

TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: BREVE ESTUDO DE SUA LEGITIMIDADE À LUZ DE CONCEITOS DE TEORIA GERAL DO DIREITO*

*Luciano de Camargo Penteadó***

Sumário

1. Relato introdutório: uma visão panorâmica do tema, 1.1. O perfil das funções institucionais do Ministério Público, 1.2. Disciplina constitucional do perfil de funções do Ministério Público, 1.3. A tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos: o art. 1º da Lei nº 7.347/75, 1.4. Tendências em face do problema apontado, 1.5. A limitação do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/75; **2. A perspectiva conceitual da teoria geral do direito**, 2.1. Estrutura intrínseca da titularidade: pessoa, interesse, direito e esfera jurídica, 2.2. Estrutura extrínseca da titularidade: parte e legitimação, 2.3. Ministério Público como substituto processual. Interesse comum e legitimação legal. Pode-se estender sua legitimidade para defesa de todo e qualquer direito individual homogêneo?, 2.4. Analítica do direito individual homogêneo. Individualidade e homogeneidade. A questão da origem comum, 2.5. Qualificação dos direitos quanto à disponibilidade, 2.6. O interesse público diante da superação da dicotomia público/privado e a constitucionalização do direito civil; **3. Legitimidade do Ministério Público na ação em questão**, 3.1. O interesse comum pressupõe uma vinculação institucional do órgão à proteção do bem violado, 3.2. Origem comum. Homogeneidade é necessária, mas não suficiente para tutela através do Ministério Público, 3.3. Homogeneidade não implica necessária indisponibilidade ou interesse público, 3.4. Uma tentativa de superação do problema: o tempo das cláusulas gerais; **4. Relato breve da casuística**; **5. Conclusões**; **6. Bibliografia consultada**.

1. Relato introdutório: uma visão panorâmica do tema

Um grande poeta brasileiro contemporâneo, nem sempre de leitura fácil e, por isso mesmo, não muito vulgarizado na literatura acadêmica hodierna, relata uma experiência infantil que lhe permitiu ingressar de cheio na trajetória da realização de sua fecunda

* Trabalho apresentado como requisito para a conclusão do curso da disciplina Processos Coletivos II, da pós-graduação na Faculdade de Direito da USP, ministrada pelos professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, no segundo semestre de 2003. O tema surgiu a propósito de um seminário apresentado na mesma disciplina, avaliado pelo professor Carlos Alberto de Salles. Agradecimentos especiais a todos os colegas da disciplina que contribuíram, nos debates do seminário, para aperfeiçoamento de algumas das idéias aqui defendidas. Dedico o trabalho aos meus primeiros alunos na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, que pacientemente me acolheram no ano de 2002 no curso de Direito das Coisas, período noturno. Obrigado por tudo!

** Mestre em Direito pela USP - Professor Titular na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - Advogado em São Paulo

vocação literária. Ao vislumbrar homens limpando alguns pedaços de osso com materiais apropriados, sentiu desejo forte de escovar as palavras. Iniciava o caminho profissional de uma arqueologia da linguagem, procurando com sua fértil e grandiosa produção resgatar os tesouros ocultos e empoeirados pelo tempo.

Para que a beleza estética não se perca na vagueza de uma referência, convém deixar falar Manoel de Barros:

“Eu tinha vontade de fazer como os dois homens que vi na terra escovando osso. No começo achei que aqueles homens não batiam bem. Porque ficavam sentados na terra o dia inteiro escovando osso. Depois aprendi que aqueles homens eram arqueólogos. E que eles faziam o serviço de escovar osso por amor. E que eles queriam encontrar nos ossos vestígios de antigas civilizações que estariam enterrados por séculos naquele chão. Logo pensei de escovar palavras. Porque eu havia lido em algum lugar que as palavras eram conchas de clamores antigos. Eu queria ir atrás dos clamores antigos que estariam guardados dentro das palavras. Eu já sabia também que as palavras possuem no corpo muitas oralidades remontadas e muitas significâncias remontadas”¹.

Por vezes, o oculto trabalho de verificação de origens acaba por ser relegado a segundo plano no campo do direito. Escovar conceitos, reconduzir temas freqüentemente debatidos a categorias dogmáticas fundamentais, no entanto, longe de ser exercício retórico, é tarefa que permite retornar à discussão com vigor, de modo a alcançar resultados absolutamente inesperados.

Tendo em vista esta perspectiva de análise, neste trabalho, procura-se apontar, a modo de introdução, o papel do Ministério Público na sociedade brasileira contemporânea, particularizando a tutela dos interesses ou direitos de natureza metaindividual e a questão de sua legitimidade ou não para propositura de ação visando reparação de dano individualmente sofrido. Procura-se oferecer um reflexo das principais opiniões a respeito do assunto, defendidas por diferentes doutrinadores. A seguir, menciona-se importante limitação de caráter geral introduzida na Lei de Ação Civil Pública através de Medida Provisória recentemente editada.

A partir desta exposição, que visa fornecer uma visão do *status materiae*, reconduz-se o debate ao tema central da legitimidade, a partir de categorias fundamentais da teoria geral do direito, focadas na possibilidade ou não de desmembramento da titularidade de um direito e da possibilidade de exercício do mesmo. Trata-se, então, dos mecanismos desenvolvidos para operacionalizar esse rompimento.

¹ Manoel de Barros, *Memórias inventadas: a infância*, São Paulo, Planeta, “Escova”, Caderno I.

A partir do clarificar desses conceitos, retorna-se ao tema central do trabalho para ver em que medida o Ministério Público é parte legítima para propor a ação reparatória de dano individual. Propõe-se, em matéria do direito individual homogêneo uma análise no plano do direito material da relevância social do direito tutelado como forma de controle das situações a ensejar atuação do órgão de modo a preservar a efetividade do processo coletivo e não permitir, de outro lado, quer abusos ou utilizações de má política por parte do mesmo, quer atuações que não condigam com a natureza e finalidades do órgão, dentro de seu perfil institucional tão bem desenhado em nosso texto constitucional. Tendo em vista que a finalidade primária da lei é reger os casos futuros, para essa proposta prescinde-se de exame estatístico das demandas já propostas, o que se pensa poder ser objeto de interessante trabalho para o futuro.

Procura-se, ao fim da exposição, relatar e interpretar a casuística de nossa jurisprudência, de modo a verificar a aplicabilidade ou não das propostas apresentadas até então. Encerra-se o trabalho com breves apontamentos conclusivos e a seguir expõe-se a bibliografia fundamental consultada quando de sua elaboração.

1.1. O perfil das funções institucionais do Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição. A noção de instituição foi posta ligeiramente de lado pelo positivismo jurídico, mas tendo sido amplamente estudada por M. Hauriou, reaparece no direito contemporâneo, nos últimos anos, no campo privado. A influência dos estudos econômicos para a compreensão das categorias fundamentais do direito privado (contrato, propriedade, mercado) foi marcada pela presença da escola da Nova Economia Institucional, crente no papel atuante e na força criadora das instituições. Retoma-se, assim, a idéia de que as instituições têm um papel na sociedade, em constante interação com ela, permeável aos seus valores, ao mesmo tempo em que capaz de interferir sobre estes. É claro no direito brasileiro a presença do Ministério Público como instituição atuante e defensora de interesses sociais de grande relevo, principalmente a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Como enfatiza a professora R. Sztajn:

“A instituição, como organização social, complexo de relações ordenadas e uniformes, além de permanentes no tempo e no espaço, não são, porém imutáveis. Sociedade e instituições são sistemas abertos que se auto-influenciam e alteram permanentemente. Transformações institucionais resultam de mudanças sociais decorrentes de mudanças tecnológicas, por exemplo, que geram novas necessidades.”².

² Rachel Sztajn, “Mudanças institucionais: a perspectiva do direito” in *Diálogos FEA & Largo São Francisco*, n° 2, São Paulo, 2002, p. 12.

Sendo instituição, o Ministério Público apresenta-se como uma realidade finalística. As instituições caracterizam-se pela presença de um fim, um objetivo, uma meta a ser perseguida por sua atuação. Não sem propósito o desenho normativo de entidades de natureza institucional evidencia o elemento teleológico. Assim ocorre, na lei civil, por exemplo, com a associação (o art. 53 do Código Civil³ ressalta a organização para finalidade não econômica), com a fundação (o art. 62, *caput*⁴ ressalta a destinação do patrimônio como seu elemento caracterizador central) e mesmo com a sociedade (a preposição *para*, no *caput* do art. 981⁵ evoca a dimensão de objetivo a ser perseguido).

Evidentemente, as ações concretas da instituição podem ter conteúdo diverso, as decisões podem ser díspares, mas sempre serão pautadas por um fim que caracteriza e define aquele recorte da realidade fenomênica como uma instituição. No plano fenomênico, poderá se verificar descompasso entre ato praticado e fim institucional proposto, um dos elementos caracterizadores de uma das espécies de desvio de função. A organização, duração e continuidade de uma determinada prática voltada a compor conflitos ou interesses sociais é insita à noção de instituição⁶.

“As instituições apresentam como elementos comuns a idéia de uma atividade a ser empreendida pelo grupo, a organização do poder para realizá-la e as manifestações de aceitação das regras emanadas desse poder”⁷.

O fim institucional do Ministério Público é um fim de defesa, de proteção. O membro desta instituição, quando age sob seu amparo, deve defender e proteger os interesses sociais de maior relevo, com o objetivo de permitir que toda a comunidade em que está inserido possa alcançar o bem comum. Quando denuncia, quando interroga, quando opina, o membro do *parquet* veste-se com o nobre manto que lhe outorga a sua instituição, manto tecido por toda a coletividade, com os fios dos seus interesses. Sua atividade, nobilíssima, por certo, deve estar pautada, portanto, por uma idéia de delegação: atua porque tem poderes recebidos de outros.

Jamais pode o Ministério Público buscar a satisfação do seu interesse, ainda que este tenha caráter público (pois o seu interesse *como órgão* seria *interesse público secundário*⁸), nem tampouco procurar defender o interesse do governante de plantão, mas deve pautar sua atuação apenas e tão somente pelo interesse de quem o legitima, ao

³ “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”.

⁴ “Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”.

⁵ “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

⁶ Cfr. Rachel Sztajn, *op. cit.*, p. 11.

⁷ Rachel Sztajn, *op. cit.*, p. 12.

⁸ Adiante se desenvolve a importante distinção entre interesse público primário e secundário.

fim das contas, que é a sociedade civil como um todo. O conjunto dos interesses homogêneos da comunidade política consubstancia o interesse público primário que norteia, limita e traça o espaço de atuação com legitimidade, não só para o Ministério Público, mas para todo e qualquer agente público ou político. Só pode atuar no interesse público se a sua dimensão primária estiver presente. Caso contrário, corre o risco de agir em campo privado ou de outro ente público, obstando a ação do indivíduo ou assumindo funções que não as suas e, deste modo, perdendo a sua legitimidade como órgão de poder⁹.

A idéia de fim circunscreve um âmbito de atuação. Agir fora dele, além de implicar, do ponto de vista da ética social, a perda da legitimidade (empregada aqui não em sentido técnico-jurídico), pode implicar um excesso de atividades que gera impossibilidade de atuar nos campos em que se espera uma atuação *eficiente*, nos termos normatizados no texto constitucional (art. 37, *caput*, *in fine*). O excesso de atuação implica deficiência nesta e possibilidade não diminuída de resultados insatisfatórios.

Sendo instituição e exercendo poder, o Ministério Público tem funções, funções estas de caráter institucional. A idéia de função, em direito, vincula-se à relação existente entre exercício de poder e interesses outros que não os do titular do poder, ou ao menos, que não os exclusivos deste titular. Até mesmo em Matemática, a função compreende-se como relação entre conjuntos, evidenciando a dependência entre dois âmbitos conceituais ou grupos temáticos diversos. Podem existir situações em que o exercício da prerrogativa reverta em favor de outros. Esta situação, típica do exercício do poder, reflete em que o direito (*recte*: poder) alcança dimensões para além da esfera do titular exercente e abrange outros integrantes do cenário jurídico, os quais, afetados de algum modo pelo poder, eventualmente terão interesse no modo segundo o qual se exercitará ou não o poder.

Daí que existam poderes-deveres, ou poderes funcionais, os quais são correlatos a sujeições e direitos. Daí poder-se pensar mesmo na responsabilidade civil do agente do Ministério Público que mal cumpre ou descumpre seu poder funcional: haverá situação de descumprimento de dever ou a correlata ofensa a direito a configurar, segundo a junção dos demais pressupostos, um ato ilícito aquiliano *ex art. 186 e 187 do Código Civil*, conectados aos dispositivos constitucionais e legais correspondentes, notadamente ao § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

Nas situações de colisão de direitos, de um lado, eventual pretensão ou direito subjetivo em sentido estrito e de outro pretensão geral à abstenção (corolário da

⁹ “A concepção e a execução devidamente ajustadas ao bem comum – razão de ser do poder ou da autoridade – tornam legítima a autoridade no seu exercício. Poder legítimo é o que se funda nessa legitimidade, cabendo ainda considerar a legitimidade de origem, isto é, dos títulos históricos e jurídicos que estão na origem do poder. Ilegítima-se o poder quando deixa de cumprir os seus fins, isto é, de proporcionar aqueles benefícios e vantagens. É assim que surge a tirania, conceituada pelos antigos como sendo precisamente essa inversão na conduta do titular do poder, que, em vez de promover o bem de toda a sociedade, procura a satisfação dos seus próprios interesses”, José Pedro Galvão de Sousa *et alii*, “Poder” in *Dicionário de política*, São Paulo, T. A. Queiroz, 1998, p. 417.

incolumidade das esferas jurídicas individuais) ou outros direitos subjetivos, o ordenamento jurídico opta: ou por (a) dar prevalência a uma das posições jurídicas ou por (b) tratá-las equiponderantemente. Assim, em direitos reais, há o *princípio da prevenção*, segundo o qual há preferência temporal entre direitos reais colidentes (por exemplo, em matéria registrária, a prioridade hipotecária), em direitos de crédito, há o *princípio da igualsorte*, no plano do direito material de modo geral, estabelecido através do regime da *par condicio creditorum*. Em matéria de exercício de direito que se pode tornar irregular (= “abuso do direito”), a *prevenção se dá em favor do lesado pelo exercício ilegítimo*, agora por regra de inclusão da figura como espécie de ato ilícito (art. 187 do novo Código Civil)¹⁰.

Há, ao lado do poder do Ministério Público, verificável em diversas situações, desde a titularidade exclusiva da ação penal pública, passando pela co-legitimação nos processos coletivos em geral, até as atuações como fiscal da lei em relações processuais de tutela de direitos privados familiares, um não menor dever de que esta atuação leve sempre em conta o interesse público primário, ou seja, o bem comum. Atuação exorbitante desta esfera de concessão de legitimidade seria abusiva e ensejaria responsabilização em termos jurídicos, quando não outras sanções de ilicitude, de natureza caducificante ou nulificante. Do ponto de vista institucional, por outro lado, implicaria uma descrença no órgão ou a possibilidade fática de atuação arbitrária, em que o poder tenderia à ilimitação e ao exercício não normado.

