

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A REDEFINIÇÃO DA SUA
ATUAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO NA PERSPECTIVA
DA TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES
TEMÁTICAS**

Wellington Pereira

Belo Horizonte
2011

Wellington Pereira

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A REDEFINIÇÃO DA SUA
ATUAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO NA PERSPECTIVA
DA TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES
TEMÁTICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P436m Pereira, Welington
O Ministério Público e a redefinição da sua atuação no processo coletivo na perspectiva da teoria das ações coletivas como ações temáticas / Welington Pereira. Belo Horizonte, 2011.
253f.

Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Ministério Público. 2. Direito processual coletivo. 3. Legitimidade (Direito). 4. Estado de direito. 5. Democracia. I. Maciel Júnior, Vicente de Paula. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.963

Wellington Pereira

O Ministério Público e a redefinição da sua atuação no processo coletivo na perspectiva da teoria das ações coletivas como ações temáticas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior

Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte, 2011.

Dedico este trabalho ao querido Miguel, na esperança de que ele aprenda que depois do sacrifício vem a recompensa.

Agradeço, primeiramente, à **Priscila** por toda a dedicação, solidariedade e compreensão, atitudes imprescindíveis para a conclusão do trabalho. Agradeço ao querido **Miguel Augustus** por irradiar vida e alegria através do sorriso travesso, do olhar curioso e das falas incontinentes e, muitas vezes, incompreensíveis pela pequena inteligência formatada dos adultos. Agradeço a minha mãe, **Ruth Lea Pereira**, pelo apoio e solidariedade.

Agradeço ao meu orientador, prof. Dr. **Vicente de Paula Maciel Júnior**, pela amizade, confiança e dedicação; por seu intermédio, aprendi o significado de ser fiel aos ideais e às convicções.

Agradeço ao meu amigo e mestre Dr. **Gregório Assagra de Almeida**, cujos ensinamentos de vida me fazem ver bem mais longe e mostram-me a beleza de me conhecer como um ser eterno.

Agradeço imensamente ao meu amigo e irmão **Mário Antonio do Nascimento**, pela dedicação e companheirismo, ao **Flávio Aitel Rodrigues**, pelo exemplo de perseverança e retidão, e aos dois pelos mais de 20 anos de profícua amizade.

Agradeço aos meus amigos **Samuel Alvarenga**, **Cláudio Bernardes**, particularmente pelo apoio na revisão do texto, **Juarez Monteiro** e **Leandro Matos**, cujas amizades se solidificaram em tempos de diversidade, ao **Wantuir Mendes Júnior**, amigo incondicional, cuja vocação sacerdotal me inspira a manter a fé.

Agradeço imensamente a **Juliana Matos** pela revisão e as inúmeras sugestões que contribuíram para melhorar e minimizar os possíveis erros deste trabalho. Agradeço, particularmente, a **Juliana Rodrigues**, cujo apoio profissional possibilitou a conclusão do trabalho em tempo hábil.

Agradeço a minha amiga de mestrado **Aline Nahass** e a minha grande amiga **Luciana Santos Trindade** por todos esses anos de amizade.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e à Coordenação e Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CNPq – pela concessão de bolsa de estudos, cujos proventos foram indispensáveis para a realização desta pesquisa.

Agradeço a Deus acima de tudo e de todos. *“Porque dele, e por meio dele, e para ele são todas as coisas. A ele, pois, a glória eternamente. Amém!”*

“Não deixaremos de explorar e, ao término da nossa exploração, deveremos chegar ao ponto de partida e conhecer esse lugar pela primeira vez”.

T. S. Eliot

RESUMO

Esta dissertação realizou um estudo bibliográfico sobre a legitimação para agir e a atuação do Ministério Público no processo coletivo, sob o enfoque da *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas*. Seu objetivo foi demonstrar que os institutos do processo civil tradicional, cujo espectro de incidência é o direito individual, não devem ser adaptados para a tutela de direitos coletivos, em razão de existir uma incompatibilidade substancial entre ambos. Para cumprir esse objetivo, o trabalho foi dividido em duas partes. A primeira tratou de pesquisar exclusivamente a origem, a evolução histórica e o desenvolvimento constitucional do Ministério Público brasileiro. Esse estudo procurou apresentar a importância dessa instituição no cenário jurídico brasileiro e demonstrar a sua vocação para a democracia. Na segunda parte, o objetivo foi analisar a atuação do Ministério Público no processo coletivo e, posteriormente, redefinir essa atuação aos paradigmas do Estado Democrático de Direito. Para alcançar esse propósito, estudamos o surgimento e o desenvolvimento do processo coletivo, particularmente no contexto brasileiro. Posteriormente, verificamos que o processo coletivo trata-se de um novo ramo do direito processual, o que nos fez reconhecer que os institutos do processo civil não podem ser transportados para esse novo ramo do direito processual, dada a incompatibilidade técnica e substancial que reside nos direitos protegidos por tais ramos, ou seja, o direito individual e o coletivo, respectivamente. Após essa reflexão, avançamos a fim de verificar como o instituto da legitimação para agir define os legitimados no processo coletivo atualmente e como se dá a atuação desses legitimados. Por fim, propusemos a reconstrução do instituto da legitimação para agir, com base na *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas*, para adequar esse instituto aos ditames do Estado Democrático de Direito. Somente depois de reconstruir o instituto da legitimação para agir, colocando-o totalmente alinhado à estrutura democrática do processo coletivo, foi possível propor a redefinição da atuação do Ministério Público no processo coletivo à luz da *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas*. Tal realinhamento teve como escopo enquadrar essa instituição aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ministério Público; processo coletivo; legitimação para agir; Estado Democrático de Direito; *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas*.

ABSTRACT

This thesis conducted a bibliographic study about the legitimacy to act and the role of prosecutors in the collective process, from the standpoint of the Theory of Class Actions and Thematic Actions. His goal was to demonstrate that the traditional institutions of civil procedure, whose spectrum of incidence is the individual right not to be adapted for the protection of collective rights, because there is a substantial mismatch between the two. To achieve this goal, the work was divided into two parts. The first dealt exclusively researching the origin, historical evolution and development of the Brazilian Constitution. This study sought to present the importance of this institution in the Brazilian legal scenario and demonstrate their capacity for democracy. In the second part, the objective was to analyze the performance of the prosecutors in the collective process and subsequently redefine that role to the paradigms of the democratic rule of law. To achieve this purpose, we studied the emergence and development of the collective process, particularly in the Brazilian context. Later, we found that the collective process it is a new branch of procedural law, which made us recognize that the institutions of civil procedure can not be transported to this new branch of procedural law, given the substantial technical incompatibility and that resides in rights protected by such branches, namely the right individual and collective, respectively. After this discussion, we advance to see how the institute standing to act defines the legitimate parties in the collective process currently and how is the performance of these legitimized. Finally, we proposed the reconstruction of the Institute of legitimacy to act, based on the Theory of Class Actions and Thematic Actions, to institute this suit to the dictates of a democratic state. Only after the institute to rebuild the legitimacy to act, putting you totally aligned to the democratic structure of the class action, was proposed to redefine the role of prosecutors in the collective process to the Theory of Class Actions and Thematic Actions. This realignment was scope to frame this institution to the principles of a democratic state.

Keywords: Attorney General's Office; collective process; standing to act; Democratic State of Law, Theory of Class Actions and Thematic Actions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
 PARTE 1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A INSTITUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL	
2. A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO	16
2.1 Origens e evolução histórica.....	16
2.2 A Antiguidade como paradigma histórico do Ministério Público.....	17
2.2.1 <i>Egito</i>	17
2.2.2 <i>Antiguidade Clássica</i>	18
2.2.2.1 <i>Grécia</i>	19
2.2.2.2 <i>Roma</i>	20
2.2.3 <i>A impossibilidade de a Antiguidade Clássica servir de paradigma histórico para o atual Ministério Público</i>	23
2.3 O Estado Moderno e as condições para a formação do Ministério Público...	27
2.4 Origens francesas do Ministério Público.....	28
 3. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO	32
3.1 Origens do Ministério Público brasileiro.....	32
3.2 Evolução do Ministério Público no Brasil.....	35
3.2.1 <i>Período colonial e o Ministério Público</i>	35
3.2.2 <i>Período monárquico e o Ministério Público</i>	37
3.2.3 <i>O período republicano e o Ministério Público</i>	39
3.3 Evolução do Ministério Público nas Constituições brasileiras.....	43
3.3.1 <i>A Constituição de 1824</i>	43
3.3.2 <i>A Constituição de 1891</i>	44
3.3.3 <i>A Constituição de 1934</i>	46
3.3.4 <i>A Constituição de 1937</i>	49
3.3.5 <i>A Constituição de 1946</i>	50
3.3.6 <i>A Constituição de 1967 e a Emenda nº. 1, de 1969</i>	53
 4. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	57
4.1 As transformações decorrentes da Constituição de 1988.....	57
4.2 Posicionamento Constitucional do Ministério Público.....	59
4.3 Novo perfil institucional do Ministério Público.....	60
4.3.1 <i>Conceito institucional e natureza jurídica do Ministério Público</i>	63
4.3.1.1 <i>Conceito institucional</i>	63
4.3.1.2 <i>Natureza jurídica</i>	65
4.4 A nova estrutura organizacional do Ministério Público.....	66
4.4.1 <i>Ministério Público da União</i>	66
4.4.1.1 <i>Ministério Público Federal</i>	68
4.4.1.1.1 <i>Funções eleitorais do Ministério Público Federal</i>	69
4.4.1.2 <i>Ministério Público do Trabalho</i>	69
4.4.1.3 <i>Ministério Público Militar</i>	70
4.4.1.4 <i>Ministério Público do Distrito Federal e Territórios</i>	71
4.4.2 <i>O Ministério Público dos Estados</i>	72
4.4.3 <i>Ministério Público especial nos Tribunais de Conta</i>	74

5. OS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	79
5.1 O caráter normativo dos princípios.....	79
5.2 A evolução da concepção dos princípios nas escolas jurídicas.....	80
5.2.1 A concepção dos princípios no jusnaturalismo.....	80
5.2.2 A concepção de princípios no positivismo jurídico.....	81
5.2.3 A concepção de princípios no pós-positivismo.....	87
5.3 Princípios informadores do Ministério Público.....	83
5.3.1 Princípio da Unidade.....	83
5.3.2 Princípio da Indivisibilidade.....	85
5.3.3 Princípio da independência ou autonomia funcional.....	86
5.3.4 Princípio do promotor natural.....	87

PARTE 2 – O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DAS AÇÕES TEMÁTICAS

6. O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO: DO PROCESSO INDIVIDUAL À TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	91
6.1 Fases metodológicas do Direito Processual Civil.....	91
6.1.1 Fase imanentista ou sincretista.....	91
6.1.2 Fase autonomista, científica ou conceitual.....	93
6.1.3 Fase instrumentalista.....	94
6.2 O movimento de acesso à justiça e o surgimento do processo coletivo.....	96
6.2.1 Os obstáculos que se apresentam ao efetivo acesso à justiça.....	97
6.2.1.1 <u>Obstáculos econômicos</u>	98
6.2.1.2 <u>Obstáculos relativos à desigualdade das partes</u>	99
6.2.1.3 <u>Obstáculos propriamente processuais</u>	101
6.2.2 As ondas renovatórias do acesso à justiça.....	103
6.2.2.1 A primeira onda de reformas: assistência judiciária aos pobres.....	104
6.2.2.2 A segunda onda de reformas: tutela de direitos difusos.....	106
6.2.2.3 A terceira onda de reformas: um novo enfoque sobre o acesso à justiça.....	108
6.3 O Direito Processual Coletivo brasileiro.....	110
6.3.1 <i>Evolução histórica do Direito Processual Coletivo</i>	110
6.3.2 O surgimento do Direito Processual Coletivo brasileiro.....	115
6.3.2.1 <u>Evolução legislativa do Direito Processual coletivo brasileira</u>	118

7. A ATUAÇÃO PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO COMPARADO.....	124
7.1 O Ministério Público Francês.....	125
7.2 O Ministério Público Italiano.....	133
7.3 O Ministério Público norte-americano.....	144

8. A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO.....	151
O modelo tradicional do instituto da Legitimação para agir e sua incompatibilidade com o Direito Processual Coletivo.....	151
8.2 A legitimação para agir e os entes legitimados.....	155
8.2.1 A legitimação ativa do cidadão para a defesa de direitos metaindividuais..	157
8.2.2 O sistema de prévia aferição de legitimidade ativa no Direito Processual Coletivo brasileiro.....	158
8.2.2.1 <u>Da legitimação individual aos corpos intermediários</u>	158
8.2.2.2 <u>Os legitimados da Lei da Ação Civil Público e do Código de Defesa do Consumidor</u>	162
8.2.2.2.1 Ministério Público.....	163
8.2.2.2.2 Defensoria Pública.....	164

8.2.2.2.3 Órgãos da Administração Pública Direta e Indireta.....	165
8.2.2.2.4 Fundações e órgãos públicos sem personalidade jurídica.....	167
8.2.2.2.5 Associações.....	168
8.2.3 <i>A representação adequada e a pertinência temática no sistema de tutela coletiva brasileiro.....</i>	170
8.2.4 <i>A atuação do Ministério Público no Direito Processual Coletivo brasileiro..</i>	174
8.2.4.1 <u>A formação do sistema de tutela coletiva e a resistência à atuação do Ministério Público na defesa de direitos metaindividuais.....</u>	174
8.2.4.2 <u>A atuação do Ministério público na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....</u>	177

9 A TEORIA DAS AÇÕES TEMÁTICAS E A REDEFINIÇÃO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO COLETIVO.....

9.1 A ideologia liberal no direito brasileiro e a superação do individualismo jurídico pelo Estado Democrático de Direito.....	183
9.2 A teoria das ações coletivas como ações temáticas e a concretização da democracia participativa na defesa dos direitos difusos.....	189
9.2.1 <i>A democratização do poder e a sua titularidade exercida pelo povo.....</i>	191
9.2.2 <i>O processo coletivo e a efetivação do princípio participativo na defesa dos direitos difusos.....</i>	194
9.2.3 <i>A reestruturação do instituto da legitimação para agir segundo o Estado Democrático de Direito.....</i>	200
9.2.3.1. <u>A legitimação ativa coletiva como instrumento de participação popular.</u>	202
9.2.3.1.1. As expressões “direitos e interesses” e sua conceituação no paradigma democrático.....	202
9.2.3.1.2 A legitimação para agir, segundo a teoria das ações coletivas como ações temáticas.....	204
9.3 A redefinição da atuação do Ministério Público no Estado Democrático de Direito.....	213
9.3.1 <i>O Ministério Público e a defesa democrática dos direitos difusos</i>	214
9.3.2 <i>A atuação equânime dos legitimados ativos para as demandas coletivas..</i>	218

10 CONCLUSÕES.....

10.1 Conclusões Gerais.....	222
10.2 Conclusões específicas.....	225

REFERÊNCIAS.....

238

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a temática do Direito Processual Coletivo, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Destaca, entre outros temas, o instituto da legitimação para agir e a atuação do Ministério Público na tutela de direitos difusos com base na *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas*, marco teórico da pesquisa.

Neste trabalho, o Direito Processual Coletivo é considerado novo ramo do direito processual; essa afirmação é bastante significativa, pois representa uma grande conquista para a sociedade brasileira, afinal é por meio desse ramo do processo que os direitos metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – encontram guarida para sua efetiva realização no plano da concretude.

O reconhecimento dos direitos de massa representa uma das maiores conquistas do Estado Democrático; somente nesse contexto é que bens como o meio ambiente, os consumidores, os de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico receberam proteção sistematizada do ordenamento jurídico. Justamente pela relevância social que esses direitos representam é preciso oferecer-lhes tutela jurídica adequada, para que não sejam meras expectativas legais.

Atualmente, a tutela de direitos coletivos é realizada por meio de institutos transportados do processo civil, cujo objeto é a proteção de direitos individuais. Entretanto, o processo civil tem sua origem no Estado Liberal, cuja ideologia baseava-se na centralização da figura do indivíduo e, no plano jurídico, procurava-se garantir formalmente os direitos individuais, objetivando resguardar ao indivíduo a

proteção necessária para a realização de suas potencialidades. A questão é que esse ideal liberal não se efetivou, ou seja, a garantia exclusiva de direitos individuais não proporcionou o resultado esperado, nem possibilitou o desenvolvimento máximo das potencialidades de cada um. Contudo, sua ideologia individualista manteve-se impregnada na estrutura do processo civil, haja vista que seus institutos foram arquitetados para viabilizar a tutela de direitos exclusivamente individuais, o que os torna totalmente incompatíveis para a operacionalização de direitos coletivos.

