



A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DOS INTERESSES E DIREITOS DO CONSUMIDOR

João Vicente Davina¹

Sumário

CAPÍTULOS

I – O Ministério Público

- 1.1. Origem Histórica
- 1.2. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Intervenção como *custos legis*
 - 1.2.1. A intervenção como parte processual ativa
 - 1.2.2. A natureza jurídica da legitimação ativa
- 1.3. O Ministério Público Contemporâneo
 - 1.3.1. O Ministério Público como órgão de defesa social
 - 1.3.2. As promotorias especializadas

II – OS INTERESSES E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

- 2.1. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos
- 2.2. A Tutela dos Interesses e Direitos do Consumidor
 - 2.2.1. Caracterização da Relação de Consumo
 - 2.2.2. A Tutela Individual e Coletiva do Con-

sumidor

III - O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE DEFESA DOS CONSUMIDORES

- 3.1. A legitimidade Ativa do *Parquet* para Tutela dos Consumidores
- 3.2. Questões Controvertidas.
 - 3.2.1. A Tutela dos Interesses e Direitos Individuais Homogêneos
 - 3.2.2. A Tutela em Matéria Tributária
 - 3.2.2.1. O Enfoque Constitucional da Instituição
 - 3.2.2.2. A Equiparação entre Consumidor e Contribuinte
 - 3.2.2.3. A Não Substituição da Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Ação Civil pública

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente estudo, num primeiro momento, discorrer de uma forma genérica acerca da atuação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, seja como *custos legis* ou parte processual ativa. É objeto de estudo também o perfil histórico da Instituição, desde suas possíveis origens até os dias atuais, retratando-se os principais avanços institucionais, sob o enfoque legal ordinário e constitucional. Neste contexto, é verificado o novo perfil constitucional do Ministério Público, qual seja, o de órgão verdadeiramente social, cuja atuação principal desloca-se da área puramente criminal para outro setor eminentemente social.

Esta nova função advém do exercício de defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, relacionados com a defesa dos direitos do consumidor, meio ambiente, patrimônio público etc.

Noutro capítulo, busca-se conceituar e delimitar o que vem a ser direito difuso, coletivo e individual homogêneo, identificar a relação de consumo e demonstrar as diversas maneiras de tutela dos consumidores, individual e coletiva.

Em capítulo específico, é examinada de forma percutiente a legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com especial abordagem dos temas

¹ O autor, João Vicente Davina, é Promotor de Justiça em Uberaba, com atuação perante as Promotorias Especializadas de Defesa do Consumidor, Saúde, Ordem Econômica e Tributária.



polêmicos quanto a legitimidade para o exercício da ação coletiva em defesa de questões afetas a interesse e direito individual homogêneo e em matéria tributária.

CAPÍTULO I O MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1. Origem Histórica:

Defende-se a origem remota do Ministério Público como advinda do Antigo Egito, onde, há mais de quatro mil anos, funcionários (ou procuradores) do rei já exerciam funções assemelhadas a algumas atualmente desempenhadas pelos promotores de justiça. Ensina Hugo Nigro Mazzilli que:

“Na idade média também se procura encontrar algum traço histórico nos saions Germânicos, ou nos bailios e senescais, encarregados de defender os senhores feudais em juízo ou nos missi dominici, ou nos gastaldi do direito longobardo, ou ainda no Gemeiner Anklager (literalmente “comum acusador”) da Alemanha, encarregado de exercer a acusação, quando o particular permanecia inerte”.¹

Outras fontes históricas são ainda citadas pela doutrina. Para diversos estudiosos, Roma é o verdadeiro berço da instituição: os *praefectus urbis*, também conhecidos por *custos urbis*, seriam espécie de promotores; para outros, a origem estaria nos *praesides* ou nos *procuratores Caesaris*.

Entretanto, concordam os historiadores que o surgimento legal e efetivo do Ministério Público provém da *Ordonnance* de Felipe, o Belo, Rei da França, de 25 de março de 1302. Pela primeira vez atribuiu-se expressamente a um órgão o dever, exclusivo, de defender os interesses do rei, sob o mesmo juramento prestado pelos juizes.

No direito lusitano, surge em 1451, através das “Ordenações Manuelinas”, a figura do promotor de justiça. Repetida mais tarde nas “Ordenações Filipinas”, de 1603, ao “Promotor de Justiça da Casa de Suplicação”, nomeado pelo rei (§§1º a 6º, do Título XV do Livro I), era atribuído, entre outros encargos, o de “requerer todas as cousas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu Officio pertence formar libelos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa de Suplicação por acôrdo da Relação”.³

No Brasil, surge em 07 de março de 1609, através da Relação da Bahia, o procurador da Coroa e da Fazenda. Na Constituição de 1824 esse procurador passou a ter atribuição de acusação no “juízo de crimes”; o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, disciplinou a atuação dos promotores nos artigos 36 a 38. Já a Constituição da República de 1891 trouxe referência à escolha do procurador-geral. Contudo, foi no Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que o Ministério Público foi tratado como instituição. O Código de Processo Penal, de 1941, conferiu ao Ministério Público o poder requisitório de inquérito policial, o exercício da ação penal pública, dentre outras relevantes funções na seara criminal. No campo do processo civil, cresceram em importância a instituição e a intervenção do *Parquet*, com as edições dos Códigos de 1939 e 1973.

Nada obstante, extraordinário avanço institucional foi registrado com a edição da Lei Complementar n. 40/81, com a definição de um estatuto nacional para o Ministério Público, fixando-se atribuições, garantias e vedações. Mas foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a instituição atingiu finalmente aparência de “Quarto Poder”, com atribuições bem definidas, sempre voltadas para a tutela dos interesses sociais e

² Mazzilli, Hugo Nigro, O Ministério Público na Constituição de 1988, op. cit., p.2.

³ Machado, Antônio Cláudio da Costa Machado, op. cit, p.15.



individuais indisponíveis. Tornou-se, assim, um dos pilares de sustentação do regime democrático.

Outras codificações contribuíram ainda para com esse crescimento institucional do Ministério Público, a par de suas relevantes funções, como, v.g., a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Lei n. 8.069/90, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, Lei n. 9.099/95 etc.

1.2. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil:

1.2.1 A Intervenção como *Custos Legis*:

Por força da qualidade da parte ou mesmo em razão da natureza do direito material controvertido, revela-se imperiosa a intervenção do Ministério Público no processo pendente, consoante a dicção do artigo 82, do Código de Processo Civil. Tal intervenção se faz necessária dada a relevância de certos direitos ou interesses que são tratados, e a sua ausência implica nulidade absoluta do processo, a partir do momento em que o Órgão deveria intervir. Com efeito, trata-se de modalidade de nulidade cominada e portanto não comporta convalidação, uma vez que o prejuízo pela violação da regra decorre de presunção legal.⁴ O legislador, destarte, taxou de nulo o ato praticado com a inobservância de seus requisitos de validade, de modo a preservar o interesse público evidenciado no preceito legal.