A distinção entre interesse primário e secundário, nas coletividades, baseia-se em que os diversos grupos integrantes das mesmas podem apresentar pretensões conflitantes. Apenas aquele grupo de interesses que unificar todos os integrantes do grupo social, sem exceção alguma, é que se pode configurar como interesse público primário. O bem comum, o bem de todos, é o interesse público primário. Já o interesse na efetividade do processo, na eficiência da administração, na concorrência, no sistema previdenciário, na proteção e tutela do crédito, embora também de natureza pública, é secundário porque é setorial.

A distinção, evocada por Renato Alessi, é muito importante porque, em matéria de direito administrativo, o interesse público que justifica a exorbitância do regime publicístico sobre o de direito privado é o primário. Frequentes vezes, no entanto, no discurso jurídico e no político se troca um pelo outro na tentativa de se justificar determinado posicionamento concreto.

Em uma nota, o autor italiano esclarece primorosamente a distinção:

“A organização jurídica da coletividade representa o prevalecer de uma determinada serie de interesses coletivos

¹⁰ No texto descreve-se, sumariamente, o pensamento básico de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, cfr. *Tratado de Direito Privado*, t. II, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, pp. 290-291.

sobre qualquer outro interesse, individual ou coletivo, existentes no seio da coletividade mesma, que esteja em contraste com aquele: o complexo dos interesses coletivos prevalentes se chama, com uma fórmula sintética, interesse *coletivo primário*. Este interesse coletivo primário, sendo a expressão unitária de múltiplos interesses individuais coincidentes próprios de cada sujeito jurídico singular (indivíduo ou ente jurídico) membro da coletividade, se distingue idealmente do interesse individual de todo sujeito singular, que pode com esse coincidir ou também com esse entrar em conflito: estes interesses individuais próprios de cada sujeito singular membro da coletividade são denominados interesses *secundários*: interesses, portanto, subjetivos enquanto próprios do sujeito singular, ou também, em sentido amplo, patrimoniais, enquanto integrantes daquilo que, em sentido amplo, é o patrimônio do sujeito: complexo de relações que tem este à frente.

A satisfação do interesse coletivo primário se obtém ou com uma tutela direta, independentemente dos interesses secundários com esse eventualmente coincidentes, ou indiretamente, mediante a satisfação dos interesses secundários coincidentes com o interesse coletivo primário.

O interesse assim chamado *público* não é outro que o interesse coletivo primário, considerado como objeto de tutela direta da ação administrativa, enquanto o interesse da administração enquanto sujeito jurídico em si mesmo considerado, não representa se não um dos interesses secundários existentes no grupo social¹¹.

¹¹ “L’organizzazione giuridica della collettività rappresenta il prevalere di una determinata serie di interessi collettivi su ogni altro interesse, individuale o collettivo, esistente nel seno della collettività stessa, che sia in contrasto con quello: il complesso degli interessi collettivi prevalenti si è chiamato, con una formula sintetica, interesse *collettivo primario*. Questo interesse collettivo primario, pur essendo l’espressione unitaria di molteplici interessi individuali coincidenti proprio ad ogni singolo soggetto giuridico (individuo od ente giuridico) membro della collettività, si distingue idealmente dall’interesse individuale di ogni singolo soggetto, che può con esso coincidere ovvero con esso essere in conflitto: questi interessi individuali propri di ogni singolo soggetto membro della collettività si son denominati interessi *secondari*: interessi, pertanto, *soggettivi*, in quanto propri Del singolo soggetto, od anche, in senso assai lato, *patrimoniali*, in quanto interagenti quello che, in senso assai lato è il *patrimonio* del soggetto: complesso di rapporti ad esso mettenti capo. / La soddisfazione dell’interesse collettivo primario si ottiene o com una tutela diretta, indipendentemente da interessi secondari com esso eventualmente coincidenti, ovvero indirettamente, vale a dire mediante il soddisfacimento appunto degli interessi secondari coincidenti com l’interesse collettivo primario. / L’interesse c.d. *pubblico* non è nient’altro che l’interesse collettivo primario, considerato come oggetto di tutela diretta dell’azione amministrativa, mentre l’interesse dell’amministrazione in quanto soggetto giuridico a sè stante, no rappresenta se non uno degli interessi secondari esistenti nel gruppo sociale”, Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milão, Giuffrè, 1951, pp. 28-29, nota 1a.

Em importante trabalho sobre a imparcialidade que deve permear a atividade da administração pública, diz uma autora:

“Ao exercer a função – a função administrativa –, a Administração tem o poder-dever de realizar o interesse público com total objectividade, exclusividade, isenção, independência, neutralidade e transparência”¹².

A própria idéia de um Ministério Público evoca uma função própria a ser exercida em prol da comunidade. Ministério é palavra que se origina de *minister*, *tri*¹³, a qual, por sua vez deriva de *munus*, *eris*. O *munus* evoca um encargo assumido diante da coletividade. Tem origem na raiz *mei*, do indo-europeu, que designa a realidade de uma *troca* (o mútuo tem a mesma raiz no indo-europeu). O sufixo *nes* dá aos vocábulos a que se agrega, a conotação de realidade com caráter social, traduzindo a idéia de algo feito diante do público¹⁴. Paradoxalmente, concilia a troca, ato tipicamente privado, com uma situação de responsabilidade ou dever diante da coletividade, como fez notar E. Benveniste:

“Mas como associar a noção de ‘encargo’ expressa por *munus* e a de ‘troca’ indicada pela raiz? Festus nos coloca no rumo ao definir *munus* como ‘*donum quod officii causa datur*’ [dom que é conferido em razão de um afazer ou ofício]. Com efeito, entre os encargos do magistrado, *munus* designa os espetáculos e os jogos. Com isso se introduz a noção de ‘troca’. Ao nomear um indivíduo como magistrado, são-lhe concedidas honras e vantagens. Isso o obriga, em troca, a outros préstimos, sob a forma, particularmente, de despesas para os espetáculos, assim justificando esse ‘encargo oficial’ como ‘troca’¹⁵.”

Este mecanismo de atribuição de vantagens ao Ministério Público como instituição, como se vê, traz correlatos deveres e vinculações, os quais o obrigam a atuar no interesse da sociedade. Não pode o seu representante atuar contra os representados, nem tampouco em campos, ainda que residuais nos dias atuais, estritamente privados. Se é preciso levar os direitos a sério, como sugere o título de vulgarizada obra em inglês, é preciso que o Ministério Público veja quais direitos está a tutelar e os defenda com bravura, sem exorbitar do seu *âmbito* de atuação. Como já disse um promotor, enfatizando a dimensão pública do ministério:

¹² Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade da administração pública*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 236.

¹³ *Minister* era a palavra em latim utilizada para designar desde o escravo, o servo, até um conselheiro, passando mesmo pelo intermediário. Cfr. Francisco Torrinha, *Dicionário Latino Português*, 8ª ed., Porto, Reunidas, s. d., p. 521.

¹⁴ Cfr. Émile Benveniste, *O vocabulário das instituições indo-européias*, v. I (Economia, Parentesco, Sociedade), Campinas, Editora da UNICAMP, 1995, pp. 95-96.

¹⁵ Émile Benveniste, *op. cit.*, p. 96.

“Ser Promotor de Justiça é encontrar na dignidade do trabalho o caminho seguro para o progressivo aperfeiçoamento do profissional que, na plena *doação à comunidade*, conquista a sua realização integral como pessoa. É entregar o verdor e a força da mocidade à causa da justiça com a alegria do ideal e conservar na maturidade a mesma satisfação que marcou a fidelidade à vocação. É ministério público que transforma cicatrizes em estandartes que desafiam novas lutas. É a possibilidade de viver segundo a própria consciência, voltado para o bem do próximo, apurando a inteligência para desvendar o justo e a coragem para o buscar sem tréguas. É juventude que não cede aos obstáculos dos poderosos que se desviaram do bem e é maturidade que faz do direito a forma civilizada de atribuir a cada um o que é seu”¹⁶.

Em um sistema de direito positivado e estruturado constitucionalmente, é necessário ver, após a captação da realidade institucional do Ministério Público, qual o desenho normativo específico de suas funções, sob pena de o direito se converter em objeto do riso da criada trácia.

1.2. Disciplina constitucional do perfil de funções do Ministério Público

Como primeira das funções essenciais à Justiça, a Constituição Federal de 1988 elenca o Ministério Público. A incumbência da instituição, nos termos da Carta Magna é a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*).

A defesa da ordem jurídica deve ser entendida aqui, de modo específico. O inadimplemento de uma obrigação contratual de direito civil estrito viola a ordem jurídica, na medida em que implica o cometimento de um ilícito, ainda que relativo, o mesmo se diga da ocorrência de um dano aquiliano tradicional, ocasionado, por exemplo, por um e apenas um erro médico em face de pessoa determinada. Nestes casos, a atuação do Ministério Público é dispensada porque defende a ordem jurídica como um todo e do ponto de vista da incolumidade do ordenamento. É por esta razão é que é legitimado para propositura das ações que versem pronunciamiento a respeito de constitucionalidade ou não de textos legislativos (*e.g.* art. 129, IV, *prima parte*).

Quanto ao regime democrático, exerce importante papel de zelar pelo respeito que o Poder deve ter para com os direitos fundamentais (art. 129, II) e também na medida em que pode representar objetivando intervenção em ente federado (art. 129, IV, *in fine*).

¹⁶ Jaques de Camargo Penteado, “Ética do promotor de justiça” in *Funções institucionais do Ministério Público*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 1.

No pormenor que é objeto específico deste trabalho, é importante perceber que o Ministério Público tem incumbência (correspondente ao *ufficio* dos italianos ou aos nossos poderes funcionais) de defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

Antes mesmo de pensar na legitimidade *ad causam* do Ministério Público no processo coletivo, até mesmo porque ela está assegurada de modo geral pelo intertexto da Lei da Ação Civil Pública (art. 5º) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 82, I e art. 91), é preciso pensar a questão de se há sempre interesse social ou individual indisponível no processo coletivo, quer estabelecido por meio de ação civil pública, quer por meio da “ação de classe brasileira”¹⁷ (a ação do art. 91) a ser perseguido por esta instituição. Na verdade, *de lege lata*, a legitimidade está garantida pelo texto normativo, o qual poderia ser objeto de reforma tendo em vista o objetivo de aprimorar os textos infra-constitucionais, de modo a harmonizá-los com o texto supremo e com a funcionalidade de um direito voltado para a superação da dicotomia público e privado.

O ponto fulcral é este e, dentro da perspectiva de que o processo é instrumental, isto é, é meio e não fim do direito, parece que o argumento deve estar no plano do direito material. *Só observando o conteúdo do direito tutelado é que será possível corretamente versar o assunto e fornecer a resposta adequada para a polêmica que se acena há tempos no tocante a este assunto.* É o que se procura fazer adiante.

Outro trecho do texto da Constituição que versa a matéria é o inciso III do art. 129. Por meio dele, elenca-se, entre as funções institucionais do Ministério Público 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”. Está constitucionalmente assegurada a legitimidade para propor ação coletiva (no caso, a civil pública) para tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo.

A menção a este inciso, em verdade, tem o importante papel de circunscrever a discussão ao âmbito da tutela dos interesses individuais homogêneos. Só quanto a eles é que propriamente se pode discutir eventual adequação entre a atuação ministerial e a natureza do direito material tutelado e haver confronto, ainda que de *lege lata*. *De lege ferenda*, poderia se pensar, mas para isto seria necessário alterar a Constituição e talvez o ponto fosse imutável se classificado como cláusula pétrea, em afastar a legitimidade para alguns interesses coletivos, o que não parece de todo conveniente. Quanto aos difusos seria absurdo não se permitir a tutela ministerial, dada a própria idéia desta instituição.

Contemporaneamente é forte a idéia de uma interpretação conforme à Constituição, no sentido que o arco hermenêutico deve sempre atingir o seu texto e

¹⁷ Utiliza a expressão, referindo-se expressamente à ação do artigo mencionado entre parêntesis Ada Pellegrini Grinover, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 796.

atingi-lo como um todo. É preciso ler a lei ordinária de acordo com a lei constitucional, vendo nesta simbiose um sistema de partes inter-relacionadas profundamente.

Como há objetivos claros no texto de 1988, elencados no art. 3º, é preciso que a defesa de direito individual por ente público seja compatível com as metas fundamentais da República, de modo a não implicar, quer a advocacia interessada de um grupo ligado pela “origem comum” por meio de órgão estatal, quer que essa defesa acabe por impedir o objetivo de agremiar os interesses sociais, aglutinando a comunidade por meio das associações co-legitimadas abstratamente. Ministério Público não se pode confundir nem com ministério privado nem com ministério social, sob pena de desvirtuamento e desestruturação da perspectiva própria de sua atuação.

1.3. A tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos: o art. 1º da Lei nº 7.347/85

A Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, como microsistema das ações coletivas, dentro da perspectiva de um diálogo de fontes do Direito, formam, em matéria de processo coletivo, um todo orgânico. Não se os pode interpretar nem aplicar como textos estanques não só tendo em vista a expressa referência que se fazem, mas tendo em vista a proposta de encarar o direito como sistema auto-poiético.

Ao se introduzir a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para propositura da ação reparatória de dano individual, ação esta do art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, parece necessário pensar-se em uma compatibilização do conteúdo veiculado através da pretensão condenatória, ainda que genérica, com o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Pode ser objeto da tutela coletiva de direitos a matéria referente a consumidor, meio ambiente, bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ordem econômica e popular, ordem urbanística, ou qualquer direito difuso ou coletivo.

A legitimidade do Ministério Público para qualquer direito coletivo em sentido próprio (difuso e coletivo em sentido estrito) parece inquestionável, quer no nível ordinário de legislação, quer pensando no art. 129 da Constituição Federal. *Para tutela de direitos coletivos, este órgão será sempre legitimado no direito brasileiro.* Para isso, pode se valer dos meios processuais de tutela coletiva de direitos que houver e mesmo de outros mecanismos extra-processuais ou pré-processuais. Só haverá modificação deste ponto se houver alteração da Constituição, alteração esta que teria caráter praticamente revolucionário se tocasse essencialmente neste pormenor.

No tocante a direitos individuais homogêneos, preciso notar que são direitos individuais, isto é, direitos subjetivos clássicos ou tradicionais, cuja titularidade é perfeitamente identificável e, portanto, podem ser interpretados e estudados de acordo com as categorias dogmáticas comuns. São direitos de sujeitos claramente determinados,

imputados em suas correspondentes esferas jurídicas individuais, cujo vínculo é apenas e tão somente da causa aquisitiva do direito (a ampla “origem comum” de que fala o art. 81, parágrafo único, III).