No Estado Democrático de Direito, ocorreu o rompimento com a ideologia liberal, o que provocou transformações significativas em todas as áreas do conhecimento. No campo do Direito, as transformações foram contundentes, pois nesse novo paradigma de Estado a tutela jurídica não contempla somente os direitos individuais, mas todos os direitos – individuais e coletivos.

Não é razoável, portanto, que institutos do processo civil sejam usados no Direito Processual Coletivo, com o fim de proteger direitos para os quais não foram originariamente concebidos. Também não é possível admitir que a mera adequação ou releitura desses institutos seja suficiente para que estejam aptos a desenvolver essa nova tarefa. Há incompatibilidade formal e substancial entre esses institutos e os direitos coletivos, e a consequência dessa postura será a fragilização desses direitos. O correto é desenvolver pesquisas que contribuam para o aprimoramento técnico do Direito Processual Coletivo e que resultem na criação de institutos especialmente voltados ao atendimento das peculiaridades dos direitos resguardados por esse novo ramo processual.

Pautados nesse propósito, procuramos desenvolver esta pesquisa com o intuito de contribuir para o aprimoramento técnico-científico do Direito Processual Coletivo. Para alcançar tal objetivo, concentramos os estudos em quatro pontos

centrais: o estudo do Ministério Público como instituição e, posteriormente, como legitimado ativo para atuar na defesa de direitos difusos; o surgimento do Direito Processual Coletivo como ramo autônomo do direito; a análise do instituto da legitimação para agir no âmbito do Direito Processual Coletivo; e, por fim, propusemos a reconstrução do instituto da legitimação para agir e a redefinição da atuação do Ministério Público, ambos no âmbito do Direito Processual Coletivo, sob a perspectiva do marco teórico adotado nesta pesquisa.

Para cumprir o propósito, usamos como referência teórica o Estado Democrático de Direito, cujos princípios participativos e do acesso à justiça foram sintetizados pela *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas*, razão pela qual conduzimos a análise pautados em seus postulados.

Nesta dissertação, priorizamos a metodologia da prospecção bibliográfica, ou seja, os temas propostos foram analisados com base na bibliografia disponível. Os autores pesquisados foram, em sua grande maioria, expoentes do direito nacional, tendo em vista que o tema proposto se limitou ao contexto brasileiro.

Assim, não olvidamos de autores como Vicente de Paula Maciel Júnior, Nelson Nery Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso, José Carlos Barbosa Moreira, Hugo Nigro Mazzilli, Antonio Augusto de Mello Camargo Ferraz, Carlos Alberto Sales, Elton Venturi, Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Gregório Assagra de Almeida.

Estruturalmente o trabalho foi dividido em duas partes, cada uma com seu desígnio bem definido, mas complementares e harmônicos entre si. Equacionando todos os assuntos abordados no texto, dividimos os objetivos do trabalho em gerais e específicos, cada qual representado por uma das partes do trabalho.

Assim, na primeira parte objetivamos apresentar detalhadamente a evolução histórica, constitucional e institucional do Ministério Público; essa reflexão se faz necessária pelo fato de que é preciso reafirmar a importância que tal instituição tem para a defesa de direitos e para a consolidação do Estado Democrático.

Na segunda parte, buscamos especificamente compreender a atuação do Ministério Público no Direito Processual Coletivo para a defesa de direitos de massa e ao final propomos a redefinição das suas funções. Para isso, buscamos conhecer, mesmo que sucintamente, o modo de proceder dessa instituição em outros ordenamentos jurídicos. Conhecemos o percurso evolutivo trilhado pelo Direito Processual Coletivo, ou seja, apresentamos uma visão panorâmica da tutela fragmentada de direitos de massa pelo processo civil, até a sua consolidação como novo ramo do direito processual. Investigamos, no ordenamento jurídico nacional, o modelo de legitimação para agir utilizado com fins de aferir a legitimação para atuar na tutela de direitos difusos, bem como investigamos o modo como é conduzida essa atuação por parte dos legitimados e, particularmente, do Ministério Público. Por fim, sugerimos que a atuação do Ministério Público no âmbito do Direito Processual Coletivo para a defesa de direitos difusos deve ser redimensionada, com o intuito de se adequar aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Por tudo isso, entendemos que a pesquisa se justifica tanto pelo seu ineditismo quanto pela necessidade de novas pesquisas, baseadas no princípio democrático, que o tema do Direito Processual Coletivo suscita. Desse modo, almejamos ter contribuído para o aprimoramento da técnica processual coletiva ou no mínimo despertado indagações que fomentem a busca por respostas e, conseqüentemente, demonstrem que o tema do Direito Processual Coletivo deve estar na pauta da processualística moderna.

PARTE 1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A INSTITUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

2 A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 Origens e evolução histórica

O entendimento da essência do Ministério Público está intimamente ligado ao seu desenvolvimento ao longo da história e, particularmente, à sua própria história. A compreensão da sua moderna configuração constitucional, sua nova identidade como guardião da sociedade, sua vocação democrática e seus propósitos e desafios passam, impreterivelmente, por esse modelo investigativo.

A doutrina divide a pesquisa acerca da origem do Ministério Público em duas vertentes. A primeira tem por escopo sua origem remota que compreende a Antiguidade até a baixa Idade Média. A segunda busca seu início a partir da formação do Estado Moderno.

No entanto, não há unanimidade quanto à origem remota dessa instituição entre aqueles que se ocupam de tal tarefa, ou seja, os que buscam os antecedentes remotos do Ministério Público na Antiguidade. As suas conclusões têm gerado mais polêmica que certeza¹. Por outro lado, a assertiva de que a origem próxima da

¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público, democracia e ensino jurídico**. 2000, p. 136.

instituição está associada à formação do Estado Moderno não experimenta a mesma dissidência.

Portanto, apresentar as principais posições que abordam as supostas origens do Ministério Público, *grosso modo*, com o fim de compreender seu estágio hodierno, justifica-se grandemente pelo fato de existirem poucas obras que tratam do tema.

2.2 A Antiguidade como paradigma histórico do Ministério Público

2.2.1 Egito

Muitos doutrinadores afirmam que os antecedentes remotos do Ministério Público estão na figura dos *magiai* – procuradores do rei –, que existiram na civilização egípcia há mais de 4.000 anos. Segundo Roberto Lyra, citando Berto Valori, foram encontrados documentos, em escavações no Egito, relativos a esse funcionário real, que mencionavam a sua atividade laboral e cujas atividades poderiam ser equiparadas a algumas das do moderno Ministério Público. Segundo aqueles textos, as atribuições dos *magiai* eram as seguintes:

- a) ser a língua e os olhos do rei; b) Castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; c) acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo os malvados e mentirosos; d) proteger as viúvas e ser pai do órfão; e) fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais em cada caso; f) tomar parte nas instruções para

descobrir a verdade. Estes documentos, segundo arqueólogos, datariam de 4.000 a.C.²

Algumas das funções desempenhadas pelos *magiai* podiam trazer algumas semelhanças com as desempenhadas pelos membros do Ministério Público atual, porém esses personagens não servem de modelo para a configuração moderna da instituição³.

2.2.2 Antiguidade Clássica

É natural que uma investigação histórica que tenha como objetivo desvendar a origem de determinada instituição conduza seus estudos às portas da Antiguidade Clássica, tendo em vista toda a importância cultural que esse período representou e, nesse sentido, representa. É ainda mais razoável quando a instituição de que se deseja encontrar a origem seja o Ministério Público; e as civilizações em voga sejam Grécia e Roma antigas.

As características mais marcantes dessas civilizações – a democracia grega e o esplendido sistema jurídico dos romanos – é justamente aquilo que fundamenta o moderno Ministério Público, ou seja, a defesa da democracia e da ordem jurídica justa. Portanto, é natural a busca de sua origem no seio dessas civilizações.

² LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2001, p. 16.

³ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 15.

2.2.2.1 Grécia

Entre aqueles que se dispuseram a estudar as origens do Ministério Público, muitos asseveram que a Grécia foi o seu berço. Todavia, levando-se em conta que a característica mais evidente do Ministério Público é seu caráter acusatório, não há evidências de que no Estado grego tenha existido um funcionário responsável pela acusação pública⁴.

O ato de acusar era exercido por magistrados voluntários, que tinham como predicado a excelência na oratória e usavam todo seu poder de persuasão para arrastar os acusados ao extermínio, como esclarece Roberto Lyra:

Por sua vez, os oradores atenienses, constituídos em “magistratura voluntária”, conferiam ao debate judiciário o mesmo caráter de pugilato intelectual, com o trágico poder de arrastar os acusados à proscricção e ao extermínio. O juramento de acusar de “boa-fé e no interesse público” não infundia reservas reais até na prerrogativa de formar a culpa.⁵

José Eduardo Sabo Paes argumenta que as demais atribuições confiadas ao Ministério Público, atualmente, não teriam sentido de ser delegadas em um regime no qual a democracia é exercida diretamente, como era o caso grego.

Com toda a certeza, em um Estado onde se rendia culto a uma democracia desse tipo, no qual o exercício da cidadania não encontrava nenhum obstáculo por parte do Estado ou dos próprios cidadãos, onde o ideal não era, como apontou o autor antes mencionado, a construção de um Estado eficientemente governado, senão garantir a todos os que compunham o estrito círculo fechado do corpo cívico da República ateniense a participação ativa nos destinos da Nação, nesse Estado não havia necessidade de uma instituição para cumprir as atribuições hoje confiadas ao Ministério Público.

⁴ PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. 2003, p. 26.

⁵ LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2001, p.18.

A amplitude do exercício da cidadania, o respeito aos ideais democráticos, a prática da democracia direta e a consciência dos direitos, que eram escrupulosamente garantidos a todos aqueles que fossem considerados cidadãos, dispensava, com vantagem, naquele modelo de Estado, a existência de qualquer órgão similar ao ministério Público⁶.

Não é razoável admitir que uma instituição destinada a defender os interesses dos cidadãos pudesse ter surgido em um ambiente em que cada cidadão era incentivado a exercer livremente seus próprios direitos, sem a intervenção do Estado.

Para corroborar esse argumento, é oportuno esclarecer, como ensina José Henrique Pierangeli⁷, que as poucas informações que nos chegaram acerca do direito na Grécia são precárias, dando a ideia de que não existia um sistema jurídico bem articulado, justamente pelos motivos expostos. E, desta forma, conclui: “Difícil, portanto, filiar-se a origem da instituição na Grécia Antiga”.

O Ministério Público, marcado desde seu início pela defesa dos interesses da sociedade, não poderia ter nascido em um lugar onde não havia espaço para sua atuação. Afinal sua instituição constitui, historicamente, um imperativo para o estabelecimento da justiça social.

2.2.2.2 Roma

A contribuição dos romanos na seara jurídica é inegável, o que pode ser constatado pela inclusão do seu estudo nos currículos das faculdades de Direito. Em

⁶ PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. 2003, p. 26.

⁷ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1983, p. 181.

razão dessa importância, muitos procuram identificar a origem do Ministério Público em certos cargos existentes na Roma antiga.

A doutrina reconhece que os romanos criaram instituições que tinham como funções algumas das atribuições que, atualmente, são prerrogativas do Ministério Público. Mas a apreciação analógica dessas funções não é suficiente para reconhecê-las como ancestrais da instituição que hoje é reconhecida como guardiã do regime democrático⁸.

A enumeração dessas funções que eram exercidas em Roma é polêmica, cabendo a cada autor que escreve acerca do tema escolher o seu próprio elenco. Todavia, há algumas figuras que aparecem com mais frequência na lista dos doutrinadores.

Conforme esclarece o jurista português José Narciso da Cunha Rodrigues, são cinco as instituições suscitadas na pesquisa histórica quando se quer buscar em Roma a origem do Ministério Público:

São cinco as instituições do direito romano em que a generalidade dos autores vê traços de identidade com o Ministério Público: os censores, vigilantes gerais da moralidade romana; os defensores das cidades, criados para denunciar ao imperador a conduta dos funcionários; os irenarcas, oficiais de polícia; os presidentes das questões perpétuas; e os procuradores dos cesares, instituídos pelo imperador para gerir os bens dominicais⁹.

Os *procuratores Caesaris* e o *advocatus fisc* eram funcionários que tinham como função gerir os domínios imperiais e o recebimento das receitas do Império. O segundo estava encarregado de realizar o confisco dos bens daqueles que fossem

⁸ A Constituição da República define o Ministério Público, pelas suas funções, da seguinte forma: Art. 126. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁹ RODRIGUES, José Narciso da Cunha. **Em nome do Povo**. 1999, p. 36.

condenados. A função realizada por ambos sempre visava ao interesse pessoal do imperador, não visavam ao bem social¹⁰.

Os *censores romanos* eram responsáveis pela fiscalização da vida privada das pessoas, com o intuito de descobrir se havia algo de repreensível¹¹.

Os *questores* eram altos funcionários, responsáveis pelo recebimento das multas e a guarda do tesouro, mas também cabia a essa classe a investigação criminal, a sua função era eminentemente investigativa, não lhes cabia a tarefa de julgar, mas somente relatar os fatos¹².

Os *defensores civitates* eram uma classe de funcionários imperiais, escolhidos entre os notáveis da cidade que tinham como prerrogativa o respeito à ordem pública e, para cumprir sua função, eram os responsáveis pela defesa das classes desprotegidas que estavam à mercê dos abusos cometidos pelos funcionários imperiais¹³.

Os *irenarcha, curiosi, estationarii e frumentarii* exerciam a função de manter a ordem pública, atuavam como policiais. Contudo, havia uma hierarquia entre esses funcionários, o *irenarcha* era superior aos demais, pois exercia uma função de mando.

¹⁰ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 15.

¹¹ RODRIGUES, José Narciso da Cunha. **Em nome do Povo**. 1999, p. 36.

¹² PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. 2003, p. 31.

¹³ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 14.

2.2.3 A impossibilidade de a Antiguidade Clássica servir de paradigma histórico para o atual Ministério Público

É inegável a importância que a Antiguidade Clássica, representada pelas suas principais civilizações, Grécia e Roma, exerceu na história humana. Contudo, não é razoável indicar esse período da História como aquele em que surgiu o Ministério Público. A simples semelhança entre algumas instituições existentes nessas civilizações e a atual instituição defensora do regime democrático não é suficiente para determinar peremptoriamente a sua origem.

O fato de terem existido funções semelhantes às exercidas, atualmente, pelo *Ministério Público* não significa que ele já existia como hoje o conhecemos, pois, como adverte Michele-Laure Rassat: “[...] a origem do direito de perseguir de ofício não deve ser confundida com a origem do ministério público”, e continua: “[...] “pode-se sempre citar, entre todas as legislações antigas, os exemplos de perseguição de ofício sem que isto indique que o Ministério Público, como tal nós o entendemos, seja de origem persa, ateniense ou romana”¹⁴.

José Narciso da Cunha Rodrigues após enumerar as instituições mais citadas entre os autores que buscam na Roma Antiga as origens do Ministério Público, conclui que: “Examinadas uma a uma, nenhuma evidencia uma instituição reunindo as características que hoje definem o Ministério Público. No entanto, todas têm desta instituição algum sinal¹⁵”. Cabe ressaltar que as observações foram feitas sobre as instituições romanas, mas suas conclusões são aplicáveis a todas as

¹⁴ *Apud*: PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. 2003, p. 66.

¹⁵ RODRIGUES, José Narciso da Cunha. **Em nome do Povo**. 1999, p. 36.

instituições do período clássico que tragam alguma similitude com as atribuições do Ministério Público moderno.

Não se pode deixar de consignar o registro de Marcelo Pedroso Goulart, que argumenta sobre o posicionamento de vários doutrinadores no sentido de que não houve na Antiguidade qualquer instituição ou função pública que fosse precursora do Ministério Público. Assevera também que a crítica desses autores é ainda mais contundente em relação às figuras gregas e romanas apontadas como suas precursoras.

Tendo como base a *pólis* e o regime de *democracia direta*, fundada na participação popular na tomada das decisões, a civilização grega clássica criou um sistema de organização política que inibiu o surgimento de instituições nos moldes do Ministério Público. Já em Roma, foram atribuídas funções administrativas ou jurisdicionais às figuras elencadas como precursoras do Ministério Público; nunca, porém, exerceram a acusação em nome do Estado Romano¹⁶.

A origem da instituição não pode ser reduzida simplesmente a partir de comparações com determinados cargos, exercidos em lugares diversos, pois o Ministério Público não se exaure em suas funções. Ele é composto por uma estrutura complexa que o torna peculiar. Assim, não é possível restringir a instituição somente por atividades similares a ofícios praticados na Antiguidade Clássica, como observa Mártens:

Se quisesse confundir aqui as analogias com as origens, iria descobrir esta instituição em todas as criações sociais nas diferentes formas, porque a representação desse poder nas relações do direito, seja promovendo o exercício dele, seja a punição das violações contra ele praticadas, foi coeva com as sociedades, e encontra-se regulada já nas civilizações primitivas¹⁷.