O renomado processualista Humberto Theodoro Júnior, ao comentar o capítulo das nulidades, afirma que até mesmo as nulidades cominadas (absolutas) podem estar sujeitas à convalidação ante a incidência do princípio da instrumentalidade. Assim, o processo que tramitasse sem a in-

tervenção do Ministério Público, por falta de intimação, não seria anulado, caso o juiz prolatasse decisão favorável ao titular do interesse questionado. Os fundamentos desse entendimento, para o citado autor, residem na ausência de prejuízo e falta de legítimo interesse para rever-se o ato.⁵

Embora elogiável o raciocínio do mestre, *data venia*, tratando-se de hipótese de nulidade cominada, absoluta, portanto, como ele próprio admite, não parece correta a afirmação de que não se deva decretar a nulidade por ausência de prejuízo e por falta de interesse. Nesses casos o prejuízo é presumido, desse modo, não cabe ao julgador a tarefa de examinar se há ou não prejuízo pela desobediência à forma, porquanto o prejuízo é imperativo e emana de presunção legal. Ademais, os argumentos apresentados podem ser perfeitamente combatidos. Primeiramente, a sentença favorável pode ser revista em grau de recurso e vir a ser reformada em prejuízo da parte inicialmente beneficiada, v.g., o incapaz; outro ponto de vista válido diz respeito ao alcance do provimento jurisdicional, no particular aspecto de sua extensão. Embora favorável a sentença, não é descartável a ocorrência de omissões relevantes etc.

A intervenção como fiscal da lei (ou *custos legis*) tem lugar em face do “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”⁶. Portanto, além das hipóteses enumeradas nos incisos I, II e III, primeira parte, do artigo 82, do CPC, sempre que houver interesse público caracterizado pela qualidade da parte ou em razão da natureza da lide, deverá o juiz, obrigatoriamente, ouvir o Órgão do Ministério Público, facultando-lhe, de tal sorte, vista dos autos, com a cautela da intimação pessoal, em atenção ao imperativo do artigo 236, §2º, do CPC.

O Código de Processo Civil estabelece, exemplificativamente, algumas hipóte-

⁴ É o que textua o artigo 246 do CPC: “É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir”.

⁵ Theodoro Júnior, Humberto, op. cit., pg. 282.

⁶ Art. 82, III, do Código de Processo Civil.



ses de intervenção obrigatória, quais sejam: “nas causas em que há interesses de incapazes”; “concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade”; e, razão de recente alteração legislativa,⁷ “nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural”. Nada obstante, leis esparsas podem prever também outras hipóteses de intervenção obrigatória (ou cominada), sempre que estiver presente o interesse público.

Intervindo, assim, como *custos legis*, o membro do *parquet* deve ter vista dos autos depois das partes e ser intimado pessoalmente para todos os atos do processo. Também por expressa disposição de lei, “poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade” (art. 83, I e II, do CPC). Mais que isso, deverá pautar-se por uma atuação efetiva e intransigente “na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, em obediência ao comando constitucional elencado no artigo 127 *caput* da vigente Carta Magna.

1.2.2. A Intervenção Como Parte

Processual Ativa:

Com o crescimento populacional e o surgimento dos grandes centros urbanos, é visível o aumento das desavenças individuais e os conflitos judiciais se multiplicam na mesma proporção. As dificuldades econômicas contribuem também para o agravamento do quadro, fazendo com que o Judiciário fique abarrotado de processos, cuja solução é sempre morosa e ineficiente. Nesse mesmo cenário, surgem também os conflitos em massa, de largo interesse social, nas mais diversas áreas: saúde, educação, transporte, comunicação etc. O Judiciário, por sua vez, já não atende suficientemente a deman-

da, não realiza bem o seu papel e se torna alvo de frequentes críticas dos mais variados setores da sociedade. A justiça aplicada no “varejo” já não atende aos anseios sociais; é preciso evoluir e dar uma resposta na mesma proporção dos conflitos: aos problemas em massa, impõe-se também uma solução na mesma proporção, “justiça no atacado”.

Para a solução de questões semelhantes, de interesse coletivo, e para que venham beneficiar um grande número de pessoas e obstar a proliferação de ações idênticas, o Estado editou leis conferindo ao Ministério Público legitimidade para o exercício da ação civil pública (ou ação coletiva para a tutela da sociedade), sempre que presente eventual lesão ou ameaça de lesão a interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo.

A Lei n. 7.347/85 criou e regulamentou a ação civil pública, possibilitando ao Ministério Público – com exclusividade – a instauração de inquérito civil público para investigar e apurar lesão ou ameaça de lesão em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, legitimando-o, ainda, ao lado de outros entes, a intentar respectiva ação de cunho coletivo. Embora existam outros legitimados para o exercício da ação civil pública, apenas o Ministério Público detém o poder/dever de instaurar procedimentos administrativos, inquérito civil público, com poder de autoridade, para a elucidação dos fatos.

A Constituição Federal de 1988, além de recepcionar a lei em referência, ampliou o rol de atribuições do Ministério Público, consoante estatuído em seu artigo 129, incisos I a IX. Na maioria dos casos, o exercício da ação civil pública objetiva a defesa de elevado número de pessoas, contudo, admite-se, também expressamente, a abertura de inquérito civil e a propositura de ação civil pública para a defesa de interesse individual, desde que de caráter indisponível, como, por exemplo, nas hipóteses da ação de investigação de paternidade, fundada na Lei n. 8.560/92, e

⁷ Inciso III, do art. 82, CPC, modificado pela Lei. N. 9.415/96.



abertura de vaga em escola pública de ensino fundamental para criança ou adolescente, Lei n. 8.069/90 (ECA) etc.

1.2.2.1 - A Natureza Jurídica da

Legitimação Ativa:

Discute-se, de tal sorte, a natureza dessa legitimação, se ordinária ou extraordinária. Na hipótese da perfilhação compulsória, como em outros casos semelhantes, claro está que a legitimação ativa do Ministério Público é a extraordinária, porquanto, nos moldes do artigo 6º, do CPC, tutela-se interesse alheio em nome próprio. O tema suscita maior interesse tratando-se de ação civil pública, onde o direito postulado pertence a pessoas indeterminadas, ou mesmo à sociedade de um modo geral. Muitos já sustentaram (e ainda sustentam) que também nestes casos a legitimação é a extraordinária, ou seja, o Ministério Público atua defendendo, em nome próprio, interesse alheio, da coletividade.

Contudo, especialistas na matéria, como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, defendem a legitimação do Ministério Público, fundada no artigo 5º, da Lei n. 7.347/85 (LACP), como sendo a ordinária, exceto quando se tratar de direitos individuais homogêneos.⁸ Ilustra-se:

*“Natureza da legitimação ativa. Para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige prozeßführungsbefugnis), ordinária. Quando a ação coletiva for para a tutela de direitos individuais homogêneos (v. CDC 81 par. Ún.III), haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária”.*⁹

O mesmo entendimento é encontra-

do nas preciosas lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, que vê no Ministério Público verdadeira identificação entre a instituição e os interesses que tutela.¹⁰

1.3. O Ministério Público Contemporâneo:

1.3.1 – O Ministério Público como Órgão de Defesa Social:

Ao lado de outras relevantes funções, a nova Ordem Constitucional confiou ao Ministério Público as destacadas tarefas sociais de guardião da “ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.¹¹ Trata-se, por evidente, de outorga legal indiscutivelmente inédita e de elevada responsabilidade para a instituição acreditada. Sem dúvida, a Constituinte de 1988 foi pródiga em relação ao Ministério Público ao atribuir-lhes verdadeiros poderes constitucionais de “defesa social”. A partir de então, sua atuação passou a ser eminentemente social, excetuando-se apenas a tutela individual nas hipóteses de indisponibilidade do direito. Este, em última análise, não deixou de ser fixado também no interesse social, na medida em que o “indisponível” é afetado de inegável interesse público.