Fora das matérias especialmente elencadas na Lei de Ação Civil Pública, pode pairar controvérsia para a legitimidade do Ministério Público para tutela dos direitos individuais homogêneos. Tendo em vista que não há uma cláusula de abertura análoga à existente para os direitos difusos e coletivos, tanto na Constituição quanto na lei, não sendo matéria de consumidor (legitimação do CDC) ou do art. 1º da LACP, sendo o direito individual e homogêneo, pode se instaurar, ao menos no plano sociológico (inicialmente), uma crise que questione a legitimidade do *parquet*, como de fato se instaurou e gerou uma série de posicionamentos doutrinários, alguns dos quais amparados pela jurisprudência e, posteriormente pela lei (esta última não atacando a legitimidade do Ministério Público em si, mas a de qualquer co-legitimado para certas matérias, como a atinente ao FGTS).

Essa “crise de legitimidade”, entretanto, só pode ser corretamente resolvida com propostas de estudo com grau dogmático suficiente para abordagem que, escovando os conceitos envolvidos, permita a retomada do brilho original do tema. O objetivo do trabalho é, em verdade, retomar, a partir deste tema aparentemente periférico, a discussão a respeito de conceitos fundamentais da teoria do direito.

1.4. Tendências em face do problema apontado

Diante da questão que indaga a respeito da legitimidade habitual do Ministério Público para propositura da ação coletiva reparatória de dano individualmente sofrido, há no direito brasileiro várias opiniões doutrinárias e jurisprudenciais. Neste tópico analisam-se quatro delas, feita a seleção pela pertinência temática, relevância e projeção de conseqüências e diversidade de orientação, visando fornecer um espectro o mais amplo possível da situação real.

Uma opinião contrária à legitimidade do ente público referido para a propositura de ação reparatória de dano individual, defendida com ardor por um advogado paulista, resume-se na idéia de que individualidade do direito e/ou a sua disponibilidade, a qual, para o referido autor, confunde-se a ponto de se identificar absolutamente, com a patrimonialidade, exclui a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento da ação civil pública.

Os limites da referida opinião serão vistos adiante. Por ora, centrar-nos-emos em sua exposição, a qual parte, aparentemente, de dois equívocos fundamentais. O primeiro diz respeito ao fato de que nem todo direito individual patrimonial é disponível, pois é necessário, em verdade, analisar o interesse subjacente que, violado, ensejou o

surgimento da pretensão reparatória (utilizo a expressão em sentido técnico, de direito material, tal qual empregado por Pontes de Miranda).

Outro erro de fundo na opinião, correlato ao já apontado, consiste na identificação entre disponibilidade e patrimonialidade, conceitos diversos e imiscíveis, tanto do ponto de vista da teoria geral do direito, quanto do ponto de vista prático e operacional. Mais adiante estes desvios serão retomados. Acena-se para eles desde início para evitar a identificação desta opinião com a que se defende neste trabalho.

Na retomada da teorização clássica dos direitos amparados pelas ações coletivas, diz o referido autor:

“Os interesses coletivos seriam aqueles em que a inter-subjetividade abrangeria uma classe definida de sujeitos ativos com objetivos claros em sua defesa, mas de difícil atuação individual, e os interesses difusos aqueles em que a inter-subjetividade atingiria uma classe indefinida de titulares com idênticas dificuldades de ver seus interesses protegidos.

Nenhum de tais interesses se aproximam dos direitos individuais indisponíveis, como, por exemplo, o direito à vida, que é um dos fundamentos dos direitos e garantias individuais expostos no *caput* do art. 5º da CF”¹⁸.

O salto lógico que se verifica do primeiro ao segundo parágrafo é claro: menciona diferença entre os direitos coletivos e difusos apenas e tão somente na definição de classe e dificuldade de defesa individual e, a seguir, diz que direitos individuais indisponíveis têm por paradigma o direito à vida. Afirma que não há relação entre os primeiros e os segundos, argumento que não parece subsistente por algumas razões.

Primeiramente, se a vida é fundamento dos direitos do art. 5º, é fundamento do direito à segurança, à liberdade e à propriedade, ali expostos. Deste modo, ofensas a esses direitos atingiriam o fundamento e se poderia chegar à conclusão de que uma invasão de terra consiste em ofensa a direito individual indisponível, enquanto, por outro lado, na opinião do autor, uma tributação inconstitucional é absolutamente disponível. O exercício abusivo do poder estatal é lesivo, mas a lesão é disponível. Já uma ação civil reparatória de dano a vida tutela direito indisponível e permitiria a interveniência do Ministério Público.

Comentando a respeito da possibilidade da tutela coletiva do direito individual de ser tributado justamente, prossegue o autor:

¹⁸ Ives Gandra da Silva Martins, “Ação civil pública é veículo processual imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis” in *Revista dos Tribunais* nº 707, São Paulo, set. 1994, p. 24.

“Não entrarei a examinar a constitucionalidade ou não do IPTU lançado para o exercício de 1994. Refoge ao campo de indagação do parecer. Examinarei, isto sim, o tipo de direito que implica, ou seja, ao Município, o direito de exercer sua competência impositiva e ao munícipe o direito individual, disponível e divisível de ser tributado nos termos da lei suprema e da lei ordinária”¹⁹.

Se o direito de ser tributado constitucionalmente é disponível, no sentido de que pode ser livremente negociado no tráfico jurídico, renunciado e objeto de ato de alienação, fica absolutamente prejudicada toda a proposta do constitucionalismo contemporâneo de elencar limites materiais ao exercício do poder e introduzi-los dentro de garantias não passíveis de modificação por serem fundamentais, no sentido de suporte, alicerce e fonte para todo o sistema de direito. A bem da verdade, todo direito violado que tivesse por forma de reparação pretensão condenatória de conteúdo pecuniário seria, então disponível. A disponibilidade identificar-se-ia com a patrimonialidade, com perigosas conseqüências em todo o direito. Até mesmo eventual pretensão a prestação de alimentos seria argumentável como de caráter disponível.

É evidente que o direito do contribuinte não se confunde com um direito de consumidor, como o tem feito notar a jurisprudência recente dos nossos tribunais superiores. O seu direito, entretanto, é igualmente indisponível, tem dimensão constitucional, está relacionado a uma das principais garantias do cidadão frente ao Estado: o direito de ser tributado conforme a constituição. Em tese, pode ser veiculado através da tutela coletiva, sem qualquer problema porque envolve uma questão pública muito relevante. Há uma dimensão essencialmente publicística na tutela coletiva de assuntos tributários, a qual até mesmo é forma de controle do governante, relaciona-se com a ordenação da economia e o desenho político institucional da circulação de riquezas, assuntos diretamente afetos a interesse público.

Na esteira do pensamento de Ives Gandra, entendendo que sempre que o direito for individual e identificável em esfera jurídica singular ficaria excluída a tutela coletiva via ação civil pública, há alguns julgados, justamente em matéria tributária. A possibilidade de tutela individual, para um acórdão em concreto, excluiria a possibilidade da tutela coletiva, o que claramente fere o escopo do microsistema das ações coletivas. Um deles, concretamente, afasta a tutela coletiva com a seguinte fundamentação:

“Ante a possibilidade de determinação dos contribuintes que serão atingidos pelo teor da decisão municipal (excluindo a aplicação do art. 16 da Lei 7.347/85). Em segundo plano por haver relação jurídica-base vinculando de um lado a Fazenda Pública Municipal e de outro um número

¹⁹ Ives Gandra da Silva Martins, *op. cit.*, p. 24.

determinável de contribuintes. Por fim por se tratar de interesses individuais, derivados de relações jurídicas semelhantes mas distintas e perfeitamente definidas.

Ora, cada contribuinte poderia, na prática, instaurar isoladamente um processo, formulado, cada qual para si o pedido de que não se utilizasse do reajuste do imposto na forma pretendida, por ser, essencialmente pessoal a relação tributária, comportando, inclusive, situações de ajustamento, de acordo com a capacidade contributiva de cada sujeito passivo, mediante verificação de suas condições pessoais (afastando, em definitivo, a incidência do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que se destina à defesa do consumidor, ora com conotação preventiva, incs. I e II, ora com conotação reparatória, inc. III, visando a indenização dos danos sofridos)²⁰.

Um pormenor, de fato, chama a atenção no julgado, que é o de apontar a possibilidade de prevalência de questões individuais que impedem tutela coletiva no escopo de unificação de demandas (molecularização), com vistas a dar efetividade ao processo. Nem sempre que a matéria necessitar de apreciação da individualidade haverá prevalência destas questões, notadamente, quando houver ofensa a princípios constitucionais tributários (anualidade, capacidade contributiva) ou ao sistema de imunidades e isenções.

Outra tendência claramente identificável na doutrina é a esposada por Rodolfo de Camargo Mancuso. Para o referido autor, sempre que o direito objeto da tutela coletiva for de natureza difusa ou coletiva, haverá interesse público na tutela, a permitir sempre o ajuizamento de ação reparatória pelo Ministério Público. Centra o debate, deste modo, residualmente, na questão dos direitos individuais homogêneos.

Defende que é necessário proceder a uma verificação *in concreto* da indisponibilidade do direito individual a ser tutelado. Há direitos transindividuais *per se*, que sempre são transindividuais e direitos transindividuais *per accidens*, que são em regra individuais, mas que acidentalmente serão transindividuais, isto é, nem sempre, apenas em alguns casos concretos, de modo que, apenas e tão somente nestes casos seria admissível uma tutela coletiva dos direitos, os quais seriam individuais, mas com uma possibilidade de tutela coletiva em face da homogeneidade que os torna transindividuais em casos concretos²¹.

²⁰ Ap. 53.111-5, TAPR, 2ª Câm., j. 11.11.92, rel. Juiz Irlan Arco-Verde, v. u. (RT 691/170 e segs.). Parece que o julgado, *data maxima venia*, poderia ter considerado que, mesmo em matérias de direito do consumidor, as relações jurídicas por vezes são individuais e, ainda assim, é possível a tutela coletiva, até mesmo porque a condenação é genérica e há novo processo de conhecimento nas liquidações individuais para permitir a cognição de dados individualizadores de pretensões.

²¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, "Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos" in *Ação civil pública (Lei nº 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação)*, coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 440-441.

Em face desta argumentação, o autor defende que a legitimidade do *parquet* deve ser apurada *in concreto* e em face do art. 127 da Constituição Federal. Será preciso apurar a relevância social do interesse individual, a sua dimensão pública, para permitir a regular interposição da ação reparatória pelo Ministério Público.

Parte da jurisprudência, implicitamente, adota este critério ao julgar a idéia de que deve haver, para se concretizar a legitimidade do Ministério Público na propositura destas ações, a presença de um “*interesse social relevante*”.

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no sentido de que:

“Tem o MP, na forma de vários precedentes da Corte, legitimidade ativa para defender interesses individuais homogêneos, presente o relevante interesse social, assim no caso, do direito à aquisição de casa própria, obstado pela administração de cooperativa habitacional em detrimento dos cooperados, como apurado em inquérito civil”²².

Outra importante opinião, no cenário jurídico nacional, em face do problema objeto deste estudo é a de Nelson Nery Junior. O autor entende que os arts. 127, *caput* e 129, IX, *prima parte* autorizam o Ministério Público abstratamente a interpor a ação civil pública para tutela do direito individual homogêneo. A idéia do notável jurista paulista é que o processo coletivo em si é de interesse público e que, portanto, a tutela coletiva de direitos, sempre que possível, tem relevância social, de modo que o ente do *parquet* está legitimado *in abstracto* para a propositura da ação sempre, sem necessidade de apuração concreta da matéria, porque a relevância viria do próprio sistema das ações coletivas. Esta dimensão de interesse público no processo coletivo relaciona-se ao fato de que evita decisões conflitantes e unifica pretensões semelhantes, o que implica economia processual e desafogamento do Judiciário.

Comentando a situação Ministério Público como autor na Lei de Ação Civil Pública, diz:

“Tanto o MP da União quanto os MPs dos Estados, *indistintamente e em qualquer matéria*, têm legitimação para a propositura da ACP”²³.

Em outro texto, explicita a importante tese, mostrando que a massificação e a padronização dos comportamentos sociais demandam nova lógica de compreensão,

²² STJ, 3 T., Resp. n.º 255.947-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.10.2001, v. u.. Extraído de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.326.

²³ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.321.

tanto para o direito material, quanto para o direito processual. Nesta perspectiva, seria necessária autêntica reformulação de conceitos clássicos e tradicionais da ciência instrumental:

“Assim, sempre que se estiver diante de uma *ação coletiva*, estará aí presente o *interesse social*, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 127 *caput* e CF 129 IX).

De conseqüência, toda e qualquer norma legal conferindo legitimidade ao Ministério Público (CF 129 IX) para ajuizar *ação coletiva*, será constitucional porque é função institucional do *parquet* a defesa do interesse social (CF 127 *caput*).

Como o CDC 82 I confere legitimidade ao MP para ajuizar ação coletiva, seja qual for o direito a ser defendido nessa ação, haverá legitimação da instituição para agir em juízo. O CDC 81 par.ún. diz que a *ação coletiva* poderá ser proposta para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (incs. I a III)”²⁴.

Em outro trecho do mesmo artigo diz:

“Consulta aos interesses de toda a sociedade, o fato de ajuizar-se uma demanda apenas, cujo objetivo seja solucionar conflitos coletivos (coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos) ou difusos. Assim, **a simples circunstância de a lei haver criado uma ação coletiva, o seu exercício já é de interesse social, independentemente do direito material nela discutido**”²⁵.

A opinião do professor Nelson Nery tem por foco, como se vê, a dimensão processual das ações coletivas. A propósito, recorda que a legitimação é, no sistema alemão, do tipo autônoma para o procedimento, a que dispensa análise do tipo de direito material defendido. Não seria necessário, para o ilustre professor paulista, auferir eventual interesse público do direito material tutelado, na medida em que o tratamento coletivo do direito (a tutela coletiva de direitos, independentemente do conteúdo (= direitos tutelados) já tem interesse público por desafogar o Judiciário de multiplicidade de demandas e, por outro lado, evitar litisconsórcios multitudinários.

²⁴ Nelson Nery Junior, “O Ministério Público e as ações coletivas” in *Ação civil pública (Lei n° 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação)*, coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 366.

²⁵ Nelson Nery Junior, “O Ministério Público e as ações coletivas”..., *cit.*, p. 358.

Esta importante opinião encontra apoio em recente julgado nacional, o qual teve por objeto matéria tributária (taxa pública). Naquela ocasião, pronunciou-se o 1º Tribunal de Alçada Civil no sentido de que mesmo sendo direito disponível, este pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público:

“Daí evidente se afiguram em harmonia com o texto constitucional as normas do Código do Consumidor concernentes à defesa em juízo tanto dos direitos difusos e coletivos como dos individuais homogêneos, mesmo disponíveis, importando quanto a estes a sua dimensão social e coletiva.

A tutela coletiva, ademais, não se adstringe à relação de consumo, pois o art. 117 do CDC acrescentou à Lei 7.347, de 24.07.1985, que disciplina a ação civil pública, dispositivo com a seguinte redação...”²⁶.