¹⁶ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. 1998, p. 61.

¹⁷ *Apud*: SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 16.

As atribuições modernamente destinadas ao Ministério Público já existiam muito antes de sua existência, como hoje o conhecemos. Basta conceber que em todas as sociedades sempre existiram criminosos e, por outro lado, cidadãos indefesos e hipossuficientes. Desse modo, a origem da instituição não está necessariamente vinculada ao lugar onde existiam funções análogas às exercitadas por ele na atualidade.

Não há dúvida de que todos os órgãos da Antiguidade que são apontados como ancestrais do Ministério Público apresentam algumas semelhanças com as atividades desenvolvidas por ele na atualidade. Mas isso não leva a conclusão que a instituição nasceu em um lugar específico e num determinado momento. O seu desenvolvimento foi se sedimentando ao longo do tempo e sua organização, em sua configuração atual, consolidou-se em razão da evolução e da necessidade de proteger certos valores que, no Estado Moderno, tornaram-se imprescindíveis, o que não ocorreu na Antiguidade¹⁸.

O Ministério Público surge pela necessidade que a sociedade tem de cuidar de seus órfãos, de acusar os criminosos, de proteger a ordem jurídica justa. Entretanto tais funções devem ser exercidas em nome da coletividade, considerada como um todo. Nesse sentido, as instituições gregas e romanas, que exerciam suas funções em nome do governante, buscando proteger seus interesses privados, não podem ser confundidas com um possível embrião da atividade ministerial.

Nessa mesma direção, Hélio Tornaghi assevera “[...] o Ministério Público, tal como outros órgãos do Estado, não apareceu de fato, em determinado lugar, nem foi produto de um ato legislativo. Foi se formando paulatinamente, foi ajuntando em

¹⁸ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1983, p. 181.

torno de si várias funções antes espalhadas em diferentes mãos, foi se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou”¹⁹.

2.3 O Estado Moderno e as condições para a formação do Ministério Público

O Estado Moderno surge nos séculos XIV e XV. Sua configuração foi resultado do conjunto de várias circunstâncias históricas, resultado das inúmeras revoluções ocorridas nesse período: cultural, científica, religiosa etc²⁰.

Uma característica marcante desse modelo de Estado, no que tange a sua organização, diz respeito às transformações ocorridas na forma de se exercer a autoridade e a administração, pois estas duas manifestações do poder estavam circunscritas à esfera de atuação do particular, ou seja, estavam limitadas ao domínio privado. Entretanto, com esse modelo estatal, o poder exclusivo do particular passa para a propriedade pública. Assim, o poder de mando, exercido como um direito particular, foi expropriado em benefício do soberano e, depois, do Estado²¹.

Segundo Reinhold Zippelius, a autoridade do príncipe dividia espaço com a nobreza, a Igreja e as cidades, e a autoridade destes era muito mais antiga, razão pela qual era necessária a sua expropriação:

A afirmação considerada hoje em dia, as mais das vezes, evidente, segundo a qual todas as autoridades num Estado derivam de um poder estadual unitário, não foi tida por verdadeira desde sempre. Aquela

¹⁹ TORNAGHI, Hélio. **Instituição de processo penal**. 1959, p. 135.

²⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. 2001, p. 122.

²¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. 1968, p. 163.

afirmação é o ponto de chegada de uma evolução histórica acidentada. Houve longas épocas da história alemã durante as quais a nobreza, a igreja e as cidades exerciam autoridades originárias. Havia uma justiça autônoma que não derivava do poder real e era mais antiga, historicamente, que a jurisdição real. Aquela era defendida e ativada mediante privilégios de imunidade. Também escapavam ao Império algumas competências que, como plantas silvestres, não acatavam, pura e simplesmente a susserania suprema do Rei.

Nos diversos territórios as competências estavam divididas já na baixa Idade Média, entre, por um lado, os príncipes e por outro a igreja, cavaleiros e cidades. Deparavam-se frequentemente em cada Estado, dois verdadeiros Estados: uma organização principal e outra organização de grupos sociais. O príncipe e os grupos sociais tinham, tanto uns como os outros, tropas, funcionários, finanças e representações diplomáticas próprias. Governar era então negociar continuamente de compromisso em compromisso²².

Por conseguinte, primeiramente o poder foi expropriado, em favor do soberano, daqueles que possuíam recursos bélicos e financeiros. Com a concentração do poder administrativo e financeiro na pessoa do príncipe, surge um poder centralizado²³. Com a centralização do poder nas mãos do príncipe surgem os Estados Absolutistas e, conseqüentemente, os monarcas transformam-se em déspotas²⁴.

Com a formação do Estado Moderno ocorre a separação dos poderes e, conseqüentemente, o Rei tem seu poder enfraquecido. Dessa reação ao excessivo poder do monarca surge, pois, o Ministério Público. As funções ministeriais eram orientadas pelos seguintes princípios: I. a superação da vingança privada (só possível ao poderoso e ao rico); II. Entrega da ação penal a um órgão público tendente à imparcialidade; III. A distinção entre juiz e acusador; IV. Tutela dos interesses da coletividade e não só daquele do fisco do soberano; V. execução

²² ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 1984, p.55.

²³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. 2001, p. 123.

²⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 1984, p. 66.

rápida e certa das sentenças dos juízes. Esses princípios só seriam encontrados no paradigma do Estado Moderno²⁵.

Com a passagem do poder do soberano para o Estado, foi desenvolvido por Charles de Secondat de Montesquieu um sistema de distribuição do poder estatal, chamado de freios e contrapesos, com o objetivo de equilibrar o poder do Estado em suas várias instâncias: executivo, legislativo e judiciário²⁶.

Assim, somente com a separação de poderes e, no contexto do Estado Moderno, é que o Ministério Público encontrou solo fértil para germinar, como explica Carlos Alberto de Salles:

O aparecimento do Ministério Público está intimamente vinculado com o advento daquele modo de organização política que Max Weber qualificou de *sistema legal-racional*. A atividade ministerial surge em resposta às principais características do sistema jurídico nessa forma de organização, isto é, ser altamente diferenciado (autônomo em relação a outros centros de poder), conscientemente construído, geral, não dirigido para situações concretas e universal (aplicável a todos)²⁷.

2.4 Origens francesas do Ministério Público

Considerando o que foi dito alhures, a pesquisa acerca da origem do Ministério Público divide-se em duas vertentes: a que busca sua origem na Antiguidade e a segunda, que só admite a origem próxima da instituição.

²⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Evolução institucional do Ministério Público brasileiro**. 1996, p. 38.

²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. **O espírito das leis**. 1996.

²⁷ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 16 – 18.

Entre os autores que sustentam a segunda vertente é quase unanimidade a assertiva de que o Ministério Público teve sua origem na França²⁸.

As origens da instituição na França estão associadas a duas figuras conhecidas como *avocats et procureurs du roi*, que foram criadas no século XIV.

Os advogados do rei (*avocats du Roi*) foram criados no século XIV. Suas atribuições eram essencialmente cíveis e eram escolhidos entre os advogados comuns. Os procuradores do rei (*procureurs du Roi*) surgiram com a organização das primeiras monarquias. Esses funcionários tinham atribuições fiscais, mas, no século XIV, passam a adquirir um papel essencialmente judicial de natureza criminal. Embora as atividades do *avocat* e do *procureur* fossem exercidas em áreas diferentes, as diretrizes que as conduziam eram as mesmas, qual seja, a defesa dos interesses do soberano, que, nesse contexto, representava o Estado.

Por terem os mesmos objetivos, mesmo que exercendo áreas diferentes, os advogados do rei e os procuradores do rei foram fundidos em uma mesma entidade que ficou conhecida como Ministério Público, ou nas palavras de Carlos Alberto de SALLES [...] “embora costumeiramente as duas figuras sejam confundidas, o surgimento do Ministério Público na França pode ser localizado no momento da junção das duas funções, de *avocat du roi* e de *procureur du roi*”²⁹. Nesse sentido, confirma José Frederico Marques:

[...] os antecessores dos atuais promotores de justiça são os advogados e procuradores do rei (*les gens du roi*) que, antes do século XVI, eram apenas os representantes dos interesses privados dos monarcas perante os tribunais. O papel desses advogados e procuradores do rei foi gradativamente ampliando-se *pari passu* com o fortalecimento dos poderes dinásticos; e se tornam eles, assim “agentes do poder público junto aos tribunais”³⁰.

²⁸ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1983, p. 185.

²⁹ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 18.

³⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituição de Direito Processual Civil**. 1958, p. 239.

Assim, o Ministério Público nasceu, para essa corrente, no século XIII, sob o governo de Luis IX, com a edição, em 1270, dos chamados *Estatutos de São Luís*. O objetivo principal desse diploma legal era o de uniformizar os procedimentos judiciais, com o fito de adotar uma jurisdição monopolizada nas mãos do soberano acabando de vez com a justiça senhorial, ou seja, justiça privada³¹.

Os ideais de São Luís só seriam concretizados sob o reinado de D. Felipe, o *Belo*, que, em 25 de março de 1303, editou as *Ordonnance*, documento que consolidou o monopólio da distribuição da justiça pelo poder real. Esse foi o primeiro diploma legal a prever expressamente a instituição do Ministério Público por intermédio dos procuradores do rei³².

A definição institucional do Ministério Público, como a conhecemos atualmente, passou por uma lenta evolução que culminou com a edição dos códigos napoleônicos. Assim, outras *ordonnances* foram editadas, como a *Ordonnance Criminale*, editada em agosto de 1670 pelo rei Luís XIV, grande codificação do direito penal da monarquia, que ampliou a atuação do Ministério Público como acusador criminal. Somente com a legislação pós-revolucionária é que o *Ministério Público* assume a sua feição definitiva³³.

Por essas razões, a tese mais aceita é a de que o Ministério Público é uma instituição originária do direito francês, que inclusive foi prevista no texto da Constituição francesa de 1791, como ensina Emerson Garcia:

[...] a primeira Constituição a contemplar o Ministério Público foi a de 1791, artigos 25, 26 e 27, insertos no capítulo do Poder Judiciário, denominando

³¹ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1983, p. 185.

³² GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. 1998, p. 63.

³³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 1998, p. 14.

seus membros de *comissários do Rei*, com a função de fiscalizar a aplicação da lei e velar pela execução dos julgamentos, sendo necessariamente ouvidos sobre todas as acusações³⁴.

A consolidação da instituição ocorreu, em definitivo, após a Revolução Francesa, precisamente em 1790 e 1792 com a conquista das garantias da inamovibilidade e da independência em relação ao Executivo, mesmo que precariamente, com a edição do Código de Instrução Criminal francês de 1808, que inclusive incumbiu ao Ministério Público a tradicional função de acusador público.

Um novo paradigma da instituição começava a ser configurado. A seguir, seriam editados diplomas legislativos preocupados em delinear os contornos, funções essenciais e, principalmente, as suas diferenças para com os órgãos do judiciário, legislativo e executivo. A representação de interesses da coroa não mais tinha cabimento. O viés norteador de sua finalidade institucional passava a ser a representação da sociedade e de seus interesses superiores e indisponíveis.

³⁴ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 12.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

3.1 Origens do Ministério Público brasileiro

As instituições jurídicas e políticas brasileiras têm suas origens atreladas ao direito lusitano por conta da colonização a que o Brasil foi submetido.

O direito português vigeu no País do período colonial, passando pelo estabelecimento do Império, até o início da República. Carlos Alberto de Salles³⁵ afirma que a completa substituição das Ordenações Filipinas só se operou com a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

No ano de 1289, foi criado no reino de Portugal, sob o reinado de Afonso III, o cargo de Procurador do Rei. A sua principal função era cuidar das questões relativas ao fisco. Esse cargo tinha natureza pública e permanente³⁶. Há autores portugueses que se baseiam nesse documento legal, de 14 de janeiro de 1289, para relativizar a influência francesa na formação do Ministério Público português. Argumentam que o surgimento dessa Instituição em Portugal está relacionado às peculiaridades na formação do reino lusitano. Nesse sentido, João B. da Silva Ferrão de Carvalho:

[...] o que deixo exposto, em vista dos monumentos da nossa antiga legislação, autorizam-me a concluir que a criação e o estabelecimento do Ministério Público em Portugal não foi uma criação francesa, como pareceu aos legisladores que organizaram esta instituição sobre as bases em que hoje se acha fundada. A magistratura do ministério público foi uma criação

³⁵ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 20.

³⁶ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 16.

das necessidades de justiça e da preparação de uma época; desenvolveu-se simultaneamente nas diferentes nações em que esse Estado se dera³⁷.

A atuação do Procurador do Rei foi disciplinada pelas Ordenações Afonsinas, editadas em 1447, em seu Título VIII, Livro I, e determinava que: “[...]prucure bem todos os feitos da Justiça, e das Viúvas, e dos Orfoões, e miseravees pessoas, que aa Nossa Corte vieram, sem levando delles dinheiro, nem outra cousa de solairo, sem vogando, nem procurando outros nenhuus feitos, que a Nos nom perteeçam sem Nosso especial Mandado, como dito he”³⁸.

O primeiro documento legal português a fazer referência ao promotor de justiça foi as Ordenações Manuelinas, de 1521, em seu Livro I, Título XI, que cuidava *Do Procurador dos Nossos Feitos*, e no Título XII tratava do *Promotor da Justiça da Casa da Supricaçam*. Nesse diploma legal, eram apresentadas as suas obrigações perante as casas de suplicação e nos juízos das terras. Nesse mesmo diploma, no Título XXXIV, eram expostos os requisitos para ser promotor de justiça:

[...] o promotor de justiça deve ser letrado, e bem entendido para saber espartar e aleguar as causas, e razões que pêra lume, e clareza da Justiça, e pêra inteira conservaçam della convem, ao qual mandamos que com grande cuidado, e diligencia requeira todas as causas que pertencerem à Justiça, e conservaçom de nossa jurisdiçom, em tal guisa, que por culpa sua, ou negligencia nom pareça Justiça, nem nossa jurisdiçom seja deturpada; porque fazendo o contrário, a Deos no outro mundo, e a nós neste dará disto conta³⁹.

Coube às Ordenações Filipinas de 1603 a criação, de forma sistematizada, da figura do promotor de justiça, que oficiava junto da Casa da Suplicação⁴⁰. O Título

³⁷ João B. Da Silva Ferrão de Carvalho. **O ministério público e a procuradoria-geral da Coroa e Fazenda. História, natureza e fins**. 1964, p. 23.

³⁸ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 15.

³⁹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 16.

⁴⁰ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 20.

XV, que disciplinava a atuação do promotor de justiça na Casa da Suplicação, tinha o seguinte conteúdo:

Ao Desembargador da Casa da Suplicação, que servir de Promotor de Justiça, pertence requerer todas as coisas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu Ofício pertence formar libelos contra sos seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa da Suplicação por acordo da Relação. E levará de cada libelo cem réis; e onde houver querela perfeita, ou quando o seguro confessar o malefício na carta de seguro, em cada um dos ditos casos o faça pelo mandado dos Corregedores da Corte dos feitos crimes, ou de qualquer outro Desembargador, que do feito conhecer. O qual libelo fará no caso da querela o mais breve que poder, conforme a ela. Porém, nos casos onde não houver querela, nem confissão da parte, porá sua atenção na devassa, parecendo-lhe, que ela se não deve proceder, para com ele dito Promotor se ver em Relação, se deve ser acusado, preso ou absolvido. E assim fará nos ditos feitos quaisquer outros e diligências, que forem necessárias por bem da Justiça. Porem, não razoará os feitos em final, salvo em algum feito de importância, sendo-lhe mandado por acordo da Relação⁴¹.

Há fortes evidências de que o Ministério Público tenha sua origem próxima no direito lusitano, pois as funções do procurador da coroa eram as mesmas que as do promotor de justiça, ou seja, defender os direitos do público e não os interesses do soberano.

Outra questão relevante diz respeito ao fato de que toda essa estrutura existia antes da *Ordonnance* de Felipe, o Belo.

O Ministério Público brasileiro originou-se da criação lisa, cujos efeitos se fez sentir durante todo o período imperial, pois, como bem lembra GALVÃO DE SOUZA, é “muito significativo o fato de terem sido sempre aplicadas no Brasil as mesmas leis de Portugal. As Ordenações do Reino aqui ficaram vigorando mesmo depois da separação política e ainda durante a República, até a promulgação do Código Civil”⁴².

⁴¹ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 20 – 21.

⁴² PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1983, p. 189.

Desse modo, sabendo que as leis portuguesas e sua estrutura judiciária permaneceram vigentes no Brasil até o início da República é consentâneo concluir que o Ministério Público brasileiro teve sua origem no modelo lusitano.

