

O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática (*)

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA (**)

SUMÁRIO: 1. O Ministério Público e a ação civil pública: um casamento que deu certo; 2. A defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pelo Ministério Público; 2. 1. Ainda e sempre a ação civil pública em matéria tributária; 3. A possibilidade de controle incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública; 4. A vertente democrática de tal espécie de controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos do *Parquet*; 5. Conclusões.

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM CASAMENTO QUE DEU CERTO.

Afirmar que o mundo, na segunda metade do século passado, experimentou transformações de monta teria o sabor de obviedade caudalosa, indigna de qualquer foro de cientificidade. No entanto, quem lançasse idêntica assertiva referindo-se ao universo do Direito Processual Civil, dando mostras da evolução deste, talvez não fosse acusado de pecado venial; quem sabe até lograsse aplausos da infinidade de espectadores atônitos ou pouco apercebidos diante das mudanças ⁽¹⁾.

No que toca mais de perto ao ordenamento brasileiro, não obstante o avanço científico e o apuro técnico resultantes do advento do Código de Processo Civil

^(*) O presente trabalho obteve o 1º lugar no "Prêmio Luiz Carlos Caffaro", instituído pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ), pelo Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) e pelo Centro de Procuradores de Justiça-RJ (CPJ-RJ).

⁽¹⁾ Sobre as transformações operadas no Direito Processual Civil, no final do último século, consulte-se ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Modernidade do direito processual brasileiro", in *O processo em evolução*, pp. 03/19, 2ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998; e também JOSÉ CARLOS BARBOSA MOEIRA, em três magníficos ensaios: "Tendenze evolutive del processo civile" (texto de conferência pronunciada em 21.04.1993, na *Libera Università Internazionale degli Studi Sociali - Roma*), "Miradas sobre o processo civil contemporâneo", e "Os novos rumos do processo civil brasileiro", todos publicados de maneira seqüencial no livro *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, respectivamente às pp. 31/44, 45/62 e 63/80, Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 1997. Confira-se, ainda sobre o tema, o estudo de MIGUEL LONZELLOTI BALDEZ, "Notas sobre a democratização do processo", in *Estudos de direito processual em memória de LUIZ MACHADO GUIMARÃES* (obra coletiva), pp. 251/260, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

de 1973, tinha-se, à época, não somente na doutrina, mas também na prática dos tribunais, uma feição nitidamente *individualista* ⁽²⁾ de vários institutos e de esquemas processuais clássicos. A vertente tradicional das relações obrigacionais – com a conseqüente e quase inevitável contraposição entre credor e devedor – impregnava as concepções a respeito de inúmeras figuras do processo, tais como a legitimação para agir, as regras sobre a distribuição do ônus da prova, a autoridade da coisa julgada e seus limites subjetivos ⁽³⁾.

Mas, apesar de as relações eminentemente individuais continuarem a revestir grandiosa importância na vida contemporânea, cresceu vertiginosamente, no final do último século, o vulto de situações em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas. Nas seis derradeiras décadas, com efeito, assistiu-se, em nosso País e no restante do mundo, ao surgimento de várias metrópoles (bem como ao fortalecimento das já existentes) ⁽⁴⁾ e à expansão dos parques industriais e das conquistas tecnológicas. A intensificação desses processos de urbanização e de industrialização gerou uma sociedade à qual se convencionou denominar “*de massa*” ⁽⁵⁾. Nesta, os meios de comunicação, de transporte, de produção e de consumo operam numa escala macrodimensionada ⁽⁶⁾. Neste contexto, a atuação do próprio Estado, intervindo na vida dos cidadãos – não só para lhes assegurar direitos, mas também para lhes impor deveres –, acabou por forjar categorias e grupos com interesses específicos, tais como usuários de serviços públicos em geral (*v. g.*, estudantes, pacientes hospitalizados), deficientes físicos, aposentados, contribuintes e mutuários de

⁽²⁾ É o que afirmam, atualmente, dentre outros, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 25, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, p. 41, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000 e JOSÉ MARCELO MENEZES VIGILAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, pp. 24 e 25, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999. Ressalte-se, porém, que o mesmo já podia ser lido em 1977, quando o pioneiro nos estudos sobre a tutela dos interesses transindividuais em nosso País, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA publicou o trabalho intitulado “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, in *Temas de Direito Processual*, p. 110, Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

⁽³⁾ No sentido do texto, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, “O Ministério Público e a Lei da Ação Civil Pública – Dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, nº 2, p. 148, jul./dez. de 1995; e também CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *ob. cit.*, pp. 23/24.

⁽⁴⁾ JOSÉ EDUARDO FARIA nos dá conta que “em 1940, 31,2% da população global constituíam a população urbana, passando para 44,7% em 1960 e para 67,6% em 1980” (*Justiça e conflito*, p. 98, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991).

⁽⁵⁾ Segundo CASSIO ORTEGATI, a sociedade de massa pode ser definida como aquela “em que a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo dos bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação de massa” (verbetes “*sociedade de massa*”, in *Dicionário de Política* (obra coordenada por NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO), vol. 2, p. 1211, 10ª edição, Editora UnB, 1997).

⁽⁶⁾ É o que afirma JOÃO LOPES GUIMARÃES JUNIOR, “Ministério Público: Proposta para uma nova postura no Processo Civil”, in *Ministério Público – Instituição e Processo* (obra coletiva), p. 144, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

imóveis financiados. Outra conseqüência das mencionadas transformações foi a assustadora (e já irreversível!) *degradação ambiental*, causando um decréscimo significativo na qualidade de vida coletivamente considerada.

De toda esta variada gama de situações (por assim dizer *transindividuais*, *metaindividuais* ou *supra-individuais*), cuja freqüência se intensifica a cada dia, decorre o surgimento de um sem-número de conflitos de interesses, que estão a majorar-se em progressão geométrica. E, para dar-lhes solução adequada, não se mostravam tão eficazes as armas herdadas do arsenal jurídico de outros tempos⁽⁷⁾. O Direito Processual Civil, sem dúvida, necessitava resolver os intrincados dilemas resultantes deste “novo”⁽⁸⁾ paradigma social. E, neste contexto, dentre outras preocupações, avultava um tormentoso questionamento: a quem se deveria reconhecer legitimidade para defender *em juízo* tais interesses, que colocam em jogo a sorte de, por vezes, extenso número de pessoas?

Dentre as várias e possíveis hipóteses engendradas⁽⁹⁾, uma delas consistia em atribuir-se tal iniciativa a órgãos integrantes do próprio aparelho estatal, de que constitui protótipo o **Ministério Público**. Não obstante as críticas provenientes de vários setores da doutrina especializada, sobretudo a estrangeira⁽¹⁰⁾, quanto a tal “solução publicista”, o ordenamento brasileiro teve que tomar posição frente a este *ponto crucial* concernente aos interesses metaindividuais⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ A tal conclusão chegou JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em 1977, no já citado estudo “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, in *Temas de Direito Processual*, p. 110, Editora Saraiva, São Paulo. Foi o que também defendeu ADA PELLEGRINI GRINOVER com a tese “A tutela jurisdicional dos interesses difusos”, apresentada à Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1978, na cidade de Curitiba. Este trabalho foi publicado com algumas modificações sob o título “Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos”, in *O processo em sua unidade II*, pp. 88/121, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

⁽⁸⁾ Procedente, neste ponto, a observação de JOSÉ MARCELO MENEZES VIGILAR, ob. cit., pp. 18/19, no sentido de que “os interesses transindividuais sempre existiram. O que não havia, isso sim, eram instrumentos processuais adequados para que as suas tutelas fossem deduzidas em juízo”.

⁽⁹⁾ Para uma análise aprofundada das “soluções” aventadas pela doutrina, aqui e alhures, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”, in *Temas de Direito Processual, Terceira Série*, sobretudo pp. 198/206, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

⁽¹⁰⁾ Tais críticas procederam, em primeiro lugar, da pena ilustre do grande MAURO CAPPELLETTI, que levou em conta tão-somente a estruturação do Ministério Público na Europa e nos Estados Unidos da América: “The role of the Ministère Public, the Prokuratura, and the Attorney General in civil litigation”, in *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*, pp. 32/34, Giuffrè editore, Milano, e Dobbs Ferry, New York, 1975, e “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”, in *Rivista di diritto processuali*, vol. 30, 1975. O mesmo autor reiterou a sua opinião, em 18.11.1991, em conferência proferida na cidade de Curitiba, sob o título *Problemi di riforma del processo civile nelle società contemporanee*. No mesmo sentido, e considerando a realidade dos Ministérios Públicos europeus, vide VINCENZO VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, pp. 235/238, Giuffrè editore, Milano, 1979, e ENRIQUE VESCOVI, “La participación de la sociedad civil en el proceso. La defensa del interés colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación”, in *Estudos de Direito Processual em memória de LUIZ MACHADO GUIMARÃES* (obra coletiva), pp. 169/172, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

⁽¹¹⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, in *Temas de Direito Processual, Quinta Série*, p. 164, Editora Saraiva, São Paulo, 1994.

E assim o fez adotando-se uma solução intermediária: permitiu-se a conjugação de esforços entre órgãos públicos e instituições privadas ⁽¹²⁾. No entanto, ao longo de todo o evoluir legislativo, como se demonstrará adiante, restou nítida a predileção atribuída à instituição do Ministério Público na defesa dos mencionados interesses.

Com efeito, em nosso País de longa data (e de maneira um tanto sutil) vinha o Ministério Público *cortejando* os interesses transindividuais. Há quase meio século, e muito antes da *redemocratização* operada pela Constituição da República de 1988, já se podia vislumbrar na “Lei da Ação Popular” (Lei nº 4.717, de 29.06.1965) ⁽¹³⁾ uma verdadeira “*paquera*” da referida instituição pelos mesmos. Assim, o artigo 9º do referido Diploma Legal assegurou aos representantes do Ministério Público a prerrogativa de dar prosseguimento à ação em caso de desistência do autor popular ⁽¹⁴⁾; impôs-se também aos agentes do *Parquet* a tarefa – sob pena de falta grave! – de promover a execução da “sentença” condenatória de segunda instância (*sic*), caso o autor ou terceiro não o fizessem em sessenta dias (artigo 16); outorgou-se-lhes, finalmente, legitimação para interpor recurso em face de decisões proferidas “contra o autor da ação” (artigo 19, § 2º).

O mesmo se pode extrair do Decreto-lei nº 41, de 18.11.1966, que, em seu artigo 3º, reconheceu legitimidade à instituição para requerer judicialmente a dissolução de sociedades civis de fins assistenciais, que, recebendo auxílio ou subvenção do Poder Público, ou mantendo-se, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares: I – deixem de desempenhar efetivamente as atividades a que se destinam; II – apliquem as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais; III – fiquem sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada de seus órgãos diretores (artigo 2º). Nestas hipóteses, já se entendeu que o Ministério Público exerce verdadeira tutela de “interesses difusos”, quais sejam, a atuação correta das mencionadas entidades, e, sobretudo, o bom emprego de recursos financeiros de origem pública ou popular ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Foi a solução que adotou, *v. g.*, a Lei 7.347/1985, que, em seu artigo 5º, legitimou para a propositura da ação civil pública o Ministério Público, os Estados; os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações; e, na mesma linhagem, a Lei 8.078/1990, artigo 82, incisos I a IV.

⁽¹³⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, in *Temas de Direito Processual*, pp. 110/123, Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

⁽¹⁴⁾ Como bem observa JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, nesta hipótese, o Ministério Público, “apesar de não ser legitimado a *propor* a ação, no caso vertente assumirá, por si só, a posição de sujeito ativo” (“Problemas da ação popular”, in *Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres*, p. 217, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971).

⁽¹⁵⁾ Assim, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A legitimação para a defesa dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro”, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, pp. 191/192, Editora Saraiva, São Paulo, 1984. No mesmo sentido, JOSÉ EDUARDO SABO PAES, “Da legitimação constitucional e legal do Ministério Público na apuração de irregularidades em associações e sociedades civis

Também não descurou da relação entre o Ministério Público e os interesses concernentes à coletividade a chamada “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250/1967), que em seu artigo 61, determinou a apreensão judicial, *a pedido daquele*, de impressos que: contiverem propaganda de preconceitos de raça ou de classe (inciso I), ou ofenderem a moral pública e os bons costumes (inciso II). Para tanto, deve o Ministério Público fundamentar o pedido de apreensão e instruí-lo com a representação da autoridade, se houver, e o exemplar do impresso incriminado (artigo 61, § 1º). Nestas hipóteses, delineia-se de maneira nítida a tutela de interesses relativos a um número indeterminado – e, ao menos para fins práticos, indeterminável – de pessoas, no que concerne à moralidade de impressos jornalísticos a que estão potencialmente expostas ⁽¹⁶⁾.

Já a Lei nº 6.938, de 31.08.1981 (que dispôs sobre a *Política Nacional do Meio Ambiente*), acendeu de vez o “fogo da paixão” no Ministério Público quanto à defesa dos interesses supra-individuais. O artigo 14, do referido Diploma Legal, em seu § 1º, conferiu legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados para ajuizar ação de responsabilidade civil em virtude de danos causados ao meio ambiente, obrigando-se o poluidor, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados por sua atividade. Com isto, estabeleceu-se em nosso País, pela primeira vez, uma verdadeira hipótese de ação civil pública ambiental ⁽¹⁷⁾.