O acórdão encontrava-se assim ementado:

“Ação Civil Pública. Ministério Público. Interposição em razão do aumento da contraprestação por serviços públicos municipais de água e esgoto, no mesmo exercício financeiro. Legitimidade *ad causam*. Possibilidade de o *Parquet* defender interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis. Hipótese em que evidente a existência e relevância do conflito de massa. Inteligência dos arts. 127 e 129 da CF e do art. 82 da Lei 8.078/90. Voto vencido”²⁷.

Uma última posição doutrinária digna de destaque, pela originalidade e criatividade na formulação, é aquela esposada pela professora Ada Pellegrini Grinover. Partindo das noções elementares da teoria geral do processo, notadamente das condições da ação (interesse processual, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido), chega a formular peculiar concepção a respeito da forma de conceber a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos²⁸.

Consciente de que os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos clássicos, mas que podem receber tratamento coletivo, a autora confronta a ação coletiva brasileira com a *class action* e, especialmente, com a regra 23 das *Federal Rules of Civil*

²⁶ Ap. 804.297-5, 1ª Câ., j. 05.06.2000, rel. Juiz Correia Lima (RT 784/258).

²⁷ RT 784/258.

²⁸ Destaca-se, especialmente, o artigo “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade” in *Ação civil pública: Lei nº 7.347/85 – 15 anos*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 19-39.

Procedure. No direito americano, pode-se concluir, pela análise da ilustre professora da Universidade de São Paulo, que as ações coletivas reparatórias (*class actions for damages*), além dos requisitos gerais da alínea “a” da regra,

“devem obedecer a dois requisitos adicionais:

1 – a *prevalência* das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais;

2 – a *superioridade* da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença”²⁹.

Adiante, explica a funcionalidade própria desses requisitos, que podem ser encarados, no direito brasileiro, em termos de condições da ação:

“O requisito da *prevalência* dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da *superioridade* leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões”³⁰.

Sobre a prevalência, a autora entende que é requisito de admissibilidade da tutela coletiva a homogeneidade do direito individual. Se o direito individual não é homogêneo, não cabe tutela coletiva, porque falta previsão, no ordenamento deste meio de tutela para este tipo de direito. Deste modo, faltaria a possibilidade jurídica de eventual pedido formulado.

A respeito da superioridade da tutela coletiva, a autora entende que esta se verifica através da idéia de interesse de agir e de efetividade do processo. Só seria admissível a ação coletiva condenatória nas hipóteses em que se verificasse a maior possibilidade de tutela rápida e efetiva aos direitos individuais através deste meio processual do que através da tutela individual.

A tutela coletiva de direitos individuais, então, será admissível se a sentença condenatória genérica tiver utilidade para sua tutela, tendo em vista que terá de ser liquidada em processos individuais próprios. A autora relaciona então a idéia de uma tutela coletiva a sua prestabilidade, em perspectiva funcional para o bem da vida defendido por meio da relação jurídica processual.

²⁹ Ada Pellegrini Grinover, “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade” in *Ação civil pública: Lei nº 7.347/85 – 15 anos*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

³⁰ Ada Pellegrini Grinover, “Das *class actions*...”, *cit.*, *loc. cit.*

O ponto central da opinião da ilustre professora é deslocar a discussão do âmbito da legitimidade do Ministério Público para ver quando a tutela coletiva é útil socialmente e juridicamente viável em si. Para a autora, inclusive o Ministério Público é um dos colegitimados por força da lei, de modo que a discussão a respeito de sua legitimidade é garantida por força do texto normativo³¹.

Admite, no entanto, a possibilidade de que se verifique, em concreto, se em casos específicos o Ministério Público goza da legitimidade, através de exame análogo ao do art. 82, §1º do Código de Defesa do Consumidor para as associações³². Tratar-se-ia de um exame do interesse social, evidenciado pela dimensão do dano ou relevância do bem a ser protegido. Justamente com base nesta opinião final que procurou se estruturar o presente trabalho, para, através de conceitos clássicos da teoria geral do direito, estabelecer uma nova perspectiva para a compreensão do fenômeno.

1.5. A limitação do parágrafo único do art. 1º da Lei nº7347/85

Além dos questionamentos gerais a respeito da impossibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos disponíveis por intermédio da ação coletiva, há uma importante restrição na legislação infraconstitucional. Foi introduzido por recente medida provisória, reiteradas vezes reeditada.

A amplitude do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública foi profundamente restringida por uma série de medidas provisórias, as quais culminaram em um texto que implica a impossibilidade normativa pelo texto de tutela de pretensões referentes a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou fundos institucionais em que há determinabilidade de beneficiários.

A gravidade desta restrição é maior se considerarmos que não é apenas o Ministério Público que perde legitimidade para este tipo de ação, mas todos os demais colegitimados. A priori a lei, evidentemente que por motivos políticos, excluiu a possibilidade de defesa destas matérias pelo instrumento da ação coletiva.

Alguns autores já se pronunciaram pela inconstitucionalidade da alteração. Pela veemência e firmeza da posição, vale à pena transcrever a opinião do professor Nelson Nery Júnior:

“O texto constitucional proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito. O parágrafo ora comentado exclui da apreciação judicial ameaça ou lesão a direito, em desobediência intolerável à Carta

³¹ Ada Pellegrini Grinover, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, pp. 800-803.

³² Ada Pellegrini Grinover, *Código...*, cit., p. 801.

Magna e, portanto, ao estado democrático de direito (CF 1º, *caput*). Ainda que se entenda que a norma comentada apenas *limitaria* o pedido judicial, na verdade proíbe o ajuizamento de ação coletiva nos casos que enumera. É flagrante a inconstitucionalidade, notadamente porque a norma é oriunda do Chefe do Poder Executivo federal, que legisla em causa própria e proíbe que o Poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo. A proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade administrativa (CF 37 *caput*) são desrespeitadas pelo parágrafo incluído pela MedProv 2180-35 6º. O Poder Judiciário não poderá dar cumprimento a essa norma inconstitucional”³³.

Como o foco do trabalho é a legitimidade do Ministério Público, o tema da restrição, que não parece razoável e não apresenta fundamento lógico e dogmático apropriado, não será comentado porque abrange todos os legitimados para a propositura da ação coletiva. O objetivo de apontá-lo aqui foi apenas o de encerrar o capítulo mostrando a polêmica e a atualidade do tema ora discutido, dentro do contexto nacional. A opinião do professor Nelson Nery Júnior parece profundamente correta. A alteração do texto legal visa proteção a interesses governamentais que não se confundem com o interesse público, ainda que se alegue, por exemplo, insuficiência de fundos da Caixa Federal, esta questão é de interesse público secundário. Direitos fundamentais são garantias do cidadão frente ao Estado, não se podendo proteger o ente público abstraído dos direitos fundamentais, em sua eficácia vertical e horizontal. A alegação de que os direitos colidem com o interesse do Estado não parece racionalmente sustentável e tende à arbitrariedade que propugna, a bem da verdade, a exclusão dos direitos fundamentais para garantia da efetividade e subsistência do Leviathan.

2. A perspectiva conceitual da teoria geral do direito

2.1. Estrutura intrínseca da titularidade: pessoa, interesse, direito e esfera jurídica.

Ao se pretender tratar com propriedade do tema da legitimidade, quer em direito material, quer em direito processual, antes de mais nada, é preciso compreender em que contexto se apresenta este conceito. *A legitimidade evoca uma série de conceitos prévios* que precisam ser bem compreendidos para que a palavra, devidamente “escovada”, recupere seu brilho e vigor original e tenha alguma serventia para o debate que se pretende fazer.

³³ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.312.

O tema da legitimidade requer compreender corretamente a idéia de titularidade de direitos e, para tanto, é preciso compreender a *estrutura intrínseca* e a *extrínseca* da titularidade. É fundamental visualizar os elementos que compõem a titularidade a partir de dentro, ou seja, a pessoa, o interesse, o direito e a esfera jurídica, para, em um segundo passo, compreender a dinâmica da titularidade na interação social, o que implicará a necessidade de evocar os conceitos de parte e de legitimação.

Com esses conceitos será possível discutir com mais propriedade a legitimidade do Ministério Público para a ação reparatória de dano individualmente causado, evocando o conceito de parte, legitimação e de disponibilidade de um direito. Desta maneira, a teoria geral pode ser vista em um segmento importante de virtualidade aplicativa para a realização do direito.

O primeiro conceito, central quando se quer tratar de titularidade, é o de pessoa. O conceito de pessoa, diferentemente do que ocorreu com alguns conceitos clássicos da filosofia ocidental, desenvolveu-se tardiamente. Já no século V a. C. havia clara noção de conceitos como natureza, substância, ação, relação, virtude, ou mesmo de política entre os filósofos gregos. Mas só foi com Boécio, no século V d. C. que se formulou pela primeira vez o conceito de pessoa, no embate a respeito da elaboração conceitual prévia à adoção de cânones da teologia dogmática da cristandade, notadamente os referentes ao dogma Trinitário e à Encarnação.

A pessoa, no direito, é o valor-fonte de todo o sistema. Mas, embora possa haver recortes do ordenamento, é uma realidade meta-jurídica, é uma realidade metafísica que só se pode compreender adequadamente a partir de categorias da ontologia clássica, sob pena de superficialismo nocivo para a plena compreensão do direito hoje.

Neste particular, foi notável no direito brasileiro o denso trabalho do falecido Desembargador Walter Moraes³⁴. A pessoa consiste em um ente que tem substância individual e natureza racional³⁵. Esta a acepção metafísica. A pessoa, sendo substância e dotada de individualidade, por um lado é sujeito subsistente em que se incorporam

³⁴ O artigo, inicialmente publicado na RT 590/14-24, foi recentemente republicado na *Revista de Direito Privado*. É por esta última versão que serão feitas as referências. Cfr. "Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade" in *Revista de Direito Privado*, nº 2, São Paulo, abr./jun. 2000, pp. 187-204.

³⁵ "Substância pode definir-se como o que é em si e não em outra coisa. Kleutgen diz: 'ser por si subsistente'. Diz-se que a substância *subsistit* (siste por si e não carece de outro fundamento) e *substat* aos seus acidentes como fundamento ou sujeito. Sendo sujeito, sustenta-se: na expressão lapidar de S. Tomás, *sustentatur in se ipso*. Trata-se, então, daquilo que para subsistir não *depende* de estar noutro sujeito: é essencialmente independente. / A *independência* própria da substância chama-se *subsistência*, que Gredt define com proposição clara mas insuscetível de razoável tradução: 'independentia in essendo a subiecto inhaesionis'. Subsistência vem a ser, pois, aptidão para ser sem dependência ('esse aptum ad essencum sine dependentia a subiecto inhaesionis'). / A substância é imperfeitamente subsistente quando por sua natureza se ordena a ser *com* outra substância. Quando perfeitamente subsistente – ordenando-se a ser em si só e não com outra – a substância chama-se *suposto* (em latim, *suppositum*, em grego, *hypóstasis*). O suposto é o que de mais completo existe no gênero da substância, e a tal ponto é *per se* que não pode estar ou comunicar-se com outra. Define-se: substância singular perfeitamente subsistente e incomunicável. / O suposto de natureza racional se diz pessoa", Walter Moraes, "Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade" in *Revista de Direito Privado*, nº 2, São Paulo, abr./jun. 2000, pp. 191-192.

acidentes, mas pela natureza, isto é, pelo princípio de operações racional, tem a potência de agir compreendendo a dimensão intencional do seu comportamento e de se dirigir livremente em função desta compreensão.

Pessoa, por antonomásia, no plano temporal, é o homem. As pessoas jurídicas são assim chamadas porque, de certo modo, adquirem uma subsistência para além dos integrantes que a compõem, com estrutura de intencionalidade análoga à do próprio homem. Não é à toa que Pontes de Miranda, ao tratar da realidade de que o membro da pessoa jurídica expressa a vontade daquela, empregará o termo *presentação*, ao invés da usual locução “representação”, na medida em que a declaração do membro torna presente a realidade maior de um ente moral formado pela fusão de personalidades individuais.

O conceito de *presentação* vem claramente detalhado no pensamento do autor:

“De ordinário, nos atos da vida, cada um pratica, por si, os atos que hão de influir, ativa ou passivamente, na sua esfera jurídica. Os efeitos resultam de atos em que o agente é *presente*; pois que os pratica, por ato positivo ou negativo. A regra é a *presentação*, em que ninguém faz o papel de outrem, isto é, em que ninguém *representa*”³⁶.

A referência ao que ocorre nas pessoas morais encontra-se adiante:

“Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há *representação*, mas *presentação*. O ato do órgão não entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão, ou das pessoas que compõem o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu. Ainda há *presentação*, e não *representação*, conforme já aprofundamos no Tomo I, se a pessoa física ou o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, através de mensageiro ou de aparelho automático”³⁷.

O importante, no entanto, para os limites deste trabalho, é a percepção de que a dimensão pessoal, sendo central na vivência social e, portanto, no direito, é o pólo em que se tem de verificar eventuais interesses ou direitos, sua titularidade e o exercício da mesma. Sem pessoa não há direito. A regra é que todo direito esteja imputado, referido, a alguma pessoa. Mesmo as exceções clássicas e peculiares em nossa normativa, como o condomínio, a massa falida e o espólio, além de exceções, obedecem, no primeiro caso,

³⁶ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 231.

³⁷ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 233.

a uma opção de política legislativa e, no segundo, a uma necessidade prática de separação transitória de um conglomerado de direitos de natureza patrimonial, para tutela de interesses de credores ou dos herdeiros. A transitoriedade, portanto, exclui a personalidade, mas permite a identificação dos “direitos sem sujeitos” que depois serão liquidados ou imputados a patrimônios pertinentes a entes pessoais.

Fora esses casos, não há direito sem sujeito. Como se viu, a regra é que o sujeito, titular do direito, pratique os atos e sofra as consequências dos atos referentes a ele. A hipótese da discussão da legitimidade do Ministério Público deve passar justamente pela percepção clara de que age defendendo direito ou interesse alheio e, este regime, como é excepcional em direito, exige uma aferição particular. Trata-se do juízo de possibilidade do ente atuar sobre esfera alheia, nela interferindo legitimamente.

Pessoas têm direitos porque têm interesses. Não se entrará, neste singelo estudo, na discussão entre doutrinas que propugnam a equipolência entre o termo direito e o interesse e outras que o equiparam a um poder de manifestar vontade. Mas a idéia de um direito relaciona-se à tutela de um interesse. A pessoa relaciona-se com outros seres, possui bens, “possui” qualidades morais e biológicas³⁸. A relação, nos entes pessoais, não é meramente mecânica, de tal modo a não coimplicar os seus termos. Pessoa relaciona-se com pessoa, com coisas e bens e essa mútua referência cria certa interdependência recíproca, numa simbiose de caráter mutualístico. O próprio étimo de interesse evoca algo que está entre (*quod inter est*).