3.2 Evolução do Ministério Público no Brasil

3.2.1 Período colonial e o Ministério Público

A colonização portuguesa no Brasil, de acordo com Boris Fausto⁴³, teve início em 1532 com a expedição de Martim Afonso de Souza, considerada um marco, visto ter sido a partir de seus resultados que se estabeleceram no Brasil as capitanias hereditárias. A instalação dessas capitanias visava a atingir dois objetivos: primeiro, defender a terra de invasores e, segundo, transferir o ônus da colonização para os particulares.

Com base nesse sistema, que perdurou até a criação do governo-geral, em 1548, e a sua posterior instalação, em 1549, Portugal não desenvolveu nenhum sistema administrativo na colônia, tendo em vista que o capital empregado nas capitanias era particular e seus donatários recebiam poderes soberanos sobre suas terras⁴⁴. Esse sistema não obteve o resultado esperado, forçando uma mudança de postura por parte da metrópole. Assim, em 1549, foi instalado no Brasil o governo-

⁴³ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2001, p. 16.

⁴⁴ KOSHIBA, Luis; PEREIRA, Manzi Frayze. **História do Brasil**. 1993, p. 32.

geral que teve Tomé de Souza como primeiro governador-geral. Desse modo, foi criado um sistema geral, tanto administrativo quanto judiciário na colônia.

Até o ano de 1609, só existia no Brasil um sistema judiciário de primeira instância. Não havia um órgão especializado do Ministério Público. Essa situação é compreensível tendo em vista que a colônia ainda não tinha desenvolvido um sistema jurídico capaz de solucionar seus próprios litígios, razão pela qual os “processos criminais eram iniciados pela parte ofendida ou ‘ex officio’ pelo próprio juiz. O recurso era interposto para a Relação de Lisboa”⁴⁵.

Somente em 9 de janeiro de 1609, com o Regimento que disciplinou o Tribunal da Relação da Bahia, é que se tratou pela primeira vez, no Brasil-colônia, da figura do promotor de justiça. Por sua vez, esse diploma legal arrolou os promotores de justiça como membros integrantes daquele órgão judiciário, ou seja, ao lado dos desembargadores, do procurador da Coroa e da Fazenda, do provedor de defuntos e resíduos, do Ouvidor-Geral, dos agravistas e do chanceler⁴⁶. Esclarece Roberto Lyra⁴⁷ que a função do promotor de justiça era a de “velar pela integridade da jurisdição civil contra os invasores da jurisdição eclesiástica, sendo obrigado a ouvir missa rezada por capelão especial, antes de despachar, e a usar Opa”.

O regimento do Tribunal da Relação da Bahia assim dispunha acerca das atribuições do Ministério Público:

Art. 54. O Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as cousas que tocarem à Coroa e Fazenda, para requerer nellas tudo o que fizer a bem de minha justiça; para o que será sempre presente a todas as audiências que fizer dos feitos da coroa e fazenda, por minhas Ordenações e extravagantes.

⁴⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Evolução institucional do Ministério Público brasileiro**. 1996, p. 39.

⁴⁶ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. 1998, p. 76.

⁴⁷ LYRA, Roberto: **Teoria e prática da promotoria pública**. 2001, p. 21.

Art. 55. Servirá outrossim o dito Procurador da Coroa e dos feitos da Fazenda de Procurador do fisco e de Promotor de Justiça; e usará em todo o regimento, que por minhas Ordenações é dado ao Promotor de Justiça da Casa da Suplicação e ao Procurador do fisco⁴⁸.

3.2.2 Período monárquico e o Ministério Público

Com a criação do Tribunal da Relação da Bahia, de 1609, passou a existir pela primeira vez a figura do promotor de justiça. Em 1751, foi criado um outro tribunal no Rio de Janeiro, que, em 1808, seria transformado em Casa da Suplicação do Brasil. A importância desse tribunal para o Ministério Público brasileiro está no fato de que, com a sua criação, os cargos de promotor de justiça e procurador dos feitos da Coroa e Fazenda foram separados⁴⁹.

Por outro lado, o Ministério Público só receberia tratamento sistematizado no regime monárquico, que teve início em 1822, e mais precisamente com a legislação criminal criada nesse período.

Como será visto noutro tópico, a Constituição de 1824 foi omissa em relação ao Ministério Público, contudo, determinou a criação de uma codificação civil e criminal em seu art. 179, XVIII: “Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça e Equidade. Assim, foram criados os Códigos Criminal, em 1830, de processo penal em 1832, e Comercial em 1850”.

Antônio Cláudio da Costa Machado explica que coube ao Código de Processo

⁴⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Evolução institucional do Ministério Público brasileiro**. 1996, p. 39 – 40.

⁴⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Evolução institucional do Ministério Público brasileiro**. 1996, p. 40.

Penal do Império fazer uma abordagem sistematizada e abrangente da Instituição do Ministério Público:

Seja com for – e aqui voltamos ao que realmente nos interessa – o fato é que foi este estatuto criminal de 1832 o primeiro código brasileiro a dedicar tratamento sistemático e abrangente à Instituição do Ministério Público. A seção III do Capítulo III do Título I era inteiramente consagrada a esse fim. Dispunha o art. 36 que podiam ser promotores aquelas pessoas que pudessem ser jurados; dentre estes, preferencialmente, os que fossem instruídos em leis. Uma vez escolhidos, haviam de ser nomeados pelo governo na Corte ou pelo presidente nas províncias. Já o art. 37 afirmava pertencer ao promotor as seguintes atribuições: denunciar os crimes públicos e policiais, o crime de redução à escravidão de pessoas livres, cárcere privado, homicídio ou tentativa, ferimentos com qualificações, roubos, calúnias, injúrias contra pessoas várias, bem como acusar os delinqüentes perante os jurados; solicitar a prisão e punição dos criminosos e promover a execução das sentenças e mandados judiciais (§ 2º) dar parte às autoridades competentes das negligências, omissões e prevaricações dos empregados na administração da justiça (§ 3º). No art. 38, previa-se a nomeação interina no caso de impedimento ou falta do promotor. O avanço foi grande com se percebe⁵⁰.

Essa estrutura institucional perdurou até a entrada em vigor do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, que regulamentou a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841. O seu art. 217 trouxe uma nova disposição para nomeação dos promotores de justiça, pois, de acordo com essa nova sistemática, eles não teriam um mandato com tempo determinado para o exercício de suas funções. Assim, o promotor de justiça serviria à sociedade enquanto fosse necessário, podendo ser demitido *ad nutum* pelo imperador ou pelos presidentes das províncias. Essa inovação representou um grande avanço para Antônio Cláudio da Costa MACHADO⁵¹.

Já Carlos Alberto de SALLES entende que as alterações impostas pelo Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, não representaram um avanço, mas, ao invés disso, significaram um retrocesso, tendo em vista que a nomeação ou demissão do promotor ficou à disposição do executivo:

⁵⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 1998, p. 16 – 18.

⁵¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 1998, p. 18.

O regulamento nº. 120, de 31 de janeiro de 1842, em seu art. 217, seguido pela Lei de 3 de dezembro de 1851, versando sobre a reforma do Código de Processo Penal, modifica a sistemática de nomeação do Promotor Público. Suprime-se o mandato por um triênio, passando o Promotor a ocupar o cargo por tempo indefinido. As nomeações, entretanto, passavam a ser feitas por exclusivo critério do Imperador na Corte e pelos Presidentes nas Províncias, sem a participação das câmaras municipais. A nova regra indica expressamente a possibilidade de os Promotores serem demitidos a qualquer tempo de acordo com a conveniência do serviço público. Esta norma, mais do que um avanço, como querem alguns, significou um retrocesso, retirando do Ministério Público a legitimidade emprestada pela proposta da Câmara Municipal e colocando a nomeação e demissão do Promotor Público sob o exclusivo alvitre dos chefes do Poder Executivo⁵².

O Decreto nº. 4.824, de 22 de novembro de 1871, criou o cargo de promotor adjunto, com a finalidade de substituir o titular nas suas ausências, por faltas ou impedimentos.

Foram criadas novas atribuições para os promotores, como a visita a prisões, uma vez por mês, o prosseguimento aos processos e condução à soltura dos presos. Também foi vedado ao promotor o exercício da advocacia nas causas cíveis que, posteriormente, poderiam vir a ser objeto de processo-crime. Com a Lei nº. 2.040, de 28 de novembro de 1871, conhecida como Lei do Ventre Livre, coube ao Promotor de Justiça a defesa do fraco e indefeso, pois era sua a tarefa de zelar pelo efetivo registro dos filhos livres de mulheres escravas⁵³.

⁵² SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público.** 1999, p. 22.

⁵³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo.** São Paulo: Atlas. 1996, p. 41.

3.2.3 O período republicano e o Ministério Público

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, foram criadas duas leis que proporcionaram a independência do Ministério Público. A primeira lei criou a Justiça Federal por intermédio do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, da lavra do então Ministro da Justiça, Manuel Ferraz de Campos Salles. Nesse diploma legal, o Ministério Público recebeu tratamento exclusivo no Capítulo VI, que tratava da sua estrutura e atribuições no âmbito federal. De acordo com esse decreto, os procuradores da República teriam um mandato de quatro anos e durante esse período não era permitida a sua remoção. O Ministério Público foi definido como “órgão de cooperação nas atividades governamentais”⁵⁴.

Por sua vez, o Decreto nº. 1.030, de 14 de novembro de 1890, estruturou o Ministério Público do Distrito Federal e contribuiu enormemente para a consolidação da independência da instituição, ficando a seu cargo a defesa e fiscalização da correta execução da lei e dos interesses gerais. Ficou responsável também pela assistência aos sentenciados, alienados, asilados, mendigos e, como consequência da proteção e fiscalização dos interesses gerais, deveria promover a ação pública contra atos que violassem direitos⁵⁵.

José Henrique Pierangelli destaca a importância desses dois decretos:

Não obstante o quase silêncio da Constituição de 1891, dois diplomas legislativos, por força das correntes que se formavam na Europa acerca da independência e autonomia do Ministério Público, foram editados. O primeiro deles, o já mencionado decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890 – Lei Orgânica da Justiça Federal, que lhe deu novos contornos e assegurou a sua independência. O segundo, o decreto n.º 1.030, de 14 de novembro de 1890, que se constituiu em verdadeiro estatuto do Ministério

⁵⁴ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e praxis**. Leme: Editora de direito. 1998, p. 68.

⁵⁵ MARQUES, Jose Frederico. **Tratado de direito processual penal**. 1980, p. 258.

Público do Distrito Federal. Comentando esse decreto, diz ARY F. GUIMARÃES: “Efetivamente, o preceito constante do artigo 164, exato no fundo e na forma, vale transcrito como modelo a ser adotado, *mutatis mutandis*, pela legislação de qualquer nação civilizada: o ministério público é, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito⁵⁶”.

A promulgação desses decretos foi concomitante aos trabalhos da comissão responsável pela elaboração do Anteprojeto de Constituição como nos informa Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

O primeiro passo do governo Provisório para o estado de direito republicano se deu com a expedição do Decreto nº 29, de 3 de dezembro de 1889, que instituiu uma Comissão Especial composta de nomes altamente representativos da campanha republicana, para elaborar o Anteprojeto de Constituição, a ser remetido à futura Constituinte, a fim de servir de base aos debates e, do mesmo passo, por inferência implícita, o pensamento constituinte prévio do Governo⁵⁷.

Para o relator do Decreto nº. 848, Campos SALLES⁵⁸, o Congresso, que atuou como Constituinte em 1890, deveria ter como principal intuito “colocar o poder público dentro da legalidade”. Desse modo, a organização do Poder Judiciário seria imprescindível e, conseqüentemente, também deveria organizar e definir as atribuições do Ministério Público.

Mesmo com o avanço institucional experimentado pelo Ministério Público no início do período republicano, principalmente no que diz respeito a sua independência, o tratamento legislativo dispensado a essa instituição não rompeu totalmente com a estrutura arquitetada na fase monárquica. Além disso, a primeira Constituição da República, de 1891, a despeito de toda a euforia produzida pelos

⁵⁶ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1983, p. 193.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. **Historia constitucional do Brasil**. 1991, p. 213.

⁵⁸ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 24.

decretos supracitados e pelo fato de eles serem contemporâneos à Constituinte, foi silente quanto ao Ministério Público⁵⁹.

Manteve-se a tradição vinda das Ordenações Filipinas, segundo a qual, em superior instância, as funções do Ministério Público eram exercidas por um membro do próprio judiciário. Criou-se, é certo, o cargo de Procurador-geral, servindo para dar um perfil institucional às funções ministeriais e dando um caráter de exclusividade e vitaliciedade para tal cargo. Anteriormente, a vigente *Consolidação do Conselheiro Ribas*, cuja parte processual foi revogada pelo Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, dispunha que “*O procurador da Coroa é o órgão do ministério público perante a Relação* (art. 93), sendo que não havia exclusividade na função, determinando o seu art. 95 que: “*nos feitos em que não tiverem de intervir como órgãos do ministério público, os Procuradores da Coroa das Relações das Províncias julgarão como os outros Desembargadores*⁶⁰”.

O século XIX, período em que teve início a República, conheceu várias mudanças na sociedade mundial. A maioria dessas transformações foi por consequência da transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Assim, todas as áreas do conhecimento humano tiveram de se adaptar à nova realidade. Na seara jurídica não foi diferente. Nesse período, surge o positivismo jurídico⁶¹ e a concepção do direito como sistema⁶².

Na esteira dessas transformações, o século XIX foi marcado pelas grandes codificações europeias, que sintetizavam o pensamento positivista, ou seja, o direito passou a ser visto como fenômeno avalorativo, desvinculado de tudo que não fosse estritamente jurídico. Ele deveria ser concebido como um organismo sistematizado, coeso e autossuficiente.

⁵⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 1998, p. 19.

⁶⁰ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 24 -25.

⁶¹ Para uma melhor compreensão do tema, ver: BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**, 1995.

⁶² Ver: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 2002.

Entretanto, o movimento de codificação desse século não se limitou aos países do velho continente; logo, o Brasil também experimentou a fase de codificação e foi justamente com o surgimento da República.

Gregório Assagra de Almeida esclarece que o movimento de codificação alcançou a América Latina e, conseqüentemente, o Brasil:

O certo é que o movimento pela codificação espalhou-se pelo mundo, atingindo a América Latina e, como conseqüência, o Brasil. Depois do monumental trabalho de Teixeira de Freitas, que não se concluiu, o Brasil veio a conhecer o seu primeiro Código Civil, em 1916. O Código Civil de 1916 foi obra decorrente do trabalho de Clovis Bevilacqua, que iniciou a elaboração do anteprojeto em 1899, concluindo-o no mesmo ano⁶³.

Nesse ínterim, o Brasil foi palco do surgimento de um grande número de codificações, todas baseadas nos ideais liberais. Assim, em 1916, surge o Código Civil; em 1939, o Código de Processo Civil; em 1940, o Código Penal; no ano seguinte, o Código de Processo Penal. Em decorrência da evolução social e, particularmente, da evolução científica que experimentou o processo civil no Brasil, em 11 de janeiro de 1973, é editada a Lei n. 5.869, dando origem ao novo Código de Processo Civil.

Todos esses códigos contribuíram significativamente para a consolidação do Ministério Público brasileiro como instituição autônoma. Entretanto, a autonomia total da instituição só foi alcançada com o advento da Constituição da República, de 1988, que instituiu o sistema democrático de governo.

⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. 2006, p. 11.

3.3 Evolução do Ministério Público nas Constituições brasileiras

3.3.1 A Constituição de 1824

A Constituição de 25 de março de 1824 foi outorgada por D. Pedro I e elaborada a partir do projeto de Antônio Carlos. As premissas que orientaram a sua formulação foram essencialmente liberais⁶⁴.

Em se tratando do Ministério Público, a Constituição Imperial não fez referência expressa a essa instituição. Nesse quesito, fez menção apenas ao Procurador da Coroa no Capítulo III, que disciplinava o Senado e assim dispunha em seu art. 48. “No Juízo dos crimes, cuja accusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional”.

Os Procuradores da Coroa eram nomeados entre os desembargadores que atuavam no Supremo Tribunal de Justiça e nos Tribunais da Relação, que foram criados pelo art. 163:

Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. **Historia constitucional do Brasil**. 1991, p. 98.

3.3.2 A Constituição de 1891

A proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1891, e a promulgação da primeira Constituição republicana, que ocorreu no mesmo ano, representaram um rompimento com o imperialismo, mesmo que só formalmente, como ensina Bonavides e Paes de Andrade⁶⁵: “os decretos do Governo Provisório e a promulgação subsequente da Constituição de 1891 foram pelo aspecto formal uma ruptura completa da ordem política anteriormente estabelecida no País”.