Voltando-se à época das discussões, debates e votações da vigente Constituição, tem-se claramente que a nova feição do Ministério Público não é graça do Legislador Constituinte, vontade sua, imposição da soberana vontade popular, assentada nos representantes dos mais diversos segmentos.

O certo é que, num país de aproximadamente duzentos milhões de habitantes, cuja população se agigantou sem estrutura compatível, desorganizada e pobre, às vezes

⁸ O tema “Direitos e interesses individuais homogêneos” é desenvolvido no capítulo 3, em tópico específico.

⁹ Nery Júnior, Nelson, op.cit., pg.1.136.

¹⁰ Mancuso, Rodolfo de camargo, op. cit., pg. 91.

¹¹ CF/88, Art. 127, caput, (in verbis): “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

relegada, não seria crível (ou sensato) que esta sociedade, como corpo que é, não dispusesse de um agente constitucional imparcial, independente e forte para a defesa de toda sorte de agressão.

Vê-se, destarte, que o Ministério Público é mais que um órgão de defesa social, sim, de defesa social, mas também de equilíbrio da ordem social, da justiça social, do respeito social. E isto se particulariza nas atuações voltadas às mais diversas áreas das promotorias especializadas, defesa do consumidor, meio ambiente, patrimônio público, direitos humanos etc.

Após a edição das leis de criação e organização da instituição, tem-se como impositiva a execução do mandamento legal, sob pena tornar-se inócua a inspiração legislativa, e relegar-se mais uma vez o verdadeiro titular do poder, o cidadão. Assim, indaga-se, o que fazer-se para dar efetividade à vontade social insculpida na Magna Carta? O que deve ser feito pelo *parquet* para desempenhar de forma satisfatória tão grave missão?

Primeiramente, todo e qualquer agente ministerial deve ter em mente que desenvolve suas funções para a sociedade; acreditar, de forma inabalável, ser um “agente inflexível do povo”, que, em última análise, é a sua última voz.

Daí decorre a necessidade de que o atendimento ao público se faça de forma ampla, evitando-se qualquer tipo de “seleção” ou preferência. Mesmo aquelas pessoas que buscam a Promotoria de Justiça, trazendo problemas cuja solução não está afeta ao Ministério Público, devem ser atendidas e encaminhadas aos outros órgãos públicos específicos (Defensoria Pública, Órgão Previdenciário etc.).

Deve o atendimento ser efetivado com urbanidade e educação, registrando-se

que, na maioria das vezes, as pessoas que procuram auxílio junto ao Ministério Público são aquelas mais necessitadas e menos esclarecidas. A grande massa dos excluídos, que não dispõem de advogado, condição econômica etc.

Importante, também, que o próprio Ministério Público se apresente à sociedade de forma mais democrática, fazendo-se com que suas funções e ações sejam mais bem conhecidas e, inclusive, controladas pelo povo, “*titular último da soberania*”, nos dizeres de Mazzilli.¹²

Sob tal aspecto, admissível alguma forma de “controle externo” das atividades Ministeriais.¹³ Não o controle pregado por alguns dos “detentores do poder político” que desejam, na verdade, um órgão castrado e incapaz de promover ações no sentido de coibir os desmandos que infelizmente ocorrem com a coisa pública, mas um controle social voltado para a atuação de agentes que são detentores de cargos vitalícios.¹⁴

Concluindo, para que o Ministério Público desempenhe a contento sua missão de defensor do regime democrático, necessário que a própria instituição seja absolutamente democrática, colocando sempre à frente de suas ações os interesses sociais, principalmente daquelas classes menos favorecidas pela sorte.

Em última e rigorosa análise, não é a letra fria do texto constitucional que legitima o Ministério Público como instituição, aos olhos da sociedade, mas a sua atuação diária, constante, inflexível e intransigente em defesa da sociedade. Sem uma atuação séria e destemida, perde em sentido a Instituição. No mesmo diapasão, embora necessária, não é a simples aprovação em concurso público que legitima também o órgão de execução ministerial ante a sociedade, mas a sua

¹² Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, p. 45.

¹³ Registre-se a existência de proposta de autoria da Deputada Zulaê Cobra Ribeiro (PSDB-SP), para inclusão do tema no texto sobre a reforma do Poder Judiciário, conforme publicado no “O Estado de São Paulo”, edição de 19.9.1999, p. A4. Contudo, pelo noticiado, a reforma pretendida adentraria a análise sobre a viabilidade de algumas ações propostas pelo Ministério Público, o que é lamentável, vez que, o agente ministerial, para a propositura de ação civil pública, não pode estar manietado por nenhum outro poder senão aquele que ressalta da Constituição e, por conseguinte, do próprio povo.

¹⁴ Em tal sentido, também seria oportuna a criação de órgão de controle externo da Magistratura brasileira.



atuação responsável e combativa pelas causas dos menos favorecidos.

1.3.2. As Promotorias Especializadas:

A imagem do Promotor de Justiça sempre foi a do acusador inflexível, ser desprovido de sentimentos na busca da justiça dos homens; intolerante contra os criminosos, tribuno implacável, eis a feição institucional ou função mais conhecida da sociedade: a de perseguidor dos fora da lei.

Embora de grande relevância a atuação do promotor criminal, com o crescimento da sociedade recrudesceram também os problemas sociais, as mazelas sociais atingiram níveis insuportáveis, donde foi necessário conferir a um órgão forte e independente a elevada missão de defesa social. Com a edição da Carta de 1988, confiou-se ao Ministério Público a tutela dos direitos sociais e individuais indisponíveis. O *parquet*, além do exercício privativo da ação penal pública, passou a “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.¹⁵ Mais tarde, outras leis incumbiram ao Ministério Público outras tarefas, como: a proteção do consumidor, da infância e juventude, do patrimônio público, com a edição da “Lei de Improbidade Administrativa” etc.

Surgem, desse modo, as promotorias especializadas (prefere-se a denominação promotoria especializada em lugar de curadoria especializada, por melhor expressar e identificar o órgão de execução) do meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, artístico e paisagístico, patrimônio público, direitos humanos, controle externo da atividade policial, fundações, acidente do trabalho, enfim, promotorias, para a tutela de todo e qualquer interesse difuso, coletivo e individual indisponível.

Incumbem às promotorias especializadas a tutela dos respectivos inte-

resses ou direitos sociais protegidos. Por exemplo, ao Promotor de Justiça titular da promotoria de defesa do meio ambiente, cabe o poder/dever de instaurar inquérito civil público, instruí-lo através da colheita de informações documentais e testemunhais e, se for o caso, propor pertinente ação civil pública em defesa do meio ambiente; não dispondo de elementos de convicção, ou nas hipóteses de inexistência de agressão ambiental, deverá promover o arquivamento do inquérito civil e das peças de informações, submetendo-o ao Conselho Superior do Ministério Público.

A atuação do promotor de justiça nessas áreas especializadas não se restringe à repressão ou reparação de eventual dano. O representante do *parquet* deve pautar-se cotidianamente por uma atuação preventiva, que vale dizer: de esclarecimento, de organização e orientação da população diretamente interessada, nos seus mais diversos setores.