Finalmente, em 1985, por intermédio da Lei nº 7.347 ⁽¹⁸⁾, criou-se, com esta denominação específica, a **ação civil pública**: *foi a flechada certaíra do cupido!* A partir de então, interesses relativos ao meio ambiente, aos consumidores, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros, passaram a contar com defensor do mais alto gabarito: o **Ministério Público**. É certo, porém, que, ao lado deste, outros entes (públicos e privados) também se viram inseridos neste mister; no entanto, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 129, inciso III, veio a consagrar como *função institucional do Ministério Público* a promoção da ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos ⁽¹⁹⁾.

sem fins lucrativos através do inquérito civil público”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 2, pp. 381/388, Curitiba, 1999.

⁽¹⁶⁾ Semelhante perspectiva, com relação às programações televisivas que desrespeitem os “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, pode ser visualizada em magistral artigo escrito por José CARLOS BARBOSA MOREIRA: “Ação civil pública e programação da TV”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 244, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

⁽¹⁷⁾ ÉDIS MILARÉ, “A ação civil pública por dano ao ambiente”, in *Ação civil pública (Lei 7.347/1985 – 15 anos)*, p. 171, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

⁽¹⁸⁾ Sobre as origens da Lei 7.347, de 24.07.1985, consulte-se HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, pp. 83/86, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999. E também José MARCELO MENEZES VIGILAR, ob. cit., pp. 87/106.

⁽¹⁹⁾ Tendo em vista ainda o disposto no inciso IV do artigo 1º da Lei 7.347/1985, verdadeira “norma de extensão” inserida pelo artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor.

Ato contínuo à promulgação da “Constituição cidadã”⁽²⁰⁾, foi notável a proliferação de diplomas legislativos que tornaram *mais íntima a relação de amor* já estabelecida. Já em outubro de 1989, a Lei nº 7.853, em seu artigo 3º, dispôs sobre a proteção de interesses coletivos ou difusos das *pessoas portadoras de deficiência*, legitimando o Ministério Público para a proteção dos mesmos por intermédio da ação civil pública; menos de dois meses depois, a Lei nº 7.913 legitimou o *Parquet* para o ajuizamento da mesma ação para tutelar os interesses de *investidores no mercado de valores mobiliários* (artigo 1º). A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispôs acerca da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos de *crianças e adolescentes* (artigos 208 a 224), dedicando-se todo um capítulo ao Ministério Público (artigos 200 a 205). Os direitos dos *consumidores* de produtos e serviços tiveram a sua proteção assegurada pela Lei nº 8.078/1990, que conferiu à instituição legitimidade para o ajuizamento das *ações coletivas* para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos concernentes às relações de consumo (artigos 82, I e 91). No que concerne aos atos de agentes públicos que configurem *improbidade administrativa*, a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, em seu artigo 17, conferiu iniciativa ao *Parquet* para defender o *patrimônio público* e velar pela estrita observância dos *princípios da administração pública*. No ano de 1993, a Lei nº 8.625 e a Lei Complementar nº 75, estabelecendo, respectivamente, as normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados e as normas de regência do Ministério Público da União, enfatizaram o papel destes na proteção aos interesses metaindividuais⁽²¹⁾. Finalmente, no que toca às práticas que constituam *infração da ordem econômica*, o artigo 29 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, atribuiu ao Ministério Público legitimidade para ingressar em juízo na defesa dos direitos dos prejudicados.

Portanto, depois de todo este *romance* quase ao sabor de SHAKESPEARE e contando já a ação civil pública com 16 (dezesesseis) anos completos⁽²²⁾, pode-se perfeitamente conceber o democrático matrimônio entre aquela e o Ministério Público, uma vez que a autorização para o enlace da menor púbere⁽²³⁾ já foi dada pela Constituição da República, no inciso III de seu artigo 129. No altar, promessas de “*fidelidade recíproca*” na defesa dos interesses transindividuais não faltarão; e tampouco se olvidará a obrigação de “*viver em comunhão e sob o mesmo teto*” (ou melhor, sob o mesmo processo). Mas, como toda deslumbrante noiva arranca suspiros de muitos, o Constituinte de 1988, atento a este fato, cuidou de

⁽²⁰⁾ Foi a expressão utilizada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte Ulysses Guimarães para referir-se à ampla participação popular na elaboração da Constituição da República de 1988 (*apud* JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 90, 19ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2001).

⁽²¹⁾ Assim, *v. g.*, o artigo 25, IV, “a” e “b” da Lei nº 8.625/1993 e os artigos 5º, II a V, 6º, VII, XII, XIII e XIV da Lei Complementar nº 75/1993.

⁽²²⁾ Como entrou em vigor na data de sua publicação (25 de julho de 1985), a ação civil pública, em data recente (25 de julho de 2001) alcançou a idade de 16 (dezesesseis) anos.

⁽²³⁾ Consoante a exigência do artigo 183, XII, do Código Civil.

possibilitar a terceiros, por assim dizer “admiradores” (*rectius*, legitimados) o endereçamento de “declarações de amor” (com todo e devido respeito!) à ação civil pública (artigo 129, § 1º). A fidelidade prometida, remarque-se, relaciona-se tão-somente com a tutela dos interesses supra-individuais!

E, pelo andar da carruagem, os nubentes viverão em eterna lua-de-mel, uma vez que o Ministério Público é hoje o principal artífice no ajuizamento de ações civis públicas⁽²⁴⁾, restando aos demais legitimados um papel secundário – mas, esclareça-se, não desvestido de importância. De acordo com memorável estudo recentemente vindo a lume, constatou-se que cerca de 61% das ações civis públicas ajuizadas na comarca do Rio de Janeiro, entre os anos de 1987 e 1996, tiveram como parte autora o Ministério Público⁽²⁵⁾. Em pesquisas semelhantes, com variantes no que toca a marcos temporais e a regiões do Brasil, chegou-se a resultados ainda mais expressivos quanto à atuação do *Parquet*⁽²⁶⁾.

Destarte, pode-se afirmar, sem quaisquer sombras de dúvidas, que a criação e o aperfeiçoamento da ação civil pública inserem-se no quadro de democratização do processo⁽²⁷⁾ e o seu amplo manejo pelo Ministério Público consubstancia a mais alta expressão da legitimidade democrática⁽²⁸⁾. “Como

(24) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é enfático ao afirmar o superlativo realce do Ministério Público: “*In Brasile, per la verità, lungo gli otto anni di esperienza in materia di azione civile pubblica, è toccata appunto al Pubblico Ministero l’iniziativa della stragrande maggioranza delle domande; le associazioni si sono accontentate finora di un ruolo del tutto marginale*” (“*Tendenze Evolutive del Processo Civile*”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 38, Editora Saraiva, São Paulo, 1997). O mesmo autor externou idêntica opinião no estudo “*Efetividade do processo e técnica processual*”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 20, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

(25) PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, p. 185, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

(26) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em estudo publicado em 1994, deixou assinalado que “... el número de ‘acciones civiles públicas’ ejercitadas por los órganos públicos – sobretudo por el Ministerio Público – es notablemente superior al de las que se originan de demandas de instituciones privadas. En el Estado de Río de Janeiro, *v. g.*, casi 100 acciones de ese tipo resultaron hasta ahora de la iniciativa del Ministerio Público, mientras que las ejercitadas por las asociaciones civiles apenas sobrepasan una decena. El panorama es igual en S. Paulo. En materia de protección del consumidor, la relación es de 10 ‘acciones civiles públicas’ de iniciativa privada para 95 del Ministerio Público. Con respecto a cuestiones ambientales, una pesquisa reciente en cien comarcas reveló que la contribución de las asociaciones civiles representa, muy modestamente, poco más de 4% del total de 444 ‘acciones civiles públicas.’” (“*La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos – un aspecto de la experiencia brasileña*”, in *Temas de Direito Processual*, Quinta Série, p. 164, Editora Saraiva, São Paulo). ANA QUEIROZ SANTOS relata que 84% das ações civis públicas promovidas no Estado de Pernambuco, durante o período compreendido entre julho de 1985 e dezembro de 1996, tiveram como parte autora o Ministério Público (“*Mas a que vêm as ações civis públicas?... Breve relato sobre os resultados de uma pesquisa*”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 2, pp. 280/281, Curitiba, 1999).

(27) EDIS MILARÉ, *ob. cit.*, p. 157.

(28) Como bem salientou o culto Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, “com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, Vol. 147, p. 161).

principal titular da ação civil pública, o Ministério Público surge como autêntico representante da nação, incrustado na Constituição, para defender os interesses do povo” (29).

2. A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O conjunto dos interesses de que se está cuidando já recebeu até aqui, de nossa parte, as denominações genéricas de *transindividuais*, *metaindividuais* e *supra-individuais*. Convém, no entanto, identificar as várias espécies do gênero, que de *lege lata*, têm cada qual o seu próprio *nomen juris*. De fato, com a edição da Lei nº 8.078/1990 (artigo 81, parágrafo único, incisos I a III), passou-se a contar com distinções terminológicas válidas para todo o universo da transindividualidade (30), e que “constituem hoje moeda corrente na linguagem jurídica brasileira” (31): interesses *difusos*, *coletivos* e *individuais homogêneos*. Em seguida, passar-se-á à tentativa de caracterização de cada um destes, sem descurar do ponto da mais alta relevância: encontrarem-se todos sob o manto protetor do Ministério Público.

A definição constante do artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) alude a “interesses ou direitos difusos” como sendo os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Destarte, sob o *aspecto subjetivo*, os interesses *difusos* delineiam-se por apresentar como titulares uma pluralidade indeterminada – e, para efeitos práticos, indeterminável – de pessoas. Já o *objeto* dos citados interesses é *indivisível*, havendo entre os interessados uma verdadeira comunhão, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro (32). Portanto, a satisfação de um só destes implicará de modo necessário a satisfação de todos (33). Por outro lado, a indeterminação a que se aludiu resulta, em boa parte, de não haver um *vínculo jurídico* a agregar os sujeitos afetados por estes interesses (34). O liame que os une, é, antes, uma *situação fática*, tal como serem os referidos

(29) JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, “Ação civil pública. Instrumento de educação democrática”, in *Ação civil pública (Lei 7.347/1985 – 15 anos)*, p. 362, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

(30) No sentido do texto, e “apesar da cláusula aparentemente restritiva ‘para efeitos deste Código’, introduzida tão-somente nos incisos I e II do parágrafo único do supratranscrito art. 81”, vide LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 69, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

(31) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “Ação civil pública e programação da TV”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 244, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

(32) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, p. 193, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

(33) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A proteção jurídica dos interesses coletivos”, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, p. 174, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

(34) RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Interesses difusos*, p. 86, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001. Na doutrina italiana, também é assente não haver um vínculo jurídico entre os titulares dos interesses difusos. Como bem leciona TEMISTOCLE MARTINES, “Gli interessi diffusi, pertanto, si caratterizzano per non avere un loro ‘centro di riferimento’ ed essere propri di una

titulares habitantes de uma mesma região, estarem submetidos à mesma programação televisiva, ou ainda, freqüentarem a mesma zona turística. Assim, v. g., o Ministério Público estará tutelando interesses *difusos* quando ajuizar ação civil pública visando à recuperação do meio ambiente degradado ou a fim de impedir a veiculação de propaganda enganosa acerca de produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, ou a transmissão de programação televisiva que contrarie ou “desrespeite os valores éticos e sociais da pessoa e da família”⁽³⁵⁾ (consoante dispõe o artigo 221, IV, da Constituição da República).

Os interesses ou direitos *coletivos* foram definidos pelo inciso II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor 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”. Aqui – a exemplo do que ocorre com os interesses difusos – o *objeto* também é *indivisível*, sendo impossível, com o acolhimento do *pedido formulado*, satisfazer-se determinados interesses em detrimento de outros; entretanto, todos formam uma pluralidade *determinada* ou *determinável* de pessoas, *jungidas por uma relação jurídica básica*. Exemplifique-se com o aumento ilegal das prestações de um consórcio ou com a irregularidade das aulas em uma universidade⁽³⁶⁾. No primeiro caso, o interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos consorciados de maneira indivisível e não quantificável (já que a *ilegalidade* não será maior para quem tenha mais cotas, sendo uniforme para todos)⁽³⁷⁾; o mesmo se poderá afirmar quanto ao grupo de alunos universitários: a normalidade das aulas beneficiará à inteira categoria. Nestas e em várias outras hipóteses⁽³⁸⁾, o Ministério Público poderá (*rectius*, deverá⁽³⁹⁾)

serie aperta ed indeterminata di soggetti (ad esempio, i ‘consumatori’, i ‘senza teto’, gli ‘indigenti’, i ‘malati’, ecc.), non collegati fra loro da alcun vincolo associativo e che per ciò solo non costituiscono un gruppo sociale” (*Diritto Costituzionale*, p. 04, 8ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1994).