Entretanto, essa ruptura preconizada pela Proclamação da República e concretizada pela Constituição de 1891 não proporcionou para o Ministério Público nenhuma mudança quanto ao regime substituído. Vale dizer que o Decreto 848, da lavra do então Ministro da Justiça, Campos Salles, representou um grande avanço para o reconhecimento do Ministério Público como instituição integrante da organização política, como visto no tópico que tratou do período republicano. Contudo, o que se observa no presente tópico é o tratamento constitucional acerca do Ministério Público.

A Constituição de 1891 não tratou o Ministério Público como instituição; pelo contrário, a única referência relativa à instituição encontra-se no Título I, na Seção III, que trata do Poder Judiciário, em que estabelecia a forma como o Procurador-Geral da República era escolhido, como situa o art. 58, § 2º: “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei”. Também é mencionado no Título V, que cuida das Disposições gerais, que caberia ao

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. **Historia constitucional do Brasil**. 1991, p. 250.

Procurador-Geral da República a propositura da revisão criminal, como descrito na norma do art. 81, *caput*, § 1º:

Art 81 - Os processos findos, em matéria de crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.

§ 1º - A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República.

Carlos Maximiliano, tecendo comentários à Constituição de 1891, escreveu que o Ministério Público não era visto como instituição, mas ligado à Magistratura e ao Executivo.

Não se considera o titular da pasta da Justiça um superior hierarchico dos magistrados, e, sim, dos membros do Ministério Público; aquelles são independentes, estes, de confiança, e, portanto, demissíveis *ad nutum*.

É por meio dos últimos que o Governo influe beneficemente nos tribunaes, provocando-lhes a açção, defendendo o interesse geral e a observância criteriosa das leis, promovendo o castigo dos culpados, velando pela fortuna e bem-estar dos incapazes, advogando contra a usurpação e a cúbica individuaes os direitos da Fazenda e do patrimônio nacional. Constitue o Ministerio Publico um elo entre a magistratura e o Executivo; é o procurador official do Estado e da sociedade. Não há, portanto, doutrina mais absurda e anarchica, em face do objectivo para o qual foi creada aquella instituição, do que a de admitir a inamovibilidade dos seus membros⁶⁶.

O Ministério Público, portanto, era órgão de execução do Governo, pois era por meio daquele que este executava seus deveres em prol do interesse geral.

Assim, vemos que a Constituição de 1891, a despeito das inovações propugnadas pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, continuou atrelada a uma concepção apequenada e negligente em relação às atividades exercidas por essa instituição⁶⁷.

⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. 2005, p. 584 – 585.

⁶⁷ SALLES, Carlo Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. 1999, p. 28.

3.3.3 A Constituição de 1934

A Constituição brasileira, de 16 de julho de 1934, foi resultado do movimento revolucionário iniciado em 1930. O contexto em que essa Carta Magna se formou é totalmente adverso daquele que originou a Carta de 1891, pois nesse contexto as questões sociais ganharam maior relevância em substituição ao caráter de questão de polícia como era encarado pela República Velha⁶⁸.

A mudança de perfil adotado pela constituinte, de 15 de novembro de 1933, teve como paradigma a Constituição de Weimar⁶⁹, de 1919, ao dar destaque constitucional às questões sociais. Nesse sentido a Constituição de 1934 tornou-se uma Constituição Social:

O direito de propriedade, antes inatacável, limitou-se ao interesse social e coletivo. Ao lado do clássico catálogo de direitos e garantias individuais, a Constituição Social de 1934 inscreveu cláusula social com a constitucionalização da ordem econômica e social, da família, da educação e da cultura, como normas programáticas, seguindo o paradigma da Constituição de *Weimar*⁷⁰.

Desse modo, a Constituição de 1934 dedicou maior atenção às questões sociais. O Ministério Público também recebeu tratamento de destaque, pois passou a ser regulado no Título I - Da organização Federal, Capítulo VI - dos órgãos de cooperação nas actividades governamentais, e em Seção própria, de número I - Do Ministério Público, nos artigos 95 a 98 do texto constitucional.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. **Historia constitucional do Brasil**. 1991, p. 319.

⁶⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 2006, p. 414.

⁷⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. 2001, p. 453.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a determinar a organização da instituição em âmbito nacional, pois previa a existência do Ministério Público na União, no Distrito Federal e Territórios e nos Estados, como determina o art. 95: “O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais”.

Convém destacar que a determinação constitucional de organizar o Ministério Público nos estados, por leis locais, representou, para Hugo Nigro Mazzilli⁷¹, o primeiro passo para a separação das funções de defesa judicial do Estado das atividades típicas do Ministério Público.

Como órgão de cooperação nas atividades governamentais, o Ministério Público foi colocado ao lado do Tribunal de Contas (arts. 99 – 102) e dos Conselhos Técnicos (art.103). Para Roberto Lyra⁷², o tratamento dedicado ao Ministério Público, pelo poder constituinte de 1934, demonstra a sua vontade em consagrar o princípio da independência e da autonomia dessa instituição diante do Estado. Essa tese fica evidente, tendo em vista que a própria Constituição limitava o poder dos Estados em legislar acerca das garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Em contraste com os avanços alcançados, o texto constitucional de 1934 continuou permitindo a nomeação do Procurador-Geral da República pelo Chefe do Executivo e sua posterior aprovação pelo Senado Federal. A escolha do chefe do *Ministério Público* não estava adstrita aos membros da Corte Suprema, mas “entre cidadãos com requisitos estabelecidos para os ministros da Corte Suprema”. (*art. 95, caput*) O parágrafo primeiro, do mesmo artigo, permitia a demissão *ad nutum* do Procurador-Geral da República pelo Chefe do Poder Executivo.

⁷¹ MAZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2002, p. 40.

⁷² LYRA, Roberto: **Teoria e prática da promotoria pública**. 2001, p. 25.

Art. 95, § 1º - O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*.

3.3.4 A Constituição de 1937

Com o golpe de 10 de novembro de 1937, chegava ao fim a vigência da Carta Constitucional de 1934, sendo substituída pela Constituição outorgada por Getúlio Vargas. O novo texto constitucional tinha caráter eminentemente fascista. O seu conteúdo era notoriamente autoritário.

Como não seria diferente, por se tratar de uma Constituição autoritária, o Ministério Público não recebeu o mesmo tratamento concedido pela Carta Constitucional revogada. Conseqüentemente, a nova Constituição fez referência ao Ministério Público no capítulo dedicado ao Poder Judiciário, na Seção destinada ao Supremo Tribunal Federal, e não em seção própria, como na Carta anterior. Limitando-se a tratar do Procurador-Geral da República, chefe da instituição:

Art. 99 - O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Essa Carta Constitucional operou um verdadeiro retrocesso quanto às conquistas adquiridas pelo Ministério Público, tais como: sua independência e autonomia.

Evidente o retrocesso e a perda da independência da Instituição. Nem poderia ser diferente, uma vez que estamos tratando de instituições políticas reguladas por normas estatuídas por uma ditadura. Em regime de exceção não interessa a autonomia de um órgão que, contemporaneamente, é definido pelo de velar pelo cumprimento das leis e pela defesa dos interesses sociais (funções típicas de instituições que só podem atuar com eficácia num regime democrático). Portanto, privou-se o Ministério Público de sua independência, para subordiná-lo aos interesses daqueles que detinham de fato o poder do Estado⁷³.

O fato de o Ministério Público ter sido enquadrado no mesmo capítulo dedicado ao Poder Judiciário não pode conduzir-nos ao erro de interpretá-lo como instituição subordinada a esse Poder. A forma de nomeação e demissão do Procurador-Geral da República serve para dissipar qualquer dúvida quanto a quem o Ministério Público estava subordinado no regime implantado pela Carta de 1937. O art. 99, *caput*, estabelece que o Chefe do Ministério Público seja de livre nomeação e demissão *ad nutum* pelo Presidente da República. Desse modo, o Ministério Público dos Estados passou a ser defensor dos interesses do governo, como se depreende da leitura do parágrafo único do artigo 109: “A lei regulará a competência e os recursos nas ações para a cobrança da dívida ativa da União podendo cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar em Juízo a Fazenda Federal”⁷⁴.

3.3.5 A Constituição de 1946

Com o fim da Segunda Grande Guerra, o cenário mundial havia se modificado, surgindo um ambiente de desconfiança dos governos centralizadores.

⁷³ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. 1998, p. 80.

⁷⁴ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. Leme: Editora de direito. 1998, p. 81.

Diante dessas transformações, o governo de Vargas estava em pleno declínio, possibilitando o surgimento de manifestações com vistas à redemocratização do País⁷⁵. Assim, com a queda de Getúlio Vargas e o inevitável processo de redemocratização, teve início, no dia 2 de fevereiro de 1946, a Assembleia Constituinte. A consagração dos trabalhos por ela realizados aconteceu em 18 de setembro de 1946, quando a nova Constituição foi promulgada⁷⁶.

A Constituição de 1946 representou a redemocratização do Brasil e a queda da ditadura, como esclarece Bonavides e Paes de Andrade:

A Constituição de 1946 nos traz a certeza de que toda ditadura, por mais longa e sombria, está determinada a ter um fim. E, no caso da ditadura de Vargas, pode-se dizer que a luz que se seguiu às trevas foi de especial intensidade: o liberalismo do texto de 46 deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros. Foi parâmetro importante para nossa recente experiência constituinte e há de ser lembrada com atenção e respeito⁷⁷.

Em um ambiente de democracia, como o propiciado pela Carta Constitucional de 1946, o Ministério Público voltou a ter lugar de destaque nos moldes da Constituição de 1934. Deveras, a nova Carta Magna dedicou-lhe um Título próprio, disciplinado nos arts. 125 a 128, tornando-o independente dos outros poderes, atuando junto aos órgãos do Poder Judiciário, conforme o art. 125: “A lei organizará o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho”.

Além da autonomia institucional foram-lhe garantidos constitucionalmente outros princípios institucionais: ingresso na carreira mediante concurso público; estabilidade do membro na Instituição após dois anos de exercício no cargo;

⁷⁵ KOSHIBA, Luis; PEREIRA, Manzi Frayze. **História do Brasil**. 1993, p. 316.

⁷⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 2006, p. 416.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. **Historia constitucional do Brasil**. 1991, p. 409.

inamovibilidade; foi criado um sistema de promoção entre entrâncias inclusive nos Estados:

Art. 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

Art. 128 - Nos Estados, a Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção de entrância a entrância.

Apesar de todo o progresso deflagrado pela nova Constituição, o sistema de nomeação do Procurador-Geral da República comprometia a sua autonomia e independência. É o que se depreende do artigo 126: “O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*”.

O maior reparo apontado pela doutrina, porém, foi o fato de que a Constituição de 1946 manteve o sistema de demissão *ad nutum* do chefe do *Ministério Público*, pois o procedimento inibia a atuação imparcial e independência do Ministério Público. Nesse sentido argumenta Marcelo Pedroso GOULART:

O mais grave: o Procurador-Geral poderia ser demitido *ad nutum* pelo Presidente, fator de inibição de uma ação de efetiva independência do Ministério Público ante o Executivo, visto que, na prática, a previsão da demissão *ad nutum* transforma o cargo de Procurador-Geral em cargo de confiança, e a relação entre Procurador-Geral e Presidente numa relação de cumplicidade⁷⁸.

⁷⁸ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. Leme: Editora de direito. 1998, p. 82.

Outro fato que comprometeu a independência institucional do Ministério Público na Carta Magna de 1946 está previsto no art. 126, parágrafo único: “A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local”. De acordo com esse dispositivo legal, o Ministério Público Federal tinha a incumbência de representar os interesses da União em juízo. Essa determinação legal foi estendida aos Ministérios Públicos estaduais que atuavam nas comarcas do interior.

A Lei n. 1.341, de 30 de janeiro de 1951, em harmonia com a Constituição de 1946, organizou o Ministério Público da União. Seguindo a mesma diretriz constitucional atribuiu a essa Instituição, entre outras coisas: “I. velar pela execução das leis (art. 34, II) e, II. Representar a União, ou a Fazenda Nacional, nas causas cíveis em que figurem como autoras ou rés (art. 34, III, e V)”⁷⁹.

3.3.6 A Constituição de 1967 e a Emenda nº. 1 de 1969

O regime militar no Brasil teve início em 1964 e o seu primeiro Presidente da República foi o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, eleito pelo Congresso Nacional⁸⁰.

Os trabalhos que inauguraram a formação dessa Constituição tiveram início no dia 12 de dezembro de 1966, quando o Poder Executivo encaminhou ao

⁷⁹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005, p. 36.

⁸⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 2006, p. 416.

Congresso Nacional o seu projeto. Sem oferecer resistência, o Congresso Nacional promulgou a nova Carta Constitucional em 24 de janeiro de 1967⁸¹.

Com essa Constituição, retorna ao cenário político brasileiro o regime autoritário e antidemocrático que marcou a Carta Constitucional de 1937. Nesse contexto, a Carta de 1967 mitigou muitas das conquistas do Ministério Público, mas, principalmente, a sua independência institucional, pois não lhe destinaram capítulo próprio, colocando-o na seção IX, do capítulo VIII, destinado ao Poder Judiciário⁸².

Foram dedicados três artigos ao Ministério Público, artigos 137 a 139:

Art. 137 - A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juizes e Tribunais Federais.

Art. 138 - O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 113, § 1º.

§ 1º - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

§ 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art. 139 - O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no parágrafo primeiro do artigo anterior.
Parágrafo único - Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 108, § 1º, e art. 136, § 4º.

Como seria de se esperar de uma Constituição forjada para legitimar um regime autoritário, a Constituição de 1967 manteve os mecanismos que possibilitavam a subordinação do Ministério Público ao Poder Executivo. Assim, o

⁸¹ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. **Historia constitucional do Brasil**. 1991, p. 436.

⁸² GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. 1998, p. 83.

Procurador-Geral da República era um cargo de livre nomeação e demissão a cargo do Presidente da República (art. 138). A defesa dos interesses da União em juízo continuava sendo atribuição dos Procuradores da República ou dos promotores de justiça nas comarcas do interior (138, § 2º).

Contudo, algumas conquistas adquiridas ao longo dos anos foram mantidas, como o ingresso na carreira mediante concurso público de provas e títulos, a estabilidade no cargo após dois anos de exercício e, também, a inamovibilidade.

§ 1º - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

As sucessivas alterações do texto constitucional, por meio dos Atos Institucionais, tinham como escopo adaptá-lo às prementes necessidades do regime militar, e acabaram fragmentando-o. Com o pretexto de unificar o texto constitucional e aproveitando-se do estado debilitado de saúde do Marechal Costa e Silva, uma Junta Militar, composta pelos ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, assumiu o poder e, em 17 de outubro de 1969, outorgou a Emenda Constitucional n.º 1. Essa Emenda deu origem à chamada *Constituição de 1969*⁸³,

A *Constituição de 1969* não provocou grandes alterações em relação ao Ministério Público se for comparada à Carta de 1967. Entretanto, ocorreu uma alteração topográfica, pois o Ministério Público foi incluído na Seção VII, do Capítulo

⁸³ Não há consenso entre os constitucionalistas se a Emenda n.º 1 realmente introduziu uma nova carta Constitucional. Contudo, a posição majoritária é no sentido de que tal Emenda não se equipara a uma nova Constituição. Nesse sentido podemos citar: Pontes de Miranda, Pinto Ferreira, Raul Machado Horta.

VII, do Título I, destinado ao Poder Executivo, e foi disciplinado nos artigos 94 a 96⁸⁴.

As grandes alterações só ocorreram com a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, que alterou o art. 96, autorizando a edição de uma lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, com o fim de estabelecer normas gerais para servir de paradigma na organização dos Ministérios Públicos dos Estados⁸⁵.

Em atendimento a essa determinação constitucional, foi editada a Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que estabelecia as diretrizes gerais que deveriam ser seguidas na organização do Ministério Público dos estados. Com a vigência dessa lei, o crescimento das atribuições e garantias da Instituição foi vertiginoso.

As conquistas do Ministério Público estabeleceram-se em decorrência das transformações ocorridas em toda a nação, que se mobilizava em prol de uma sociedade livre, justa e democrática. Essa mobilização democratizante irá culminar com a Constituição de 1988.

⁸⁴ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 36.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 2006, p. 562 – 563.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

4.1 As transformações decorrentes da Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, inaugurou um novo paradigma de Estado, fundado nos seguintes princípios: soberania popular exercida por meio de representantes eleitos ou diretamente; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; pluralismo político (art. 1º, incisos I a V).

Esse novo modelo estatal, denominado Estado Democrático de Direito, representa uma das maiores conquistas da História do País, pois, como foi visto alhures, esse modelo democrático e de direito nunca esteve presente nas Constituições que a precederam.

Diferentemente do Estado Liberal de Direito, que protegia os direitos individuais, e do Estado Social de Direito que tutelava alguns direitos sociais, a premissa protetiva desse paradigma político é ampla e irrestrita, sempre objetivando a justiça material. José Afonso da Silva explica o Estado Democrático de Direito da seguinte forma:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas que os supera na medida em que incorpora um componente que é revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa

de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando⁸⁶.