CAPÍTULO II

OS INTERESSES E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n.8.078 de 11.09.90, definiu, em seu artigo 81, Parágrafo Único, inciso I, os interesses ou direitos difusos como sendo: “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato”. No inciso II, conceituou os interesses ou direitos coletivos como: “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Finalmente, no inciso III, os interesses ou direitos individuais homogêneos: “os decorrentes de origem comum”.

¹⁵ Art. 129, III, da Constituição Federal.



Em princípio, é bom salientar que boa parte da doutrina não faz qualquer distinção entre as expressões “interesses” e “direitos”, tratando-as como coisas semelhantes. Certamente não foi essa a intenção do legislador consumerista, mesmo porque seria uma total inutilidade e falta de técnica legislativa a inclusão de termos aparentemente próximos com idêntico significado. Parece mesmo existir certa gradação entre as expressões “interesses” e “direitos”. Nesse sentido, as expressões “interesses” e “direitos” não se equívalem. Em relação àquela, sirva de exemplo a hipótese de promover-se uma ação para que a coletividade não venha a ser lesada, como decorre da previsão do artigo 102, do Código de Defesa do Consumidor, tendo aí atribuída legitimidade aos órgãos elencados no artigo 82, do mesmo Diploma Legal. Diferentemente, tratando-se de responsabilidade civil objetiva, por danos, onde se verifica um autêntico “direito”, na verdade, um “direito subjetivo”, ainda que, no caso da “coletividade” por ela atomizadamente distribuído, tem-se um direito submetido a um tratamento coletivo ou difuso”¹⁶.

Após a observação acima, oportuniza-se a definição do que vem a ser interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo. Interesses e direitos difusos, esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“São direitos cujos titulares não se pode determinar, a ligação entres os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido. É difuso, por exemplo: o direito de respirar ar puro; o direito do consumidor de ser alvo de propaganda não enganosa e não abusiva”.¹⁷

São transindividuais porque interessam naturalmente a uma pluralidade de

pessoas, a uma coletividade de pessoas, ou parcela indistinta dessa coletividade. O seu interesse vai além do individual. A natureza indivisível do objeto é outra característica do direito difuso, sendo certo que não se pode fracionar ou cindir o objeto deste direito. Trata-se, como leciona J. C. Barbosa Moreira, de uma “espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”¹⁸. É o caso, por exemplo, da instalação de uma usina nuclear em determinada região: o manejo de uma ação civil pública poderia, a um só tempo, beneficiar a todas as pessoas que eventualmente estivessem sofrendo ou na iminência de sofrer efeitos nocivos à saúde, moradores ou não da região afetada.

De salientar-se, por relevantes, os ensinamentos de Kazuo Watanabe, quando esclarece que: “Na conceituação dos interesses ou direitos difusos (“ou essencialmente coletivos”), optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”¹⁹.

Interesses ou direitos coletivos, como define o Código de Defesa do Consumidor, “são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”. Também interesse de uma pluralidade de pessoas, contudo, passível de determinação, o que não ocorre com os interesses difusos. “Aqui os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por relação jurídica-base. Assim como nos direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível. É coletivo, por exemplo: o direito dos alunos de determinada escola de ter as-

¹⁶ Arruda Alvim, e outros, op. cit., pg. 364

¹⁷ Nery Júnior, Nelson, e Andrade Nery, Rosa Maria, op. cit., pg. 1.394

¹⁸ Mancuso, Rodolfo de Camargo, Interesses Difusos, op. cit., pg. 71

¹⁹ Watanabe, Kazuo, e o outros, op. cit. pg. 624.



segurada a mesma qualidade de ensino em determinada curso”.²⁰

A exata compreensão e definição do interesse ou direito coletivo pressupõe a existência de uma relação jurídica-base entre as pessoas que compõem grupo, categoria ou classe, ligando-as entre si ou com a parte contrária. Esta relação jurídica-base, adverte Kazuo Watanabe, “é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão”. Cita, como exemplo, os interesses dos contribuintes do imposto de renda, lembrando que entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base. Para Arruda Alvim, entretanto, a distinção entre os interesses ou direitos coletivos e difusos “reside especificamente no grau mais intenso de agregação, com teor maior, entre as pessoas pertencentes a um grupo, categoria ou a uma classe. O vínculo que aqui existe não é, normalmente, tão rarefeito, circunstancial ou ocasional, quanto o que existe nos interesses ou direitos difusos”.²¹

Finalmente, interesses e direitos individuais homogêneos, definidos textualmente como aqueles de origem comum. Trata-se de direito verdadeiramente individual cujo titular é perfeitamente identificável e o objeto é também divisível, o que não ocorre nas hipóteses de interesses difusos e coletivos. Aqui também não é possível falar-se em relação jurídica-base anterior, bastando tratar-se de direitos individuais e decorrentes de origem comum. E o exercício da ação por um dos legitimados a todos os interessados beneficia, bastando, ao final da ação, que cada qual promova a liquidação do *quantum debeatur*.

Nelson Nery Jr., e mesmo Kazuo Watanabe, advertem para uma questão interessante na classificação ou identificação do

interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo. Para esses eminentes doutrinadores, o que classifica o interesse ou direito “é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”.²² Nelson Nery Jr. vai além e afirma que da ocorrência de um mesmo fato, podem originar pretensões difusas, coletivas e individuais, e cita como exemplo o caso do *Bateau Mouche IV*. Segue o mestre:

“a ação de obrigação de fazer movida por associação das empresa de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como a ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação afim de se evitarem novas acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual”.

2.2. A Tutela do Consumidor:

2.2.1. A Relação de Consumo. Definição:

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu normas de “ordem pública e de interesse social”, consoante o artigo 1º, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e reconheceu expressamente a vulnerabilidade do consumidor, de modo a dar efetivo equilíbrio às relações de consumo. Estabeleceu, portanto, regras que, comparadas ao direito privado comum, beneficiam ou procuram beneficiar o consumidor. São, portanto, normas de índole tutelar. Contudo, para a adoção dessas normas, é indispensável estar configurada hipótese de relação de consumo. À sua ausência, aplicam-se as regras comuns do direito das obrigações elencadas no Código Civil pátrio.

²⁰ Nery Júnior, Nelson. e outra, op. cit. pg. 1.394.

²¹ Alvim, Arruda, e outros, op. cit., pg. 369.

²² Nery Jr, Nelson, Cod. de Defesa Consumidor Comentado, op. cit., 778.



Impõe-se, assim, a definição conceitual de relação de consumo ante o Código de Defesa do Consumidor. “E relação de consumo é a relação jurídica, contratual ou extracontratual, que tem numa ponta o fornecedor de produtos e serviços e na outra o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos e serviços. Havendo circulação de produtos e serviços entre o consumidor e o fornecedor, teremos relação de consumo regulado pelo CDC”.²³ Para o Estatuto Consumerista, “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Trata-se de definição fundada essencialmente em critérios objetivos, bastando que o bem seja retirado para o consumo.

Já “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”; e “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”; finalmente, “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”.²⁴

Destarte, como anotado, para a caracterização da relação de consumo, impõe-se a concorrência simultânea dos três elementos essenciais: o *fornecedor*, em um dos pólos desta relação jurídica de consumo; o *consumidor*; no outro pólo, como destinatário final de produtos e serviços; e o *produto ou serviço*, devidamente enquadrado na conceituação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do CDC.

