindo-se nuclearmente o que então determinava a Lei n° 8.030/90, que disciplinava a forma das cobranças das respectivas mensalidades.

23. Procurado o Ministério Público de São Vicente, por alguns pais que tinham dificuldade em arcar com os ônus do aumento, optou o representante do **Parquet** pela propositura da ação civil pública.

24. Estaria o MPE extrapolando as suas atribuições? Parece-me que não, pois dessa forma procedendo o fez com base no dispositivo constitucional do artigo 129, inciso III, da Carta Política, que a ele assegura a proteção de outros **interesses difusos e coletivos**, e fundamentado assim estava legitimado não só pela norma constitucional, senão também pelo próprio Código do Consumidor e por sua Lei Orgânica, que ao MP cometeram, dentre outros, o dever de proteger os **direitos coletivos**.

25. Se o universo dos alunos e de seus pais é indeterminado, mas determinável, porque basta a coleta dos dados perante a instituição recorrida para se levantar a nominata respectiva, nem por isso se retira o caráter de interesses coletivos, que pelo referido Código são definidos como *transindividuais de natureza indivizível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base*. E é exatamente o que ocorre nestes autos, em que há um objeto comum que os une, consubstanciado no aumento que a todos atingiu; há um grupo, objeto dos mesmos interesses e interligados

Supremo Tribunal Federal

61

RE N° 163231-3/SP**756**

pela mesma causa e uma parte contrária, no caso a Associação Notre Dame de Educação e Cultura, que atrai a legitimidade da postulação pela relação jurídica-base.

26. Coincidentemente Alcides A. Munhoz da Cunha, ao discorrer sobre interesses coletivos, (A Evolução das Ações Coletivas no Brasil, Revista do Processo n° 77, págs. 224/235), cita exemplo de todo semelhante ao caso dos autos; diz ele:

"Situação similar ocorrerá quando se estiver diante de pretensão de pais de alunos de determinado estabelecimento particular de ensino, visando a redução das mensalidades escolares daquele estabelecimento especificamente. Aí, além de manterem vínculos jurídicos com a escola (pois são os responsáveis pela matrícula, etc.), está-se tutelando os interesses daqueles que compõem o corpo de pais de alunos daquele estabelecimento, independentemente de existir ou não associação de pais. A pretensão pode ser no sentido de se rever os critérios das mensalidades escolares de todos os estabelecimentos de ensino de determinado Município, de determinada região, de determinado Estado ou de todo o país."

27. Evidencia-se, quantum satis, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto nascidos de uma mesma origem, ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos, porque na verdade todos da mesma natureza; e como homogêneos são uma subespécie de interesses coletivos, como antes abordei, legítima é a capacidade postulatória do recorrente.

28. Ao mencionar a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública,

Supremo Tribunal Federal

362

RE Nº 163231-3/SP

757

relacionada a "outros interesses difusos e coletivos", outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o Parquet mais do que impelido a promover a ação, pelo dever de ofício, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de bens ligados à educação, amparados como se sabe, constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art.205).

29. Hoje, bem organizadas as Escolas, através de seus entes sindicais, rara é a Medida Provisória ou outra norma qualquer, de tantas quantas já foram editadas, quando entendem serem elas prejudiciais aos seus propósitos, que não sejam alvo de irrisignação por parte dessa categoria. O mesmo acontece no que diz respeito aos alunos, em que, fiscalizando ativamente esse setor, têm os Partidos Políticos, sobretudo o PC do B, agido, contra normas que entendem inconstitucionais ou ilegais.

30. Antes, contudo - a ação é datada de 20 de setembro de 1990 -, não havia o próprio Supremo Tribunal Federal consolidado os seus atuais precedentes sobre as entidades arroladas no artigo 103 da Constituição Federal que detêm legitimidade e pertinência generalizada para o ajuizamento da ação direta, circunstância que fazia mais vigilante, nesse campo, a iniciativa ministerial, hoje praticamente inexistente pelo controle concentrado que se perfaz perante esta Corte.

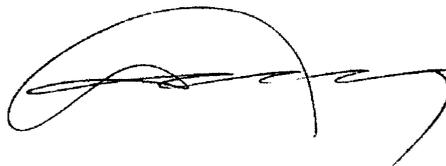
Supremo Tribunal Federal

163

RE N° 163231-3/SP**758**

31. Tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a própria natureza do bem protegido que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta, por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da capacidade postulatória para a ação civil pública, quando o bem que visa a resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda o abrigo estatal.

32. Assim, conheço do recurso extraordinário interposto e lhe dou provimento para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.



ANEXO C2 – RECURSO ESPECIAL Nº 416962/SC
EMENTA E ACÓRDÃO
VOTO DO MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
VOTO-VISTA DO MINISTRO PAULO GALOTTI

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 416.962 - SC (2002/0023368-9)

RELATOR : **MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO**
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : PATRÍCIA HELENA BONZANINI E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO INDIVIDUAL DISPONÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INADEQUAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. A ação civil pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, salvo quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.
2. *"Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados."* (parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/85).
3. O Ministério Público não possui legitimidade para ajuizar ação civil pública visando ao reajuste de benefício previdenciário, por se tratar de interesse individual disponível (Constituição da República, artigos 127 e 129, inciso III, e Lei Complementar 75/93, artigo 6º, inciso VII).
4. Precedentes.
5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti que, ressalvando seu entendimento, acompanhou o voto do Sr. Ministro-Relator, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Paulo Medina, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília, 16 de dezembro de 2003 (Data do Julgamento).

MINISTRO *Hamilton Carvalhido*, Presidente e Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 416.962 - SC (2002/0023368-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhores Ministros, esta, a letra dos artigos 1º e 21 da Lei nº 7.347/85, que *"disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, **verbis**:*

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - à ordem urbanística;

IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

VI - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VII - à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados."

'Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

Superior Tribunal de Justiça

E esta, a dos artigos 81 e 82 da Lei nº 8.078/90, **verbis**:

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

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

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal,

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta, indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear."