⁽³⁵⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “Ação civil pública e programação da TV”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 244, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

⁽³⁶⁾ Precisos, neste ponto, os exemplos colacionados por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “Se calificará como difuso, por ejemplo, el interés de los habitantes de cierta región en la preservación de la pureza del agua de los ríos que la bañan, indispensable para el uso personal y doméstico; será colectivo, en cambio, el interés de los estudiantes de una universidad en la regularidad de las clases.” (“*La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos – un aspecto de la experiencia brasileña*”, in *Temas de Direito Processual*, Quinta Série, p. 164, Editora Saraiva, São Paulo, 1994).

⁽³⁷⁾ Assim, HUGO NIGRO MAZZILLI, ob. cit., pp. 41/42.

⁽³⁸⁾ Cumpre ressaltar o avanço alcançado na temática com o entendimento esposado pelos Tribunais Superiores acerca da legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses *coletivos* de pais e alunos relativamente ao aumento ilegal de mensalidades escolares. Confira-se, a propósito, ementa de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: “*Mensalidades escolares*. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública onde se discute acerca da defesa dos *interesses coletivos* de pais e alunos de estabelecimentos de ensino, conforme pacífica jurisprudência desta Corte” (STJ, REsp 120143-MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 16.11.1998, p. 95).

⁽³⁹⁾ A respeito da obrigatoriedade do exercício da ação civil pública, *vide*, por todos, HUGO NIGRO MAZZILLI, ob. cit., pp. 63/65.

desenvolver profícua atuação por intermédio do ajuizamento da ação civil pública ou coletiva.

Já os *interesses individuais homogêneos* foram concisamente definidos pelo Código de Defesa do Consumidor: “assim entendidos os de origem comum” (Lei 8.078/1990, artigo 81, parágrafo único, III). Apesar da concisão, tem-se utilizado uma interpretação sistemática para melhor explicitar-lhe o significado. Os interesses em questão possuem titulares *determinados* (a exemplo do que se verifica com os interesses coletivos), mas o seu objeto é *divisível*, referindo-se *individualmente* aos vários membros da coletividade atingida, e o dano ou a responsabilidade terão extensão variável e atribuível a cada um daqueles⁽⁴⁰⁾; neste caso, não fica excluída, *a priori*, a eventualidade de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros⁽⁴¹⁾. A “origem comum” a que aludiu o legislador configura uma *situação fática* – assim como ocorre na hipótese de se tratar de interesses difusos. Nada impede, todavia, que exista uma relação jurídica subjacente, mas o que constituirá o liame entre os interessados será, antes, uma *circunstância fática*⁽⁴²⁾.

Apesar de todo o prestígio conferido ao Ministério Público pela nova ordem constitucional, muito ainda se controverte, sobretudo em sede jurisprudencial, sobre o alcance de sua legitimação com vistas à tutela dos interesses individuais homogêneos⁽⁴³⁾. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 129, inciso III, claramente atribuiu ao Ministério Público, como função institucional, a promoção da ação civil pública para a proteção de quaisquer interesses difusos ou coletivos, sem cogitar ainda dos *individuais homogêneos*. Não que estes inexistissem à época, pois sempre foi possível entrever a existência de interesses advindos de uma *situação fática* comum que vinculasse todos os lesados, com repercussões e pretensões individualmente referíveis a cada um daqueles. Todavia, nos idos de 1988, ainda não havia, no Brasil⁽⁴⁴⁾, tratamento harmônico a respeito de sua tutela em âmbito coletivo. Com a edição da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) se conseguiu, de maneira ampla, tal desiderato (artigos 91 a 100), alcançando tal categoria autonomia conceitual (Lei

⁽⁴⁰⁾ HUGO NIGRO MAZZILLI, *ob. cit.*, p. 42.

⁽⁴¹⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Tutela jurisdicional dos interesses difusos”, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, p. 196, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

⁽⁴²⁾ Assim, HUGO NIGRO MAZZILLI, *ob. cit.*, p. 43.

⁽⁴³⁾ Para um aprofundado estudo acerca do tema, *vide* LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, *Ações coletivas: A tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, pp. 110/113, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000 e, também, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*, especialmente pp. 63/126, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001.

⁽⁴⁴⁾ A respeito das chamadas “*class actions for damages*” nos países de “*common law*”, sobretudo nos Estados Unidos da América, *vide* ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, pp. 667 e ss., 4ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998. E, de maneira minuciosa, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*, pp. 127/172, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001.

8.078/90, artigo 81, parágrafo único, III) e disciplina específica quanto à sua tutela jurisdicional ⁽⁴⁵⁾ (artigos 91 a 100 do citado Estatuto Consumerista). E foi nítida a intenção deste diploma em realçar a posição do Ministério Público na defesa de tais interesses, seja como autor da ação civil coletiva (artigo 91 c/c artigo 82, I), seja como interveniente obrigatório quando não a ajuizasse (artigo 92), ou ainda na promoção da liquidação e da execução das sentenças (artigos 97 e 98). Também a Lei 8.625/93, denominada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu artigo 25, IV, "a", *fine*, atribuiu ao *Parquet* a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados aos interesses "difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos". A mesma linha seguiu a Lei Complementar 75/1993 (a Lei Orgânica do Ministério Público da União) ⁽⁴⁶⁾, em seu artigo 6º, VII, "d", com redação similar: "outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos"; e, o inciso XII do mesmo artigo 6º, dispôs (sem qualquer restrição quanto à indisponibilidade!) competir ao Ministério Público da União "propor ação civil coletiva para defesa de interesses *individuais homogêneos*".

Não obstante toda esta amplitude, no que se refere à legitimação atribuída ao Ministério Público para a defesa de tais interesses, é assente, quer em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial, que deve haver uma compatibilização entre a destinação institucional que a Constituição lhe impôs e os dispositivos da legislação infraconstitucional ⁽⁴⁷⁾. Com efeito, o artigo 127 da Constituição da República dispõe que incumbe ao *Parquet* a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Destarte, à primeira vista, somente quando se delinçassem com a característica da *indisponibilidade*, poderiam os interesses individuais homogêneos ser objeto de tutela pelo Ministério Público, mediante o manejo da ação civil pública ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ Na verdade, um pouco antes do Código de Defesa do Consumidor, já se podia vislumbrar a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos (embora sem essa nomenclatura específica!) pelo Ministério Público nos dispositivos da Lei 7.913, de 7.12.1989, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

⁽⁴⁶⁾ Vale ressaltar que, por força do art. 80 da Lei 8.625/93, aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido, na doutrina, *vide* JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Os novos rumos do Processo Civil brasileiro", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, pp. 73/74, Editora Saraiva, São Paulo, 1997. E, com o mesmo posicionamento, *vide* HUGO NIGRO MAZZILLI, *ob. cit.*, p. 77; JOSÉ MARCELO MENEZES VIGILAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 149, Editora Atlas, São Paulo, 1998; LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 111, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000 e PEDRO DA SILVA DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 213, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

⁽⁴⁸⁾ Este tem sido o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça: "*Ação civil pública. Direitos individuais disponíveis. Cobrança ilegal de juros e correção monetária. Compra e venda de imóveis. Legitimidade do Ministério Público.* A legitimidade do MP é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis" (STJ, REsp 141.491-SC, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 4.5.1998, p. 88); "O Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor ação civil pública visando ao pagamento de correção monetária de vencimentos de servidores públicos. Tratando-se de direitos individuais disponíveis, os titulares podem deles dispor" (STJ, REsp 144.030-GO, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 18.12.1998,

Entretanto, embora haja quem tente, com algum proveito, estabelecer os contornos da noção de indisponibilidade⁽⁴⁹⁾, trata-se, a nosso sentir, de um *conceito juridicamente indeterminado*⁽⁵⁰⁾, para cujo deslinde torna-se necessário buscar socorro nas *regras de experiência*⁽⁵¹⁾. Explique-se: às vezes, é extremamente penosa a tarefa de se delimitar, com traço de absoluta nitidez, o campo de incidência de regras jurídicas que não descrevam, em termos pormenorizados e exaustivos, todas as situações fáticas a que se há de ligar determinado efeito jurídico⁽⁵²⁾. Isto porque, dada a inconveniência (ou até mesmo a impossibilidade) do relato circunstanciado, o legislador se vê obrigado a fornecer “simples indicações de ordem genérica”, deixando ao aplicador da norma a incumbência de determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato⁽⁵³⁾. Desta forma, para precisar o conceito fornecido pelo legislador, terá o intérprete de “recorrer à consideração de dados da realidade histórico-social”⁽⁵⁴⁾, ou mesmo lançar mão de conhecimentos “que integram o patrimônio cultural comum da sociedade”⁽⁵⁵⁾.

p. 374); “O Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor ação civil pública visando à manutenção de aposentadorias e pensões de servidores públicos, pois trata-se de direitos individuais disponíveis” (STJ, REsp 143.215-PB, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 7.12.1998, p. 93). “A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis. O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU” (STJ, REsp 168.415-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 10.8.1998, p. 37).

⁽⁴⁹⁾ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, mesmo após afirmar ser “fácil notar que as linhas definidoras da indisponibilidade dos direitos, apontadas pelos ilustres juristas, não tem a exatidão necessária à formação de uma precisa identificação do instituto” (sem o destaque no original), passa à tentativa de concretização do conceito (*Ação civil pública. Comentários por artigo*, pp. 103/104, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999). Também o faz, inclusive com distinções entre indisponibilidade absoluta e relativa, HUGO NIGRO MAZZILLI, ob. cit., p. 68.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, “A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no processo civil brasileiro”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, p. 163, jan./jun. 2001. O ilustre autor, com efeito, afirma que “o termo ‘indisponíveis’ não é individualizado”, ressaltando, em nota explicativa, “não haver em nosso direito um rol dos direitos indisponíveis, o que os insere na categoria de conceito jurídico indeterminado”.

⁽⁵¹⁾ Para um aprofundado estudo acerca do tema, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, 1980, pp. 61/82. E, na doutrina italiana, PIERO CALAMANDREI, “*Massime di esperienza in Casazione*”, in *Rivista di diritto processuale civile*, v. IV, parte II, pp. 129/130, 1927.

⁽⁵²⁾ Em sentido aproximado ao do texto, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, p. 64, Editora Saraiva, São Paulo, 1980.

⁽⁵³⁾ *Idem*, p. 64.

⁽⁵⁴⁾ ADALBERTO PASQUALOTTO, “Revendando a intervenção do Ministério Público no processo civil”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, p. 38, completando ainda que “os conceitos juridicamente indeterminados hão de ser encontrados também na consideração das concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais”.

⁽⁵⁵⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, p. 63, Editora Saraiva, São Paulo, 1980.

Por exemplo, haveria *indisponibilidade* relativamente aos interesses de pessoas que, contaminadas pelo vírus HIV em transfusões sanguíneas realizadas em hospitais públicos, buscassem reparação por danos materiais e morais? De acordo com as regras que “integram o patrimônio cultural da sociedade”, parece ser extreme de dúvidas que os interesses em tela seriam indisponíveis. Até porque a indenização almejada poderia servir ao tratamento de infectados em estado de grande necessidade, aumentando-lhes a expectativa de vida (e ninguém em sã consciência afirmaria que o direito à vida é disponível!). Mas há quem, nesta hipótese, ignore tratar-se de hipótese onde se verifica a indisponibilidade dos interesses (ou mesmo o fato de serem socialmente relevantes), preferindo asseverar que os interesses individuais homogêneos somente poderão ser tutelados, pela via da ação civil pública, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores, o que não se verificaria, como regra genérica, neste caso ⁽⁵⁶⁾.

Não obstante a *relativa* dificuldade – jamais impossibilidade! – de subsunção à realidade prática, a tônica que deve presidir a atuação ministerial não se deve resumir tão-somente à indisponibilidade ⁽⁵⁷⁾ do interesse em questão, mas alcançar também as hipóteses onde esteja presente um *interesse socialmente relevante* ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Em lamentável acórdão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A ação civil pública não se presta como meio adequado a indenizar cidadãos que tenham sido contaminados pelo vírus HIV em transfusões sanguíneas realizadas em quaisquer estabelecimentos do país. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21 da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida” (STJ, REsp 220.256-SP, Rel. Min. José Delgado, DJU 18.10.1999, p. 215). No voto do relator, pode-se ler: “pelo fato de tratar-se, como assinalado, de interesse individuais, oriundos de relações jurídicas assemelhadas, mas distintas entre si, entendo dever-se concluir pela inadequação da ação civil pública como meio para proteger os interesses daí oriundos e pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para propô-la. Os interesses provenientes da relação jurídica firmada entre a União e os cidadãos contaminados podem muito bem ser defendidos pessoalmente por cada um de seus titulares, mediante outros meios jurídicos, tais como mandado de segurança, ação declaratória etc.”

⁽⁵⁷⁾ Com enfoque tão-somente na *indisponibilidade*, José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p. 103: “Entretanto, somente se pode admitir tal legitimidade se os interesses individuais homogêneos se qualificarem como indisponíveis, porque, como já visto, a Constituição deixou claro que a tutela do Ministério Público deve ser dirigida a interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). (...) Desse modo, não há, em nosso entender, como ampliar essa interpretação, a única, na verdade, que se compatibiliza com o texto constitucional. Se o Ministério Público atuar em defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis, estará agindo em desconformidade com o quadro normativo vigente e, como a atuação está fora de suas atribuições, será ela inconstitucional”.