Interesse é uma relação de mútua referência entre realidades distintas. Quando esta relação corresponde a uma correta ordenação de coisas exteriores com pessoas ou dessas entre si, isto é, a uma ordenação justa, de atribuição do devido a quem faz juz por título pré-constituído e não desqualificado por causa superveniente, configura um interesse jurídico, digno de tutela. Quando esta relação só pode se desenvolver adequadamente, sem ofensa a valores do Estado Democrático de Direito, através da relação jurídica de direito processual, por alguma razão, estamos diante de um interesse processual³⁹.

O direito, compreendido em sua acepção subjetiva, pode ser visto, na temática que se está a discutir, tanto como o antecedente protetor do interesse, no sentido de um direito a não sofrer lesão, quanto como o direito de receber a reparação, o qual seria uma espécie de efeito de dano.

³⁸ Sobre o fundamento da possibilidade de serem objeto de direito, partes da própria natureza humana, cfr. Walter Moraes, “Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade” in *Revista de Direito Privado*, nº 2, São Paulo, abr./jun. 2000, p. 197. Particularmente significativo é o trecho: “Em sede jurídica, estes mesmos componentes da natureza humana – bens éticos – vão-se convertendo em bens de direito, notadamente para o seu sujeito, à proporção que, tornando-se relevante razão de relações intersubjetivas (n. 1), a mesma ordem jurídica lhes vai conferindo tutela específica. Em tese, todos esses componentes podem vir a ser reconhecidos como objetos de direitos subjetivos”.

³⁹ Para a noção de interesse, ver Francesco Carnelutti, *Teoria geral do direito*, São Paulo, Lejus, 2ª reimpr., tradução de Antônio Carlos Ferreira, pp. 88 e segs..

Há um outro conceito de teoria geral do direito que deve ser lembrado para clarear a discussão em tela, que é o de esfera jurídica. Esta noção consiste na percepção da existência conceitual e lógica de um complexo que reúne os direitos e deveres de um sujeito, ou seja, de uma pessoa. Nada mais é que o todo, unitário e unificante, das posições jurídicas subjetivas, ativas e passivas, simples e complexas de um mesmo titular. A esfera jurídica é incólume, no sentido de que é inviolável: aquele que nela interferir causará dano e será obrigado a reparar o mesmo⁴⁰. Existem situações excepcionais, no entanto, em que outro atua interferindo legitimamente na esfera alheia, que é o que se verá adiante.

Apesar da perspectiva um pouco impregnada de positivismo, esclarece a noção de esfera jurídica um autor alagoano:

“As normas jurídicas se dirigem aos homens, regulando-lhes os interesses, em relação aos bens da vida que ela procura distribuir. Todo bem da vida que possa constituir elemento de suporte fático de norma jurídica, porque seja regulado por uma norma jurídica, de algum modo, para atribuí-lo a alguém, é objeto de direito. Esse conceito dado *in abstracto* torna-se concreto no sentido de **esfera jurídica, ou seja, quando define o conjunto de objetos de direito relacionados a alguém**”⁴¹.

A estrutura intrínseca da titularidade, pode, então, ser corretamente vista como uma pessoa, dotada de esfera jurídica, setor lógico em que se imputam direitos e deveres, de natureza patrimonial e personalíssima, os quais dizem respeito a interesses dignos de tutela. O setor de direitos e deveres passíveis de expressão em pecúnia denomina-se patrimônio. Ordinariamente, o exercício desses interesses se dá por ato do próprio titular (*apresentação*), mas pode não se dar, de modo que outra pessoa pode interferir na esfera jurídica alheia produzindo efeitos em situação de regularidade. Para isso, necessário situar corretamente conceitos que dizem respeito à estrutura extrínseca da titularidade, como esta se manifesta socialmente nas relações jurídicas, verificando as hipóteses em que um declarante age lícitamente e provoca vinculações que implicam alteração no plexo de posições jurídicas componentes da esfera jurídica de outro.

2.2. Estrutura extrínseca da titularidade: parte e legitimação.

O direito, entre muitas de suas notas definidoras ou circunscritoras do âmbito de sua relevância, tem por pauta a *exterioridade* e a *alteridade*. Sem uma projeção no

⁴⁰ “Todo ordenamento jurídico, com maior ou menor intensidade, contém, como básico, o princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais, consideradas estas, em sentido lato, o conjunto de direitos e deveres mensuráveis, ou não, economicamente, relacionados a alguém”, Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 195.

⁴¹ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 126, nota 154.

mundo para além do eu pensante, da *res cogitans* enquanto *res cogitans*, não há direito. Sem relação de referência a outro ou a outros, tampouco se pode pensar no direito.

Daí que a mera analítica conceitual da titularidade em perspectiva individual, mesmo para um direito estritamente pautado por princípios como a autonomia da vontade privada, não é suficiente. A pessoa está em interação com o corpo social manifestando, declarando, tornando explícita sua vontade.

A partir do momento em que, numa relação de direito, é possível identificar um sujeito apto a manifestar vontade jurídica própria, cuja ponência irradiará eficácia (=surgimento de direitos, deveres, ações e exceções), surge um outro conceito muito relevante que é o de parte. A parte é o ente que declara vontade com força criadora própria, polarizando o vínculo relacional de direito⁴².

Há duas acepções de parte. Pode haver a parte em sentido material, nas hipóteses em que há identidade entre o titular do interesse declarado e aquele que efetivou a declaração. Nestes casos, não há um desdobramento, comum em outras instâncias, entre o declarante que emite enunciado para tutela de interesse e o autêntico titular, que tem o direito correlato ao interesse em sua esfera jurídica.

Nas hipóteses, excepcionais e sempre necessitadas, ou de autorização legal, ou de negócio jurídico autorizativo, em que se verifica *um sujeito declarando vontade protetora de interesses que não os seus*, mas de outro sujeito, o declarante se denomina, na relação jurídica por ele integrada, *parte em sentido formal*. Nestes casos, fica evidente um *desdobramento funcional entre declarante e titular do interesse*. A funcionalização pode obedecer a dificuldades práticas para o titular declarar (distância física por motivo de viagem, *e. g.*) ou impossibilidade jurídica de o fazer por si (a representação legal de incapazes, *e. g.*).

O afetado pela declaração é sujeito diverso daquele que declara, este parte em uma relação de direito, embora apenas formalmente. Sob esta perspectiva, torna-se necessário verificar a aptidão vinculativa desta declaração, pois a regra é que a afetação da esfera jurídica seja feita por atos próprios.

O conceito que verifica a regularidade, através de um juízo sobre a relação de adequação entre a declaração e a titularidade de interesses denomina-se legitimação. É ele que aufere a conformidade a direito do ato de uma parte em sentido formal vincular, através de seu comportamento, a esfera jurídica do titular do interesse. Normalmente, só

⁴² Relaciona de modo brilhante parte e interesse, em matéria contratual, Alcides Tomasetti Jr., *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 10. Particularmente significativa a passagem a seguir transcrita. “*Parte contratual é o conceito pelo qual se aglutinam, numa só expressão linguística, os centros de interesses que nos contratos de formação bilateral – e. g., locação, compra e venda, empréstimo – apresentam-se contrapostos, de modo que a composição ou harmonização dos interesses que se contrapõem vai ser em princípio, livre e espontaneamente lograda no momento da conclusão do contrato*”.

o titular de um direito pode afetar sua esfera jurídica. Pode fazê-lo por outro nos casos da representação voluntária. Mas há situações em que ou se tem o direito e não se pode afetá-lo (em algumas das situações falenciais), ou não se tem o direito e é possível afetar o direito de outro titular. Há então, situações de dissociação entre titularidade de direito e exercício que repercutirá sobre o direito⁴³.

Como afirma Fábio Konder Comparato:

“O que importa, na verdade, é a identificação, ou pelo menos a adequação, do autor da manifestação de vontade com o titular do interesse, e a isto se chama *legitimação*. Em princípio, apenas o titular do interesse pode agir em função do mesmo, ou delegar a outrem o poder de agir. Só ele é parte legítima nos negócios relativos aos seus interesses. **As exceções ao princípio devem resultar claramente de disposições legais, visando em geral a suprir justamente a falta de vontade no titular do interesse**”⁴⁴.

As espécies mais frequentes que implicam situações de dissociação entre a parte em sentido formal, a que atuará a situação jurídica, implicando irradiação de eficácia jurídica e o titular do interesse ou do direito concreto são a representação, a interposição e a substituição. Embora temas de teoria geral do direito, de estudo recente, começaram a ser aprofundados, principalmente a partir dos estudos sobre a substituição no direito processual civil, na fase de sua maturação científica e dogmática. Hoje, no entanto, as figuras já são admitidas no direito material, embora haja grande dificuldade em formulá-las com clareza.

Na representação, o representante manifesta vontade em nome de outro. Atuar em nome de alguém significa ser parte por ele, mas em sentido meramente formal, ou seja, presentificar-se na prática do ato jurídico, mas não como se fosse a si mesmo, mas incorporando a pessoa do representado. Nas representações, quem é a parte material na relação é o representado, que atua por intermédio do representante, ou porque está legalmente incapacitado de o fazer (representação legal do pai, por exemplo) ou porque está impossibilitado momentaneamente de figurar naquela relação (as hipóteses do negócio jurídico de outorga de poderes de representação, vulgarmente conhecido como “procuração”, em metonímia que toma o instrumento pelo negócio jurídico unilateral de procura).

⁴³ Cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito civil – teoria geral*, v. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 92-93.

⁴⁴ Fábio Konder Comparato, “Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos” in *Ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 514-515. Com o nome de legitimidade, um autor português explica com peculiar lucidez o tema, advertindo que, por ser categoria recente na teoria do direito, ainda não goza da sedimentação suficiente: “Quando se fala de legitimidade, tem-se em vista a posição do sujeito perante concretas situações jurídicas. / E não é o ter ou ser titular das situações jurídicas que está em causa, mas a susceptibilidade de actuar em relação a elas. / Aproxima-se pois da capacidade de exercício. Mas, como dissemos, a capacidade refere-se a uma categoria de situações, e a legitimidade a uma situação concreta. Por isso, pode-se ter capacidade, e não ser legítimo. Pelo facto de ter capacidade judiciária, eu não sou legítimo para contestar acções que respeitem a situações do meu vizinho”. José de Oliveira Ascensão, *Direito civil – teoria geral*, v. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 147.

Mas não é só. Na representação, o representante atua por conta do representado, no sentido de que sua atuação, se não é feita em abuso de poderes, vincula diretamente a esfera jurídica do titular do direito. O interesse, o direito que está sofrendo efeitos, na representação, é alheio, no sentido preciso de que não é o do representante. O desempenho de comportamento do representante repercute na esfera jurídica do representado, de maneira direta e imediata, excetuando os casos de excesso de poderes.

Podem existir situações em que a dissociação se dê de outra forma. No interesse de um titular de direito, uma pessoa age em nome próprio, manifestando vontade que o vinculará, a ele manifestante, sem invocar o titular do interesse, nem tampouco afetar a sua esfera jurídica. Mas, em um segundo momento, transfere as posições jurídicas pessoalmente assumidas ao titular do interesse, que passa a ser ele, agora, a parte na relação jurídica constituída, modificada ou extinta. É o que ocorre em figura que se denomina, na lei civil italiana, de *mandato sem representação*⁴⁵ e que, no Brasil, infelizmente, não se identifica com precisão pela confusão que há, inclusive legislativa, entre representação, mandato e procuração⁴⁶.

A comissão mercantil é um exemplo desta situação⁴⁷. Estas situações consistem em uma *interposição negocial*. Há um sujeito que figura como parte provisoriamente e que depois transfere os direitos e obrigações para outro. No novo Código Civil brasileiro, a figura do contrato com pessoa a declarar, esculpida por influência do Código italiano, é também exemplo de interposição, na modalidade negocial (arts. 467 e segs.). A situação é freqüentemente verificável nos negócios jurídicos envolvendo aquisição de veículos automotores praticados pelas concessionárias das grandes montadoras.

Por fim, resta tratar da figura da substituição, que é aquela que terá maior relevo para os comentários que aqui se farão. O substituto age em nome próprio, no sentido de que manifesta vontade sua, com ampla força criadora, e por conta própria, no sentido de que, perante terceiros, é a sua esfera jurídica que é afetada. Na gestão de negócios, antes da ratificação, a situação é esta. Como faz ver Fábio Comparato:

⁴⁵ Previsto no art. 1.705 do *Codice Civile*. "Mandato senza rappresentanza. Il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. / I terzi non hanno alcun rapporto col mandante. Tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuiti al mandatario dalle disposizioni degli articoli che seguono". "Mandato sem representação. O mandatário que age em nome próprio adquire os direitos e assume as obrigações derivadas dos atos praticados com os terceiros, ainda se estes tinham conhecimento do mandato. / Os terceiros não têm nenhuma relação com o mandante. Todavia o mandante, substituindo-se ao mandatário, pode exercitar os direitos de crédito derivados da execução do mandato, salvo que isso possa prejudicar os direitos atribuídos ao mandatário pelas disposições dos artigos que seguem" (tradução nossa).

⁴⁶ Tratando da "cláusula mandato" já havíamos alertado para a distinção das categorias. "É cláusula de outorga do poder de representar o consumidor final, não propriamente mandato (que pode ocorrer com ou sem representação), emitindo em seu nome e por sua conta título de crédito, em geral promissórias, para facilitar a cobrança, mediante execução fundada em título extrajudicial em caso de inadimplemento", Luciano de Camargo Penteado, "As cláusulas abusivas e o direito do consumidor" in *Revista dos Tribunais*, nº 725, São Paulo, mar. 1996, p. 96.

⁴⁷ Cfr. Fábio Konder Comparato, "Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos" in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 517.

“Mas essa vinculação dos efeitos da gestão de negócio à pessoa do *dominus* é meramente de segundo grau, posto que perante os terceiros, com quem tratou, só responde o gestor (mesmo Código, art. 1.331). Se o dono do negócio não quiser ratificar os atos praticados em seu nome sem mandato, só resta ao gestor a ação de locupletamento indevido, com todas as limitações que a mesma comporta”⁴⁸.

Há, no entanto, uma particularidade na substituição. *Os interesses do substituto e os do substituído devem ser comuns*. Há uma certa comunidade de intenções que inclusive levou o legislador a aproximar a situação da gestão de negócios em que houver afinidade ou conexão entre negócios, do contrato de sociedade (art. 875, *caput* do novo Código Civil)⁴⁹. Um caso típico de substituição é a estipulação em favor de terceiro, em que o estipulante exige o cumprimento da obrigação que reverte em benefício do terceiro. O interesse, do ponto de vista jurídico, é comum, tanto que levou à celebração da estipulação. Essa situação se verifica tão claramente na tutela coletiva de direitos que parece ser o fundamento da possibilidade da *fluid recovery* prevista pelo microsistema das ações coletivas.