Destarte, a ação civil pública é o instrumento processual destinado à defesa do meio-ambiente, do consumidor, da ordem urbanística, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e,

Superior Tribunal de Justiça

finalmente, de quaisquer interesses transindividuais difusos e coletivos, e dos interesses individuais homogêneos disponíveis, quando oriundos de relação de consumo.

A propósito do tema, veja-se a doutrina:

"A ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24.7.85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.

Na realidade, a ação civil pública surgiu com o seu campo de aplicação restrito tanto quanto aos setores de sua incidência como em relação aos interesses que podiam ser defendidos mediante a utilização do novo instrumento processual. A legislação posterior - especialmente o Código de Defesa do Consumidor - ampliou ambas as áreas, permitindo que a ação civil pública viesse a abranger os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos casos dos três primeiros incisos do art. 1º (proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), e tão somente aos interesse difusos ou coletivos, nos demais casos." (Hely Lopes Meirelles, in Mandado de segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 24ª ed., Malheiros, 2002, p. 158).

E, acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, assim dispôs a Constituição Federal:

*"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**"*

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

Superior Tribunal de Justiça

(...)

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;"

Atribuiu, assim, a Constituição Federal, importante função institucional ao Ministério Público, conferindo-lhe legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses transindividuais difusos e coletivos.

Não é outra a disciplina da Lei Complementar 75/93, que "dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União", senão vejamos:

"Art. 6º - Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII- promover o inquérito civil e ação civil pública para:

- a) a proteção dos direitos constitucionais;
- b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
- d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;"

Ao que se tem, a ação civil pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, salvo quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

**"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA.
MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA.**

Não tem o Ministério Público legitimidade ativa, para promover ação civil pública em matéria tributária, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte, já que o beneficiário, em

Superior Tribunal de Justiça

última análise, não seria o consumidor. Consumidor e contribuinte não se equivalem, estando o Ministério Público expressamente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor. " (REsp. 115.500/PR, Relator Ministro Hélio Mosimann, in DJ 3/8/98).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - LEI N.º 9.783/99 - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - EXISTÊNCIA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS E DIVISÍVEIS - PRECEDENTES.

O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública visando a impedir a cobrança de tributos, não somente por se tratarem de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, mas porque o contribuinte não se equipara a consumidor, consoante a firme orientação jurisprudencial desta Colenda Corte.

Agravo regimental improvido." (AgRgREsp. 333.016/PR, Relator Ministro Paulo Medina, in DJ 18/3/2002).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITOS INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS - ICMS - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis.

O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes, que não são considerados consumidores.

Recurso provido." (REsp. 248.281/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, in DJ de 29/5/2000).

Posto isso, é de se considerar, na espécie, a natureza do interesse jurídico ora postulado.

In casu, a ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal visando à revisão da Renda Mensal Inicial de todos os beneficiários

Superior Tribunal de Justiça

que obtiveram seus benefícios entre a publicação da Lei 6.423/77 e a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, com a utilização dos indexadores oficiais de correção monetária.

Ocorre que, é firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o direito ao reajuste de benefício previdenciário é de natureza disponível, senão vejamos:

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO DA UNIÃO PARA FUNCIONAR COMO LITISCONSORTE NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO AFASTADA. ALÍNEA "C": AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. ART. 255/RISTJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. INTUITO PROCRASTINATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I- A aposentadoria é direito patrimonial disponível. Portanto, passível de renúncia. Precedentes.

(...)" (AgRgREsp 497.683/PE, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 4/8/2003).

E, em se cuidando de direito individual disponível, obviamente não oriundo de relação de consumo, resulta indubitoso o incabimento da ação civil pública, como, aliás, é da letra do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, que mais uma vez se transcreve:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados."

Incabível a medida processual eleita, conseqüentemente, tem-se a ilegitimidade ativa do Ministério Público *ad causam*, como se extrai da jurisprudência já assente nesta Corte Superior:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INTERESSES INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS.

Superior Tribunal de Justiça

AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE A INSTITUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E O BENEFICIÁRIO, QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO CONSUMIDOR. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE.

I - O Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor ação civil pública visando a revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário. Tratando-se de direitos individuais disponíveis, os titulares podem deles dispor.

II - (...)

III - Recurso conhecido e provido." (REsp. 423.098/SC, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 14/10/2002 - nossos os grifos).

"PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL, EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - DOCUMENTOS EXPEDIDOS EM NOME DE PAI OU CÔNJUGE DO SEGURADO - AUSÊNCIA DE DIREITOS INDISPONÍVEIS - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - VIOLAÇÃO AOS ARTS. 21, DA LEI 7.347/85, 6º, VII, "D", DA LC 75/93 E 81 E 82, DA LEI 8.078/90.

- A concessão ou não de benefício previdenciário, fundamentado em documentos expedidos por pai ou cônjuge do segurado objetivando a comprovação de exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, não é direito indisponível, mas, ao contrário, disponível, porquanto requer a provocação da parte interessada, uma vez que, sem este ato, a máquina estatal sequer será instada a se manifestar acerca do interesse do particular. Outrossim, os beneficiários da Previdência Social que pleiteiam o benefício da aposentadoria, não estão enquadrados na definição de consumidor, de que trata o art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei 8.078/90, tornando-se inaplicável, à espécie, os arts. 81 e 82, do citado diploma legal, bem como os arts. 21 da Lei 7.347/95 e 6º, VII, "d", da Lei Complementar nº 75/93. Violação configurada.

- Ilegitimidade do Ministério Público Federal para o caso em exame reconhecida, por tratar-se de direitos individuais

Superior Tribunal de Justiça

disponíveis.

- *Precedentes* (REsp n^os 114.908/SP, 144.030/GO, entre outros).

- *Recurso conhecido e provido.*" (REsp. 370.957/SC, Relator Ministro Jorge Scartezini, *in* DJ 15/4/2002 - nossos os grifos).

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DISPONÍVEL E INDISPONÍVEL.