⁽⁵⁸⁾ É o que defende Hugo Nicro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 72, Editora Saraiva, São Paulo, 1996. José Carlos Barbosa Moreira, referindo-se, nos idos de 1984, aos interesses “acidentalmente coletivos”, já afirmava: “o fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das ‘parcelas’, consideradas como tais” (“Tutela jurisdicional dos interesses difusos”, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, p. 196, Editora Saraiva, São Paulo, 1984). Em sede jurisprudencial, foi o que consignou acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando

Vislumbrando-se caráter de indisponibilidade no interesse, certamente caberá ao Ministério Público tutelá-lo. Todavia, ainda que não se entenda presente, nas circunstâncias, a impossibilidade de se dispor do interesse em questão, incumbirá à instituição ministerial a sua tutela, desde que fique constatada a existência de *interesse que se repute como de relevância social*. Sem dúvida, não teria sentido, *v. g.*, pôr o Ministério Público em defesa dos prejuízos de meia dúzia de importadores de carros, que sofreram pequenos danos quando do transporte dos veículos: ainda que se trate de interesses individuais homogêneos, não haveria *expressão social* a justificar a atuação do *Parquet*. “Coisa diversa, porém, seria negar *a priori* a possibilidade da iniciativa da instituição para, por exemplo, propor ação civil pública cujo objeto fosse impedir a comercialização de medicamentos falsificados ou deteriorados, que podem lesar milhares ou milhões de pessoas, em todas as regiões do Estado ou do País. Negar o interesse geral da sociedade na solução deste litígio e exigir que cada lesado comparecesse a juízo em defesa de seus interesses individuais seria desconhecer os fundamentos e objetivos da ação coletiva ou da ação civil pública”⁽⁵⁹⁾.

Neste contexto, também legítima a atuação do Ministério Público a *relevância social da própria tutela coletiva*, em razão da peculiaridade do conflito de interesses⁽⁶⁰⁾. Imagine-se, por exemplo, o fabricante de leite que, sonhando pequena quantidade do produto, e lhe adicionando água, esteja causando lesão insuficiente a motivar um ou mais consumidores a buscar a reparação de seus prejuízos. Ou então a frota de táxis que, adulterando os taxímetros, aproprie-se de parcela da corrida dos passageiros. Em ambos os casos, se a lesão individual é ínfima, não o será, certamente, na vertente *coletiva*, já que milhares de consumidores podem estar sendo afetados. Nestas hipóteses, em que se verifica uma dispersão muito grande de prejudicados e a insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente *relevância social na tutela coletiva*⁽⁶¹⁾. E isto porque no plano transindividual, e em especial no campo da defesa dos interesses *individuais homogêneos*, o titular do direito material não seria, em regra, a pessoa mais adequada para a sua defesa individualmente considerada. Isto não só pela situação de nosso País, de maioria pobre e com pouquíssimos recursos, o que leva ao inevitável desconhecimento dos direitos⁽⁶²⁾, mas também em virtude do

visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública” (STJ, REsp 95347-SE, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 1º.2.1999, p. 221).

⁽⁵⁹⁾ HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 78, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

⁽⁶⁰⁾ ASSIM, KAZUO WATANABE *et alii*, in *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 641, 4ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998.

⁽⁶¹⁾ KAZUO WATANABE *et alii*, *ob. cit.*, p. 641; HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 77, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

⁽⁶²⁾ Sobre o tema, consulte-se AUGUSTO MARIO MORELLO, “*El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación*”, in *Participação e processo* (obra coletiva), pp.166/179, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988. O inesquecível poeta CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, em espíritoso livro de aforismos, já tinha asseverado que “nem todo homem tem direito a conhecer os seus direitos” (*O avesso das coisas*, p. 47, 4ª edição, Editora Record, Rio de Janeiro, 1997).

peso dos adversários, em regra mais fortes, melhor estruturados e com maior poderio econômico ⁽⁶³⁾.

Destarte, apesar de todas estas expressões caracterizadoras das hipóteses de atuação legítima do Ministério Público (“*indisponibilidade*”, “*interesse social relevante*” e “*relevância social da tutela coletiva*”) também se incluem dentre os conceitos juridicamente indeterminados, encontram guarida no próprio artigo 127 da Constituição da República (na cláusula “defesa dos interesses sociais”), e conferem amplitude às hipóteses de uma proveitosa atuação levada a efeito pela democrática instituição ministerial ⁽⁶⁴⁾. Nesta linha, já se perfilhou, em sede jurisprudencial, o entendimento de ser possível aos órgãos do *Parquet* ajuizar ações civis públicas com vistas a buscar a reparação de danos causados à saúde de trabalhadores submetidos a condições insalubres ⁽⁶⁵⁾ ou mesmo a proteção do direito ao salário mínimo de servidores públicos ⁽⁶⁶⁾; também assim, a pleitear nulidade de cláusulas que estipulem correção monetária abusiva em contratos de adesão para a aquisição de imóveis financiados ⁽⁶⁷⁾, ou juros ilegais em contratos

⁽⁶³⁾ Neste sentido, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública*, p. 59, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

⁽⁶⁴⁾ Assim, quanto aos interesses individuais homogêneos, ADA PELLEGRINI GRINOVER, “A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 5, p. 213, 1993: “Muito embora a Constituição atribua ao MP apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao MP legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX). A dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja o seu objeto, insere-se sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da CF”. No mesmo sentido, HUCO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 105, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999: “O interesse individual homogêneo não deixa de ser interesse coletivo, lato sensu, e a Constituição confere ao Ministério Público legitimidade para defender outros interesse difusos e coletivos, além dos que especificou; para tanto, bastará que o interesse individual homogêneo tenha suficiente expressão ou abrangência social”; KAZUO WATANABE et alii, ob. cit., p. 641; ANTONIO GIDI, “Legitimidade para agir em ações coletivas”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, pp. 63/64, 1995. Também seguindo a mesma linha, a Súmula nº 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 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”.

⁽⁶⁵⁾ A propósito, já ficou assentado no seio do Superior Tribunal de Justiça: “O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público” (STJ, REsp 58682/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 16.12.1996, p. 50864).

⁽⁶⁶⁾ “É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual” (STJ, REsp 95347-SE, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 1º.2.1999, p. 221).

⁽⁶⁷⁾ “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da insti-

de consumo em geral ⁽⁶⁸⁾; e, em idêntico sentido, de reajustes das prestações de planos de saúde ⁽⁶⁹⁾. O mesmo se diga relativamente à legitimação do Ministério Público para pleitear a invalidação da cobrança abusiva de mensalidades escolares ⁽⁷⁰⁾ ou do crédito educativo ⁽⁷¹⁾.

2. 1. AINDA E SEMPRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

Em matéria de proteção aos interesses dos contribuintes, a jurisprudência predominante tem acolhido o entendimento de não ser possível ao Ministério Público ajuizar ação civil pública com o intuito de obstar a cobrança de tributos ou mesmo de lograr a repetição dos que foram indevidamente pagos. Os principais fundamentos usados para se ter como parte ilegítima o *Parquet* residem na *disponibilidade* dos interesses dos contribuintes e o fato de não ostentarem os mesmos a condição de consumidores ⁽⁷²⁾. Além disso – e independente de quem tenha sido o legitimado que deduziu a pretensão em juízo – têm entendido os Tribunais que “a ação civil pública não se presta a sustar o pagamento de tributo mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma que o

tuição. Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, parágrafo único, III e art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)” (STJ, REsp 168.859-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 23.8.1999, p. 129).

⁽⁶⁸⁾ “O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) à nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) à indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) à obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula” (STJ, REsp 105.215-DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 18.8.1997, p. 37873).

⁽⁶⁹⁾ STJ, REsp 177.965-PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 23.8.1999, p. 130.

⁽⁷⁰⁾ Também já se pôde observar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o seguinte entendimento: “Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social. Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania” (STJ, REsp 34.155-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 11.11.1996, p. 43713).

⁽⁷¹⁾ “Ministério Público. Legitimidade ativa. Defesa do consumidor. Programa de crédito educativo. Tratando-se da cobrança da mensalidade escolar de aluno contemplado pelo crédito educativo concedido pelo governo federal, é o Ministério Público parte legítima para propor a ação” (STJ, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 5.8.1996, p. 26332).

⁽⁷²⁾ Em sede doutrinária, é o que sustenta HUMBERTO THEODORO JUNIOR, “Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 788, p. 67. Foi o que também já ficou assentado em alguns acórdãos proferidos no seio do Superior Tribunal de Justiça: “A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis. O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores” (STJ, REsp 168.415-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 10.8.1998, p. 37); “Não tem o Ministério Público legitimidade ativa para promover ação civil pública em matéria tributária, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte, já que o beneficiário, em última análise, não seria o consumidor. Consumidor e contribuinte não se equivalem, estando o

instituiu, uma vez que, ao admitir-se tal possibilidade, estar-se-ia fazendo uso de via inadequada (ação civil pública) para substituir a ação direta de inconstitucionalidade”⁽⁷³⁾.

Tais argumentos, *prima facie*, não podem ser aceitos, pois, em várias hipóteses, existirá *interesse social relevante* a legitimar a atuação do Ministério Público⁽⁷⁴⁾, independentemente da existência de relação de consumo. Além disso, alguns tributos podem assumir caráter de lesão a interesses metaindividuais, como ocorre nas cobranças indevidas de contribuições de melhoria⁽⁷⁵⁾ ou em aumentos ilegais de taxas ou impostos, e a Lei Complementar n° 75/1993, em seu artigo 5°, II, “a”, atribuiu claramente ao Ministério Público a função de zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos aos direitos dos *contribuintes*. Nesses casos, se não é possível ajuizar ação civil pública para obter, por vias transversas, aquilo que só uma ação direta de inconstitucionalidade permitiria (como a supressão dos efeitos *em tese* da própria lei), ao menos é perfeitamente possível que a ação civil pública seja utilizada, por exemplo, para obter o cancelamento de lançamentos concretos indevidos ou para obter a repetição do indébito, em defesa de todos quantos tenham sofrido lesão a interesses individuais homogêneos⁽⁷⁶⁾.

Ministério Público expressamente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor” (STJ, REsp 115.500-PR, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 3.8.1998, p. 182).

⁽⁷³⁾ STJ, REsp 140.368-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 30.8.1999, p. 32. A propósito, já ficou consignado em acórdão do Superior Tribunal de Justiça que “na ação civil pública, o controle *incidenter tantum* equivaleria, em virtude de seus efeitos *erga omnes*, a verdadeira ação direta de inconstitucionalidade” (STJ, ED em REsp 106.993-MS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 18.5.1998, p. 68).

⁽⁷⁴⁾ Como se pôde constatar em entendimento esposado em dois acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça: “Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem à esfera individual e passam a ser interesse da coletividade” (STJ, AG em REsp 98.286-SP, Rel. Min. José Delgado, DJU 23.3.1998, p. 17); “Os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – a ação coletiva” (STJ, REsp 49272-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 17.10.1994, p. 27868).

⁽⁷⁵⁾ Em acórdão onde se negou legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil pública em defesa de contribuintes da contribuição de melhoria, prestigiou-se, não obstante, a tônica do *interesse social relevante* (estranhamente declarado inexistente), que nos parece a correta: “*In casu*, ainda que se trate de tributo (contribuição de melhoria) que alcança considerável número de pessoas, inexistente a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, para perlar a legitimação do Ministério Público” (STJ, REsp 124.201-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 15.12.1997, p. 66237).

⁽⁷⁶⁾ HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 95, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999. Em sentido contrário, vide o estudo de FRANCESCO CONTE, “Notas sobre o descabimento da ação civil pública em matéria tributária”, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. 52, pp. 62/80.

Até porque se pode constatar que vários administradores públicos, sabendo de antemão que uma lei instituidora de um tributo é inconstitucional, insistem em editá-la e cobrá-lo com base em tal normatividade. Ou ainda utilizam outro (e não menos escrupuloso) subterfúgio: em flagrante violação do princípio constitucional da legalidade (Constituição da República, artigo 150, I), majoram a alíquota de tributos mediante decreto regulamentar. E assim agem fundados em cálculos estatísticos, a evidenciar que apenas um número muito restrito de contribuintes se dá ao trabalho de postular individualmente em juízo a tutela de seus direitos⁽⁷⁷⁾. Neste caso, teria inegável *relevância social* a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público com a finalidade de obstar tais condutas dos mandatários da voracidade fiscal⁽⁷⁸⁾.

Talvez com base em semelhantes ponderações, o Constituinte fluminense de 1989, tocado por sensibilidade ímpar, estabeleceu no artigo 173, III, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ser *função institucional* do *Parquet* a promoção da ação civil pública com vistas à *proteção do contribuinte*⁽⁷⁹⁾. Com base em tal dispositivo, já se afirmou não restar dúvidas quanto à legitimidade do *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* para o ajuizamento de ação civil pública referente aos interesses de contribuintes⁽⁸⁰⁾.

No entanto, e apesar de todos os matices aqui alinhavados, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, depois de muita hesitação de alguns de seus Ministros, firmou o entendimento de não possuir o Ministério Público legitimidade para a propositura de ação civil pública que verse sobre matéria tributária⁽⁸¹⁾. E assim

⁽⁷⁷⁾ KAZUO WATANABE *et alii*, *ob. cit.*, p. 642.