Kildare Gonçalves Carvalho⁸⁷ afirma que o Estado Democrático de Direito constitui-se em um processo dinâmico de democracia e é em razão desse dinamismo que será possível realizar os objetivos presentes no artigo 3º do texto constitucional, ou seja, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além das normas de organização do Estado, foram elevados ao patamar constitucional os direitos relativos à cidadania civil e política bem como – e aí reside interessante inovação da Carta Política de 1988 – os direitos que consubstanciam a cidadania social: educação; saúde; trabalho; proteção à infância; assistência aos desamparados; meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo etc. Essa inovação teve como objetivo atender as exigências decorrentes das transformações sociais e com o escopo de cumprir as premissas de justiça material na busca da transformação da realidade social.

Desse modo, a atual Constituição concebeu uma democracia econômica e social, estabelecendo garantias e direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, definindo uma nova forma de organização política do Estado e, ainda, fornecendo instrumentos para a consecução dos direitos nela declarados.

A nova sistemática implementada pelo constituinte originário induziu, como não poderia ser diferente, à alteração de todas as instituições políticas, sociais e econômicas do Estado para que pudessem funcionar consoante o novo modelo

⁸⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 2000, p. 108.

⁸⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 2006, p. 455.

político adotado, em especial considerando-se o evidente objetivo de democratização do País.

4.2 Posicionamento Constitucional do Ministério Público

A atual Constituição brasileira dispensou ao Ministério Público um tratamento nunca experimentado nas Constituições anteriores. Nesse sentido, o texto constitucional foi preciso na sua definição da Instituição, além de fazê-lo com apurada e avançada técnica legislativa, que conferiu destaque internacional ao órgão ministerial brasileiro⁸⁸.

Dessa forma, a Carta Magna regulamentou a posição do Ministério Público no seu Título IV, responsável pela organização dos Poderes, entretanto, não o subordinou a nenhum dos poderes constituídos. Assim, foi-lhe dedicado Capítulo próprio, denominado – *Das funções essenciais à Justiça*, acomodado em Seção própria, estando disciplinado nos artigos 127 a 130.

Foi assegurada à Instituição autonomia funcional e administrativa, definiram-se os princípios que orientam a sua atuação, manteve-se sua organização estabelecida em nível federal e estadual, suas garantias e vedações foram fixadas e estabeleceram-se critérios formais para a escolha e destituição do Procurador-Geral. Diante dessas inovações, Carlos Alberto de Salles⁸⁹ acentua que a mais importante

⁸⁸ Mauro Cappelletti em comentários acerca do Ministério Público brasileiro afirma que essa instituição se destaca no cenário mundial pela efetiva independência assegurada pela Constituição de 1988.

⁸⁹ SALLES, Carlo Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. 1999, p.33.

foi que o atual texto constitucional definiu precisamente as funções do Ministério Público.

4.3 Novo perfil institucional do Ministério Público

De acordo com as lições de Arthur Pinto Filho⁹⁰, o Poder Judiciário, embora experimentasse modificações, como a criação do Superior Tribunal de Justiça, não sofreu alterações tão profundas. O Poder Legislativo reassumiu a sua clássica organização para funcionar em Estados democráticos, recebendo, do constituinte, outras funções típicas de outro Poder, ou seja, em se tratando de comissões parlamentares de inquérito, tem o poder de investigação próprio das autoridades judiciárias. Por sua vez, o Poder Executivo, como corolário do fim do regime autoritário, foi refreado, extinguindo-se, *v.g.*, os decretos-lei e o modo indireto de escolha do Presidente da República.

Com efeito, a instituição do Ministério Público teve sua essência alterada, recebendo relevante *status* constitucional. A sua mudança topográfica e seu novo perfil constitucional lhe garantiram a missão de guardião da sociedade, ainda quando os interesses colidam com os do Estado.

Nas palavras de Emerson Garcia⁹¹, o Ministério Público é visto como “Instituição social, voltada, primordialmente, para a salvaguarda dos ideais democráticos e da sociedade como um todo, muitas vezes protegendo-a dos próprios poderes constituídos”.

⁹⁰ PINTO FILHO, Arthur. **Constituição, classes sociais e Ministério Público**. 1996, p. 66 – 68.

⁹¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 6.

A compreensão do papel reservado ao Ministério Público na Constituição Federal de 1988 passa pelo exame da sua legitimidade.

Arthur Pinto Filho⁹² discute a questão da legitimidade do Poder Constituinte e da Constituição, observando que, para haver legitimidade e eficácia do texto constitucional, ele deve expressar a “medida e os limites em que a dominação de classe e suas correlações são consideradas estáveis e suportáveis pelas demais classes”.

Não se perdendo de vista que, segundo Habermas⁹³, a legitimidade “é uma exigência de validade contestável e, como tal, é perfeitamente questionável a todo momento, tornando-se um problema permanente”.

Uma das causas da perda de legitimidade (deslegitimação) ocorre quando não são praticados os direitos e garantias inseridos na Constituição, em especial na parte que toca às classes dominadas. Da mesma forma, a estabilidade do próprio sistema democrático depende da manutenção da legitimidade e eficácia das leis, sendo necessário que alguma instituição pudesse contribuir decisivamente para tal desiderato.

A questão, então, para o Constituinte residia em definir uma instituição que teria a missão fundamental de, ao defender a ordem democrática, fazer valer a Constituição em sua inteireza.

É certo que o Constituinte escolheu o Ministério Público para exercer a relevantíssima missão, pois era uma Instituição enraizada em todas as Comarcas, com aparelhamento técnico bastante bom, com conhecimentos específicos, que, com base no novo modelo, não poderia ter qualquer vinculação com os poderes públicos⁹⁴.

Com essas premissas e considerando a trajetória historicamente traçada pelo Ministério Público, não é difícil compreender os motivos que levaram o Constituinte

⁹² PINTO FILHO, Arthur. **Constituição, classes sociais e Ministério Público**. 1996, p. 68.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. 1983, p. 220.

⁹⁴ PINTO FILHO, Arthur. **Constituição, classes sociais e Ministério Público**. 1996, p. 84.

originário a reconhecê-lo como um dos mais legítimos instrumentos de que a sociedade poderia dispor para alcançar o objetivo de construir uma democracia econômica e social.

Pela primeira vez na história constitucional do Brasil, o Ministério Público teve tratamento orgânico. As suas principais regras referentes à sua autonomia, funções, garantias, vedações e conceituação foram tratadas explicitamente.

A autonomia e independência da Instituição, em face dos órgãos que exercem o poder do Estado, foram garantidas pela nova ordem constitucional.

Algumas das funções desempenhadas, como a legitimação privativa para a ação penal pública, que encontravam respaldo em normas infraconstitucionais, foram alçadas ao patamar da Lei Maior. Outras foram ampliadas, como no caso da tutela genérica para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Inovações também existiram, a exemplo do papel de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública dos direitos assegurados na Constituição. No mesmo sentido, houve a defesa constitucional dos interesses dos povos indígenas e o controle externo da atividade policial⁹⁵.

A nova gama de atribuições constitucionais veio acompanhada da indicação dos meios e instrumentos necessários para dar efetividade ao desempenho das suas funções. Desse modo, o Ministério Público foi conceituado como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (art. 127, *caput*, CF/88)

Com efeito, o atual desenho constitucional da instituição, encarregada pelo legislador constituinte de 1988 de defender a 'ordem jurídica', o 'regime

⁹⁵ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 39 – 44.

democrático' e os 'interesses sociais e individuais indisponíveis' (art. 127 da CF de 1988), não deixa nenhuma margem a dúvida quanto ao deslocamento operado pelo Ministério Público, dentro da organização política do Estado brasileiro, no sentido de desvincular-se do aparato repressivo oficial para caminhar na direção da sociedade civil, colocando-se no seio desta última como seu defensor e representante⁹⁶.

Sobre cada elemento dessa conceituação é que se concentrará o enfoque adiante, com o objetivo de revelar qual deve ser o direcionamento da atuação do Ministério Público para dar azo aos postulados do artigo 127, *caput*, da Carta Política de 1988.

4.3.1 Conceito institucional e natureza jurídica do Ministério Público

4.3.1.1 Conceito institucional

John Rawls define o que seja instituição, fazendo alusão ao sistema das práticas sociais e não apenas encampando uma noção estritamente jurídica.

Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações. Como exemplo de instituições, ou falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade⁹⁷.

É possível extrair do texto supracitado que, embora o tema seja controverso, o conceito de instituição liga-se a todos os modelos de organização compostos por

⁹⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público, democracia e ensino jurídico**. 2000, p. 144.

⁹⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1996, p. 58.

determinada coletividade, ainda que não seja objetiva e formalmente regulada por um poder constituído⁹⁸.

Por sua vez, Antônio Cláudio da Costa Machado, discorrendo sobre o fenômeno instituição, explica a complexidade de entendimento desse termo nas mais diversas áreas das ciências humanas.

Em suma, de acordo com o pensamento que tem prevalecido na doutrina hodierna, entende-se que instituição seja toda a organização nascida espontaneamente no seio da sociedade que, independentemente de regulamentação positiva, é reconhecida como ente jurídico ante a força intrínseca de sua destinação e pela sua permanência no espaço e tempo⁹⁹.

Referida fórmula, sem dúvida, aplica-se ao Ministério Público, que se constitui em típica organização pública, com sua história e desenvolvimento próprio, conforme cada sistema a que pertença, e admitida universalmente como defensora dos valores sociais mais importantes.

[...] Na medida em que crescia, mais concreto e definido se tornou o seu escopo, mais claro se tornou o seu papel social. O Ministério Público é, portanto, este ser jurídico permanente, posto que extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, e que possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade que o criou¹⁰⁰.

⁹⁸ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 45.

⁹⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 1998, p. 23 – 24.

¹⁰⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 1998, p. 25.

4.3.1.2 Natureza jurídica

Consoante Emerson Garcia¹⁰¹, a natureza jurídica da instituição ministerial ocupa posição intermediária entre as teorias do órgão e da pessoa jurídica, visto que não seria mero complexo de atribuições e a ela não se atribui personalidade jurídica, sendo mais correto atribuir-se-lhe a natureza de órgão *sui generis* como de Instituição constitucional.

Esses fatores devem ser devidamente sopesados em qualquer tentativa de identificação da natureza jurídica da Instituição, exigindo sejam ressaltadas suas peculiaridades sempre que haja qualquer tentativa de aproximá-la de figuras já sedimentadas no seio da doutrina. Tendo essa advertência em mira, para aqueles que prezam a concisão das idéias e a eficácia dos signos lingüísticos, tanto será correto atribuir-se ao Ministério Público a natureza jurídica de órgão *sui generis* como de *Instituição Constitucional*¹⁰².

Tal conclusão, é bom frisar, partiu da premissa de que o Ministério Público, apesar dos caracteres intrínsecos a um poder, não é considerado como tal, segundo a doutrina.¹⁰³

¹⁰¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 44 – 46.

¹⁰² GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 46.

¹⁰³ Neste sentido: ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 2005. v.1; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1992.

4.4 A nova estrutura organizacional do Ministério Público

4.4.1 Ministério Público da União

O Ministério Público foi organizado pela Constituição da República considerando a forma federativa do Estado. Assim, foi estruturado para atuar no âmbito da União e dos Estados. Os entes federativos são dotados de autonomia, o mesmo acontece com o Ministério Público, ou seja, não há vínculo institucional entre eles, somente o vínculo funcional como já foi dito anteriormente. Nesse sentido, Ministério Público da União e dos Estados são instituições autônomas quanto à estrutura organizacional. Não há unidade entre essas instituições, tendo em vista que o Ministério Público da União é chefiado pelo Procurador-Geral da República, e os Estados têm como chefe da instituição o Procurador-Geral de Justiça¹⁰⁴.

O art. 128, I, da CF, subdividiu o Ministério Público da União da seguinte forma: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. A organização, as atribuições e o estatuto da Instituição foram criados mediante lei complementar, de iniciativa concorrente do Presidente da República e do Procurador-Geral da República. É prerrogativa dos membros dessa instituição as garantias e as vedações previstas no art. 128, § 5º, da CF, além das funções institucionais arroladas no art. 129, também da Lei Maior.

¹⁰⁴ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 80.

Em decorrência da determinação constitucional foi editada, em 20 de maio de 1993, a Lei Complementar n. 75, que regulamentou o texto constitucional relativo ao Ministério Público da União criando o seu Estatuto. Esse diploma legal é subdividido da seguinte forma: Título I - Das disposições gerais; Título II - Dos Ramos do Ministério Público da União; Título III – Das disposições estatutárias especiais; e por fim, Título IV – Das disposições finais e transitórias.

Cada um dos ramos do Ministério Público da União terá um Procurador-Geral nomeado pelo Procurador-Geral da República. Os Procuradores-Gerais ocuparão o cargo pelo período de dois anos, permitida uma recondução, conforme estabelece o art. 26: “São atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público da União: [...] IV - nomear e dar posse ao Vice-Procurador-Geral da República, ao Procurador-Geral do Trabalho, ao Procurador-Geral da Justiça Militar, bem como dar posse ao Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios; V - encaminhar ao Presidente da República a lista tríplice para nomeação do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios”.

A exceção a essa regra fica por conta do Procurador-Geral do Distrito Federal, que será nomeado pelo Presidente da República e empossado pelo Procurador-Geral da República. Também é oportuno ressaltar que este último é o chefe do Ministério Público Federal (art. 45, da LC 75/93)

4.4.1.1 Ministério Público Federal

O Ministério Público Federal está disciplinado na Lei Complementar nº. 75/93 em seus arts. 36 a 82. De acordo com esse diploma legal, essa Instituição exercerá suas funções “nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais e dos Tribunais e Juízes Eleitorais” (art. 37, I).

Além disso, é legítima a sua atuação “nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional”. (art. 37, II). Por fim, cabe ainda ao Ministério Público Federal ser “parte legítima para interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados nas representações de inconstitucionalidade” (art. 37, Parágrafo único).

O art. 232 da CF dispõe que “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Assim, mesmo que o Ministério Público não atue como órgão agente, deverá atuar como órgão interveniente nas causas elencadas no referido dispositivo constitucional. A razão pela qual cabe a essa Instituição a defesa dos índios é simples, o art. 109, XI, da CF, determina a competência dos juízes federais para processar e julgar a “disputa sobre direitos indígenas”.

4.4.1.1.1 Funções eleitorais do Ministério Público Federal

A Constituição de 1988 e a Lei Complementar nº. 75/93 não atribuíram à instituição existência própria de Ministério Público Eleitoral. De acordo com esse diploma a função eleitoral será exercida pelo Ministério Público Federal, como estabelece o art. 62. “Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral”.

4.4.1.2 Ministério Público do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho está disposto nos arts. 83 a 115, da Lei Complementar 75/93. As suas atribuições serão exercidas na Justiça do Trabalho (art. 83, *caput*). Os incisos do artigo 83 estabelecem quais são as suas funções específicas (incisos I ao XIII). Os órgãos de execução do Ministério Público do Trabalho são apresentados pelo art. 85: “o Procurador-Geral do Trabalho; II - o Colégio de Procuradores do Trabalho; III - o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho; IV - a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho; V - a Corregedoria do Ministério Público do Trabalho; VI - os Subprocuradores-Gerais do Trabalho; VII - os Procuradores Regionais do Trabalho; VIII - os Procuradores do Trabalho”.

Entre as atribuições do Ministério Público do Trabalho, o artigo 83, inciso IV, dispõe sobre a propositura de “ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores”.

Esse inciso teve sua constitucionalidade garantida pelo Supremo Tribunal Federal por entender que não ocorre nenhum tipo de cerceamento à liberdade sindical. No mesmo sentido, a Corte reconheceu a sua legitimidade para propor ação civil pública com vistas a tutelar direitos dos trabalhadores¹⁰⁵.

4.4.1.3 Ministério Público Militar

A Lei Complementar 75/93 disciplina o Ministério Público Militar na Seção III, Capítulo I, nos artigos 116 a 148. De acordo com o art. 116: “Compete ao Ministério Público Militar o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça Militar”. As suas funções estão expostas nos incisos do artigo 116 e são as seguintes: “I - promover, privativamente, a ação penal pública; II - promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato; III - manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção”. O chefe da Instituição é o Procurador-Geral da Justiça Militar (art. 120)

¹⁰⁵ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 85.

4.4.1.4 Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, de acordo com o art. 128, I, d, é um dos ramos do Ministério Público da União. Está disciplinado na Lei Complementar nº. 75/93, em seus arts. 149 a 181.