I- A ação civil pública nasceu como instrumento processual adequado para coibir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, atendendo, assim, aos interesses coletivos da sociedade. O campo de aplicação da ação civil pública foi alargado por legislações posteriores, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, para abranger quaisquer interesses coletivos e difusos, bem como os individuais homogêneos, estes últimos na proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

*II- Não obstante, tratando-se de **interesses individuais**, cada um de per si, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública. Precedentes.*

*III- O benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, **pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor.** Precedentes.*

*IV- O vínculo jurídico entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social **não induz relações de consumo.** Os beneficiários não se equiparam a consumidores. Desta forma, não há que se aplicar a hipótese do artigo 81, III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois o mesmo trata*

Superior Tribunal de Justiça

dos **direitos individuais homogêneos**, sendo que a presente situação retrata **direitos individuais não homogêneos**.

V- Ademais, valer acrescer que o ramo do Direito Previdenciário, cuja característica essencial é o aspecto contributivo, guarda profunda correlação com o Direito Tributário. Sob este enfoque, o Pretório Excelso, em recente julgado, sacramentou raciocínio no sentido do Ministério Público não possuir legitimidade para propor ação civil pública objetivando a redução ou restituição de tributo, porque **a relação jurídica tributária não retrata relação de consumo**.

VI- Em conclusão, não há que se confundir ou transmutar o vínculo jurídico existente entre a Autarquia Previdenciária e os seus beneficiários, com outras relações inerentes e típicas de consumo, pois a natureza e particularidades de uma não se confundem com a da outra.

VII- Recurso conhecido e provido." (REsp. 369.822/PR, Relator Ministro Gilson Dipp, in 22/4/2003).

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

I- A ação civil pública nasceu como instrumento processual adequado para coibir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, atendendo, assim, os interesses coletivos da sociedade. O campo de aplicação da ação civil pública foi alargado por legislações posteriores, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, para abranger quaisquer interesses coletivos e difusos, bem como os individuais homogêneos, estes últimos na proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

II- Tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação

Superior Tribunal de Justiça

civil pública.

III- *Agravo desprovido.*" (AgRgREsp. 404.656/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 10/2/2003).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

O Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor ação civil pública visando a manutenção de aposentadorias e pensões de servidores públicos da Universidade Federal da Paraíba. Tratando-se de direitos individuais disponíveis, os titulares podem deles dispor. Inexistência de violação à Lei Complementar nº 75/93 e à Lei nº 7.347/85.

Recurso especial desprovido." (REsp. 143.215/PB, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 7/12/98).

"PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL, SEM A OBSERVÂNCIA DO LIMITE DE IDADE - AUSÊNCIA DE DIREITOS INDISPONÍVEIS - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO COMPROVADO - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 21, DA LEI 7.347/85, 6º, VII, "D", DA LC 75/93 E 81 E 82, DA LEI 8.078/90.

- Divergência jurisprudencial não comprovada, a teor dos arts. 105, III, "c", da Constituição Federal c/c 255 e parágs., do RISTJ.

- A concessão ou não de aposentadoria especial, em razão do limite de idade, não é direito indisponível, mas, ao contrário, disponível, porquanto requer a provocação da parte interessada, uma vez que, sem este ato, a máquina estatal sequer será instada a se manifestar acerca do interesse do particular. Outrossim, os beneficiários da Previdência Social que pleiteiam referida aposentadoria, não estão enquadrados na definição de consumidor, de que trata o art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei 8.078/90, tornando-se inaplicável, à espécie, os arts. 81 e 82, do citado diploma

Superior Tribunal de Justiça

legal, bem como os arts. 21 da Lei 7.347/95 e 6º, VII, "d", da Lei Complementar nº 75/93. Violação inexistente.

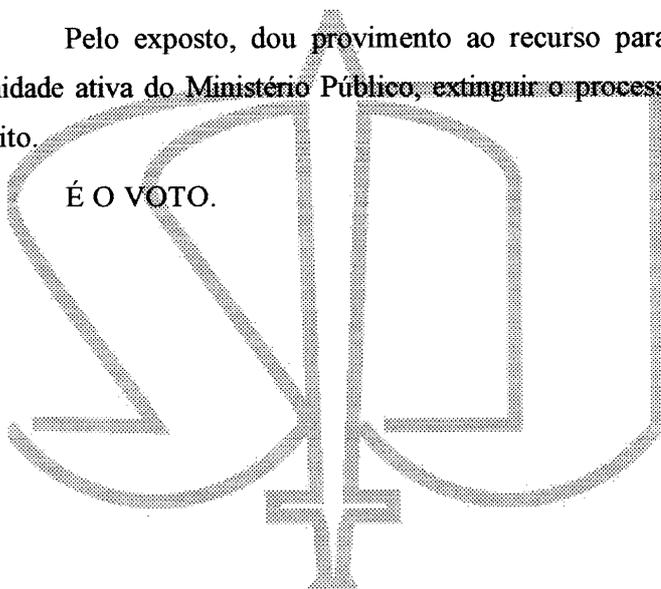
- Ilegitimidade do Ministério Público Federal para o caso em exame reconhecida, por tratar-se de direitos individuais disponíveis.

- Precedentes (REsp nºs 114.908/SP, 144.030/GO, entre outros).

- Recurso conhecido somente pela alínea "a" e, neste aspecto, desprovido." (REsp. 143.092/PE, Relator Ministro Jorge Scartezzini, in DJ 18/6/2001).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para, reconhecendo a ilegitimidade ativa do Ministério Público, extinguir o processo sem julgamento do mérito.

É O VOTO.



*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 416.962 - SC (2002/0023368-9)****VOTO-VISTA**

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região que, em sede de apelação em ação civil pública, confirmou a procedência do pedido formulado pelo Ministério Público Federal objetivando a revisão de benefícios previdenciários concedidos entre a vigência da Lei nº 6.423/77 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujos titulares são segurados domiciliados na circunscrição judiciária de Criciúma, no Estado de Santa Catarina.