⁽⁷⁸⁾ Com o entendimento que se nos afigura o melhor, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem à esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – a ação coletiva” (STJ, REsp 49.272-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 17.10.1994, p. 27868). E também em dois outros acórdãos manteve-se o mesmo posicionamento: “O Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública, no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal” (STJ, REsp 109.013-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 25.8.1997, p. 39299); “Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem à esfera individual e passam a ser interesse da coletividade (STJ, AG em REsp 98.286-SP, Rel. Min. José Delgado, DJU 23.3.1998, p. 18).

⁽⁷⁹⁾ Confira-se a primorosa redação do preceito: “Art. 173. São funções institucionais do *Ministério Público*: (...) III – *promover* o inquérito civil público e a *ação civil pública*, para *proteção* do patrimônio público e social, do meio ambiente, do consumidor, *do contribuinte*, dos grupos socialmente discriminados e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo;”

⁽⁸⁰⁾ Assim, MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVEA, “A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 11, p. 230, jan./jun. 2000.

⁽⁸¹⁾ Os Informativos do Supremo Tribunal Federal bem noticiam o ocorrido: A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deliberou afetar ao Plenário recurso extraordinário em que se discutia sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública que verse

o fez sob os argumentos de que, “na hipótese, não se tratavam de interesses difusos ou coletivos” (voto do Ministro **Carlos Velloso**, relator), e de que “a expressão ‘outros interesses difusos ou coletivos’ (Constituição da República, artigo 129, inciso III) é indefinida, dependendo de lei que venha fixar o seu alcance” (voto do Ministro **Maurício Corrêa**). Esta interpretação que se deu ao preceito constitucional, fazendo tábula rasa dos argumentos expendidos *supra*, não nos pareceu, todavia, a mais consentânea com o espírito do Texto Maior, podendo-se mesmo afirmar que se encontra “na contra-mão da história”⁽⁸²⁾.

Porém, o golpe mais duro ainda estava por vir: não totalmente satisfeito com a situação delineada pelo entendimento jurisprudencial mencionado, o Presidente da República fez editar medida provisória (agora já reeditada sob o nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001), introduzindo parágrafo único no artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, que passou a contar com a seguinte redação: “*Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados*”.

Tal “inovador” preceito denota, a nosso sentir, flagrante inconstitucionalidade material, pelo menos no que toca à hipótese de interesses *coletivos* dos contribuintes – abrigados pela cláusula constante do artigo 129, III, da Constituição da República. Sem dúvida, restará configurado o óbice ao acesso à justiça⁽⁸³⁾ e, por conseguinte, a violação à garantia da inafastabilidade do controle

sobre tributos. Cuidava-se, na espécie, de ação civil pública que visava à revisão de lançamentos do IPTU, cujo acórdão ora recorrido negara legitimidade ao Ministério Público para sua propositura, por não se tratar de interesses difusos ou coletivos (STF, RE 195.056-PR, Rel. Min. **Carlos Velloso**, j. em 19.12.96, *Informativo do STF* nº 58, p. 2). Iniciado o julgamento pelo Plenário, o Min. **Carlos Velloso**, relator, “confirmou” o acórdão recorrido. Logo após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. **Maurício Corrêa**. (STF, RE 195.056-PR, Rel. Min. **Carlos Velloso**, j. em 23.9.98, *Informativo do STF* nº 124, p. 1). Retomado o julgamento, o voto-vista do Min. **Maurício Corrêa** acompanhou a conclusão do Min. **Carlos Velloso**, relator, no sentido de confirmar o acórdão recorrido, mas por fundamento diverso, qual seja, o de que a expressão “outros interesses difusos ou coletivos” (CF, art. 129, III) é indefinida, dependendo de lei que venha fixar o seu alcance. Em seguida, o julgamento foi novamente adiado em virtude de pedido de vista do Min. **Sepúlveda Pertence** (STF, RE 195.056-PR, Rel. Min. **Carlos Velloso**, j. em 4.11.98, *Informativo do STF* nº 130, p. 1). Concluído o julgamento, o Tribunal “manteve” o acórdão recorrido que negara legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública visando à revisão de lançamentos do IPTU do Município de Umuarama, ficando vencido o Min. **Marco Aurélio**, que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público (STF, RE 195.056-PR, Rel. Min. **Carlos Velloso**, j. em 9.12.99, *Informativo do STF* nº 174, p. 1). Na mesma Sessão, ao julgar o RE 213.631-MG, relatado pelo Min. **Ilmar Galvão**, o Plenário da Corte Suprema, por maioria (vencido apenas o Min. **Marco Aurélio**), perfilhou o mesmo entendimento, “mantendo” acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que julgara extinta, sem julgamento do mérito, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra a taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo (Lei 23/73).

⁽⁸²⁾ Foi a expressão utilizada por **HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO**, “A ilegitimidade do Ministério Público para a tutela do direito individual homogêneo em matéria tributária: a jurisprudência na contra-mão da história” (seção Jurisprudência Comentada), in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, p. 515, jan./jun. 2001.

⁽⁸³⁾ **ADA PELLEGRINI GRINOVER**, com a percepção que lhe é peculiar, já assinalou: “As investidas do Poder Executivo – acompanhado por um Legislativo complacente ou no mínimo desatento – têm

jurisdicional (Constituição da República, artigo 5º, XXXV), ao se vedar genericamente o cabimento de ação civil pública que veicule pretensões tributárias, e cujos beneficiários possam ser individualizados. O motivo nos parece óbvio: quando a norma do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, está a abarcar não somente os direitos individuais, mas também os coletivos, como ressoa da própria rubrica do Capítulo I, onde se acha inserido (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”)⁽⁸⁴⁾ e do citado inciso III do artigo 129 (“... outros interesses difusos e coletivos”). Assim, chega-se à conclusão que a proibição indistinta da ação civil pública em matéria tributária caracteriza afronta ao Texto Maior, uma vez que ao recepcionar a ação civil pública o Constituinte tornou-a “imune à volubilidade do legislador ordinário”⁽⁸⁵⁾.

3. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Questão que vem ganhando relevo na atualidade, tanto em sede doutrinária quanto no plano jurisprudencial, é saber se determinado preceito legal ou mesmo um ato normativo do Poder Público podem vir a ter a sua constitucionalidade aferida, no controle difuso por via incidental, em sede de ação civil pública ou coletiva. Vale dizer: no bojo de um processo instaurado por quaisquer destas ações, estejam no grau de jurisdição que estiverem, poderão juízes ou tribunais deixar de aplicar normas jurídicas (reguladoras das controvérsias levadas à apreciação jurisdicional) que entendam estar em contrariedade com a Lei Maior?

Muitos debates e questionamentos verdadeiramente intrigantes têm surgido a respeito da temática, e os argumentos *contra a possibilidade* do exercício de tal controle de constitucionalidade mostram-se multifários e vêm ganhando notável influência. Os reflexos já se podem observar, inclusive, no entendimento perfilhado pelos Tribunais Superiores e também por alguns Tribunais dos Estados-membros da Federação.

Não obstante os citados argumentos procederem de respeitáveis autoridades do universo jurídico, passar-se-á à exposição dos mesmos com o objetivo de tentar (com a devida reverência) pôr em xeque a autoridade das argumentações. O campo em que se está pisando, minado ao extremo, recomenda parcimônia e exacerba o “temor próprio dos iniciantes em matéria por demais delicada”⁽⁸⁶⁾.

atacado a ação civil pública, tentando diminuir a sua eficácia, por intermédio da limitação do acesso à justiça, da compressão do movimento associativo, da redução do papel do Poder Judiciário” (“A ação civil pública refém do autoritarismo”, in *Revista de Processo*, vol. 96, p. 29).

⁽⁸⁴⁾ Assim, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, pp. 48/49, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

⁽⁸⁵⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “Ação civil pública e programação da TV”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, pp. 244/245, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

⁽⁸⁶⁾ Foi a expressão que utilizou a pena ilustre de SÉRGIO DEMORO HAMILTON, ao iniciar o seu estudo “Apontamento sobre o conflito de atribuições”, publicado no livro *Temas de Processo Penal*, pp. 01/09, 1ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

Mesmo assim, prosseguir-se-á com a “coragem dos inscientes”⁽⁸⁷⁾.

Ressalte-se, inicialmente, haver quem proclame, em tom quase profético, a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, já que o processo deflagrado pelo exercício da denominada ação civil pública muito se aproximaria de um típico processo sem partes, o chamado “processo objetivo”⁽⁸⁸⁾. Em processos desta índole, a parte autora não buscaria a defesa de situações subjetivas, mas, sim, agiria fundamentalmente com o escopo de garantir a tutela do interesse público. Por esta razão é que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil pública, teria sido compelido a estabelecer que a sentença civil faria coisa julgada *erga omnes*⁽⁸⁹⁾.

Em virtude desse caráter peculiar, chegou-se a afirmar também que não se vislumbriaria um *caso concreto* quando, no processo da ação civil pública ou coletiva, se argüisse a inconstitucionalidade de determinada lei ou de algum ato normativo do Poder Público. Assim o seria, pois, a pretensão do autor, *na ordem prática ou pragmática*, seria tão-somente a declaração *em tese* da inconstitucionalidade⁽⁹⁰⁾. Existiria, nesta hipótese, segundo um *lugar comum* que vem ganhando adesão, um verdadeiro “esforço dissimulatório” por parte do legitimado a agir, pois “ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de uma norma inconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre a aplicação da lei a *caso concreto*, porque de caso concreto não se cuidaria. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma”⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁷⁾ Esta terminologia, de acordo com o saudoso antropólogo e político DARCY RIBEIRO, era a que a seu respeito carinhosamente utilizava o educador Anísio Teixeira, referindo-se à tamanha ousadia daquele quanto às iniciativas concernentes à política educacional (“Minhas peles”, in *O Brasil como problema*, p. 305, 2ª edição, Editora Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1995).

⁽⁸⁸⁾ Assim, v. g., GILMAR FERREIRA MENDES, “O controle incidental de normas no direito brasileiro”, in *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 397, 2ª edição, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1998.

⁽⁸⁹⁾ GILMAR FERREIRA MENDES, ob. cit., pp. 397/398.

⁽⁹⁰⁾ ARRUDA ALVIM, “A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, in *Revista de Processo* vol. 81, p. 130.

⁽⁹¹⁾ GILMAR FERREIRA MENDES, ob. cit., p. 398; o mesmo autor, à p. 399, conclui que: “ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a *medida* ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo de uma impugnação direta de lei”. No mesmo sentido, ARRUDA ALVIM, ob. cit., p. 131: “O que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais dispositivos de um texto legal”. E, de maneira nítida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Não se admite ação que se intitule ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é, em realidade, verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ação essa não admitida pela Carta Magna” (STF, Ag Reg em Ag 189601-GO, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 3.10.1997, p. 49231). Da mesma forma, na Reclamação 434-1-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, publicada no DJU 9.12.1994, pode-se extrair do voto do relator: “o objeto precípua das ações em curso nas 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo é, ainda que de forma dissimulada, a decla-

Uma outra razão invocada pelos que entendem não ser possível tal controle *incidenter tantum* residiria na equiparação dos efeitos da decisão proferida em ação civil pública – em virtude de sua eficácia também se operar *erga omnes* – aos da ação direta de inconstitucionalidade⁽⁹²⁾. Isto porque, ao se proceder ao controle de constitucionalidade por aquela forma, e tendo em vista os efeitos *erga omnes* que o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 agrega às decisões assim proferidas, ter-se-ia a “inaplicabilidade, para o futuro, de tais normas, dentro das jurisdições onde tais decisões hajam sido proferidas”⁽⁹³⁾. Isso significaria, nesta ótica, que a decisão prolatada em sede de ação civil pública que buscasse afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabaria por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita⁽⁹⁴⁾.

Aduz-se, ainda no bojo deste mesmo contexto, que, ao se admitir a utilização da ação civil pública como instrumento adequado ao controle de constitucionalidade, ter-se-ia a outorga, à jurisdição ordinária de primeiro grau, de poderes que a Constituição não asseguraria sequer ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que “a decisão sobre a constitucionalidade de lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão de atuação do Senado Federal (art. 52, X)”⁽⁹⁵⁾.

Sob idêntica ótica, poder-se-ia também vislumbrar *usurpação de competência* reservada ao Supremo Tribunal Federal (Constituição da República, artigo 102, inciso I, “a”)⁽⁹⁶⁾ ou aos Tribunais de Justiça dos Estados-membros (artigo 125, §

ração da inconstitucionalidade da lei estadual em face da Carta da República. As requerentes, ao proporem a providência cautelar, preparatória da ação principal, deixam claro que esta visa a ‘...decretar a ilegalidade da medida...’. Ocorre que a ‘medida’ tida por ilegal é a própria lei”.

⁽⁹²⁾ Em sede doutrinária, neste sentido, *vide* HUMBERTO THEODORO JUNIOR, “Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 788, p. 65. Este entendimento vem ganhando adesão no seio do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: “O controle difuso da constitucionalidade, não só é possível, como obrigatório, porque o juiz ou o tribunal não podem aplicar lei inconstitucional. Na ação civil pública, todavia, esse controle *incidenter tantum* equivaleria, pelos seus efeitos, a verdadeira ação direta de inconstitucionalidade” (STJ, ED em REsp 106.993-MS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 18.5.1998, p. 68); “A ação civil pública não pode servir de meio para a declaração, com efeito *erga omnes*, de inconstitucionalidade de lei” (STJ, REsp 21.2540-MG, Rel. Min. José Delgado, DJU 16.8.1999, p. 58).