Diferentemente dos seus congêneres estaduais, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não desfruta de autonomia administrativa e financeira, sua proposta orçamentária deve ser encaminhada para o Procurador-Geral da República, como preceitua o art. 159, XVIII, da LC 75/93: “encaminhar ao Procurador-Geral da República a proposta orçamentária do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, após sua aprovação pelo Conselho Superior”.

O Procurador-Geral do Distrito Federal, a exemplo dos Estados, é escolhido pelo chefe do executivo, entre os que figuram em lista tríplice formada pela classe. O aspecto peculiar dessa escolha está no fato de que não é o Governador do Distrito Federal quem faz a escolha, mas sim o Presidente da República, como estabelece o art. 156: “O Procurador-Geral de Justiça será nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes de lista tríplice elaborada pelo Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova lista tríplice”.

A formação das listas sêxtuplas, que serão encaminhadas aos tribunais para a composição do terço e do quinto constitucionais, não é elaborada pelo Conselho Superior da Instituição como ocorre no Ministério Público do Estado, mas pela própria classe. (art. 162, III e V, da LC nº. 75/93)

4.4.2 O Ministério Público dos Estados

Conforme ficou demonstrado, a Lei Complementar n. 75/93 foi criada para regulamentar o texto constitucional em todos os assuntos relativos ao Ministério Público da União. Sendo assim, tem caráter subsidiário quanto ao *Ministério Público* dos Estados. Isso porque foi criada uma lei orgânica nacional com o intuito de estruturar e uniformizar a atuação ministerial nos Estados.

A Lei n.º 8. 625/93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, possui caráter nacional e dispõe sobre normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados. Desse modo, tem o condão de determinar em linhas gerais a estrutura e as diretrizes básicas de organização e de atuação do Ministério Público nos Estados federados. Em contrapartida, pelo caráter ampliativo da Lei Nacional, eventuais peculiaridades devem ser tratadas em sua própria lei orgânica, ou seja, a Lei n.º 8. 625/93 serve de base para que os Estados elaborem a lei orgânica dos respectivos Ministérios Públicos.

Para que se compreenda o Ministério Público dos Estados, é necessário visualizar as diretrizes traçadas pela Lei n.º 8. 625/93, porque, é a partir dessas normas, que cada Estado organiza o seu Ministério Público.

De acordo com o art. 7º, Lei n.º 8. 625/93, são os órgãos de execução do Ministério Público dos Estados, que atuam perante o Poder Judiciário: o Procurador-Geral de Justiça, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça.

O Procurador-Geral de Justiça é o chefe da instituição. Suas funções, *grosso modo*, serão exercidas nos tribunais estaduais, como determinam os incisos do art. 29, I, II, III, IV, V, VI, da Lei n.º 8. 625/93. Por outro lado, há situações em que o

Procurador-Geral de Justiça atuará em primeira instância, como dispõe o art. 29, VIII: “exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação”. De acordo com Emerson Garcia¹⁰⁶, em se tratando de ação civil pública, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou o entendimento segundo o qual é inaplicável o foro por prerrogativa de função existente em relação ao julgamento dos crimes e dos mandados de segurança. Portanto, o juízo competente para julgar os agentes públicos demandados é o monocrático.

Os Procuradores de Justiça devem exercer seu ofício nos tribunais, contudo, somente nas questões que não são prerrogativas do Procurador-Geral de Justiça (art. 31 da Lei n.º 8. 625/93).

O art. 32 da Lei n.º 8. 625/93 prevê em linhas gerais as atribuições dos Promotores de Justiça:

Art. 32. Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições:

- I - impetrar *habeas-corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes;
- II - atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis;
- III - officiar perante à Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União que forem pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária.

Como é possível constatar, as atribuições do Promotor de Justiça são em sua grande maioria exercidas no juízo de primeira instância da justiça comum. Mas é cabível sua atuação nos Tribunais locais para impetrar *habeas-corpus* e mandado

¹⁰⁶ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 152.

de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes, como estabelece o inciso I, do art. 32, da Lei n.º 8.625/93.

4.4.3 Ministério Público especial nos Tribunais de Contas

A atuação do Ministério Público nos Tribunais de Contas é prevista no art. 63, §2º, I, da Constituição da República, e dispõe que os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: “I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento”, e, ainda, no art. 130 do mesmo Diploma legal: “Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”.

A interpretação desses dispositivos legais levava a conclusão de que o órgão do Ministério Público que atua nos Tribunais de Contas estaria ligado à estrutura orgânica do Ministério Público, no caso do Tribunal de Contas da União ao Ministério Público da União, e nos Tribunais de Conta dos Estados ao Ministério Público de cada estado-membro. Sendo assegurado a seus integrantes o mesmo regime jurídico destinado aos demais.

Entretanto, com o advento da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, foi dada outra interpretação aos dispositivos constitucionais supramencionados. Em seus

artigos 80 a 84, o Ministério Público especial atua no Tribunal de Contas da União e, conseqüentemente, está ligado à estrutura orgânica desse Tribunal.

De acordo com o art. 80 da Lei n.º 8.443, aplica-se aos seus membros os mesmos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e da independência funcional. E acrescentou: “compõe-se de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em direito”. O parágrafo 3º estipulou que o ingresso na “carreira far-se-á no cargo de procurador, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização e observada, nas nomeações, a ordem de classificação”.

Contudo, os dispositivos 80 a 84 da Lei n.º 8.443/92 geraram controvérsias, porque contrariavam a interpretação dada ao artigo 73, §2º, I, e ao artigo 130, da Constituição da República que previa a atuação do Ministério Público estadual ou da União a depender do ente federativo em questão. Com o escopo de defender essa interpretação, o Procurador-Geral da República ajuizou uma ADI arguindo a inconstitucionalidade dos artigos 80 a 84 da Lei n.º 8.443/92, sob o fundamento de que o rol do art. 128, I, da Constituição da República é taxativo e, portanto, não admite a existência de um novo Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão, decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos examinados e, conseqüentemente, o Ministério Público no Tribunal de Contas da União não integra o Ministério Público da União, mas está vinculado à administração do próprio Tribunal.

E M E N T A - ADIN - LEI N. 8.443/92 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO - VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA A CORTE DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O

PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE A ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, CAPUT, IN FINE) - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - ENUMERAÇÃO EXAUSTIVA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE REGRAMENTO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR - INTELIGENCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 130 DA CONSTITUIÇÃO - AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE. - O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 63, par. 2., I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. - O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na "intimidade estrutural" dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de auto governo que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) - da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente a sua organização, a sua estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos. - Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar e reclamada, no que concerne ao *Ministério Público*, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, par. 5.). - A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum¹⁰⁷.

Para o Supremo Tribunal Federal, o art. 75 da CF é norma de organização e composição do Tribunal de Contas da União e, portanto, deve orientar a organização dos seus congêneres estaduais¹⁰⁸. Com base nesse entendimento, o STF já proferiu decisão, em sede liminar, de inconstitucionalidade de lei complementar estadual que

¹⁰⁷ STF – Pleno - ADI n.º 689-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça da União** de 19/12/94, p. 35. 180.

¹⁰⁸ STF – Pleno- ADI n.º 892 – 6/RS, Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça da União** de 06/11/96, p. 56.230.

atribuía ao Ministério Público estadual o funcionamento junto aos Tribunais de Contas estaduais¹⁰⁹.

O Ministério Público especial nas Cortes de Contas não é dotado dos mesmos princípios institucionais como aqueles que estão arrolados no art. 128, I, da CF, ou seja, não lhe são garantidos os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional; não desfrutam, pois, de autonomia financeira e administrativa.

Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Ec. n.º 23/1988. Inconstitucionalidade. 1. Esta Corte já firmou orientação no sentido de que o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas não dispõe de fisionomia institucional própria (ADI n.º 789, Celso de Mello, DJ de 19.12.94). 2 As expressões contidas no ato legislativo estadual que estendem ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas do Estado as prerrogativas do Ministério Público comum, sobretudo as relativas “à autonomia administrativa e financeira, à escolha, nomeação e destituição de seu titular e à iniciativa de sua lei de organização” são inconstitucionais, visto que incompatíveis com a regra do artigo 130 da Constituição Federal. 3. Disposição reintroduzida na Constituição do Estado de Goiás pela EC n.º 23, de 9 de dezembro de 1988, malgrado o seu teor já houvesse sido declarado inconstitucional pelo STF (ADIMC 1.858/GO, Ilmar Galvão, j. na Sessão de 16.12.98). Medida cautelar deferida¹¹⁰.

O Ministério Público que deve atuar nos Tribunais de Conta, tanto da União quanto dos Estados são os Ministérios Públicos especiais, que, como vimos, são destituídos de autonomia administrativa e financeira, somente seus membros desfrutam de autonomia funcional. Essa instituição não guarda qualquer relação com os Ministérios Públicos da União e dos Estados¹¹¹.

Em outra vertente, Alexandre de Moraes¹¹² pondera que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no que concerne aos Ministérios Públicos que atuam nos Tribunais de Contas Estaduais, está equivocado, porque a

¹⁰⁹ STF – Pleno- ADI n.º 1.545 – 1/SE – medida liminar, Rel. Min. Octávio Gallotti. **Diário da Justiça da União** de 24/10/96, p. 54.156.

¹¹⁰ STF - ADI n.º 2368/GO, Rel. Min. Mauricio Corrêa. J. em 22/03/01, **Diário da Justiça da União** de 05/04/01, p. 036.

¹¹¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 62

¹¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 2006, p. 594.

Constituição da República consagra apenas um único Ministério Público Estadual, que é uno e indivisível. Da mesma forma, adverte que, ao contrário do que está previsto no art. 73, § 2º, I, da CF, quanto ao Tribunal de Contas da União, a CF não dispensa nenhum comentário sobre a existência de um Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos Estados.

É de concluir que cada um dos Estados-membros, dotados de poder constituinte derivado decorrente, com características de um Estado Federado, poderá assentar constitucionalmente a forma jurídico-institucional do Ministério Público que atuará perante o Tribunal de contas do Estado e dos Municípios.

5 OS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

5.1 O caráter normativo dos princípios

Hodiernamente, os princípios jurídicos são considerados levando-se em conta seu caráter normativo. Isso significa que, ao contrário do que se pensava, os princípios têm *status* de direito positivo e de norma jurídica. Por conseguinte, eles têm positividade e vinculatividade. Nesse sentido, são “normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamento públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas”¹¹³.

Entretanto, para que os princípios adquirissem *status* de normatividade, tanto no campo teórico quanto no positivo, foi necessária uma longa elaboração metodológica desenvolvida pela Ciência Jurídica. Assim, a forma como os princípios são encarados na atualidade é fruto dos debates desenvolvidos ao longo dos tempos entre as correntes do jusnaturalismo, juspositivismo e o pós-positivismo.

É de fundamental importância a compreensão normativa dos princípios porque são eles que orientam a atuação do Ministério Público. Tais princípios institucionais estão esculpidos no texto constitucional no art. 127, § 1º: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. E são reproduzidos na Lei nº. 8. 625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 1º. Estão carregados de imperatividade, que exige a conformação das condutas aos seus ditames, devido ao seu caráter normativo.

¹¹³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2002, p. 60.

Assim, para demonstrar a importância dos princípios que orientam o Ministério Público, é necessário, mesmo que sucintamente, apresentar a evolução do conceito de princípios até nossos dias.

5.2 A evolução da concepção dos princípios nas escolas jurídicas

5.2.1 A concepção de princípios no jusnaturalismo

A fase jusnaturalista, considerando o jusnaturalismo antigo, o medieval-cristão e o antropológico, tinha como fundamento a ideia de um direito natural. Tal direito era compreendido como um conjunto de valores, crenças e costumes que extraíam sua legitimidade de si mesmos e não de uma norma jurídica; ou seja, não precisavam de uma norma positivada, emanada do Estado para que fossem considerados direitos verdadeiramente reconhecidos. Pelo contrário, de acordo com essa concepção era o direito natural que legitimava e delimitava a norma estatal¹¹⁴.

Nesse contexto, os princípios assumiram uma feição meramente abstrata, sem qualquer indício de normatividade ou positivação. Contudo, era natural e até compreensível que nesse período os princípios habitassem no mundo das ideias, tanto pela influência exercida pela filosofia de Platão, que marcou essa fase histórica, quanto pela necessidade de conceber os princípios como algo mais

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2006, p. 318.

sublime, o que implicava, necessariamente, não ser produzido pela simples criatividade legislativa¹¹⁵.

Por conseguinte, na fase jusnaturalista, os princípios são concebidos como normas estabelecidas pela reta razão, figuravam como reminiscência de um direito ideal, formuladas em conjunto entre a lei de Deus e a lei dos homens¹¹⁶.

5.2.2 A concepção dos princípios no positivismo jurídico

O positivismo jurídico teve a pretensão de criar uma ciência jurídica nos moldes das ciências exatas e naturais. Assim, a ciência jurídica passaria a ser objetiva, desvinculada das concepções teológicas ou metafísicas, baseadas em princípios ideais e abstratos que não podiam ser demonstrados objetivamente, como ocorria na fase jusnaturalista.

A persecução desse objetivismo jurídico seria alcançada quando a ciência do direito excluísse do seu bojo de atuação todos os juízos de valor, tornando-se um conhecimento *avalorativo*, como definiu Norberto Bobbio¹¹⁷. O direito daria ênfase na realidade observável e não na mera especulação filosófica.

Nesse período houve uma aproximação entre o Direito e a norma, sendo que esta promana do Estado e tem poder coativo e caráter imperativo. Com essa

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 2004, p. 260.

¹¹⁶ FLOREZ-VALDES, Joaquin Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulacion constitucional**. Madrid: 1990, p. 38.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. 1995, p. 135.

concepção o direito passa a ser: o conjunto de normas existentes em determinado local¹¹⁸.

Os princípios, nesse contexto, não poderiam estar fora das normas, pois, do contrário, eles não seriam considerados pela ciência do direito. Assim, nesse entendimento, somente seriam extraídos do próprio ordenamento normativo.

Os princípios foram inseridos nos Códigos como fonte normativa subsidiária para garantir o reinado absoluto da lei, pois eles são apenas princípios gerais do direito que servem de fundamento para o direito positivo, não tendo, portanto, a mesma eficácia que as normas positivadas¹¹⁹.

5.2.3 A concepção de princípios no pós-positivismo

As mudanças ocorridas na segunda metade do século XX trouxeram profundas alterações ao Direito. Em função delas, o positivismo jurídico se tornou um sistema incompatível com a nova realidade, pois, de acordo com essa doutrina, o direito deveria se desvincular de toda ética ou valor. Contudo, essa visão estanque já não era aceita nos anos subsequentes à Segunda Grande Guerra.

Se por um lado a visão *avalorativa* do positivismo jurídico não se sustentava, não se pode dizer o mesmo do seu discurso cientificista que já impregnara o Direito. A volta pura e simples às teorias abstratas e metafísicas do jusnaturalismo era inconcebível¹²⁰.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. 1995, p. 181.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 2004, p. 262.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2006, p. 326.

Esses dois modelos jurídico e filosófico, da forma como foram originalmente criados, não resistiriam às investidas intelectuais que os novos tempos impunham¹²¹. Assim, surgiu um conjunto difuso e abrangente de ideias que tinham o objetivo de criar um sistema aberto, ao contrário dos anteriores, capaz de responder às exigências do seu tempo e acabou sendo chamado de pós-positivismo. Entretanto, para nos determos àquilo que mais nos interessa devemos esclarecer como os princípios passaram a ser considerados nesse novo período.

A característica mais marcante no que diz respeito aos princípios no pós-positivismo foi o reconhecimento de sua normatividade, ou seja, eles passaram a ser a “síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”¹²². Ao contrário dos outros períodos, os princípios passaram a ser reconhecidos pela ordem jurídica. Eles são considerados no pós-positivismo como regras e não meramente como diretrizes axiológicas.

5.3 Princípios informadores do Ministério Público

5.3.1 Princípio da Unidade

De acordo com o princípio da unidade, o Ministério Público é uma instituição única, o que significa dizer que seus membros integram e representam o mesmo

¹²¹ Um dos intelectuais que mais se opôs ao positivismo jurídico no século passado foi Ronald Dworkin.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2006, p. 326.

organismo. Por conseguinte, eles não podem ser considerados individualmente, sua atuação está atrelada à instituição. Dessa forma, é possível afirmar que membros e instituição se confundem.

Entretanto, o Ministério Público, visto como organismo, pode ser formado a partir de estruturas distintas, razão pela qual é possível a existência de diferentes Ministérios Públicos, como é o caso do Ministério Público dos Estados e o Ministério Público da União, que por sua vez, é formado por diversos ramos. Só existe unidade no Ministério Público formado sob a mesma estrutura. Em vista disso, o princípio da unidade não incide entre Ministério Público Estadual e Federal, por se tratar de instituições formadas por estruturas organizacionais diversas, já que cada um tem autonomia financeira e chefia própria.