O recorrente aponta violação do artigo 21 da Lei nº 7.347/85 e da Lei nº 8.078/90, sustentando que o Ministério Público Federal não possui legitimidade ativa **ad causam** para a propositura de ação civil pública visando à revisão da renda mensal inicial dos segurados substituídos, visto que inexistente qualquer relação de consumo, versando o pedido inicial sobre direitos disponíveis.

O relator, Ministro Hamilton Carvalhido, invocando precedentes da Corte, dá provimento ao recurso no sentido de, "reconhecendo o não cabimento da ação civil pública para tutela de interesses individuais disponíveis e, conseqüentemente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para sua defesa, extinguir o processo sem julgamento do mérito."

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Sem adentrar na discussão doutrinária sobre o alcance das expressões "interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos", tenho que o exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com a amplitude necessária com vistas ao efetivo cumprimento das relevantes atribuições que lhe foram cometidas pela Carta Magna, principalmente, como na hipótese dos autos, em que se discute direito de inquestionável magnitude e alcance social, qual seja, a recomposição do valor real dos benefícios previdenciários.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, conforme já decidiu esta Corte, na linha do entendimento firmado pelo hoje Ministro Teori Zavascki, "há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública" (REsp. nº 95.347/SE, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJU de 1º/2/1999).

Contudo, conforme observou o Ministro Hamilton Carvalhido, não é essa a compreensão que tem prevalecido na Quinta Turma, que, ao apreciar hipóteses semelhantes à presente, assentou orientação de que, "tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não pode ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública" (REsp. nº 419.187/PR, relator p/ acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJU de 8/9/2003).

Confira-se, ainda:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITOS INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE O INSS E O SEGURADO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

I - Trata-se de ação civil pública objetivando, no âmbito da Circunscrição Judiciária de Francisco Beltrão/PR, a condenação da autarquia previdenciária ao recálculo da renda mensal inicial de todos os benefícios de prestação continuada da Previdência Social concedidos entre o advento da Lei nº 6.423/77 e a promulgação da Constituição Federal, com base no disposto na Súmula nº 02 do TRF da 4ª Região, em razão da correção dos benefícios previdenciários concedidos anteriormente à CF/88 por índices não oficiais, com a conseqüente implantação das diferenças nos benefícios previdenciários, corrigidas monetariamente, com reflexo em todas as demais verbas devidas.

*II - A **questio** trazida à baila diz respeito a direito que, conquanto pleiteado por um grupo de pessoas, não atinge a coletividade como um todo, não obstante apresentar aspecto de interesse social. Sendo assim, por se tratar de direito individual disponível, evidencia-se a inexecutabilidade da defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública. Destarte, as relações jurídicas existentes entre a autarquia previdenciária e os segurados do regime de Previdência Social não caracterizam relações de*

Superior Tribunal de Justiça

*consumo, sendo inaplicável, in casu, o disposto no art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Precedentes. Recurso conhecido e provido." (REsp. nº 506.457/PR, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJU de 3/11/2003).*

No âmbito da Sexta Turma, embora não localizado precedente colegiado, o Ministro Paulo Medina no REsp. nº 419.519/SC, DJU de 26/6/2003, monocraticamente adotou idêntica linha de pensamento.

Assim, na Terceira Seção, o tema pode ser dito pacificado.

Apenas para registrar, anoto que a matéria, em caso assemelhado, está sendo levada à consideração da Corte Especial nos Embargos de Divergência do Recurso Especial nº 413.986/PR, relator o Ministro Ari Pargendler.

Ante o exposto, ressalvando meu ponto de vista, acompanho o relator para dar provimento ao recurso especial.

É como voto.

ANEXO C3 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 195.056-1/PR
EMENTA E ACÓRDÃO
VOTO-VISTA DO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE

279

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 30.05.2003

EMENTÁRIO Nº 2112-2

Republicado D.J. 14.11.2003 p.18

09/12/1999

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 195.056-1 PARANÁ

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL
RECORRIDO : MUNICIPIO DE UMUARAMA
ADVOGADOS : DANIELA TEIXEIRA DE MORAES RÊGO E OUTROS

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.347, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III.

I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.347/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25.

II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III.

III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto — no caso o IPTU — pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.347/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput).

IV. - R.E. não conhecido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por



280

RE 195.056 / PR *Supremo Tribunal Federal*

maioria, rejeitar a preliminar de que estaria prejudicado o recurso extraordinário, em virtude do julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. No mérito, por maioria, não conhecer do recurso extraordinário, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Néri da Silveira e Celso de Mello.

Brasília, 09 de dezembro de 1999.



CARLOS VELLOSO - PRESIDENTE e RELATOR

Supremo Tribunal Federal

315

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 195.056-1 PARANÁ

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL
RECORRIDO: MUNICIPIO DE UMUARAMA
ADVOGADOS: ARNOLDO WALD E OUTROS

V O T O V I S T A

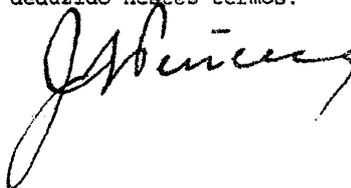
O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE:

Tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: demarcação da legitimação ativa do Ministério Público - afora os casos de previsão legal expressa - às hipóteses em que concorra o interesse social segundo a Constituição na defesa coletiva: ilegitimidade do MP para a ação coletiva de defesa de contribuintes do IPTU de determinado município.

I

Discute-se a legitimação do Ministério Público para a ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, no caso pendente, em favor dos contribuintes do IPTU, cuja base de cálculo teria sido aumentada sem lei pelo Município recorrido, em percentual superior ao índice inflacionário.