⁽⁹³⁾ ARRUDA ALVIM, *ob. cit.*, p. 131. Semelhante perspectiva pode ser colhida em JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Ação civil pública e inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, p. 109, jul./dez. 2000.

⁽⁹⁴⁾ GILMAR FERREIRA MENDES, *ob. cit.*, p. 398; e também CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 276, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

⁽⁹⁵⁾ GILMAR FERREIRA MENDES, *ob. cit.*, p. 399.

⁽⁹⁶⁾ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Ação civil pública e inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, p. 111, jul./dez. 2000. E segundo já entendeu o Excelso Pretório, “constitui usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para controle concentrado de constitucionalidade a ação civil pública aforada no juízo federal onde se pretende a inconstitucionalidade de norma com efeito *erga omnes*” (STF, Recl. 601-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, *Revista de Direito Administrativo* vol. 206, p. 267).

2º, da Carta Magna) ⁽⁹⁷⁾ para exercerem a fiscalização abstrata da constitucionalidade. Eventual exercício do controle de constitucionalidade difuso levado a efeito pelo juízo monocrático, tendo em vista o efeito *erga omnes* que se atribui à decisão proferida em ação civil pública, teria força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo respectivo Tribunal de Justiça estadual no controle concentrado de constitucionalidade ⁽⁹⁸⁾. Restaria, por isso, configurada a usurpação da competência atribuída pela Constituição Federal a qualquer das Cortes mencionadas.

E, por identidade de razões, também haveria *subversão de atribuições* no tocante à *legitimação para agir*. Estar-se-ia reconhecendo a alguém que não figura no rol exaustivo do art. 103 da CF ⁽⁹⁹⁾ (ou, em âmbito estadual, a quem a Constituição do Estado-membro indicar, segundo o disposto no artigo 125, § 2º do Texto Maior) a possibilidade de instaurar um controle abstrato da constitucionalidade.

Um último argumento desfechado *contra a possibilidade* do exercício do controle de constitucionalidade que aqui se vem tratando, consistiria na “quebra” da unidade da legislação, destinada a vigor e ostentar validade e eficácia em todo o território onde foi editada ⁽¹⁰⁰⁾, o que poderia dar ensejo a decisões eminentemente contraditórias ⁽¹⁰¹⁾. Sustenta-se que, ao se admitir “a inconstitucionalidade

⁽⁹⁷⁾ Veja-se o exemplo colacionado por ARNOLDO WALD, “Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia)”, in *Revista Forense*, vol. 329, p. 10: “Admitida, portanto, ação civil pública, para obstar a cobrança de tributo havido por inconstitucional, abre-se a possibilidade de prolanação de sentenças contraditórias, com efeitos igualmente *erga omnes*, o que resulta absurdo. Imagine-se, no caso do Rio Grande do Sul, uma ação civil pública, julgada pelo Tribunal de Alçada, afirmando a inconstitucionalidade de um tributo municipal e uma outra ação, direta de inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça. Qual a decisão prevalecerá *erga omnes*? A proferida em primeiro lugar? A proferida por último? A proferida pelo Tribunal Superior? A simples possibilidade desse caos está a demonstrar a impossibilidade de se admitir a ação civil pública quando possível a ação direta de inconstitucionalidade”.

⁽⁹⁸⁾ GILMAR FERREIRA MENDES, ob. cit., p. 400. No mesmo sentido, ARNOLDO WALD, ob. cit., p. 9: “em várias oportunidades, a ação civil pública tem sido utilizada como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, com a diferença de ser a competência para o seu julgamento do juiz singular e não do STF, como manda a CF”.

⁽⁹⁹⁾ HUMBERTO THEODORO JUNIOR, “Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 788, p. 65; GILMAR FERREIRA MENDES, ob. cit., p. 403: “a legitimação restrita para provocação do Supremo – somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle –, (...) leva a não se recomendar o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública”; *Passim*, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Ação civil pública. Comentários por artigo*, p. 75, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999. E, ao que parece, também é o entendimento de CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 276, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

⁽¹⁰⁰⁾ De acordo com este raciocínio, como na ação civil pública a autoridade de coisa julgada se opera *erga omnes*, tendo em vista os limites da competência do órgão prolator da decisão, bastaria que um Tribunal de Justiça (com jurisdição sobre todo o território do respectivo Estado-membro), ao julgar o recurso interposto de decisão de primeiro grau em ação civil pública, também declarasse a inconstitucionalidade de uma lei federal para que esta “não valesse” em um Estado da Federação e, possivelmente, “valesse” nos demais.

⁽¹⁰¹⁾ Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade. A unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Admitida ação civil pública para impedir a cobrança de tributo, ta-

decretada para parte do território, infringido estaria o princípio da própria igualdade jurídica, como, ainda, isto envolveria *insuperável contradição*, pois que a lei valeria para parte do território e para outra seria nula”⁽¹⁰²⁾.

Apesar da farta e sedutora argumentação em sentido contrário, a posição que se nos vislumbra melhor é a que entende possível, *em quaisquer casos*, o controle difuso e incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública⁽¹⁰³⁾. Mas isto apenas quando a questão sobre a incompatibilidade da lei ou ato normativo com regra da Constituição figure tão somente como *causa de pedir* (jamais como pedido!) da ação civil pública.

De início, deve-se deixar registrado que processo instaurado por intermédio do ajuizamento de ação civil pública ou coletiva, em verdade, nada tem de “objetivo”⁽¹⁰⁴⁾. Há, com efeito, partes determinadas⁽¹⁰⁵⁾ e uma *pretensão* deduzida em juízo por intermédio de um *pedido*, que, em hipótese alguma, se confunde com a declaração de inconstitucionalidade⁽¹⁰⁶⁾. O objeto imediato do pedido é a providência jurisdicional solicitada⁽¹⁰⁷⁾, que, na ação civil pública, pode-se configurar, *v. g.*, como a *condenação* do réu a recompor o meio ambiente lesado ou a retirar do mercado produto que possa causar dano à saúde dos consumidores; ou a *declaração* de nulidade de ato lesivo à moralidade administrativa. Já o objeto mediato do pedido é o bem que o autor pretende

chado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos *erga omnes*, o que é absurdo” (STJ, REsp 134.979-GO, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 6.10.1997, p. 49.903).

⁽¹⁰²⁾ ARRUDA ALVIM, *ob. cit.*, p. 129.

⁽¹⁰³⁾ Com o único fundamento de não haver proibição a que se declare a inconstitucionalidade incidentalmente em ação civil pública, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “É viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidente de inconstitucionalidade” (STJ, REsp 109.013-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 25.8.1997, p. 39299). No voto do relator, pode-se ler que: “Em nosso ordenamento jurídico, nada impede que o controle tópico da inconstitucionalidade se efetue no curso do processo gerado pela ação civil pública”.

⁽¹⁰⁴⁾ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem afirmado o caráter objetivo do processo instaurado pela ação civil pública, mas *apenas* do processo da *ação direta de inconstitucionalidade*: “O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que supõe a existência de um caso concreto” (STF, ADIn-MC 1.434-SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* vol. 164, p. 506).

⁽¹⁰⁵⁾ É o que assevera JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, “A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32, p. 14: “Além disso, a ação civil pública, diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem partes definidas, que buscam bem jurídico concreto, em geral de ordem patrimonial, o que só pode ser conseguido na via ordinária normal, jamais mediante controle direto”.

⁽¹⁰⁶⁾ Neste sentido, JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 14: “Nenhum co-legitimado, com toda certeza, ajuizará em primeiro grau ação civil pública tendo como pedido único ou principal a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Se o fizer, por óbvio, a ação estará fadada ao insucesso, porque o controle direto é da competência exclusiva do STF. Será raro acontecer, de outra sorte, a hipótese aventada por ARRUDA ALVIM, da imaginária ação civil pública em que não se define um litígio concreto, com os seus elementos essenciais, senão onde se objetive fundamentalmente só a declaração de inconstitucionalidade...”.

⁽¹⁰⁷⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, p. 10, 17ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

conseguir por meio dessa providência⁽¹⁰⁸⁾: nos exemplos citados, o meio ambiente ecologicamente equilibrado (Constituição da República, artigo 225), a proteção à vida, à saúde e à segurança dos consumidores (Lei 8.078/1990, artigos 6º, I, 8º, 10 e 102), bem como a probidade no manejo da *res publica* (artigo 37, *caput*, e § 4º, do Texto Constitucional). É claro que a tutela do interesse público, via de regra, estará presente, mas com feição nitidamente subsidiária. É isto, por si só, não é capaz de transmutar a natureza do processo e remeter ao limbo a existência do caso concreto. Este deverá necessariamente existir, devendo a petição inicial da ação civil pública ou coletiva narrar *sempre* um litígio definido e lastreado em fatos que efetivamente hajam ocorrido e sejam suscetíveis de comprovação, como decorre do artigo 282, III, primeira parte, do Código de Processo Civil⁽¹⁰⁹⁾. Portanto, se as referidas ações forem ajuizadas “desconectadas de um verdadeiro litígio” ou, em outras palavras, se as suas iniciais forem confeccionadas em condições que não levem “a que se possa, *sequer*, vislumbrar *propriamente* um litígio, senão que, real, ontológica e exclusivamente, a pretensão à declaração de inconstitucionalidade de determinados textos legais”, deve-se concluir, antes de mais nada, que tais petições serão *ineptas* e devem ser imediatamente indeferidas nos termos do artigo 295, I, e parágrafo único, I e II, quer por lhes faltar causa de pedir, quer por não decorrer logicamente as conclusões das narrativas fáticas⁽¹¹⁰⁾.

Logo, não haverá qualquer “esforço dissimulatório” por parte do autor de ação civil pública quando formule, por exemplo, um pedido de *desconstituição* dos lançamentos tributários efetivados pela Administração, tendo como sua *causa o fato* de determinada norma impor uma obrigação tributária que se repute transgressora de preceito constitucional. Remarque-se: não haverá *pedido* de declaração de inconstitucionalidade! Caso este venha a ser formulado, deverá o juiz simplesmente declarar a sua *incompetência absoluta* para do mesmo conhecer, *ex vi* do já mencionado artigo 102, I, alínea “a”, da Constituição da República⁽¹¹¹⁾.

Com efeito, o *fato* de uma norma – que, segundo afirma o autor, infringe dispositivo ou princípio constitucional – incidir sobre a esfera jurídica de alguém, criando uma situação que a seu ver está inquinada de vício, funciona tão somente como *causa de pedir*⁽¹¹²⁾ da ação ajuizada⁽¹¹³⁾. No exemplo da relação jurídica

⁽¹⁰⁸⁾ *Idem*, p. 10.

⁽¹⁰⁹⁾ Aplicável às ações civis públicas ou coletivas por força do art. 19 da Lei 7.347/85 e do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor.

⁽¹¹⁰⁾ Em sentido assemelhado ao do texto, LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, pp. 230/231, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

⁽¹¹¹⁾ LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO, *ob. cit.*, p. 231.

⁽¹¹²⁾ A causa de pedir ou *causa petendi* constitui-se “do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado” (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, p. 15, 17ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997).

⁽¹¹³⁾ De maneira aproximada, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*, p. 1.504, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999: “O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato

tributária, existe um fato, qual seja, a “hipótese de incidência” (ou “fato gerador”) de uma norma, que cria uma imposição para os contribuintes. Na visão do autor da ação, esta norma viola a Constituição e, em virtude disto, não possui aptidão para criar validamente obrigações tributárias (já constituídas pelo lançamento). Por esta causa, pede a *desconstituição* dos lançamentos e/ou a repetição dos pagamentos indevidamente efetuados.

Nesta linha de raciocínio, também *não há que se falar em equiparação dos efeitos* do controle incidental de constitucionalidade exercitado no processo da ação civil pública aos da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, pois não se podem equiparar realidades substancialmente distintas. A pretendida *equiparação* somente se verificaria, como ressaltam alguns doutrinadores⁽¹¹⁴⁾, em relação ao resultado prático das referidas ações. Como se tentará demonstrar em seguida, tal não ocorre e, “mesmo que se admitida, por hipótese, a simples possibilidade de um resultado prático equivalente, em parte, ao da ação direta de inconstitucionalidade, não é motivo bastante para, do ponto de vista jurídico, constituir uma usurpação constitucional da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal”⁽¹¹⁵⁾.