Comentando a situação da gestão acima mencionada, o professor Fábio Comparato destaca a necessidade de haver *comunhão de interesses*. É este o ponto fulcral para se admitir a regularidade da substituição. Quando se exige que uma associação, para propor ação civil pública, tenha por objeto a defesa do bem a ser tutelado pela ação coletiva, nada mais se verifica do que uma relação de comunhão de interesses entre o ente legitimado e os titulares do direito violado ou ameaçado, sejam eles toda a sociedade, um seu setor determinado, unido por relação jurídica, ou um grupo unido faticamente pela origem comum, independentemente do *status* de membro efetivo da pessoa jurídica que proporá a ação.

O Ministério Público será legitimado a figurar como substituto processual em defesa de direito individual homogêneo, em um raciocínio que prescindir por ora da lei (de iure condendo), quando houver comunidade de interesses entre os titulares desses direitos subjetivos e o ente público como instituição, o que se verificará a partir da noção de fim institucional, tratada no início deste trabalho. Daí a necessidade de recurso

⁴⁸ Fábio Konder Comparato, “Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos” in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 518.

⁴⁹ O parágrafo único do artigo mencionado diz: “No caso deste artigo, aquele em cujo benefício interveio o gestor só é obrigado na razão das vantagens que lograr”. Este dispositivo, que trata da substituição negocial, tem forte paralelismo com o regime da coisa julgada nas ações coletivas, notadamente com o fato de que só a sentença de procedência faz coisa julgada em matéria de individual homogêneo, para beneficiar a vítima ou o sucessor (art. 103, III), o que reforça a necessidade desta analítica de teoria geral do direito que estamos a fazer. Sobre os aspectos de direito processual, ver a opinião de Ada Pellegrini Grinover. “Quando, porém, o litígio envolve a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*: ou seja, a sentença favorável ao autor coletivo beneficiará todos os membros da categoria; mas a sentença desfavorável não os atingirá, ficando aberta a cada um a via da ação individual (art. 103, III, e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). Esta solução, que só aproveita a coisa julgada *in utilibus*, objetiva não prejudicar os direitos subjetivos individuais, resguardando-os do resultado desfavorável do processo coletivo”, “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada” in *Revista Forense*, nº 361, Rio de Janeiro, p. 8.

à importante categoria do interesse público primário como elemento polarizante e definidor do perfil institucional dos órgãos públicos em geral e do Ministério Público em particular.

Apenas no intuito de fixar as categorias dogmáticas até aqui tratadas, pode-se, esquematicamente, representar de maneira gráfica as situações que ensejam juízo de legitimação. Procurou-se fazer isto no quadro abaixo, destacando o elemento caracterizador, individuador e específico da figura da substituição, quer seja negocial, quer seja legal (a comunidade de interesse).

Figura	Nome	Conta	Interesse
Representação	alheio	alheia	alheio
Interposição	próprio	própria	alheio
Substituição	próprio	própria	comum

2.3. Ministério Público como substituto processual. Interesse comum e legitimação legal. Pode-se estender sua legitimidade para defesa de todo e qualquer direito individual homogêneo?

O Ministério Público, na *tutela de direitos coletivos*, é legitimado porque a indivisibilidade e a dimensão para além do indivíduo do direito material tutelado são compatíveis com sua função institucional. Como defensor dos direitos de natureza social e de caráter indisponível, pode agir na tutela destes em juízo e fora deles. Constitucionalmente, no direito brasileiro, está amparado e não resta dúvidas disto.

Em *tutela coletiva de direitos*, quando estes tiverem natureza e perfil estritamente individuais, embora *de lege lata* sua legitimidade esteja assegurada pelo microsistema das ações coletivas, parece necessário um estudo mais aprofundado a partir das categorias até aqui desenvolvidas. Essa proposta, evidentemente, visa aperfeiçoamento de nossa legislação em vistas de melhora científica de suas categoriais fundantes.

Nem sempre se verificará uma comunhão, uma participação entre o fim institucional do Ministério Público e o direito a ser tutelado através do processo coletivo. O exemplo mais claro se verifica em situações condominiais ou de cooperativas, entre os condôminos ou os cooperados. Nem sempre haverá uma questão social, pública, a clamar pela atuação ministerial. A proposta de um mecanismo de aferição de sua legitimidade, em concreto, parece ser mecanismo de segurança que garanta, ao menos, por um lado, que o órgão não empregue seu aparato em atuação dispensável pelo caráter individual e privado do interesse e, por outro, que não seja o mesmo empregado para fins políticos não nobres, valendo-se da ação coletiva como meio de incutir receio ou defender interesses, tal qual um advogado.

Como o ponto nodal para verificação, em teoria do direito, de uma possibilidade real de substituição, é a presença de interesses comuns, é preciso ver o em que consiste o direito individual homogêneo, para depois verificar se é interesse, institucionalmente defensável, a tutela deste direito, por parte do Ministério Público sempre e *a priori*, sem necessidade de uma apreciação concreta do juízo.

2.4. Analítica do direito individual homogêneo. Individualidade e homogeneidade. A questão da origem comum

O direito individual e homogêneo tem uma definição legal no Código de Defesa do Consumidor. Deve se entender a partir de uma origem comum (art. 81, parágrafo único, III).

A idéia de uma origem comum evoca um acontecimento (de fato) ou uma situação jurídica (de direito) participada por várias pessoas. Deve haver uma origem, ou seja, uma causa, próxima ou remota comum. A idéia de causa identifica-se, neste âmbito, com o fato desencadeador do direito, como o fundamento que implica a aquisição do direito individual e homogêneo. É este fato que deve ser comum. Várias pessoas, mas unidas pelo fato de que o seu direito individual e pessoal tem uma origem comum.

Como salienta claramente Kazuo Watanabe, a idéia de uma origem comum permite ampliação conceitual, uma reverberação, no espaço e no tempo. Não é necessário que seja um só fato, singular e pontual. Em suas palavras:

“A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ a todos eles”⁵⁰.

Já a homogeneidade, como salienta o mesmo autor, não é o mesmo que a origem comum. Pode haver um causa comum tão remota que implique uma diversidade tão grande entre cada direito que afaste a homogeneidade e, portanto, a configuração da espécie do direito individual homogêneo⁵¹. Deste modo, será necessário apreciar a prevalência de questões comuns sobre as questões estritamente individuais. Deve haver certa afinidade entre os direitos a receberem trato coletivo, até mesmo pensando em

⁵⁰ Kazuo Watanabe, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 745.

⁵¹ Kazuo Watanabe, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 746.

termos de eficiência da tutela coletiva, pois caso houvesse excessiva heterogeneidade, seria de maior viabilidade a tutela processual civil tradicional, o processo civil individual.

O importante é perceber, no entanto, que a qualificação de um direito como individual homogêneo só requer a origem comum dos direitos dos diferentes titulares e a homogeneidade entre eles. Nenhum requisito de conteúdo é estabelecido a mais e, este fator parece fundamental para se pensar em alguns casos pontuais, conforme a temática, de não legitimidade do Ministério Público para atuar na sua tutela, independentemente do que acontece nas estatísticas, mas tendo em vista uma lei mais condizente com a técnica e que proteja o Estado Democrático de Direito que temos no nosso país.

2.5. Qualificação dos direitos quanto à disponibilidade.

Anteriormente, ao tratar da opinião de Ives Gandra, foi visto que um argumento central da doutrina e de parte da jurisprudência para afastar a atuação do *parquet* dos processos coletivos que tutelam direito individual é a idéia de disponibilidade do direito objeto do mesmo. Parece não ser o ponto central da discussão o fato do direito ser disponível ou não, como se verá. Mesmo assim parece que há uma compreensão não total do em que consista a idéia de disponibilidade em direito.

A idéia de disponibilidade de um direito está relacionada, em uma aproximação conceitual primária, à *transferibilidade* total ou parcial do mesmo. A disponibilidade é potência ativa, capacidade e possibilidade efetiva de alteração de titularidade. Seriam direitos disponíveis os sujeitos a alienação, a gravame ou a renúncia. Em matéria de direito privado, haveria situações claras de indisponibilidade nos direitos da personalidade, nos direitos de família e também em alguns direitos relativos personalíssimos, quer em função do interesse do credor, quer em função de lei especial.

Confunde-se disponibilidade com patrimonialidade, conceitos imiscíveis. Há direitos disponíveis patrimoniais (um cheque que se possa, em princípio, endossar), direitos indisponíveis patrimoniais (créditos estrangidos judicialmente ou de natureza alimentar), como há direitos disponíveis não patrimoniais (direito a determinadas partes separadas do corpo, que podem ser doadas para fins de transplante) e direitos não disponíveis não patrimoniais (direito à vida). Não se pode identificar, portanto, as categorias em questão.

A patrimonialidade se verifica no plano da eficácia, através da analítica do objeto da prestação. Esta a regra, mas se pode predicar do direito quando este puder ser exprimido em pecúnia. Em matéria tributária, a repetição de indébito pago em virtude de tributo inconstitucional é direito patrimonial, mas não é necessariamente disponível. Supondo que tenha incidido sobre renda, pode ter caráter alimentar e ser indisponível. Além disso, a origem, uma tributação abusiva, fere um direito indisponível, que é o direito a ser tributado

justamente. A pretensão pecuniária pode, em tese, ser disponível, mas a sua origem pode ferir direito indisponível, de modo que o interesse subjacente que enseja a reparação tenha caráter indisponível e até mesmo constitucional e não só permita como requeira a atuação de órgãos, como o Ministério Público, que controlam o poder político instituído.

São necessários cautela e cuidado especiais ao se tratar do tema da disponibilidade, para não correr o risco de cometer certas impropriedades. Disponibilidade de direito e patrimonialidade são categorias distintas.

O ponto da discussão dos que focam o tema deste estudo neste pormenor é que o Ministério Público não poderia defender direitos disponíveis. Mas, como pode defender direitos que digam respeito ao interesse público e à paz social, o argumento é insuficiente. É necessário superar a questão, até porque, como se viu, disponibilidade não se confunde com patrimonialidade, como erroneamente faz supor um grupo de autores.

Sobre o assunto da disponibilidade, relacionado com a transferibilidade, conceito mais técnico que aquele, que erroneamente induz a alguns equívocos, fundamentais as opiniões de Pontes de Miranda⁵².

2.6. O interesse público diante da superação da dicotomia público/privado e a constitucionalização do direito civil.

O ponto central da discussão da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação reparatória do dano individualmente sofrido parece só se resolver corretamente à luz da idéia de interesse público. Evidentemente, o conceito, por ser indeterminado, não é passível de uma definição conceitual precisa e exauriente. Aliás, é conveniente que haja uma franja, um “halo conceitual”, em que haja mais dúvidas que respostas, e que permita uma realização do direito que culmine na decisão judicial⁵³.

⁵² Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. V. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, pp. 332-338. “A regra geral é a transferibilidade dos direitos: os direitos, salvo exceção legal, são transferíveis. Se estão intimamente ligados à pessoa que deles é titular, dizem-se *direitos personalíssimos* (classe dos direitos intransmissíveis) e a razão de não serem transmissíveis está em que a troca de sujeito ativo é impossível, logicamente. Quase sempre os direitos intransmissíveis entre vivos também são intransmissíveis também a causa de morte. Os direitos intransmissíveis também são inconstringíveis (= não suscetíveis de constrição: inarrestáveis, inseqüestráveis, impenhoráveis), posto que alei possa abrir exceção ao *princípio de paralelismo da transferibilidade e da constingibilidade*” (p. 332); “Por íntima ligação à pessoa do credor, são intransmissíveis os créditos: de reparação do dano moral (não assim, a pretensão exercida, ou a ação *proposta*, ou a exceção *oposta*, se a há); os créditos alimentícios e os impenhoráveis (*a fortiori*), porém não as coisas objetivamente impenhoráveis, se a impenhorabilidade não provém de inalienabilidade; etc.” (pp. 336-337).

⁵³ A expressão entre haspas é mencionada por Karl Engisch. “Podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed., Lisboa, F. C. G., 2001, p. 209. No sentido da impossibilidade de definição de interesse público, ver também Carlos Alberto de Salles, “Processo civil de interesse público” in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo Revista dos Tribunais, 2003, pp. 39-77. “Não se acredita possível fornecer *a priori* um critério – ou relação deles – suficiente, fechado e exaustivo, mas tão-somente indicar um princípio de justiça distributiva que possa servir de base para a definição do interesse público, materializado em opções concretas de alocação de recursos sociais” (p. 65).

Sem aproximação à idéia de interesse público, torna-se insuficiente qualquer perspectiva de análise da legitimidade ministerial. Se houver interesse público na tutela coletiva do direito, ainda que este seja direito subjetivo seja individual, a defesa poderá ser levada a cabo pelo mecanismo da substituição processual através de o Ministério Público figurar formalmente como parte na relação jurídica de direito processual.

Para compreender corretamente a noção de interesse público, no direito contemporâneo, parece salutar a prévia percepção da superação da dicotomia que separava, quais esferas comunicáveis, o direito público do privado. Em verdade, a complexidade que adquiriu a sociedade moderna, notadamente os fenômenos da massificação e o alcance da fase financeira do desenvolvimento do capitalismo, fizeram com que se tornasse difícil divisar o tipicamente privado, distinguindo-o e separando-o do propriamente público.

É necessária uma nova perspectiva de enfoque do tema, que parece ter sido intuída por Massimo Severo Giannini há já alguns anos. Antes de iniciar a exposição do tratamento doutrinário desenvolvido pelo grande administrativista, convém alertar para o fato de que não se trata de um modelo conceitual absoluto e cartesiano, mas de indicativos de matizes de situações de direito público e de direito privado⁵⁴. O autor utiliza-se da idéia de interesse justamente para poder corretamente identificar qual seria o âmbito próprio do estudo do Direito Administrativo como ciência⁵⁵.

Há, na opinião do autor, interesses cuja titularidade é tipicamente privada, mas em que está presente um interesse público reflexo. Em matéria de direitos de vizinhança, por exemplo, o direito a abertura de óculo de luz é, ao mesmo tempo, uma faculdade do proprietário, no sentido de direito subjetivo que tutela interesse individual em face do vizinho, em uma relação tipicamente privada, e também uma garantia que assegura a paz social e a harmonia nas relações entre titulares de prédios que podem sofrer interferências recíprocas, de modo que transcende o direito privado, para alçar o âmbito do interesse público.

Neste, como em todos os outros casos, vê-se que há relação entre interesse público e privado, mas que, em situações análogas à descrita, o interesse público é meramente reflexo. O cuidado com o interesse privado tem por efeito o alcance do interesse público. Em situações de convenções contratuais, o direito de receber determinada condenação em dinheiro, liquidada e certa, fundada em inadimplemento, ao mesmo tempo incorpora um direito privado e tutela um interesse de mesma natureza e, reflexamente, garante a tutela da boa-fé e do crédito, claramente matéria de interesse público, na

⁵⁴ “Mais recentemente, Pietro Perlingieri sinala a crise do que chama de ‘comum sistemática do Direito subdividido em privado e público’, aludindo ao fenômeno pelo qual técnicas e institutos tradicionalmente pertencentes ao campo do direito privado são aplicados ao direito público e vice-versa. Seria, hoje, enfim, uma distinção não mais qualitativa – mas quantitativa”, Marcos de Campos Ludwig, “Direito público e direito privado: a superação da dicotomia” in *A reconstrução do direito privado* (org. Judith Martins-Costa), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

⁵⁵ Cfr. Massimo Severo Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, v. I, Milão, Giuffrè, 1950, pp. 86-87.

medida em que assegura que as pessoas cumpram com suas obrigações assumidas e haja um mínimo de segurança na circulação de riquezas.