O pedido foi deduzido nestes termos:



RE 195056-1 PR *Supremo Tribunal Federal*

316

"Seja a presente ação julgada procedente, determinando-se a revisão e correção dos lançamentos do IPTU em todos os carnês de todos os contribuintes de Umuarama, referentes ao ano de 1991, a fim de que os novos lançamentos não ultrapassem o número de BTN's do ano de 1990, pois que assim os valores serão atualizados e não ilegalmente aumentados, ou então que o Município seja condenado a cobrar tão somente o valor em cruzeiros, nos mesmos importes de 1990, com a devida atualização.

Requer-se mais, seja determinado que o Município devolva as importâncias indébitas já recebidas, sempre devidamente atualizadas, tudo em prazo a ser estipulado por Vossa Excelência, nunca inferior a um mês, após a decisão final."

Julgada procedente a ação pelo juízo de primeiro grau, que repelira a preliminar, a ilegitimidade ad causam da Promotoria de Justiça foi afirmada, contudo, pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.

Interpôs o Ministério Público recursos especial e extraordinário simultâneos.

Fundou-se o recurso especial na ofensa dos arts. 1º, IV e 5º da LACP (L. 7.347/85).

Mas o Superior Tribunal de Justiça lhe negou provimento por acórdão da lavra do il. Ministro Demócrito Reinaldo, assim ementado no REsp 57.465:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO IMPEDIR O AUMENTO DE IMPOSTO PREDIAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A Lei nº 7.347/85 disciplina o procedimento da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados

RE 195056-1 PR

Supremo Tribunal Federal

317

ao consumidor (meio ambiente, etc), incluindo sob a sua égide, os interesses e direitos individuais homogêneos.

A lei de regência, todavia, somente tutela os "direitos individuais homogêneos", através da ação coletiva, de iniciativa do Ministério Público, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.

O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa do contribuinte do IPTU, que não se equipara ao consumidor, na expressão da legislação pertinente, desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço como destinatário final e não intervém, por isso mesmo, em qualquer relação de consumo.

In casu, ainda que se trate de tributo (IPTU) que alcança considerável número de pessoas, inexistente a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, para perlar a legitimação do Ministério Público.

Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante."

Subsistiu o presente recurso extraordinário, com fundamento na contrariedade ao art. 129, III, da Constituição.

Dele não conheceram, posto diversa a fundamentação dos votos, V. Exa., como relator, em. Ministro Carlos Velloso, e o em. Ministro Maurício Corrêa.

O voto do Ministro Velloso começa por assentir, conforme o acórdão do STJ, na recusa de ambas as linhas infraconstitucionais de sustentação da legitimidade do Ministério Público para a hipótese: tanto a que compreende os contribuintes na noção legal de consumidores, quanto a que abrange os direitos individuais homogêneos, sejam quais forem, na admissibilidade da ação civil pública para a defesa de "qualquer outro interesse difuso e coletivo" como previsto no novo inciso IV do art. 1º da L. 7.347/85,



acrescentado pelo C. Defesa do Consumidor. Em seguida em relação ao tema constitucional restante, concluiu S. Exa:

"No caso sob julgamento estão em jogo direitos individuais homogêneos - a cobrança de tributo, o IPTU - caso em que, frente à Constituição, art. 129, III, o Ministério Público não tem legitimidade ativa para promover o inquérito civil e a ação civil pública, mesmo porque, tratando-se de tributos, que se inscrevem no sistema tributário constitucional, a impugnação da legislação que os instituem, impugnação em abstrato, faz-se mediante a ação direta de inconstitucionalidade para a qual o chefe do Parquet tem legitimidade (C.F., art. 103, IV; art. 125, § 2º), certo, de outro lado, que a ação civil pública não pode fazer as vezes da ação direta de inconstitucionalidade.

A legitimidade do Ministério Público restringe-se a "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". Não há menção, está-se a ver, no inc. III do art. 129, da C.F., a direitos individuais homogêneos. É certo que direitos individuais homogêneos, que se identificam com interesses sociais e individuais indisponíveis, podem ser defendidos, na ação civil pública, pelo Ministério Público, tendo em vista a previsão expressa inscrita na Constituição, art. 127, caput: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Ora, o direito do contribuinte ao não pagamento de um tributo e o seu direito à restituição de tributos que teriam sido pagos indevidamente, não se identificam com interesses sociais."

Diversamente, o Ministro Corrêa nega a pertinência ao problema do art. 127, CF, que, além de não prequestionado, não diz respeito à legitimação do Ministério Público para ação civil pública.



Entende, porém, S. Exa. que já a norma invocada (art. 129, III, *in fine*, da Constituição) abarca a legitimidade ativa do Ministério Público para propor a ação civil pública em defesa de **interesses individuais homogêneos**, porque são espécies do gênero **interesse coletivo**.

No entanto, para "fixar o efetivo alcance" da alusão contida no preceito a "outros interesses difusos ou coletivos" - dentre as três hipótese viáveis de sua interpretação - o Ministro Maurício Corrêa explica a opção que faz:

"5.1 Não creio que a melhor interpretação seja aquela referida na inicial, na peça recursal, no parecer do Procurador-Geral da República e na sustentação oral do recorrente, segundo a qual a referida expressão "outros interesses difusos ou coletivos" alcança todos e quaisquer **interesses difusos ou coletivos**, entre os quais se incluem os **interesses individuais homogêneos**.

No exame dos excepcionalíssimos casos de legitimação extraordinária não cabe interpretação extensiva. Com efeito, normas de exceção não comportam interpretação extensiva, ainda mais em grau máximo e absoluto.

Afasto a hipótese.

5.2 Também não me parece de boa exegese restringir o alcance do preceito apenas por conter norma de exceção; deve-se-lhe dar uma interpretação equilibrada, sem ampliações desmedidas nem restrições exageradas, de forma que fique compatibilizado harmonicamente com o texto constitucional.

Afasto, também, esta hipótese.

5.3 Entendo que a expressão "outros interesses difusos ou coletivos" é indefinida e, assim, sua eficácia depende de lei regulamentadora, que venha a definir o seu alcance, observados os limites estabelecidos na Constituição."