Nos processos instaurados pelo exercício das ações civis públicas ou coletivas, a aferição da constitucionalidade de determinada norma jurídica, como já afirmado, só se poderá realizar de modo difuso⁽¹¹⁶⁾. O órgão julgador atuará para solucionar o caso concreto que lhe é submetido, consistindo a apreciação da constitucionalidade (ou não) da norma em mera questão prejudicial, que subordinará logicamente a decisão a ser proferida⁽¹¹⁷⁾ de acordo com o pedido

normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIn será própria declaração de inconstitucionalidade de lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIn”. E, também, HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, pp. 93/94, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

⁽¹¹⁴⁾ ARRUDA ALVIM, ob. cit., p. 131; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Ação civil pública e inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, pp. 107/108, jul./dez. 2000. WILNEY MAGNO SILVA, após tecer considerações sobre “o argumento técnico de que o julgamento da questão prejudicial não integra o dispositivo do *decisum*, e, por isso, não se torna definitivo, quer *inter partes*, quer *erga omnes* (artigo 469, III, do Código de Processo Civil): a sentença não tem efeito vinculante, em sede de ação civil de iniciativa pública”, chega à mesma conclusão de que “na prática, a eficácia daquela apreciação atinge a sociedade, de modo geral” (*Ação civil pública e controle jurisdicional dos atos administrativos*, pp. 153/154, Editora Aldebarã/FEMPERJ, Rio de Janeiro, 1996).

⁽¹¹⁵⁾ LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO, ob. cit., p. 232.

⁽¹¹⁶⁾ JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, “A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32, p. 14: “Diferentemente, o controle difuso, incidental, no caso concreto, é admitido em toda e qualquer ação, como tal definida no CPC, inclusive a ação civil pública”. Sem qualquer ressalva, CLÊMERTON MERLIN CLÊVE, ob. cit., p. 97: “A questão constitucional pode ser deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no *habeas corpus* e no *habeas data*, podendo também ser suscitada na ação civil pública e na ação popular”.

⁽¹¹⁷⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, pp. 29/31, 7ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998; e, também, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, “A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constituicionali-

formulado. O objeto da ação *nunca* será a pronúncia *em tese* da inconstitucionalidade, mas sim e tão-somente a solução do conflito de interesses. A questão a respeito da constitucionalidade ou não da lei ou ato do Poder Público jamais fará coisa julgada pois, como já se remarcou, a manifestação do órgão jurisdicional sobre a constitucionalidade da norma se realiza a respeito de questão prejudicial, e a apreciação desta, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada, a teor do art. 469, III, do Código de Processo Civil ⁽¹¹⁸⁾. Logo, não há como lhe atribuir efeitos *erga omnes* ⁽¹¹⁹⁾, que se limitam à parte dispositiva da sentença.

Exemplifique-se: a *condenação* do Poder Público a restituir os valores de tributos pagos indevidamente – por *causa* da lei considerada inconstitucional – surtirá efeitos relativamente a *todos* os contribuintes, nos limites da competência do órgão prolator da decisão. Mas a norma não foi retirada do mundo jurídico; continua válida, eficaz e futuramente aplicável ⁽¹²⁰⁾, até que se venha a *declarar* a sua inconstitucionalidade, em caráter *abstrato*, por intermédio de ação direta, ou até que o Senado Federal suspenda a sua execução após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (Constituição da República, artigo 52, X). A norma apenas **não incidirá** relativamente a todas as hipóteses que constituem o fundamento do *pedido* julgado procedente na ação civil pública ou coletiva. Haverá, destarte, tão-somente uma “desaplicação com eficácia *inter partes*” ⁽¹²¹⁾ - ⁽¹²²⁾.

dade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 157, jan./jun. 2000.

⁽¹¹⁸⁾ LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO, ob. cit., p. 231; CLAYTON MARANHÃO, “Para uma efetiva tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos”, in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 2, p. 304, Curitiba, 1999.

⁽¹¹⁹⁾ Neste sentido, LUIZ FÁBIO GUASQUE, “O controle cautelar de inconstitucionalidade nas ações de interesse difuso”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 6, p. 139, jul./dez. 1997.

⁽¹²⁰⁾ Permanecendo válida e eficaz a mesma lei, no exercício financeiro seguinte ocorrerá outro *fato gerador* do tributo (v. g., do IPTU). Ter-se-á com isso uma outra *causa petendi*, dando ensejo a um novo *pedido*, para o qual não se estenderá a eficácia da decisão (já trânsita em julgado) proferida na ação civil pública. Neste sentido o enunciado da Súmula de nº 239 do STF: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

⁽¹²¹⁾ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 796, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1997. O insigne constitucionalista, em trecho seguinte, ainda sobre o controle difuso de constitucionalidade, deixou consignado: “... o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes”. Sobre o tema, na literatura pátria, o rútilo RUY BARBOSA já afirmava: “O ato criminado subsiste no corpo geral das leis, enquanto o poder competente o não desfizer” (*A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, p. 121, 2ª edição, Editora Flores & Mano, Rio de Janeiro, s/d).

⁽¹²²⁾ É o que leciona, com a precisão que lhe é peculiar, o sempre citado JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “al declarar inconstitucional una ley, en el ejercicio del control *incidente*, el órgano judicial ni la revoca, ni la invalida. Lo que ocurre es simplemente que se deja de aplicar a la hipótesis *sub iudice* la ley estimada incompatible con la Constitución, y ello porque, ante el conflicto de las dos normas (la legal y la constitucional), debe el juez hacer prevalecer la norma jerárquicamente superior. Empero la ley no aplicada subsiste en el ordenamiento” (*El control judicial de la constitu-*

Diferente é o que se passa na ação direta de inconstitucionalidade, onde a autoridade da coisa julgada que se forma em relação ao *pedido* de declaração de inconstitucionalidade – e que constitui o objeto da ação – opera-se *erga omnes* (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único) ⁽¹²³⁾. Aqui, constatada e efetivamente *declarada* ⁽¹²⁴⁾ a incompatibilidade da norma infraconstitucional com a Lei Maior, a consequência é a paralisação de sua eficácia e sua retirada do mundo jurídico ⁽¹²⁵⁾.

Logo, não havendo quaisquer possíveis *equiparações de efeitos* – sequer no tocante a *todos* os aspectos *práticos* – entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, também não prospera a alegada usurpação da competência dos órgãos incumbidos de proceder à fiscalização abstrata da constitucionalidade ⁽¹²⁶⁾ (Supremo Tribunal Federal ou Tribunais de Justiça dos Estados membros), ou mesmo a subversão da legitimação restritivamente atribuída para desencadear tal processo (Constituição da República, artigos 103 e 125, § 2º).

Passemos, finalmente, à sede jurisprudencial que mais nos interessa: a do guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal. Este, inicialmente, fazia distinção entre as hipóteses em que a ação civil pública atuaria como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, ao versar sobre interesses difusos e coletivos, e a hipótese de se tratar de interesses individuais homogêneos ⁽¹²⁷⁾. No primeiro caso (interesses difusos e coletivos), haveria total impossibilidade de

cionalidad de las leyes en el Brasil: uno bosquejo, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 187, Editora Saraiva, São Paulo, 1997).

⁽¹²³⁾ O parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99 assim dispõe: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Este já era o entendimento predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes*” (STF, RE 164.521-1-RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 22.10.1993, p. 22260).

⁽¹²⁴⁾ Na verdade, como demonstra com incomparável argúcia HELCIO ALVES DE ASSUMPÇÃO, o termo “*declaração*” deve restringir-se à fiscalização abstrata de constitucionalidade, sendo equívoca a sua utilização em sede de controle incidental (“A declaração incidental de inconstitucionalidade por órgãos fracionários dos Tribunais e a Lei 9756”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, p. 60, jul./dez. 2000).

⁽¹²⁵⁾ É o que já deixou assente, de maneira nítida, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional” (STF, ADIn-QO 652-MA, Rel. Min. Celso de Mello).

⁽¹²⁶⁾ JOÃO BASTISTA DE ALMEIDA, “A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32, p. 14: “Por fim, a questão dos efeitos *erga omnes* da sentença nenhuma influência terá na competência privativa do STF, ao ponto de invadi-la, porque de competência não se trata. A questão é meramente de limites subjetivos da coisa julgada”.

⁽¹²⁷⁾ Citando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, confira-se, em sede doutrinária, ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 547, 6ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999, e CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, *ob. cit.*, p. 277.

se exercitar o controle de constitucionalidade na via incidental. Já quando se tratasse de *interesses individuais homogêneos*, isto seria permitido, pois, nesses casos, a decisão só alcançaria aquele determinado grupo de pessoas substituído, e não se estaria usurpando a finalidade constitucional das ações diretas de inconstitucionalidade ⁽¹²⁸⁾. Como já ressaltou o próprio Supremo Tribunal Federal, nestes casos *não haveria que se cogitar em usurpação de competência*, pois estar-se-ia a tratar de ação ajuizada "entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo" ⁽¹²⁹⁾.

Mais recentemente, entretanto, em evoluir dogmático, o Excelso Pretório deixou consignado, nítida e expressamente, o entendimento que se nos afigura o mais apropriado. Confira-se a ementa do acórdão:

“EMENTA: Ação Civil Pública. Controle incidental de constitucionalidade. Questão prejudicial. Possibilidade. Inocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de

⁽¹²⁸⁾ “Desta forma, em se tratando de pessoas identificáveis, com direitos individuais homogêneos, a que se refere o inciso III, do art. 81, da Lei 8.078/90, a decisão só alcança este grupo de pessoas, cabendo adaptar, para o caso concreto, o alcance do efeito *erga omnes* desta decisão, tal como previsto no art. 16 da Lei 7.347/85, não se confundindo o seu alcance com o das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Situação diversa ocorreria se a ação civil pública estivesse preordenada a defender direitos difusos ou coletivos (incisos I e II do citado art. 81), quando, então, a decisão teria efeito *erga omnes*, na acepção usual da expressão, e, aí sim, teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alcançaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida na ação civil pública. (...) Entendo que embora haja um parentesco entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, pois em ambas se faz o controle de constitucionalidade das leis, na primeira é feito o controle difuso, com eficácia, apenas, aos que são réus no processo, enquanto na segunda é feito o controle concentrado e com efeito *erga omnes*. Acrescento que as ações civis públicas estão sujeitas a toda cadeia recursal prevista nas leis processuais, onde se inclui o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, enquanto que as ações diretas são julgadas em grau único de jurisdição, de forma que os reclamantes já têm à sua disposição adequados e valiosos instrumentos para sustentarem suas razões” (STF, Recl. 554-MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 26.11.1997).

⁽¹²⁹⁾ “Decisão que, em ação civil pública, condenou instituição bancária a complementar os rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a Constituição Federal. Alagada usurpação de competência do STF prevista no art. 102, I, a, da CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do STF” (STF, Recl. 602-6-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 3.9.1997).

constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina” (STF, *Informativo do Supremo Tribunal Federal* nº 212, Recl. 1.733-SP-medida liminar, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 1º.12.2000).

Conclusivamente, e com as devidas homenagens aos ilustres doutrinadores e magistrados que esposam opinião diversa, pode-se afirmar que, em sede de ação civil pública ou coletiva, é perfeitamente possível o exercício do controle incidental de constitucionalidade. Neste caso, a questão sobre a validade (ou não) da lei ou do ato normativo do Poder Público configurará a causa de pedir das mencionadas ações, jamais o pedido. O juízo sobre a constitucionalidade, portanto, será exercido sempre como um antecedente lógico e necessário à decisão de mérito, não a integrando ⁽¹³⁰⁾.

4. A VERTENTE DEMOCRÁTICA DE TAL ESPÉCIE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELOS ÓRGÃOS DO PARQUET.

À jurisdição constitucional – que tem por arcabouço o controle sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos, compete não só a guarda dos direitos fundamentais dos indivíduos, mas também do procedimento democrático ⁽¹³¹⁾.

E, quando o Ministério Público, a quem incumbe a *defesa do regime democrático* (Constituição da República, artigo 127, *caput*) provoca o exercício de tal controle jurisdicional ⁽¹³²⁾, ainda que incidentalmente, o princípio *democrático* alcança a sua plenitude. Sim, pois cabe à instituição ministerial “fazer valer todos os direitos e garantias estabelecidos na Constituição, exigindo o respeito total e completo ao texto constitucional. E, como visto, por conta da desigualdade cruel da sociedade brasileira, caberá a ele a tarefa maior de fazer valer os direitos daqueles

⁽¹³⁰⁾ Para um aprofundado estudo acerca das questões prejudiciais, *vide*, por todos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Questões prejudiciais e questões preliminares”, in *Direito Processual Civil (Ensaios e pareceres)*, pp. 73/93, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971.

⁽¹³¹⁾ Neste sentido, com incomparável brilhantismo, é o que afirma GUSTAVO BINENBOJM, *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 117, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

⁽¹³²⁾ Como assinalou VINCENZO VIGORITI, *ob. cit.*, p. 13, “è comune il rilievo che i poveri possono instaurare un rapporto con il giudice molto più spesso e molto più facilmente di quanto possa accadere con il legislatore o con il amministratore”.

que não têm articulação política e força para tanto, porque não é razoável a Constituição valer em parte, porque isto quebra o equilíbrio encontrado pelo Constituinte”⁽¹³³⁾.

Por outro lado, a sistemática do controle de constitucionalidade preocupa-se fundamentalmente com a preservação das liberdades⁽¹³⁴⁾. E como não poderá existir democracia quando “parcelas significativas (senão majoritárias) da população se virem privadas de direitos básicos, constitucionalmente assegurados”⁽¹³⁵⁾, impõe-se a seguinte assertiva: quando os órgãos do Ministério Público suscitam o controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública ou coletiva, na defesa dos mais relevantes interesses transindividuais, a democracia⁽¹³⁶⁾ se faz presente às escâncaras!