Há um segundo grupo de interesses, seguindo a exposição do autor, cuja titularidade é tipicamente privada, mas que apresentam interesse público incorporado. Não se trata mais de situação em que a dimensão pública é meramente reflexa, mas esta já passa a integrar o conteúdo mesmo do direito privado a ser tutelado. O exemplo mais claro se verifica nas situações familiares e nas de consumo, pensados os contratos e os danos no micro-jurídico.

A relação jurídica, nestes casos, é de direito privado, o interesse tutelado é tipicamente individual, mas a relevância social de valores a serem protegidos e a reiteração de relações semelhantes em larga escala *incorpora*, no interesse privado, um interesse público. Este não é mero reflexo ou consequência, mas é parte do conteúdo da relação jurídica. Na instituição familiar, por ser ela a base de educação para o exercício da cidadania e, nas relações de consumo, por serem o canal de obtenção de produtos básicos para sobrevivência, em mercado que se quer competitivo para alcance dos objetivos da República, há aglutinação de interesses transcendentais aos individuais.

Prosseguindo na exposição, o professor italiano refere os interesses de titularidade pública, mas cujo interesse privado está neles incorporado. Na concessão de uso, a titularidade do interesse é do ente titular do bem, mas há no ato a incorporação do interesse do particular, de caráter privado, na exploração do bem, interesse este que deve ser sempre respeitado e tutelado, sob pena de violação à esfera jurídica individual e consequente responsabilização do violador. Agregado à matéria pública, existe um direito privado que se incorpora nela.

Há também, por fim, interesses de titularidade tipicamente pública, mas cujo interesse privado é reflexo ou decorrente. O funcionamento do Estado é de interesse da coletividade como conjunto de pessoas indeterminadas, sendo a indivisibilidade essencial para a sua percepção (*e. g.*, em matéria de serviço público). Mas há interesses individuais, reflexos, no seu desempenho eficiente, interesses estes que, lesados, podem dar origem, inclusive, à responsabilidade civil do Estado.

O tema tratado por Giannini quando elabora esta tipificação de interesses, de grande valor heurístico, como foi dito, é circunscrever o âmbito do Direito Administrativo. Conclui que, afora o primeiro caso, ou seja, o dos interesses tipicamente privados, com interesse público meramente reflexo ou decorrente, todos os demais são objeto de estudo do Direito Administrativo como ciência jurídica própria, dotada de autonomia. São portanto, casos em que se verificam, tipicamente, situações de interesse público.

São essas as situações de conteúdo (= plano de direito material) que deveriam se verificar para se permitir ao Ministério Público atuar, sempre, na ação coletiva, como

autor substituto. Isto porque necessária a verificação de comunidade de interesses entre ele e os titulares do direito individual e homogêneo lesado ou ameaçado de lesão. Como faz ver o professor Carlos Alberto De Salles, é necessária a percepção de uma dimensão, de um espaço público sobre o que o processo atuará, definindo o Judiciário qual o valor a dar preponderância no caso concreto.

“Isso faz com que a defesa judicial dos interesses difusos e coletivos tenha o significado de trazer para o Judiciário a função de adjudicar o interesse público na situação disputada pelas partes. Nessas situações, ao definir o interesse preponderante, a atividade jurisdicional está decidindo sobre objetivos sociais em contraposição. Mais do que isso, à medida que a decisão incide sobre bens coletivos, realiza opções relacionadas com a alocação e apropriação de recursos comuns. Nessa nova tarefa, a atividade jurisdicional, forçosamente, estará deixando de realizar uma justiça apenas corretiva (ou retributiva), para incidir sobre um capô de justiça distributiva, ligada à atribuição individual ou coletiva de recursos comuns”⁵⁶.

Do ponto de vista processual, poderia se pensar que as vantagens do processo coletivo seriam interesse público suficiente a legitimar a atuação ministerial sempre, independentemente do direito material tutelado. A questão é sedutora e árdua, mas pode talvez ser pensada sob a perspectiva de uma percepção de qual interesse público se está a tratar. Em Direito Administrativo, tornou-se clássica a distinção entre interesse público primário e secundário, por força da obra de Renato Alessi. O autor distingue o primário, que seria o bem comum e o secundário, que seria setorial, de cada tipo de atividade do Estado. Em uma sociedade complexa, no entanto, não é difícil encontrar o ponto de equilíbrio entre ambos e, ainda, respeitar interesses privados dignos de tutela. Neste sentido, claras as lições de Luciano Parejo Alfonso:

“A contraposição entre interesse geral ou público e interesse particular ou privado apresenta normalmente perfis distintos, em função tanto da natureza concreta de ambos tipos de interesses, como do âmbito da realidade social em que operam. Desta sorte, pode ter, segundo os casos, traduções distintas: desde uma coincidência do interesse geral com o privado ou uma complementaridade deste a respeito daquele (exemplo paradigmático é o do fomento da atividade econômica ou de outras atividades privadas, especialmente as culturais), passando por uma

⁵⁶ Carlos Alberto de Salles, “Processo civil de interesse público” in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

colaboração entre ambos (exemplos: a gestão indireta ou através de privados de serviços públicos), até uma contradição mais ou menos frontal entre ambos (exemplo por excelência é a desapropriação, enquanto instrumento para resolver tal contradição mediante a transformação da situação privada, cujo titular tem interesse em conservar, em seu equivalente econômico). Por tudo isso, a imagem que melhor explica a contraposição de que vimos falando é a da relação ou tensão dialética entre ambas as categorias de interesses, necessitadas de resolução e que encontra em cada caso uma composição específica, em último termo conforme à ordem constitucional⁵⁷.

O interesse público, se por um lado parece uma saída para a resolução da questão da legitimidade do Ministério Público para a ação reparatória de dano individual, por outro, não consiste em uma solução habitual e simples, mas exige um aprofundamento na necessidade, freqüente no direito, de formulação de juízos *ex post*. Só apercebendoneos da complexidade das situações e permitindo uma aferição pelo Poder Judiciário de se determinado caso representa matéria de interesse público haverá a resposta. Isso não impede, no entanto, que se lancem algumas balizas ou parâmetros que sirvam de orientação para a determinação de critérios de detecção de matérias em que seja relevante o interesse público. Com o sistema de alguns conteúdos em que há interesse público e a remissão ao juiz para resolução dos *hard cases*, parece que se pode chegar em um sadio meio termo.

A efetividade do processo coletivo como garantia de decisões uniformes não pertine a interesse público primário, mas se trata de interesse público secundário, como se procurará demonstrar, *concessa maxima venia* a opiniões contrárias. Parece que a perspectiva de um processo civil instrumental demanda por esta concreta tomada de posição.

3. Legitimidade do Ministério Público na ação em questão

3.1. O interesse comum pressupõe uma vinculação institucional do órgão à proteção do bem violado.

Como a propositura das ações coletivas enseja substituição processual nas hipóteses de legitimação do Ministério Público e na das associações quando o direito for difuso ou coletivo em acepção estrita, é necessário aferição de interesse comum entre o ente e o lesado. A idéia de fim em direito, especialmente de causa final, é o que permite, em um órgão moral, aferir os seus interesses.

⁵⁷ Luciano Parejo Alfonso *et alii*, *Manual de derecho administrativo: parte general*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, s. d., pp. 607-608.

A noção de causa, longe de ser tema para ser esquecido dos estudos jurídicos, precisa ser constantemente estudada para aprimoramento das instituições. No direito comum, debruçando-se sobre esta noção, Bártolo e Baldo desenvolveram enormemente a noção de ato jurídico, especialmente tratando de categorias como motivo, encargo e condições⁵⁸.

Em entes coletivos, causa é meta e a meta do Ministério Público é desenhada na Constituição Federal. Deve haver identidade entre esta e o direito a ser tutelado coletivamente, ainda que individual, para que se possa pensar, essencialmente, em uma legitimidade.

Para os direitos difusos e coletivos, e para os individuais mencionados no art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, não há que se indagar de legitimidade do Ministério Público. Mas pode haver hipóteses outras, que não as abrangidas por estes casos específicos. Nestas, será necessário perquirir a compatibilidade do direito violado que enseja reparação (fundamento remoto nos art. 186 e 187 do Novo Código Civil) com o fim institucional, o que demanda pensar em termos de interesse público do direito tutelado no processo coletivo.

Para isso, é necessário aplicar a noção desenvolvida no item anterior para a tutela coletiva de direitos e, assim, chegar a conclusões orientativas para os estudiosos e para o legislador brasileiro, na tentativa de aprimoramento das regras já existentes em matéria de processo coletivo.

3.2. Origem comum. Homogeneidade é necessária, mas não suficiente para a tutela através do Ministério Público.

Como já ficou claro, é necessário, para a tutela coletiva de direito individual a origem comum, que se dá no plano do direito material. Além dela, é necessária a homogeneidade. Ainda assim, esses dois elementos, se caracterizam um grupo de direitos como do tipo individual homogêneo e permitem, em geral, a tutela coletiva, não implicam necessária legitimidade do Ministério Público do ponto de vista dos argumentos até aqui expostos, o que ensejaria uma possibilidade, *de lege ferenda*, de falar que o órgão não tem a legitimidade em uma ação concreta.

Para a tutela por meio do ente em questão, deve haver relevante interesse público ou social a ser verificado. Apesar das opiniões de que o processo coletivo já é, de per si, de interesse público, o ponto central para se aferir legitimidade, embora a regra

⁵⁸ Para a noção de causa no direito, ver o capítulo histórico do nosso *Doação com encargo e causa contratual*, Dissertação de Mestrado – USP, São Paulo, s.c.p., 2002. Destacamos, a propósito da menção no texto, o que segue. “Um último passo importante nessa evolução foi o realizado por Baldo, que era discípulo de Bártolo. Ele identifica a causa final com o mordente do ato, aquilo que se objetiva. É o escopo verificado em uma figura jurídica. A idéia de uma certa teleologia na ação acaba por penetrar no seu pensamento. ‘A causa final é o objeto da inteligência, como um sinal é objeto da visão, e um porto é objeto dos navegadores; e, sempre quando agimos, agimos em vista de um fim’” (p. 48-49).

possa estar no direito processual é um juízo de direito material. A substituição processual possibilita-se em vista de comunidade de interesse entre titular de direito tutelado e o demandante. Só havendo interesses públicos presentes ou incorporados na esfera individual poderá haver tutela coletiva porque o demandante só pode agir havendo interesse público.

Mais propriamente, o juízo sobre legitimidade, assim como aquele sobre provas, por exemplo, se dá no âmbito do direito que Pontes de Miranda denomina de pré-processual. Seria um âmbito intermediário, em que interferem conceitos de ambas as disciplinas a permitir a formulação de suas categorias. Deste modo, apesar da força persuasiva do argumento contrário, parece mais razoável supor uma pertinência temática do direito material a ser tutelado e os escopos do órgão, ainda que seja público, assim como acontece com as associações. Entretanto, retirar a legitimidade do Ministério Público, do ponto de vista político, poderia levar a um retraimento da sua atuação na defesa de interesses muito importantes também. Esta questão, demanda, ao fim das contas, uma opção, a qual, tendo em vista a expansão da atuação do *parquet*, principalmente em casos em que ele tem interesse, mas este não coincide com o público primário e às vezes agride os particulares, tenderia a reconduzir a uma necessidade de pertinência temática.

3.3. Homogeneidade não implica necessária indisponibilidade ou interesse público

Como já ficou claro, a simples homogeneidade não implica indisponibilidade do interesse tutelado e, portanto, também não pode ser fator divisor de águas para permitir a tutela do Ministério Público.

A indisponibilidade, esta sim, se verifica no plano do direito material e relaciona-se a outros critérios que não o da homogeneidade. É outra característica. Se o direito for individual e homogêneo e indisponível, simultaneamente, a legitimação constitucional ampara o *parquet* para propor a ação reparatória, mesmo a do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Há inúmeros exemplos em que se afigura direito individual homogêneo e não indisponibilidade do interesse, nem tampouco sua relevância pública. Casos de condôminos diante de síndico fraudulento ou de sujeito que age com comportamento anti-social são indicativos dessas hipóteses.

Nestes casos, a não ser que houvesse elementos a embasar relevância social (moralidade pública, bons costumes, questões penais ou mesmo nulidade em sentido estrito de ato ou negócio jurídico), não poderia nunca o direito ser objeto de ação coletiva interposta pelo Ministério Público. Nestas hipóteses acabaria atuando com um advogado e é de extrema periculosidade que entes públicos acabem interferindo demais em certas esferas, pois uma política pública de ampliação da tutela coletiva poderia, em

tese, rapidamente converter-se em instrumento de arbitrariedade e abuso de poder. Além disso, não haveria incentivo para organização dos particulares para buscar a tutela coletiva de direitos através do terceiro setor.

3.4. Uma tentativa de superação do problema: o tempo das cláusulas gerais

A verificação do interesse público, hoje, requer um exame de conteúdo. Passou o tempo em que a sociedade se contentava com uma formulação genérica, fundada em axiologia formal. É preciso identificar quando estariam presentes as três últimas hipóteses elencadas por Giannini, as quais permitiriam claramente se pensar na legitimidade do Ministério Público. Para isso, há uma questão de opção por trás, como bem identificado por Carlos Alberto de Salles:

“A formulação processual do interesse público coloca em evidência a necessidade de que qualquer decisão estatal seja adotada a partir de *técnicas aptas a permitirem incorporar o que a sociedade entende por relevante com respeito às regras de uma divisão justa do produto social e conducentes aos resultados finais preferidos pela maioria e afastando, ao mesmo tempo, o perigo de decisões incoerentes*. Sem dúvida, essa concepção tem o mérito de evidenciar o processo como um elemento fundamental em qualquer decisão estatal – incluindo as produzidas pelo Judiciário”⁵⁹.

Se a questão do interesse público é uma questão de escolha, deve se pautar pelo que foi escolhido constitucionalmente como diretriz para o Brasil e, portanto, pode-se pensar em uma perspectiva constitucional para o interesse público primário nos objetivos da República Federativa do Brasil. Para tanto, necessária verificação de nosso texto maior.

Um ponto é que é necessário haver interesse público primário, isto é, matéria atinente ao bem comum da sociedade. Como o bem comum se entende, ainda que de forma superficial, pelo bem de todos, pois *res publica, res omnia*, identificam-se com o bem comum temas relacionados à dignidade humana, à ordem jurídica do mercado, a relações trabalhistas e bancárias quando interferem na livre iniciativa, bem como situações que impliquem discriminação (arts. 1º e 3º da Constituição Federal).