RE 195056-1 PR *Supremo Tribunal Federal*

320

Ora, conclui, S. Exa., "a lei posta outorga expressa legitimação ao Ministério Público para a defesa dos interesses do consumidor, mas não faz o mesmo com relação aos interesses do contribuinte" e, de resto, "não há no ordenamento jurídico qualquer previsão legal que legitime o Ministério Público a patrocinar, como substituto processual, a defesa dos interesses dos contribuintes".

Pedi vista dos autos dadas a relevância da questão e as discrepâncias manifestas na doutrina e na jurisprudência, que se refletem nos doutos votos já proferidos.

E passo a emitir meu voto.

II

Com o Ministro Maurício Corrêa, estou em que, na inteligência do art. 129, III, **interesses individuais homogêneos** podem inserir-se no âmbito de compreensão dos **interesses coletivos**, a cuja defesa ali se qualificou o Ministério Público.

É preciso recordar que, no acelerado processo de construção teórica e legislativa dos institutos da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, a categoria dos **individuais homogêneos** só ganhou identidade própria entre nós com a sua definição no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, que é de 1990.

Se já é sujeita a críticas a interpretação da Constituição conforme a lei ordinária precedente, menos ainda se sustenta a que



parta de uma distinção conceitual advinda de lei superveniente à Constituição, como a que o Código veio a estabelecer entre interesses coletivos *stricto sensu* e interesses individuais homogêneos (art. 81, II e III).

Por isso, "o fato de o art. 129, III, CF não se referir a "interesses individuais homogêneos" - acentua com razão Rodolfo Mancuso (*Sobre a Legitimação do MP em matéria de interesses individuais homogêneos em Milaré (coord.), Ação Civil Pública*, ed. RT, 1995, p. 438, 444) - não autoriza, a 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 em vigor a partir de 1990."

Daí não se pode extrair, contudo, como parece pretender o recorrente, que qualquer feixe de pretensões individuais homogêneas, seja qual for o seu objeto, possa ser tema de tutela jurisdicional coletiva por iniciativa do Ministério Público.



Não tenho dúvidas em aderir, como os votos que me precederam, ao virtual consenso doutrinário formado no sentido de não bastar, à legitimação ao MP no particular, a homogeneidade de quaisquer interesses individuais de um número significativo de sujeitos (e.g., Kazuo Watanabe, *Demanda Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense*, em Sálvio F. Teixeira (coord.), *As Garantias dos Cidadãos na Justiça*, Saraiva, 1993, 185, 186; J.C. Barbosa Moreira, *Os Novos Rumos do Proc. Civil Brasileiro em Temas Dir. Processual*, 6ª série, 1997, p. 63, 73; Teori A. Zavascki, *O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos*, *Rev. Inf. Legislativa, Senado*, 1993, v. 117/173; Rodolfo C. Mancuso, *op. loc. cit.*; Lúcia V. Figueiredo, *Ação Civil Pública (...)* A Posição do Ministério Público, *RTr Dir. Públ*, 16/15, 23ss; Hugo N. Mazzili, *As atribuições do Ministério Público na LC federal 75, de 20.5.93*, RT 696/445).

Aí sim, nessa extensão sem limites - e não com a generalidade com que feita pelo jurista insigne - quiçá tenha procedência a cáustica observação crítica de Miguel Reale (*Da Ação Civil Pública em Questões de Dir. Público*, Saraiva, 1997, p. 130), de que a legitimação do MP para a proteção de direitos individuais homogêneos "alberga o risco de transformar a comunidade em um conglomerado de incapazes".

Nesse campo dos direitos individuais homogêneos, - diversamente do que sucede com os interesses difusos e os coletivos *stricto sensu* - marcadas, como são, essas duas categorias pelas notas de indivisibilidade e de indeterminação absoluta ou relativa de seus titulares (Teori Zavascki, *op. loc. cit.*) - a pretendida

legitimação irrestrita do MP não encontraria fundamento convincente, literal ou sistemático, na ordem jurídica posta.

É preciso não perder de vista - conforme a lúcida observação de Mancuso (ob.loc.cit., p. 439 ss) - que, se interesses "difusos e coletivos são, sem jogo de palavras, essencialmente coletivos" (...) os "individuais homogêneos são episódica e contingentemente "coletivos", já que o são somente na forma judicial pela qual vêm exercidos": ao contrário daqueles, nesses últimos, anota, "os sujeitos são já identificados (ou ao menos identificáveis) e o objeto é cindível, divisível, atribuído a cada um desses sujeitos": de tudo isso - conclui o autor ilustre - "no que concerne aos interesses individuais homogêneos, o seu trato processual coletivo não decorre de sua natureza (que é individual!) e sim de duas circunstâncias contingenciais, a saber: a) de um lado, o expressivo número das pessoas integradas no segmento social considerado (ex.: pais de alunos de escolas particulares), inviabilizando o trato processual via litisconsórcio (que seria multitudinário), especialmente agora, como antes acenado, em face da reinserção no processo civil brasileiro, do litisconsórcio facultativo recusável (CPC, art. 46, parágrafo único, redação da Lei 8.952/94); b) de outro lado, o fato desses interesses derivarem de origem comum, o que lhes confere uniformidade, recomendando o ajuizamento de ação coletiva, seja para prevenir eventuais decisões contraditórias, seja para evitar sobrecarga desnecessária no volume do serviço judiciário."

A dificuldade está em encontrar o critério de demarcação da área - consensualmente limitada - em que se há de reconhecer a



legitimação do Ministério Público para a tutela coletiva de tais direitos individuais derivados de origem comum.

Opta o Ministro Maurício Corrêa por uma diretiva que tem por si a vantagem da objetividade: a fonte constitucional da questionada legitimação do MP para a defesa dos interesses individuais homogêneos, malgrado contida na alusão genérica do art. 129, III, aos interesses coletivos em geral, seria uma norma de eficácia limitada, dependente de específica previsão legal.

A minha visão do problema - que parece mais afinada à doutrina dominante - se dela perde em objetividade, é menos restritiva que a proposta do Ministro Corrêa e não delega no legislador ordinário o poder de dar maior ou menor efetividade a uma norma da Constituição.