Configurada, pois, hipótese de rela-

ção de consumo, têm inteira aplicação as normas elencadas na legislação específica, e supletivamente as demais regras do direito público e privado.

2.2.2. A Tutela Individual e Coletiva do Consumidor:

A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas pode ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.²⁵ Em princípio, verifica-se que o legislador consumerista equiparou as vítimas da relação de consumo ao consumidor, para efeitos de proteção em caso de eventual dano sofrido. É o que está expressamente previsto no artigo 17 do CDC. Vale dizer, se algum indivíduo, ainda que não tenha participado diretamente da relação primitiva de consumo, vier a sofrer danos, como nas situações de acidentes de trânsito, na utilização de agrotóxicos etc, poderá utilizar-se das normas protetivas do CDC.

A defesa individual dos direitos dos consumidor, como qualquer outra, faz-se perante a justiça comum. As legislações aplicáveis são o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil, e, naquilo que for cabível, Código Civil e Penal. Nos casos de menor complexidade, o consumidor pode optar - a seu critério - pelo juizado especial de pequenas causas, especializado ou não, desde que o valor da causa não ultrapasse a quarenta (40) vezes o salário mínimo, artigo 3º, I, da Lei n. 9.099/95.

A tutela coletiva tem lugar quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A definição desses institutos consta de capítulo acima, restando, em momento, apenas dispor acerca das pessoas legitimadas para o seu exercício. O artigo 82 do CDC, de forma taxativa, relacionou os entes, pessoas e órgãos legitimados ativos para a tutela coletiva dos consumidores.

São, pois, legitimados, disjuntiva e

²³ Cavalieri Filho, Sérgio, op. cit., pg.361.

²⁴ art. 2º e 3º do CDC.

²⁵ Artigo 81 do CDC.



concorrentemente, os Ministérios Públicos estaduais e federal, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; as associações legalmente constituída há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC.

Melhores considerações acerca do tema serão tecidas nos tópicos seguintes.

CAPÍTULO III

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE DEFESA DOS CONSUMIDORES

3.1. A legitimidade Ativa do *Parquet* para

Tutela dos Consumidores

Dispõe expressamente o artigo 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, que o Ministério Público é parte legítima para propor as ações previstas no artigo 81, do mesmo Diploma Legal, tratando-se de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em favor do consumidor. A legitimação vem prevista, ainda, e com maior relevo, na Constituição Federal, artigo 129, III, e na Lei de Ação Civil Pública, n. 7.347/85, artigos 1º, II, e 5º LACP).

Portanto, tratando-se de questões decorrentes de relação de consumo, direta ou por equiparação, nos casos de vítimas de consumo, que envolvam interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, compete ao Ministério Público a instauração de inquérito civil público e o manejo de pertinente ação coletiva de consumo.

Para José Geraldo Brito Filomeno:
“a norma fundamental acerca da participação do Ministério Público

*é a do artigo 1º, do CDC, que estabelece que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, XXXII, 170, V e art. 48 das Disposições Transitórias. Do confronto entre o art. 1º, caput e o art. 127, da CF, verifica-se que o Ministério Público deverá intervir em todos os processos em que se discutam relações de consumo, em que controvertem fornecedores e consumidores”.*²⁶

Vê-se, desse modo, que o interesse na tutela do consumidor tem marco constitucional, expresso no artigo 48 do ato das disposições constitucionais transitórias, que impôs ao legislador ordinário a incumbência de elaborar um *código de defesa do consumidor*. Por isso, não deixa de ter certa razão o ilustre juiz paulista, acima citado, quando afirma que as normas relativas aos direitos dos consumidores são de ordem pública e de interesse social, “o que equivale dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados”²⁷, como regra, em razão do caráter tutelar.

Mas, com efeito, não parece correta a orientação proposta de que o Ministério Público deva intervir também nas demandas onde se discuta relação de consumo puramente individual. Tal assertiva, *data venia*, não encontra amparo legal, e também não se coaduna com o real perfil constitucional da Instituição, qual seja, o de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ademais, o direito do consumidor – particularizado – embora tenha regramento específico e tutelar, não deixa de ser direito individual disponível. Por isso, e por confrontar com a legitimação expressamente definida no artigo 82 do CDC, não cabe ao Ministério Público intervir em querelas do consumo puramente individual, exceto se figurar em um dos pólos da ação consumidor incapaz.

²⁶ Rios Gonçalves, Marcus Vinicius, Revista Direito do Consumidor. Pg. 63,

²⁷ Filomeno, José Geraldo Brito, op. cit., pg. 23.



Tratando-se, contudo, de relação de consumo em que envolva interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo, o Ministério Público, se não propuser a ação civil (ou coletiva de consumo), deverá intervir obrigatoriamente como *custos legis*.²⁸ Ou seja, nas hipóteses de tutela coletiva, a presença do *Parquet* é sempre obrigatória, sob pena de nulidade do processo, dada a presença de flagrante interesse social.

A tutela desses interesses coletivos é efetivada pelos legitimados através do exercício da ação civil pública, regulada pela Lei n. 7.347/85 (LACP) e Lei n. 8.078/90 (CDC). Há, inclusive, quem defenda a denominação “ação coletiva de consumo” em lugar de ação civil pública, quando a sua utilização veicular pretensão relativa a lides de consumo, em razão da especialidade da matéria e por melhor identificar o próprio objeto da ação²⁹. Nada obstante acertada a tese dos ilustres promotores gaúchos, pouco importa a denominação adotada pelo autor legitimado, mas o seu correto manejo em prol dos consumidores.

Dentro dessa temática, é indispensável também alguns comentários acerca do inquérito civil público. Previsto como uma das funções institucionais do Ministério Público, artigo 128, III, o inquérito civil público tem natureza administrativa e serve de instrumento para a colheita dos elementos de convicção e fundamento da ação civil pública. Trata-se, pois, de procedimento administrativo instaurado e concluído sob a presidência exclusiva do *parquet*, onde são praticados os atos de autoridade necessários para a defesa dos interesses sociais, como, por exemplo, a expedição de notificações, requisição de documentos etc.

Concluídos os trabalhos apuratórios, esgotadas todas as diligências, havendo elementos ensejadores, o Ministério Público ajuizará pertinente ação civil pública em defesa dos interesses sociais, acos-

tando os autos à inicial; ou, caso contrário, promoverá o arquivamento dos autos por inexistência de fundamentos mínimos, *ad referendum* do Conselho Superior do Ministério Público.

3.2. Questões Controvertidas:

3.2.1. A tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos:

Cumpra ao Ministério Público ainda a relevante missão de tutelar coletivamente o dano individualmente sofrido, como preceitua o artigo 91 do CDC: “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

Trata-se de norma processual inovadora, que possibilitou ao *parquet*, ao lado de outros legitimados, a defesa coletiva de direitos basicamente individuais, de origem comum e que interessam a uma pluralidade de pessoas eventualmente vítimas de relação de consumo, direta ou equiparadas pela lei.

Para regular o tema, o legislador brasileiro buscou inspiração no modelo americano da *class action*, fazendo inserir regra semelhante e reguladora dos direitos individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor³⁰. Mas, antes mesmo da edição desse diploma legal, já havia possibilitado a defesa dos interesses difusos e coletivos através da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), marco legislativo inicial “das tutelas coletivas” no sistema jurídico pátrio.