Por fim, cabe recordar que fatos recentes de nossa história já demonstraram, à saciedade, o acerto da opção do legislador e da construção constitucional, porque o poder de declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual, conferido com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal, nem sempre representa, por variadas razões, um mecanismo de efetiva proteção dos interesses e dos direitos subjetivos dos membros da população. E, mais do que justo e democrático, é permitir que a sociedade, por intermédio do **Ministério Público**, possa perseguir, *concretamente*, a tutela coletiva dos interesses transindividuais⁽¹³⁷⁾.

5. CONCLUSÕES.

Do capítulo destinado às conclusões, espera-se do autor a proclamação dos resultados a que chegou após a sua atividade laborativa, de maneira que fiquem demonstrados o acerto e a precisão das teses expendidas durante todo o itinerário. Entretanto, aqui tal perspectiva não se fará presente. Com verdadeira humildade, e abrindo-se à crítica dos mais doutos, apresentar-se-á as idéias aqui desenvolvidas, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

⁽¹³³⁾ ARTHUR PINTO FILHO, “Constituição, classes sociais e Ministério Público”, in *Ministério Público – Instituição e processo (obra coletiva)*, p. 83, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

⁽¹³⁴⁾ GUSTAVO BINENBOJM, ob. cit., p. 103.

⁽¹³⁵⁾ ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, *Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público*, in *Ação civil pública (Lei 7.374/1985 – 15 anos)*, p. 93, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

⁽¹³⁶⁾ Para um estudo acerca dos valores democráticos tutelados pelo Ministério Público, vide JÚLIO AURÉLIO VIANNA LOPES, *Democracia e cidadania: O novo Ministério Público brasileiro*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.

⁽¹³⁷⁾ Em sentido aproximado ao texto, vide LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO, *Ações coletivas: A tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 239, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

- a) O Direito Processual Civil experimentou uma evolução, na última quadra do século XX, transmigrando de uma nítida visão individualista para uma perspectiva transindividual;
- b) O ordenamento jurídico brasileiro, de há muito, vem atribuindo ao Ministério Público a tutela de uma enorme gama de interesses transindividuais;
- c) A criação da ação civil pública, pela Lei nº 7.347/1985 e de todo o sistema protetivo aos interesses supra-individuais (que se seguiu, sobretudo, à Constituição da República de 1988), possibilitou ao Ministério Público arvorar-se como o mais importante defensor destes e o principal artífice no ajuizamento daquelas. Tal quadro consubstancia a mais alta expressão da legitimidade democrática;
- d) Os interesses ditos *transindividuais*, *metaindividuais* ou *supra-individuais*, cuja tutela incumbe ao Ministério Público, subdividem-se em *difusos*, *coletivos* e *individuais homogêneos*. Com o advento da Lei nº 8.078/1990 (o chamado Código de Defesa do Consumidor), encontram-se todos, *de lege lata*, perfeitamente definidos (artigo 81, parágrafo único, incisos I a III);
- e) A Constituição da República de 1988, em seu artigo 129, inciso III, claramente atribuiu ao Ministério Público, como função institucional, a promoção da ação civil pública para a proteção de quaisquer interesses difusos ou coletivos, sem cogitar ainda dos *individuais homogêneos*. No entanto, a legislação subsequente à Carta Maior (sobretudo o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.625/1993 e a Lei Complementar nº 75/1993) atribuiu ao *Parquet* prodigiosa atuação na defesa dos interesses individuais homogêneos. Não obstante, impõe-se a compatibilização entre a destinação institucional que a Constituição impôs ao Ministério Público em seu artigo 127 e os dispositivos da legislação infraconstitucional;
- f) Destarte, a atuação legítima do Ministério Público no que toca à tutela dos *interesses individuais homogêneos* – e dos interesses transindividuais em geral – somente restará configurada quando os mesmos apresentarem a característica da *indisponibilidade* ou quando houver *interesse social relevante* envolvido, ou, ainda, quando se vislumbrar *relevância social da própria tutela coletiva*;

g) As mesmas considerações acima delineadas aplicam-se em matéria de interesses transindividuais que envolvam contribuintes, não obstante o respeitável entendimento em sentido contrário que vem sendo adotado pelos Tribunais Superiores (sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal), e os ataques desfechados pelo Poder Executivo com a reedição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Vale notar, entretanto, que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 173, III, atribuiu ao *Parquet* fluminense a *função institucional* de promover a ação civil pública com vistas à *proteção do contribuinte*;

h) Não obstante ilustres doutrinadores e magistrados esposarem opinião diversa, com vários subsídios argumentativos, figura-se perfeitamente possível o exercício do controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública ou coletiva. No entanto, tal possibilidade somente se verificará quando a questão sobre a validade (ou não) da lei ou do ato normativo do Poder Público configurar a *causa de pedir* das mencionadas ações (jamais o pedido!);

i) Nestas hipóteses, no tocante ao juízo sobre a constitucionalidade das normas, será o mesmo exercido sempre como uma *questão prejudicial*, vale dizer, um antecedente lógico e necessário à decisão de mérito, não a integrando. Tal entendimento, recentemente, ganhou a adesão do Supremo Tribunal Federal;

j) Quando os órgãos do Ministério Público suscitam o controle incidental de constitucionalidade, em sede de ação civil pública ou coletiva, na defesa dos mais relevantes interesses transindividuais, estão os mesmos reafirmando a sua incumbência constitucional de defender o *regime democrático*.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Carlos Drummond de, *O avesso das coisas*, 4ª edição, Editora Record, Rio de Janeiro, 1997.

ALMEIDA, João Batista de, "A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32, 1994.

ALVIM, Arruda, "A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor", in *Revista de Processo*, vol. 81.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *Ações coletivas: A tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

ASSUMPÃO, Hécio Alves de, "A declaração incidental de inconstitucionalidade por órgãos fracionários dos Tribunais e a Lei 9756", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n° 12, jul./dez. 2000.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti, "Notas sobre a democratização do processo", in *Estudos de direito processual em memória de LUIZ MACHADO GUIMARÃES (obra coletiva)*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos", in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

_____. "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'", in *Temas de Direito Processual*, Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

_____. "Os novos rumos do Processo Civil brasileiro", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____. "Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados", in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1980.

_____. "Miradas sobre o processo civil contemporâneo", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 1997.

_____. "Problemas da ação popular", in *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971.

_____. "Tendenze evolutive del Processo Civile", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____. "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos – un aspecto de la experiencia brasileña", in *Temas de Direito Processual*, Quinta Série, Editora Saraiva, 1994.

_____. "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: un bosquejo", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____. "Efetividade do processo e técnica processual", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p. 20, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____. "Ação civil pública e programação da TV", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____. *O novo processo civil brasileiro*, 17ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 7ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

_____. "Questões prejudiciais e questões preliminares", in *Direito Processual Civil (Ensaios e pareceres)* Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971.

BARBOSA, Ruy, *A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, 2ª edição, Editora Flores & Mano, Rio de Janeiro, s/d.

BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla, *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001.

_____. "A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, jan./jun. 2000.

_____. "A ilegitimidade do Ministério Público para a tutela do direito individual homogêneo em matéria tributária: a jurisprudência na contra-mão da história" (Seção Jurisprudência Comentada), in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, jan./jun. 2001.

_____. "A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no processo civil brasileiro", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, jan./jun. 2001.

BINENBOJM, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

BURLE FILHO, José Emmanuel, *Ação civil pública. Instrumento de educação democrática*, in *Ação civil pública (Lei 7.347/1985 – 15 anos)*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

CALAMANDREI, Piero, "Massime di esperienza in Cassazione", in *Rivista di diritto processuale civile*, v. IV, parte II, 1927.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro, *The role of the Ministère Public, the Prokuratura, and the Attorney General in civil litigation, in Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*, Giuffrè Editore, Milano, e Dobbs Ferry, New York, 1975.

_____. "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", in *Rivista di Diritto Processuali*, vol. 30, 1975.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à Justiça. Juizados especiais Etveis e ação civil pública*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

_____. "O Ministério Público e a Lei da Ação Civil Pública – "Dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, nº 2, jul./dez. de 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Ação civil pública. Comentários por artigo*, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

_____. "Ação civil pública e inconstitucionalidade de lei ou ato normativo", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, jul./dez. 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

CONTE, Francesco, "Notas sobre o descabimento da ação civil pública em matéria tributária", in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. 52, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma do Código de Processo Civil*, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

DINAMARCO, Pedro da Silva, *Ação civil pública*, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

FARIA, José Eduardo, *Justiça e conflito*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo, "Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público", in *Ação civil pública (Lei 7.374/1985 – 15 anos)*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro, "A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, jan./jun. 2000.

GIDI, Antonio, "Legitimidade para agir em ações coletivas", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1998.
_____. "Modernidade do direito processual brasileiro", in *O processo em evolução*, 2ª edição, 1998, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro.

_____. "A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 5, 1993.

_____. "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos", in *O processo em sua unidade II*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

_____. "A ação civil pública refém do autoritarismo", in *Revista de Processo*, vol. 96, 1999.

GUASQUE, Luiz Fabião, "O controle cautelar de inconstitucionalidade nas ações de interesse difuso", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 6, jul./dez. 1997.

GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes, "Ministério Público: Proposta para uma nova postura no Processo Civil", in *Ministério Público – Instituição e Processo (obra coletiva)*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

HAMILTON, Sergio Demoro, "Apontamento sobre o conflito de atribuições", in *Temas de Processo Penal*, 1ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna, *Democracia e cidadania: O novo Ministério Público brasileiro*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

MARANHÃO, Clayton, "Para uma efetiva tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 2, Curitiba, 1999.

MARTINES, Temistocle, *Diritto costituzionale*, 8ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*, 4ª edição Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, "O controle incidental de normas no direito brasileiro", in *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2ª edição, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1998.

MILARÉ, Édís, "A ação civil pública por dano ao ambiente", in *Ação civil pública (Lei 7.347/1985 – 15 anos)*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 6ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

MORELLO, Augusto Mario, "El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación", in *Participação e processo (obra coletiva)*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

ORTEGATI, Cassio, verbete "sociedade de massa", in *Dicionário de Política* (obra coordenada por NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO), vol. 2, 10ª edição, Editora UnB, 1997.

PAES, José Eduardo Sabo, "Da legitimação constitucional e legal do Ministério Público na apuração de irregularidades em associações e sociedades civis sem fins lucrativos através do inquérito civil público", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 2, Curitiba, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto, "Reverendo a intervenção do Ministério Público no processo civil", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, 1994.

PINTO FILHO, Arthur, "Constituição, classes sociais e Ministério Público", in *Ministério Público – Instituição e processo (obra coletiva)*, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

RIBEIRO, Darcy, "Minhas peles", in *O Brasil como problema*, 2ª edição, Editora Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1995.

SANTOS, Ana Queiroz, "Mas a que vêm as ações civis públicas?... Breve relato sobre os resultados de uma pesquisa", in *Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 2, Curitiba, 1999.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

SILVA, Wilney Magno, *Ação civil pública e controle jurisdicional dos atos administrativos*, Editora Aldebarã/FEMPERJ, Rio de Janeiro, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto, "Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas", in *Revista dos Tribunais*, vol. 788

VESCOVI, Enrique, "La participación de la sociedad civil en el proceso. La defensa del interés colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación", in *Estudos de Direito Processual em memória de LUIZ MACHADO GUIMARÃES (obra coletiva)*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

VIGILAR, José Marcelo Menezes, *Tutela jurisdicional coletiva*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

VIGORITI, Vincenzo, *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè Editore, Milano, 1979.

WALD, Arnaldo, "Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia)", in *Revista Forense* vol. 329.

WATANABE, Kazuo et alii, *Código brasileiro de defesa do consumidor*, 5ª edição, Editora Forense Universitária, 1998.

Em profundidade e interdisciplinarmente, *Museu Lúcia Bezerra*¹⁰⁴ explica que a cidade do Rio de Janeiro, desde a sua fundação no séc. XVI, sempre passou por transformações bruscas. Teve realizado o seu papel político ao deslocar-se centro administrativo da colônia portuguesa em 1763 e, posteriormente, com a multiplicação de repartições públicas necessitando da vinda da corte de Portugal em 1808, até a declaração da independência em 1888.

Escreve o erudito professor do Departamento de História da UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro, que a implantação do aparelho burocrático português no Rio de Janeiro, a vários séculos, respondeu demográfica e que a expansão do Rio aconteceu por dentro de sua natural limitação geográfica, povoando-se numa faixa de terra circunscrita pelas montanhas do Castelo, Santo Antônio, São Bento e Conceição, entre a praia e os mangues.

O crescimento da cidade – para o sul, em direção à Glória e Botafogo, sobre o marçú da Tijuca e Engenheiro Paulo de Lameira e à margem do lagoão para o Quilombo de São Cristóvão – encontrava problemas na dificuldade de transporte, que acarretava o dispêndio de tempo e dinheiro, e fazia com que os povões não fossem os mesmos nos novos lugares, permanecendo confinados no centro da cidade. As residências depositadas pelos abastados ao se mudarem para as novas áreas da cidade foram transformadas em...

¹⁰⁴ ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ).