Como S. Exa., não ponho em dúvida que a lei possa conferir tal legitimidade ao Ministério Público: afinal, sua qualificação para a ação civil pública em defesa de determinada modalidade de direitos subjetivos individuais será uma hipótese a mais de legitimação extraordinária e substituição processual, cuja criação por lei ordinária, guardados os limites da razoabilidade, não encontra óbices constitucionais (assim, incidentemente, o afirmei, não faz muito, com o apoio do Tribunal, no AOr 152, 15.9.99, Inf. STF 162, a propósito da inteligência do art. 5º, XXI, da Constituição).

Por isso, ainda no regime constitucional pretérito - antes, portanto, da constitucionalização da ação civil pública como uma das atribuições mais relevantes da instituição - a lei já

confiara ao Ministério Público a incumbência de defesa coletiva de duas modalidades, pelo menos, de direitos individuais do gênero (cf. Teori Zavascki, op loc. cit., p. 178): a dos investidores no mercado mobiliário (L. 7.913/89) e a dos credores de instituições financeiras postas sob intervenção ou liquidação extrajudicial (L. 6.024/74, arts. 45-49). De nenhuma delas se questionou a validade constitucional.

A terceira hipótese, já sob a Constituição de 1988, é a do Código de Defesa do Consumidor, (art. 81), que sistematizou e divulgou o instituto da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos por iniciativa do Ministério Público: essa, dada a amplitude da noção legal de consumidor (CDC, art. 2º), a mais prolífera das fontes de legitimação do órgão, que a tem tido admitida em diversos casos de tutela coletiva de interesses sociais relevantes, a exemplo dos relativos aos usuários do ensino privado (v.g., STF: RE 163.231, Pl. 26.2.97, Corrêa; RE 185.360, 2ª T, 17.11.97, Velloso, DJ 20.02.98; STJ, REsp 38.176, Rosado, DJ 18.9.95; REsp 39.757, Alencar, DJ 24.4.95; REsp 68.141, B.Monteiro, DJ 23.10.95; REsp 70.997, Rosado, DJ 18.12.95), integrantes dos planos de saúde (STJ) ou membros de categorias envolvidas em acordo ou convenção coletiva de trabalho (STF, ADIn MC 1852, 5.8.98, (Corrêa).

Não lhe reduzo, porém, a admissibilidade a tais previsões legais explícitas: estou em que, da própria Constituição, é possível derivar outras hipóteses.

E para isso, já neste ponto com o Ministro Velloso e a doutrina mais afeita ao tema, considero adequado o apelo ao art. 127

da Constituição que, delineando em grandes traços o seu papel junto à função jurisdicional do Estado, confia ao Ministério Público "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Não creio que, na espécie, a falta de prequestionamento do art. 127 e a limitação do RE à invocação do art. 129, III, sejam obstáculo de maior vulto: não vai a exigência do prequestionamento ao ponto de impedir se valha o juiz do recurso extraordinário, para a interpretação sistemática do dispositivo em que fundado explicitamente o apelo, de argumentos extraídos de outro preceito constitucional.

O contrário seria reduzir o recurso extraordinário à tarefa menor de impor a interpretação isolada do preceito constitucional invocado, ainda quando a pudesse infirmar a leitura sistemática da Constituição na qual inserido.

E, para orientar a demarcação, a partir do art. 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do MP, o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais.

De um lado, a proteção aos interesses ou direitos individuais indisponíveis é função tradicional do Ministério Público, cujo instrumento não será, de regra, a ação coletiva, mas a ação individual, por substituição ao titular incapaz ou hipossuficiente, ou a intervenção no processo comum que lhe diga



respeito (cf. J. Marcelo Vigliar, *Ação Civil Pública*, Atlas, 1999, p. 79).

De outro lado, a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva.

Ao contrário, são de direitos disponíveis as hipóteses mais notórias de indiscutida legitimação do MP para a ação civil pública de defesa de interesses homogêneos, a começar daqueles dos consumidores e dos outros casos de anterior previsão legal, já referidos.

O problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio art. 129, III, da Constituição denomina *patrimônio social*. Não é fácil, no ponto, a determinação do critério da legitimação do Ministério Público.

Para tanto, de logo é de excluir qualquer significado ao juízo antecipado sobre a procedência da pretensão material da coletividade considerada: como toda questão pertinente às condições da ação, também essa, da legitimação *ad causam* extraordinária do MP para a ação civil pública, há de ser resolvida independentemente de indagações sobre a pretensão de mérito, que, aí, para argumentar, se há de supor procedente.



Também não basta identificar o interesse social, para o fim cogitado, que a ação coletiva se pretenda fundada na Constituição.

Certo, não é alheio às incumbências fundamentais do Ministério Público o valor da defesa objetiva da ordem jurídica, de modo especial, a da Constituição: o instrumento específico de seu desempenho não está, porém, na ação civil pública, mas na sua legitimação para ativar os mecanismos jurisdicionais de controle direto de constitucionalidade, que independe da concorrência de interesse subjetivo ou da extensão do âmbito pessoal, coletivo ou não, da sua titularidade.

Daí têm extraído alguns autores e diversos julgados a impropriedade da ação coletiva em defesa de interesses homogêneos quando a causa petendi seja a inconstitucionalidade de lei e a sua eventual procedência alcançar todos os destinatários do ato normativo impugnado.

O em. Relator parece emprestar relevo a esse entendimento, ao aplicar ao caso a assertiva de que "a ação civil pública não pode fazer as vezes da ação direta de inconstitucionalidade".

Não posso, entretanto, compartilhar da tese, com a generalidade com que tem sido formulada: ela é impertinente - como penso ter demonstrado em outra oportunidade (cf. Rcl. 597, M.Aurélio; Rcl. 600, Néri, e Rcl 602, Galvão, Plenário, Inf. STF 82) - sempre que, na ação coletiva, a declaração de inconstitucionalidade da lei seja postulada como questão prejudicial



de demanda condenatória ou constitutiva, ou com essas se cumule: é o que se dá no caso presente, como visto no pedido.