Contudo, foi com a promulgação da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que o ordenamento jurídico brasileiro disciplinou pela primeira vez a tutela coletiva dos direitos individuais, “legitimando o Ministério Público a adotar as medidas judiciais ne-

²⁸ Textua o artigo 92 do CDC: “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

²⁹ Lipp João, Alexandre, e Rubin, Daniel Sperb, Tese 48, apresentada no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, 1999, Curitiba.



cessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado”. Pois, “o artigo 2º da lei fala em *condenação*, devendo a importância dela resultante reverter aos investidores lesados, *na proporção de seu prejuízo*. E, por sua vez, o §1º do mesmo dispositivo trata da *habilitação* dos beneficiários para receberem a parcela que lhes couber”.³¹

O Código de Defesa do Consumidor criou a verdadeira *class actions* brasileira, denominando-a de ação civil coletiva e detalhando o seu procedimento a partir do artigo 91. Em vários aspectos, rompeu com a tradição do nosso direito processual, primeiramente, ao possibilitar que direitos inicialmente individuais - disponíveis - fossem tutelados coletivamente, de modo a melhor socorrer os interesses das vítimas de acidente em massa, e por prever forma de condenação genérica, regras de competência específicas, habilitação dos interessados em processo de liquidação de sentença etc.

Justamente por se tratar de interesses individuais disponíveis, algumas decisões judiciais passaram a negar a legitimidade ao *parquet* para o exercício de ação civil em prol dos interesses individuais homogêneos, sob o fundamento de que a Constituição Federal, em seu art. 129, III, só faz menção a direitos difusos e coletivos; ainda, que o art. 127 da Carta Magna outorgou à Instituição a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, taxando de inconstitucionais os dispositivos do CDC que regulam a matéria.

Tal posicionamento mereceu acentuada crítica da doutrina especializada. Autores renomados como Nelson Nery Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e tantos outros defendem com lucidez a legitimação do Ministério Público para a tutela dos interesses individuais homogêneos, trazendo à colação regras da própria Carta

Política. Analisam a questão enfocando o artigo 129, IX, da CF, que autoriza expressamente o Órgão a “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade*”. O dano que atinge uma pluralidade de pessoas é exemplo inequívoco de hipótese a ser tutelada coletivamente, portanto de interesse social.

Discorrendo acerca do tema, com a costumeira clareza e posição, textuam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

*“O Ministério Público pode mover qualquer ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A CF no art. 129 III legitima o parquet para a ACP na tutela de direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF no art. 129, IX, autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com o seu perfil institucional. A CF no art. 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva tout court) são, ex vi legis, de interesse social (CDC art. 1º) é legítima e constitucional a autorização que o artigo 82, I, dá ao Ministério Público de promover a ação coletiva, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social”.*³²

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi examinada no RE 1663231-3-SP, em ação em que se discutia aumento de mensalidades escolares, tendo como relator o Ministro Maurício Corrêa. Por nove (09) votos a zero (0) o STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação civil em defesa dos direitos

³⁰ Grinover, Ada Pellegrini, op. cit., pg. 670.

³¹ Grinover, Ada Pellegrini, op. cit., pg. 671.



individuais homogêneos. A mesma orientação é seguida pelo Superior Tribunal de Justiça.³³ Ilustra-se, com parte do mencionado voto:

“São nitidamente homogêneos porquanto nascidos de uma mesma origem, ou seja, mensalidade escolares cobradas abusivamente com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos, porque na verdade todos da mesma natureza/ e como homogêneos são uma subespécie de interesses coletivos, como antes abordei, legítima é a capacidade postulatória do recorrente” (RE n.163.231-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.2.97).

Outra não poderia ser a posição do STF, senão a de afastar interpretações equivocadas e maléficas aos interesses da sociedade. Isso porque, como vem sendo acentuado pela doutrina moderna, é preciso que os operadores do direito do Segundo Milênio aparelhem-se jurídica e materialmente para a solução dos conflitos de massa. É preciso repensar a função social do processo, e nesse contexto a própria atuação dos aplicadores do direito. É necessário repensar o direito e aplicá-lo à luz das necessidades contemporâneas.

Contudo, para alguns, a utilização da ação civil pública nos casos de direitos individuais homogêneos seria restrita à hipótese de relevância social, que se identificaria com o teor da Súmula n. 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo:

“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 segu-

rança 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”.

Absolutamente pertinente, na oportunidade, a lição da professora Ada Pellegrini Grinover, pois, segundo a ilustre jurista, “a doutrina internacional e nacional já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa”.³⁴

Como mencionado alhures, nada obstante respeitáveis opiniões em contrário, sustentando que a legitimação na hipótese de defesa dos direitos individuais homogêneos seja a da figura de substituição processual, portanto de legitimação extraordinária, porque o artigo 91 do CDC fala expressamente em litigar em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, há quem defenda a tese da legitimação ordinária, sob o argumento de que “O titular não estaria defendendo direitos subjetivos individuais o que caracterizaria a substituição mas sim exercendo o poder que o ordenamento jurídico lhe confere para exigir o cumprimento de um dever jurídico de respeito a interesses tratados coletivamente”. *In casu*, a legitimação “é autônoma, porque derivada da lei, visando a imposição ao sujeito passivo de um dever jurídico de respeito ao referido interesse, não podendo ser confundida com a figura da substituição processual, adequada apenas quando se trate de conflitos envolvendo interesses individuais puros”.³⁵

Já em relação aos direitos difusos e coletivos não existem maiores discussões,

³² Nery, Nelson Nery, e, op. cit., pg. 1.396

³³ STJ., 4ª Turma, Resp. n.100.311- GO – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j.22.04.1997.

³⁴ Grinover, Ada Pellegrini, op. cit. pg. 676.



estando assente o entendimento de que nessas situações o Ministério Público possui legitimação ordinária, decorrente da própria lei.

3.2.2. A Tutela em Matéria Tributária:

Outra questão polêmica e que tem despertado grande discussão nos meios doutrinário e jurisprudencial diz respeito à legitimidade do Ministério Público para o manejo de ação civil pública em matéria tributária.

O tema vem sendo debatido no meio jurídico, num ambiente de verdadeira indefinição, havendo razoáveis decisões a favor e contra a legitimidade do *parquet* na promoção da tutela em matéria tributária. Vozes em sentido contrário fundamentam que o Ministério Público não estaria autorizado a patrocinar direitos individuais privados e disponíveis, mesmo porque, embora haja certa afinidade, o conceito de consumidor não inclui o de contribuinte (STJ. Resp. n. 168.415); outro ponderável argumento situa-se no campo de possível conflito (ou contato) entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, sendo que, em razão dos efeitos *erga omnes*³⁵, aquela poderia estar substituindo esta, e mais, subtraindo a competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados no controle da constitucionalidade das leis.

Da exposição acima, fácil notar que a questão é extremamente polêmica e intrincada, exigindo para a sua compreensão um estudo atento das bases constitucionais e dos textos infraconstitucionais que dão suporte legal e completam a feição institucional do Ministério Público, legitimando-o como órgão de defesa social.

3.2.2.1. Enfoque Constitucional da Instituição:

Sob o prisma constitucional, “O Ministério Público é instituição permanente,

essencial à função Jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Este é o perfil constitucional que lhe foi atribuído pelo artigo 127 “*caput*” da vigente Constituição Federal.