Assim, afóra os casos especificamente previstos no microsistema das ações coletivas, que se poderiam considerar de interesse público assegurado *ex lege* (meio ambiente, consumidor, v. g.) o Ministério Público poderia atuar em outras situações. Nos

⁵⁹ Carlos Alberto de Salles, “Processo civil de interesse público” in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

contratos de divulgação de material “artístico” envolvendo tecido humano, por exemplo, nas práticas concorrenciais abusivas, mesmo na questão do termo de adesão aos expurgos e forma de pagamento do FGTS previsto na Lei Complementar 110/2001 e nos casos da Medida Provisória introduzida como parágrafo na Lei de Ação Civil Pública. O mesmo se poderia dizer para matérias referentes à engenharia genética e desenvolvimento de tecnologia para reprodução humana assistida. Como todas essas matérias estão afetas à temática do que a Constituição determina como sendo objetivo da nação, são de interesse público.

Outra forma de ver a presença do interesse público, pela ótica da indisponibilidade do direito violado, seria permitir sua intervenção em hipóteses envolvendo direitos de personalidade ou direitos fundamentais, como nos danos físicos decorrentes de tortura, danos derivados de mau uso de material genético ou da técnica de inseminação artificial, ou mesmo um dano moral coletivo.

Além dessas hipóteses, parece possível verificar a relevância social pela extensão dos ofendidos, aferida esta tanto numérica, quanto geograficamente.

A dificuldade em precisar o âmbito da tutela coletiva do direito individual é notada até mesmo pela jurisprudência, que reconhece situações em que o direito individual homogêneo não pode ser tutelado coletivamente:

“Em virtude da inovação que representa e da abrangência dos conceitos nela envolvidos, de relevância social inegável, *tem-se notado certa parcialidade institucional por parte daqueles que a enfrentam*, evidenciando-se que caberá ao Judiciário, por meio de construção jurisprudencial, estabelecer os limites de aplicação dos textos legais que versam sobre a questão, bem como o real significado dos vocábulos neles constantes, mesmo porque, ténue a diferenciação entre alguns e incomensurável a gama de interpretações que estarão sujeitos”⁶⁰.

Deste modo, como se foi o tempo tanto da lei quanto do casuísmo e estamos no tempo das cláusulas gerais, a Súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público parece uma solução adequada para permitir uma aferição, concreta, da legitimidade do órgão. Adotá-la como lei, com um ou outro aperfeiçoamento, seria uma solução bastante razoável e que permitiria ao juiz entrar no conteúdo da demanda e, verificando que o Ministério Público está atuando para além de suas funções e finalidades, retirá-lo do processo. Poderia até se pensar no chamamento de uma associação, se houvesse, que defendesse aquele tipo de direito material tutelado.

⁶⁰ Ap. 53.111-5, TAPR, 2ª Câm., j. 11.11.92, rel. Juiz Irlan Arco-Verde, v. u. (RT 691/171).

A redação do enunciado da Súmula é:

“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

Adotá-la como uma cláusula geral que permitisse, depois, aferir, em caso de dúvida, a presença de matérias de interesse público primário, talvez fosse uma alternativa interessante para a questão. A técnica da cláusula geral permite a complementação do preceito normativo no caso concreto pelo julgador. A vagueza semântica do suporte fático e da estatuição facilitam esta flexibilidade e mobilidade, necessárias para o sistema jurídico em época de hipercomplexidade e velocidade nas alterações sociais.

Dada a polêmica que gira em torno à questão objeto do presente trabalho, no capítulo seguinte, mencionam-se alguns julgados no intuito de fornecer alguns exemplos que permitam a percepção concreta do âmbito da temática. O texto das decisões, bem como as referências foram obtidos da casuística trazida no Código de Processo Civil Comentado de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando não se fizer referência outra que indique fonte suplementar de bibliografia.

4. Relato breve da casuística

A verificação da jurisprudência é sempre salutar maneira de compreender a operabilidade das categorias teóricas. Procurou-se selecionar gama temática de decisões que exemplifiquem situações em que o interesse público foi empregado como critério de aferição da legitimidade do Ministério Público para a ação coletiva.

Já se decidiu, por exemplo, pela legitimidade ativa do Ministério Público em tutela de danos causados a trabalhadores de minas de Morro Velho, fundando-se a decisão em que se trata de interesse social relevante. Talvez a questão fosse, propriamente, de direito coletivo e não individual homogêneo, mas o Ministro relator entendeu que se tratava da última hipótese. De qualquer forma, a ementa salienta que “O MP tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante”⁶¹.

⁶¹ Resp. nº 58.682-MG, rel. Min. Menezes Direito, j. 8.10.1996, v. u.. Este, como os demais casos selecionados, foram retirados de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 1.319-1.330.

Em uma cooperativa que visava a aquisição de casa própria, antes mesmo de entrar na questão de se havia relação de consumo perante a administradora, o mesmo Ministro entendeu que a matéria de fraude na administração configurava hipótese de relevante interesse social a justificar a atuação do *parquet*⁶².

Em sentido análogo ao defendido ao longo deste trabalho decidiu a Ministra Eliana Calmon que a tutela de direito individual homogêneo exige interesse público. Tratando de contratos de locação celebrados mediante adesão, havendo repercussão no mercado imobiliário em virtude da prática comercial, entendeu legítima a propositura da ação pelo Ministério Público⁶³.

Existem outros casos em que se admite, na linha da opinião defendida pelo professor Nelson Nery, a legitimidade do Ministério Público decorrente da lei, independentemente de aferição da relevância ou do interesse público, mesmo em matéria de individual homogêneo. Um caso, em concreto, tutelava o serviço televisivo por assinatura. Evidentemente, trata-se de relação de consumo, em que a legitimidade está já assegurada, mas o peculiar do caso é que não se entrou nesta discussão, entendendo o Ministro que o *parquet* tem legitimidade decorrente do CDC, art. 82⁶⁴.

Seguindo a orientação defendida pela professora Ada Pellegrini Grinover, há um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Tratando de cobrança indevida de taxa de iluminação, entendeu o Tribunal que a homogeneidade e a prevalência de questões comuns justifica a tutela coletiva, de maior efetividade. A grande e grave repercussão social do fato daria uma dimensão transindividual ao acontecimento, na opinião defendida no acórdão⁶⁵.

Por outro lado, o Ministro Carlos Velloso opina que os direitos individuais homogêneos, às vezes apresentam relevância social, às vezes não. Em matéria de repetição de indébito entende não legitimado o Ministério Público porque feriria seus fins institucionais⁶⁶. Há algumas decisões análogas a esta, também no Superior Tribunal de Justiça⁶⁷.

Embora se trate de matéria pertinente a direitos difusos, recentíssimo julgado do STJ determinou realização de obras para recompor o dano ambiental, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município de Goiânia. No caso em concreto, foi salientado que não se pode escudar o administrador em critérios de conveniência e oportunidade para provocar o dano, estando seu ato submetido a controle

⁶² Resp. n° 255.947-SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 8.10.2001, v.u..

⁶³ Resp. n° 114.908-SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 7.11.2001, m. v..

⁶⁴ Resp. n° 308.486-MG, rel. Menezes Direito, j. 24.06.2002, v. u..

⁶⁵ Ap. 261.509-2/5, rel. Des. Pinheiro Franco, j. 16.11.1995, v. u..

⁶⁶ RE n° 195.056-1-PR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 23.09.1998.

⁶⁷ Resp. n° 178.408-SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 25.10.1999, m. v. e Embargos de Divergência em Resp. n° 181.892-MG, rel. Min. Garcia Vieira, j. 10.4.2000, v. u..

pelo Judiciário, em nova compreensão do tema da discricionariedade. Este julgado é de extrema importância, em verdade, para a percepção do tipo de matéria relevante para os processos coletivos e também porque mostra indícios de alteração na doutrina sobre a discricionariedade em direito administrativo, tema que tem sido objeto de pesquisas do autor deste artigo, cuja consolidação em breve dará ocasião de debater certas idéias também à luz de categorias da teoria geral do direito.

Afirmou em seu voto a relatora que:

“A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de ‘Cavalo de Tróia’ pelo alemão Huber, transcrito em ‘Direito Administrativo em Evolução’, de Odete Medauar.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

Na espécie em julgamento, tem-se, comprovado, um dano objetivo causado ao meio ambiente, cabendo ao Poder Público, dentro da sua esfera de competência e atribuição, providenciar a correção. Ao assumir o encargo de gerir o patrimônio público, também assumiu o dever de providenciar a recomposição do meio ambiente, cuja degradação, provocada pela erosão e o descaso, haja vista a utilização das crateras como depósito de lixo, está provocando riscos de desabamento e assoreamento de córregos, prejudicando as áreas de mananciais”⁶⁸.

5. Conclusões

A modo de conclusão, importante anotar que é necessário se pensar que o relevo social das ações coletivas não deve permitir um inchaço institucional de um órgão que constitucionalmente tem outras importantes funções. Não pode um promotor

⁶⁸ Resp. nº 429.570-GO, rel. Min. Eliana Calmon, m.v., j. 11.11.2003, DJ 22.03.2004. Site www.stj.gov.br. Acesso em 7.04.2004.

de justiça descuidar de tarefas fundamentais, relacionadas até mesmo à segurança dos cidadãos para adotar comportamentos políticos, vinculados muitas vezes à atuação do Executivo de determinada região. É preciso a manutenção da nobreza de sua função de guardião dos interesses maiores da sociedade como um todo.

Para isso, ao se pensar na tutela coletiva de direito individual, a legitimidade do Ministério Público exige, embora de *lege lata* esteja assegurada, um concreto juízo sobre a natureza do direito material em jogo, a extensão do dano e uma série de outros critérios que permitirão ao juiz aferir sua legitimidade para aquela ação em concreto. Não é conveniente a previsão da legitimidade em abstrato para este tipo de direito, até mesmo porque acaba por desincentivar a formação do terceiro setor, para que seja mais atuante na tutela de direitos e para que os particulares também se preocupem de questões importantes, agremiando-se quando elas forem comuns.

Deste modo, o processo coletivo permitirá uma formação de uma sociedade civil mais coesa e, por outro lado evitará certos desvios institucionais que o Ministério Público poderia sofrer e que teriam conseqüências catastróficas para a comunidade brasileira como um todo. A glória do Ministério Público virá não tanto de sua visibilidade na mídia, mas do sacrificado trabalho de defender as causas perdidas de toda a sociedade. É na tarefa escondida que vai se cristalizando a grandeza e, se a sociedade civil cresce junto, dos danos, virão grandes conquistas, como lembra a metáfora exultante de Antonio Machado:

“¡De cuántas flores amargas
he sacado blanca cera!”⁶⁹.

6. Bibliografia consultada

ALESSI, Renato – *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 2ª ed.. Milão, Giuffrè, 1951.

ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito civil – teoria geral*, v. I, 2ª ed.. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito civil – teoria geral*, v. II. Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

BARROS, Manoel de – *Memórias inventadas: a infância*. São Paulo, Planeta, 2003.

BENVENISTE, Émile – *O vocabulário das instituições indo-européias*, v. I (Economia, parentesco, sociedade). Campinas, Editora da UNICAMP, 1995.

⁶⁹ Galerías, LXXXVI in *Poesías Completas*, 35ª ed., Madrid, Espasa, 2002, p. 144.

CARNELUTTI, Francesco – *Teoria geral do direito*. São Paulo, Lejus, 2ª reimpr., 2000. Trad. Antônio Carlos Ferreira.

COMPARATO, Fábio Konder – “Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos” in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 513-520.

ENGISCH, Karl – *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed.. Lisboa, F. C. G., 2001.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro *et alii* – “Poder” in *Dicionário de política*. São Paulo, T. A. Queiroz, 1998, pp. 417-420.

GIANNINI, Massimo Severo – *Lezioni di diritto amministrativo*, v. I. Milão, Giuffrè, 1950.

GRINOVER, Ada Pellegrini – “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada” in *Revista Forense*, nº 361, Rio de Janeiro, pp. 3-12.

GRINOVER, Ada Pellegrini – “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade” in *Ação civil pública: Lei nº 7.347/85 – 15 anos*. 2ª ed.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 19-39.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii* – *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed.. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.

LUDWIG, Marcos de Campos – “Direito público e direito privado: a superação da dicotomia” in *A reconstrução do direito privado* (org. Judith Martins-Costa). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 87-117.

MACHADO, Antonio – *Poesias Completas*, 35ª ed.. Madrid, Espasa, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo – “Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos” in *Ação civil pública: Lei nº 7.347/81 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (org. Edis Milaré). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 438-450.

MARTINS, Ives Gandra da Silva – “Ação civil pública é veículo processual imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis” in *Revista dos Tribunais*, nº 707, São Paulo, set. 1994, pp. 19-32.

MARTINS-COSTA, Judith – “Introdução” in *A reconstrução do direito privado* (org. Judith Martins-Costa). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 11-17.

MAZZILLI, Hugo Nigro – *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed.. São Paulo, Saraiva, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de – *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 11ª ed.. São Paulo, Saraiva, 2001.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro – *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Walter – “Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade” in *Revista de Direito Privado*, nº 2, São Paulo, abr./jun. 2000, pp. 187-204.

NERY JUNIOR, Nelson – “O Ministério Público e as ações coletivas” in *Ação civil pública: Lei nº 7.347/81 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (org. Edis Milaré). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 356-366.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade – *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
PAREJO ALFONSO, Luciano et alii – *Manual de derecho administrativo: parte general*, 5ª ed.. Barcelona, Ariel, s. d..

PENTEADO, Jaques de Camargo – “Ética do promotor de justiça” in *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 1-33.

PENTEADO, Luciano de Camargo – “As cláusulas abusivas e o direito do consumidor” in *Revista dos Tribunais*, nº 725, São Paulo, mar. 1996, pp. 91-100.

PENTEADO, Luciano de Camargo – *Doação com encargo e causa contratual*. Dissertação de Mestrado – USP. São Paulo, s.c.p., 2002.

PENTEADO, Luciano de Camargo – “Sistema e Direito Privado: Panorama Histórico e Perspectivas para uma Racionalidade Construtiva” in *Revista de Direito Privado*, nº 16, out./dez. 2003, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 161-198.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – *Tratado de Direito Privado*, t. II. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – *Tratado de direito privado*, t. III. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – *Tratado de direito privado*, t. V. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo – *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra, Almedina, 1996.

SALLES, Carlos Alberto de – “Processo civil de interesse público” in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2003, pp. 39-77.

SZTAJN, Rachel – “Mudança institucional: a perspectiva do direito” in *Diálogos FEA & Largo São Francisco*, n° 2, São Paulo, 2002, pp. 10-13.

TOMASETTI JR., Alcides *et alii* – *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*. São Paulo, Saraiva, 1992.

TORRINHA, Francisco – *Dicionário Latino Português*, 8ª ed.. Porto, Reunidas, s. d..

WATANABE, Kazuo *et alii* – *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed.. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.