Fico apenas, por conseguinte, no que afirmei: que a estatura constitucional da questão não basta à verificação do **interesse social** que qualifica o Ministério Público para a ação.

De outro lado, é preciso ter em conta que o **interesse social** não é um conceito axiologicamente neutro, mas, ao contrário - e dado o permanente conflito de interesses parciais inerente à vida em sociedade - é idéia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar.

Donde, de igual modo, ser de repelir que o reconhecimento da presença de **interesse social** na tutela de determinada pretensão de uma parcela da coletividade possa ser confiada à livre avaliação subjetiva - inevitavelmente carregada de valores pessoais - quer de agente do Ministério Público que a veicule em juízo, quer do órgão jurisdicional a que toque verificar-lhe a legitimação para a ação coletiva: para obviar esse risco de arbitrariedade, a solução há de fundar-se em critérios dotados de um mínimo de objetividade.

Penso, como visto, que a adstrição da legitimidade do MP aos casos de previsão legal expressa, embora razoavelmente objetiva, seria um critério insuficiente para a identificação do **interesse social** na defesa de direitos coletivos: dado que deriva da Constituição a legitimação do MP para a hipótese, não se pode reputar exaustivo o critério que delega ao legislador o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição.



Creio, assim, que - afora o caso de previsão legal expressa - a afirmação do interesse social para o fim cogitado há de partir da identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados.

Afinal de contas - e malgrado as mutilações que lhe tem imposto a onda das reformas neoliberais deste decênio - a Constituição ainda aponta como metas da República "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Esse critério - que se poderia denominar de interesse social segundo a Constituição - ainda que nem sempre explicitado em tese, parece estar subjacente a diversas decisões judiciais, algumas já citadas, que tem reconhecido a legitimação do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos, seja ou não a hipótese simultaneamente enquadrável no âmbito da tutela dos consumidores: recorde-se, por exemplo, as questões relativas ao custo da educação privada (STF, RE 163231, Pl. 26.2.97, Corrêa; RE 185.360, 2ª T. 17.11.97, Velloso, DJ 20.02.98; STJ: Resp 70.797, 13.11.95, Rosado, DJ 18.12.95 e precedentes), à seguridade social, à saúde - desde o caso dos usuários de planos de assistência ao do conjunto de trabalhadores carentes, vítimas de doença profissional oriunda das condições de trabalho de determinada empresa (STJ, Resp. 58.682, 8.10.96, Direito, RDA 207/283).



Essas as premissas à luz das quais volto à questão vertente de saber se, na defesa dos interesses individuais homogêneos dos contribuintes do IPTU de determinado município, se pode identificar o interesse social legitimador da assunção de sua causa pelo Ministério Público.

Desde logo, não se me afigura sustentável que essa legitimação extraordinária do MP se possa prodigalizar, em nome do interesse social, para a defesa de qualquer resistência coletiva à tributação.

É postura que trai uma contraposição apriorística entre o Estado e a sociedade civil, que constituiu um dos pressupostos do liberalismo burguês, historicamente incompatível com o ideário constitucional brasileiro, ainda vigente.

Nele, ao Estado se reserva um papel insubstituível na redistribuição da renda e na promoção do desenvolvimento social para o desempenho do qual a tributação é um instrumento de relevo.

Certo, pode haver casos - assim, para ilustrar, as hipóteses de tributos de efeitos regressivos e que induzem a exacerbar a concentração de rendas -, nos quais se patenteie, na resistência judicial coletiva ao Fisco, a carga de interesse social segundo a Constituição, que legitime o Ministério Público a promovê-la.

Esse, contudo, não me parece ser o caso do IPTU ou de outra exação qualquer sobre a propriedade imobiliária, ao menos enquanto for tão obscena a distância entre a ordem social "justa e

RE 195056-1 PR *Supremo Tribunal Federal*

332

solidária" projetada pela Constituição e a realidade de um País de miseráveis sem-teto ou sem-terra.

Permito-me uma observação final.

As considerações feitas não representam - *honni soi* ... - nenhum exercício de livre Direito alternativo.

Não estou a pregar, sequer a insinuar, que a juridicidade de pretensões contra o erário seja exclusivamente avaliada em juízo pela ótica do interesse social.

Nem estou a assentir na oclusão da via da ação coletiva - de cuja ampliação sou entusiasta confesso -, a quaisquer interesses individuais homogêneos que conjuntamente demandem tutela jurisdicional.

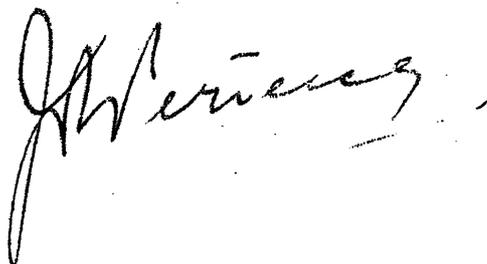
Cuidei apenas, nos limites reclamados para a solução do caso, de tentar discernir, à luz da Constituição, até onde se pode reputar legitimado o Ministério Público à promoção da defesa coletiva de direitos individuais privados e disponíveis: só para essa discriminação de áreas - quando já não a tenha feito a lei - é que entendo adequado o critério do interesse social segundo a Constituição.

O que - é óbvio, mas convém repetir - não inibe o acesso à tutela jurisdicional coletiva de nenhum feixe de interesses individuais homogêneos cujos titulares se congreguem para tanto em formações sociais intermediárias, às quais a Constituição também outorgou legitimação para o processo coletivo.

RE 195056-1 PR *Supremo Tribunal Federal*

333

De tudo - com os limites e especificações que venho de aduzir - adiro à conclusão dos votos que me precederam para não conhecer do recurso extraordinário: é o meu voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J. W. de Barros", is written in a cursive style. The signature is positioned in the lower-middle section of the page.