Além das funções enumeradas no artigo 129 da CF – exemplificativamente, bom que se diga – compete ao Ministério Público defender “outros interesses difusos e coletivos” e “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade” (art. 129, incisos III e IX da CF). Ao criar um órgão de defesa social e dotá-lo dos elementos necessários para dar efetividade aos seus desideratos, por óbvio que o legislador não poderia prever todas as situações em que devesse atuar, e o fez, a par do seu perfil institucional, de forma exemplificativa, mesmo porque a Carta Política não se presta a tal serviço.

Nesse diapasão, a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a chamada “Lei da Ação Civil Pública”, que foi recepcionada pela vigente Constituição Federal, sofreu algumas modificações para adequar-se à nova realidade jurídica então introduzida no País. Merecem destaque as modificações implementadas por ocasião das edições das Lei 8.078/90 (CDC) e Lei n. 8.884/94 (Lei de Proteção da Concorrência).

Incluiu-se, portanto, quando da edição da Lei n. 8.078/90 (CDC), através de seu art. 110, o inciso IV ao art. 1º da Lei n. 7.347/85, com a seguinte redação: “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Assim, o campo de atuação da ação civil pública teve sensível ampliação, passando a servir de instrumento de tutela de todos os interesses difusos e coletivos, ainda que não enumerados nos incisos I a V, do art. 1º da LACP.

Numa profícua manobra legislativa, os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor fizeram inserir o artigo

³⁵ Belinetti, Luiz Fernando, tese 40, apresentada 13º Congresso Nacional MP – Curitiba/PR, 1999.

³⁶ Art. 16, da Lei. 7.347/85 (LACP).



21 na Lei 7.347/85 (LACP), com a seguinte redação: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”, tornando, portanto, aplicáveis à ação civil pública todas as regras processuais inovadoras e tutelares contidas nos arts. 81 a 104 do CDC.

As regras da ação civil pública, a seu turno, aplicam-se também, no que couber, às ações propostas com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, ante a previsão expressa do inciso II, do art. 1º, da Lei 7.347/85, a defesa do consumidor.

*“Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e a LACP, que se completam e podem ser aplicadas indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observando o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP. Esse interagir recíproco de ambos os sistemas (CDC e LACP) tornou-se possível em razão da adequada e perfeita compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas Disposições Finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei n. 7.347/85”.*³⁷

Especificamente dentro do tema tributário, a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, por sua vez, estabelece, em seu artigo 5º, I, e II, alínea “a”:

“Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

I – a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes princípios:

II – zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte”.

O artigo 6º do mesmo diploma legal vem complementar essas regras, instrumentalizando a atuação do Ministério Público da União, cujas normas são de aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados, por força do contido no artigo 80, da Lei n. 8.625/93.

A defesa “coletiva” dos contribuintes revela-se, inexoravelmente, um tema de elevada relevância social, na medida em que, por violação intencional ou não de preceito constitucional, ou infraconstitucional, o Estado/arrecadador submete a sociedade ao odioso constrangimento de satisfazer “obrigação” tributária indevida, com ou sem o seu prévio conhecimento.

A ofensa fiscal, de tal sorte, amolda-se perfeitamente à hipótese conceitual de direitos individuais homogêneos, por decorrer de origem comum e atingir diretamente todos os contribuintes em idêntica situação, ao estabelecer uma relação jurídica injusta, onde o mais fraco (o contribuinte), vítima habitual, quase sempre sucumbe à insensibilidade da Máquina Arrecadadora do Estado.

Ora, onde haverá então interesse social, se interesse social não for exatamente a garantia de uma “ordem tributária” justa e equilibrada? Ao homem de bem, que trabalha e cumpre com as suas obrigações (justas, legais e portanto devidas), os tribunais estão a exigir, em alguns casos, que o contribuinte proponha idêntica ação a outras milhares pelo País a fora, nada obstante a imposição de sacrifícios pessoais e do abarrotamento do judiciário.

Nada mais equivocado...!

Mas, para o bem da Nação, há de prevalecer entendimento em sentido contrá-

³⁷ Nery Júnior, Nelson, Cód. Brasileiro de Defesa do Consumidor, op. cit., pg. 811



rio, que reconheceu (*reconheceu*, porque decorrente de lei expressa) a legitimidade ativa do Órgão de Defesa Social³⁸ para a tutela das violações fiscais. Ilustra-se com trecho do voto do Relator, o Ministro Demócrito Reinaldo, no Recurso Especial n. 49.272-6/RS, julgado em 21/09/94, 1ª turma do STJ, DJU 17/01/94:

“Ao meu sentir, o acórdão abjurgado decidiu em descompasso com a lei n. 8.078/90 (art. 117), que, ao inserir no texto da Lei n. 7.347/85, o art. 21, incluiu, na proteção da ação civil pública, os interesses e direitos individuais homogêneos. A lei não distinguuiu, ao mencionar direitos individuais homogêneos, se disponíveis ou não, se passíveis ou não de individualização. Averba Ada P. Grinover, “que já no anteprojeto se buscava completar e aperfeiçoar o texto, aplicando-se a tutela jurisdicional a outros interesses difusos precisamente caracterizados e cuja ausência de solução a nível coletivo, via conflito de massa que constituem grave fato de perturbação social exemplificativa como interesses difusos, dentre outros, os sujeitos passivos de obrigações tributárias, de qualquer natureza” (Ação Civil Pública, pg. 42). Não vislumbro, portanto, como divisar incompatibilidade entre disposto no artigo 21 da Lei n. 7.347/85 e o título III, da lei n. 8.078/90 (arts. 81 a 104). O artigo 21, como se afirmou, acima, apenas acrescentou a legislação preexistente, mais uma hipótese de cabimento da ação civil, possibilitando por essa via, a defesa dos “interesses e direitos individuais homogêneos”. Tendo a feição de normal processual – de legitimação ex-

traordinária, através da substituição processual – não se contrapõe aos dispositivos da lei n. 8.078/90, que, também, tem a natureza de regras procedimentais, portanto, a lei é expressa (artigo 21), ao autorizar a proteção dos “direitos individuais homogêneos” por intermédio da ação coletiva “art. 81, III, da Lei n. 8.078/90”. Não há como se restringir a aplicação da lei sob o pretexto de que os titulares do direito uma vez passíveis de identificação, têm ação própria – caso em que ficaria excluída a ação do Ministério Público. A inaplicação da lei só é possível quando se declara a sua inconstitucionalidade, desiderato impossível no âmbito do recurso especial”.

3.2.2.2. A Equiparação entre o Consumidor e o Contribuinte:

Alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, menos acertados, bom que se diga, têm adotado o entendimento de que o consumidor não se equipara ao contribuinte, portanto o Ministério Público não teria legitimidade para a propositura de ação civil pública em matéria tributária.³⁹

Tal orientação não sobrevive a detido exame dos dispositivos que compõem o microsistema consumerista. Assim, o artigo 6º do CDC define que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. O Poder Público, diretamente, ou então suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias

³⁸ Órgão de Defesa Social, terminologia adotada no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, Curitiba, 1999, em referência à nova vocação institucional do Ministério Público, qual seja, a de defensor dos direitos inalienáveis da sociedade, dentro do contexto direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.



de serviços públicos são considerados fornecedores, sobrelevando-se salientar nesse aspecto que um dos direitos dos consumidores expressamente consagrados pelo art. 6º, mais precisamente no seu inc. X, é a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.⁴⁰

Não há como negar a qualidade de consumidor da coletividade de pessoas obrigadas perante o Fisco Fazendário, uma vez que produtos e serviços são colocados à disposição mediante o pagamento de tributos. “É forçoso concluir, a qualidade de contribuinte não exclui a de consumidor, pois os indivíduos, vivendo sob a soberania do estado, são consumidores de bens e serviços por ele prestados ou colocados à disposição, mediante a contraprestação cobrada na forma de tributos”.⁴¹

Ainda que se admitisse tal assertiva, permaneceria incólume a legitimidade ativa do *parquet* para a defesa de interesses envolvendo matéria tributária, isso porque, como anotado acima, por tratar-se de direitos individuais homogêneos perfeitamente tuteláveis via ação civil pública.

3.2.2.3 Da Não Substituição da Ação

Direita de Inconstitucionalidade pela Ação

Civil Pública:

Na esteira dos mesmos argumentos acima apresentados, revela-se também equivocado o argumento de que a ação civil pública estaria a substituir a ação direta de inconstitucionalidade, em razão de seu natural efeito *erga omnes* nas ações que buscassem a abstenção da cobrança de tributo indevido.

Destaca-se, aqui, em razão de sua preciosidade, trecho da brilhante tese defendida pelo Promotor de Justiça Voltaire de Freitas Michel, integrante do Ministério Público do Rio Grande do Sul, no 13º Congresso

Nacional do Ministério Público, ocorrido no mês de outubro de 1999, em Curitiba/PR, onde o seu autor sustenta que a “ação civil pública não pode ter como objeto/pedido, a declaração de nulidade da lei que, por exemplo, cria uma taxa para a cobrança de serviço público que não se enquadra no art. 145, inciso II, da Constituição Federal”. Isso porque, segundo o seu raciocínio, só é possível através da ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, admite o douto promotor o exercício útil da ação civil pública contra ofensa aos interesses dos contribuintes, não para buscar-se a declaração de inconstitucionalidade da lei viciada - *in abstracto* -, e retirá-la do ordenamento jurídico, mas incidentalmente, como questão prejudicial do pedido principal, o de obrigação de não fazer, ou seja, de não ser cobrado o tributo. Segue o autor:

“Nada obsta que se pleiteie, na defesa dos interesses difusos, a suspensão dos atos materiais conducentes à cobrança de tributo (pedido), com base na sua inconstitucionalidade (causa de pedir). Ou seja, a mesma causa de pedir – inconstitucionalidade – pode ensejar a suspensão dos atos materiais conducentes à imposição tributária (através da ação civil pública) ou a declaração da inconstitucionalidade da lei que criou (no caso da ação direta de inconstitucionalidade).”

A tese em questão segue com fidelidade a doutrina anteriormente sustentada pelos festejados processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, adicionando que “São inconfundíveis os objetos da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade”. (op. cit., pg. 1016/1017, nota 7 ao art. 1º da Lei de Ação civil Pública).

³⁹ STJ. Recurso Especial 115.500-PR, 2ª turma, 26.1.1998, DJU 3.8.1998, seção 1, pg.182.

⁴⁰ Filomeno, José Geraldo Brito, Cód. Bras. Defesa Consumidor, op. cit. pg.36.

⁴¹ Claro da Silva, Natalicio, entendimento brilhantemente sustentado em ação civil pública movida contra a União Federal, junto a 1ª Vara da Justiça Federal, Maringá - Seção Judiciária do Paraná.



Por derradeiro, é perfeitamente legítima e constitucional a propositura de ação civil pública em defesa de transgressão de ordem fiscal, por revelar-se direito individual homogêneo, de largo interesse social.

CONCLUSÃO

Ao cabo das pesquisas realizadas, constatou-se que o Ministério Público contemporâneo cresceu sobremaneira e alcançou um novo perfil constitucional, o de Órgão de Defesa Social. Destarte, com o advento da Magna Carta de 1988, outras relevantes tarefas foram-lhes confiadas pelo legislador constituinte nas mais diversas áreas de interesse social: consumidor, meio ambiente, patrimônio público, direitos humanos etc.

Vê-se, assim, que ao lado das tradicionais funções na área criminal foram conferidas ao *parquet* outras relevantes funções no cenário social, transformando-o em verdadeiro agente de tutela social.

Reportando-se especificamente ao tema central da pesquisa, “a Legitimidade Ativa do Ministério Público para Tutela dos Interesses e Direitos do Consumidor”, apurou-se de modo seguro que a instituição

enfocada possui legitimidade ativa para o exercício da ação civil pública para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivo e individual homogêneo, compreendida nesta assertiva a tutela também em matéria tributária.

Embora possam existir posicionamentos doutrinário e jurisprudencial nos dois sentidos, padecem de melhor acerto aqueles que pretendem negar ao Ministério Público a legitimidade ativa para a propositura das ações que digam respeito a interesses e direitos individuais homogêneos, bem como em matéria tributária. Pois, como sobejamente demonstrado no presente, a legitimação do *parquet* deflui diretamente de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais expressos.

Conclui-se, por fim, que o Ministério Público possui legitimidade ativa para, a seu fundamentado critério, exercitar a ação civil pública em defesa dos direitos dos consumidores, nas hipóteses de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive em matéria tributária, e que tal legitimação é absolutamente constitucional.

João Vicente Davina



BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, A.; ALVIM, T.; MARINS, J. **Código do consumidor - comentado**. 2.ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 1995. 577 p.
- CARVALHO, R. L. S., e outros. **Manual prático do promotor de justiça**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. 352 p.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 1998. 439 p.
- COELHO, F.U. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. 308 p.
- _____. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. 171 p.
- CUNHA, B.P. **Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. 196 p.
- DA SILVA, O. B. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1. 543 p.
- FILOMENO, J.G.B. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 991. 411 p.
- GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996. 2.v. 464 p.
- GRINOVER, A. P. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 916 p.
- THEODORO JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.1. 712 p.
- LEAL, R. P. **Teoria geral do processo**. Porto Alegre: Síntese. 1999. 219 p.
- Livro de teses. in: 13.º congresso nacional do ministério público. O ministério público social**. Curitiba-PR, 1999. v. 2. 622 p.
- MACHADO, A.C.C. **A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1989. 670 p.
- MANCUSO, R.C. **A ação civil pública**. 5 ed. São Paulo: Revista Tribunais, 1998. 356 p.
- _____. **Interesses difusos**. 2 ed. São Paulo: Revista Tribunais, 1991. 216 p.
- _____. **Manual do consumidor em juízo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 167 p.
- MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 279 p.
- MAZZILI, H.N. **O ministério público na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. 192 p.
- _____. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. Rev. Amp. São Paulo: Saraiva, 1991. 663 p.
- _____. **O acesso à justiça e o ministério público**. 3. ed. Rev. Amp. Atualiz. São Paulo: Saraiva, 1998. 207 p.
- _____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. 231 p.
- MILARÉ, E.. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. 206 p.
- MUKAI, T. et al. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. 403 p.
- NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R.M. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 2.249 p.
- NUNES, L.A.R. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997. 207 p.
- OLIVEIRA, J.C. **Código de proteção e defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. de Direito, 1998. 784 p.