Para Emerson Garcia¹²³, a existência de vários Ministérios Públicos é fruto da organização federativa adotada pelo Brasil, em que é garantida autonomia entre os entes federados. Essa Instituição é criada com base na estrutura orgânica da federação em que está vinculada, razão pela qual tem autonomia em face das instituições de Estados e instâncias diferentes.

Há unidade entre os diversos Ministérios Públicos quanto à atividade funcional, tendo em vista que todos eles desempenham as mesmas funções institucionais que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

É justamente o princípio da unidade que legitima a atuação do Ministério Público Federal, junto aos Tribunais Superiores, nas ações ajuizadas pelos Ministérios Públicos Estaduais, ou mesmo naqueles em que intervieram no âmbito da Justiça Estadual. Não fosse assim, não poderia ser suprimida atuação dos órgãos estaduais¹²⁴.

¹²³ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 56.

¹²⁴ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 56.

Não há que se falar em unidade orgânica dos diversos Ministérios Públicos, pois cada um tem sua própria estrutura. Por outro lado, em se tratando das atividades funcionais, pode-se afirmar que o Ministério Público é uno.

5.3.2 Princípio da Indivisibilidade

O princípio da indivisibilidade do Ministério Público estabelece que os seus membros não estejam vinculados aos processos em que atuam. Nesse sentido, não há uma ligação pessoal do membro à atividade que está sendo exercida, tendo em vista que a sua atuação é feita em nome da instituição e não em nome próprio. Dessa forma, um membro da instituição pode substituir o outro sem que haja qualquer modificação institucional, pois tanto um quanto o outro atuam em nome da instituição. Obviamente que essa substituição deve ser feita de acordo com as normas legais que regulam tal possibilidade.

Esse princípio está intimamente ligado ao princípio da unidade, exercendo uma “função de contenção”, no sentido de inviabilizar “qualquer possibilidade de mitigação do princípio da unidade”¹²⁵. Analisando o princípio da indivisibilidade pelo prisma do princípio da unidade, podemos concluir que este é impermeabilizado por aquele no sentido de que é vedada qualquer possibilidade de cisão. Assim, não é permitida qualquer subdivisão estrutural, como adverte Alexandre de Moraes¹²⁶: “Importante ressaltar que a indivisibilidade resulta em verdadeiro corolário do

¹²⁵ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 64.

¹²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 2006, p. 566.

princípio da unidade, pois o Ministério Público não se pode subdividir em vários outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros”.

Assim, de acordo com esse princípio, quem está presente em qualquer processo é o Ministério Público, seja por um promotor ou procurador de justiça.

5.3.3 Princípio da independência ou autonomia funcional

A Constituição de 1988 arrolou a instituição do Ministério Público no Capítulo IV, destinado àqueles que desempenham funções essenciais à justiça. Desse modo, não subordinou o Ministério Público a nenhum dos Poderes do Estado, pelo contrário, atribuiu-lhe a função de órgão fiscalizador dos três poderes.

Assim, os membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, gozam de independência e autonomia funcional. O objetivo desse princípio é o de proteger os agentes ministeriais contra as investidas daqueles que detêm o poder, tanto no plano econômico quanto no político, e que, eventualmente, possam ter os seus interesses ameaçados.

Deve ser ressaltado que a independência funcional dos membros do *Ministério Público* não se limita aos poderes externos à instituição, uma vez que são, também, independentes em relação a seus superiores hierárquicos, ou seja, estes não podem determinar como aqueles devem exercer suas funções. Em contrapartida, cabe aos órgãos superiores editar recomendações no sentido de orientar a atuação funcional de seus membros. Mas esses atos administrativos não têm caráter vinculativo.

Por sua vez, o princípio da independência funcional garantiu aos membros do Ministério Público duas prerrogativas indispensáveis ao pleno exercício de suas funções. A primeira garantiu uma atuação livre das determinações dos poderes constituídos e, também, das recomendações expedidas pelos órgãos da administração superior da instituição. Desse modo, devem prestar contas apenas à lei é a sua própria consciência. A segunda prerrogativa diz respeito à não-responsabilização pelos atos praticados no exercício de suas funções, pois desfrutam de independência na forma de exercê-las.

Entretanto, cabe uma última observação feita por Hugo Nigro Mazzilli¹²⁷, em que adverte que a independência funcional dos membros do Ministério Público não os exime de acatar as decisões dos órgãos da administração superior. E cita como exemplo “a solução de um conflito de atribuições, a revisão de uma promoção de arquivamento de inquérito civil ou de inquérito policial, a imposição de medidas disciplinares”. No entanto, nenhuma dessas decisões administrativas pode impor aos membros do Ministério Público a forma como devem se proceder no exercício de suas funções institucionais.

5.3.4 Princípio do promotor natural

O princípio do promotor natural está consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 128, § 5º, I, *b*, e na LOMP (Lei Orgânica do Ministério Público), art. 38, II. O art. 129, I, da CF conferiu ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública e “consiste na existência de um órgão do Ministério Público

¹²⁷ MAZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2002, p. 64.

anteriormente previsto para oficiar nos casos que sejam afetos à instituição”¹²⁸. O objetivo do legislador foi o de extirpar do ordenamento jurídico a possibilidade de instauração de procedimentos criminais *ex officio*, que, segundo Nelson Nery Junior¹²⁹, existiam no sistema anterior e que permitiam ao juiz e ao delegado iniciar a ação penal mediante portaria.

Com a determinação constitucional de que cabe privativamente ao Ministério Público a propositura da ação penal pública, ficaram totalmente proibidas as designações casuísticas que eram determinadas pelo Procurador-geral de Justiça. Ademais, o art. 5º, LIII, da CF, estabelece que ninguém será processado senão por autoridade competente. Ficando evidente que o jurisdicionado tem o direito de se ver processado por autoridade legítima, previamente constituída pelas leis processuais e de organização judiciária.

Realmente, este é o primeiro direito do acusado: não apenas o de ser *juogado* por um órgão independente do Estado, mas, até mesmo antes disso, o de *receber a acusação* independente de um órgão do Estado escolhido previamente segundo critérios e atribuições legais, abolidos não só o procedimento de ofício e a acusação privada, como enfim e principalmente eliminada a figura do próprio acusador público de encomenda, escolhido pelo Procurador-Geral de Justiça¹³⁰.

O princípio do promotor natural foi admitido expressamente pelo Supremo Tribunal Federal. Ao julgar em seu plenário o HC 67759, o Ministro Celso Mello declarou a existência do referido princípio no sistema jurídico brasileiro¹³¹.

De acordo com Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹³², são necessários alguns requisitos para que o princípio do promotor natural seja respeitado. Desse modo, é

¹²⁸ MAZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 66.

¹²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2004, p. 124 – 125.

¹³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O ministério Público na Constituição de 1988**. 1989, p. 69.

¹³¹ HC nº. 66.659/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 150/123.

¹³² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito**. 1989, p. 66 – 67.

necessário que haja investidura no cargo de promotor de justiça, deve haver órgão de execução devidamente constituído, que tenha um promotor titular lotado nesse órgão e que as atribuições dele estejam previamente definidas em lei¹³³.

Nelson Nery Junior sintetiza a utilidade e importância do princípio em tela:

No âmbito interno do Ministério Público, o princípio do promotor natural incide para restringir os poderes do Procurador-Geral de Justiça de efetuar substituições, designações e delegações, que devem circunscrever-se aos casos taxativamente enumerados na lei, sendo vedado ao chefe do *Ministério Público*, em qualquer hipótese, a avocação do caso afeto ao promotor natural¹³⁴.

Não se admite, após a Constituição de 1988, que o Procurador-Geral promova designações, substituições ou delegações arbitrárias. Entretanto, deve ser salientado que essas situações podem vir a ocorrer, mas desde que estejam adstritas aos casos taxativamente previstos em lei.

Conforme demonstrado ao longo dos capítulos anteriores, o Ministério Público é uma instituição fundamental para o desenvolvimento e consolidação da democracia brasileira. Seu papel constitucional deixa claro que seu compromisso deve ser com a ordem jurídica e com o Estado Democrático.

No cenário atual, um dos meios utilizados para a concretização dos ideais democráticos, ou seja, a participação de todos na solução dos conflitos, é o Direito Processual Coletivo. E as razões são simples, esse tipo de processo permite que sejam tratados temas que digam respeito a toda coletividade, indo além do processo civil de caráter individual.

Com o propósito de cumprir suas funções institucionais, o Ministério Público se posicionou como o principal e o mais importante legitimado do Direito Processual Coletivo.

¹³³ **O ministério Público no processo civil e penal:** promotor natural, atribuição e conflito. 1989, p.

¹³⁴ **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 2004, p. 126.

Todavia, para desempenhar suas funções de modo democrático é preciso que o Ministério Público tenha consciência de que a democracia não é construída apenas pelas suas mãos. Existem outros agentes que contribuem e que devem contribuir para essa construção. Por essa razão, passaremos a demonstrar, nos próximos capítulos, que a atuação do *Ministério Público*, no Direito Processual Coletivo, deve ser revisitada sob o enfoque da *teoria das ações coletivas como ações temáticas*, com o objetivo de apresentar a importância da atuação de outros agentes no Direito Processual Coletivo.

PARTE 2 - O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DAS AÇÕES TEMÁTICAS

6 O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO: DO PROCESSO INDIVIDUAL À TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

6.1 Fases metodológicas do Direito Processual Civil

Para compreender o estágio atual do direito processual civil e, particularmente, o Direito Processual Coletivo, é fundamental a análise, ainda que superficial, das diferentes fases metodológicas ao longo de sua história, destacadas pela doutrina especializada, com o fim de apresentar sistematicamente a sua evolução teórica e conceitual.

6.1.1 Fase imanentista ou sincretista

Na primeira fase evolutiva do processo imperava a visão de que o processo era um simples apêndice do direito material. O segundo entendimento dominante nessa fase era o de que o direito processual emanava do direito substancial,

formando um verdadeiro sincretismo jurídico, desenvolvendo-se em dois períodos distintos: o da *actio* romana e o da teoria imanentista da ação, que perdurou até a segunda metade do século XIX¹³⁵.

Nesse tempo, o direito processual não gozava de autonomia, a ação era compreendida como o próprio exercício do direito material, enquanto o processo era encarado como uma sequência ordenada de atos e formalidades necessárias ao exercício desse direito.

Em síntese, Ricardo de Barros Leonel definiu a fase sincretista com as seguintes palavras:

Nessa fase, havia como que uma *visão plana* do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado ou resultado da lesão ao direito subjetivo, a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como simples sucessão de atos ou procedimento, incluindo-se mais propriamente a ação no sistema de exercício de direitos e o processo sendo considerado como o conjunto de formas para o exercício de tais direitos. Era evidente, no sistema sincretismo, a confusão entre os planos substancial e processual no ordenamento estatal¹³⁶.

A fase do sincretismo jurídico começou a ruir quando as suas concepções acerca do processo começaram ser revistas. Nesse sentido, um dos pontos mais questionados foi o tradicional conceito civista de ação, de modo que começaram a destacar as diversas diferenças existentes entre esse conceito e a *actio* romana. Enquanto esta era considerada um instituto de direito material, aquela começou a ser entendida como instituto de direito processual, que não se dirige ao adversário, mas ao juiz, cujo objeto não é o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional¹³⁷.

Em razão dessas polêmicas surge a segunda fase metodológica da ciência processual, a chamada fase autonomista do processo.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2005, p. 18.

¹³⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2002, p. 18.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2005, p. 19.

6.1.2 Fase autonomista, científica ou conceitual

A fase autonomista surge em consequência das deficiências demonstradas pela fase anterior, ou seja, se apresentou como a superação das concepções desprovidas de cientificidade acerca das várias questões relativas aos institutos fundamentais do processo, em que se baseava os doutrinadores na fase sincretista.

O conceito civista de ação foi um dos pontos mais controvertidos e que proporcionou polêmicas virtuosas, como as que travaram Windscheid e Muther a respeito do conceito da *actio* romana. Contudo, foi a obra do alemão Oskar Von Bülow, *Teoria das exceções processuais e pressupostos processuais*¹³⁸, que inaugurou definitivamente a fase autonomista do direito processual, ao provar a existência de uma relação jurídica processual sem que houvesse necessariamente, a existência de uma relação jurídica substancial¹³⁹.

Nesse contexto, a fase autonomista recebeu essa denominação pelo fato de que o direito processual passou a ser pensado e interpretado como um ramo autônomo do Direito, e seu desenvolvimento deu-se com base nos conceitos de ação, processo, jurisdição e dos demais institutos do direito processual¹⁴⁰.

A despeito de todo desenvolvimento técnico-jurídico que o direito processual alcançou com o reconhecimento de sua autonomia, devemos creditar a esse tecnicismo o fato de que o estudo desse novo ramo do direito foi subjugado a um método fechado e solipsista, conduzindo ao engano de que o direito processual é um fim em si mesmo.

¹³⁸ BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. 2005.

¹³⁹ BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. 2005, p. 6.

¹⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. 2006, p. 6.

A fase autônoma ou fase do procedimentalismo científico foi a expressão jurídica do liberalismo, e, desse modo, ainda que o direito processual tenha sido inserido no plano do direito público, manteve sua feição eminentemente individualista¹⁴¹. Nesse sentido, temas relativos aos direitos transindividuais e aos obstáculos que impedem os jurisdicionados de terem acesso ao direito, não recebiam a atenção nos estudos dos processualistas.

6.1.3 Fase instrumentalista

Objetivando revisitar o direito processual, dando um novo enfoque aos estudos dos processualistas, surge, em meados do século XX, mais precisamente entre as décadas de 60 e 70, uma nova fase no desenvolvimento do direito processual, denominada como fase instrumentalista do processo.

Na fase instrumentalista, o direito processual é concebido como meio para se alcançar resultados e sua utilização justifica-se em razão das vantagens que pode trazer aos jurisdicionados que tenham um interesse resguardado pelo ordenamento jurídico, como explica José Roberto dos Santos Bedaque: “A Conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência”¹⁴².

¹⁴¹ PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. *In: Participação e processo*. 1988, p. 94.

¹⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 1995, p. 15.

Esse novo momento do direito processual é denominado, por Cândido Rangel Dinamarco, como o *terceiro momento metodológico* e tem as seguintes características:

[...] Caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico.

¹⁴³.

Esta nova fase metodológica propõe uma reaproximação entre o direito material e o direito processual, contudo, essa postura não representa um retorno às fases anteriores, mas procura adequar o direito processual às necessidades do direito substancial, buscando maior efetividade do processo¹⁴⁴.

Para cumprir seu propósito de efetivação do processo, a teoria instrumentalista considera não só os aspectos estritamente processuais, mas também valores externos a esse sistema, como por exemplo os culturais, econômicos, éticos, sociais e políticos.

A negação da natureza e objetivo puramente técnico do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina¹⁴⁵.

No paradigma instrumentalista, o direito processual passa a ser concebido como meio de realização da justiça, que nesse contexto deve ser entendida como efetivação judicial dos anseios sociais. Nessa perspectiva, esse propósito será

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2005, p. 22.

¹⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2005, p. 330.

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2005, p. 24.

alcançado por intermédio dos escopos da jurisdição, elencados por Cândido Rangel Dinamarco: escopos sociais (pacificação com justiça e educação da sociedade); escopos políticos (decisão imperativa do Estado, culto à liberdade e participação democrática); escopos jurídicos (declaração do direito ou criação do direito)¹⁴⁶.

Outra característica da fase instrumentalista diz respeito ao enfoque dado ao tema do acesso à justiça. Em verdade, a visão instrumentalista do processo surgiu justamente para atender aos anseios de um movimento mundial que preconizava a necessidade de uma nova mentalidade entre os estudiosos do direito processual, a de fim de proporcionar real efetividade aos direitos.

6.2 O movimento de acesso à justiça e o surgimento do Direito Processual Coletivo

O movimento de acesso à justiça surge na fase instrumentalista do processo, os primeiros estudos nesse sentido datam das décadas de 60 e 70. Em 1979, foi publicado um estudo sistematizado sobre um amplo projeto internacional de investigação sobre o acesso à justiça, coordenado pelo jurista italiano Mauro Cappelletti. Desse projeto, participaram estudiosos de várias áreas do conhecimento, tais como juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, cientistas políticos e psicólogos de cerca de trinta países diferentes¹⁴⁷.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2005, p. 193 - 259.

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**: v. I, 2010, p. 61.

O objetivo primordial do movimento de acesso à justiça foi o de identificar as barreiras jurídicas, sociais, políticas e econômicas que impedem a efetiva realização de um direito substancial, pois segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos¹⁴⁸.

O projeto empreendido pelo professor italiano, além de identificar as barreiras que se opõem ao acesso à justiça, procurou apresentar soluções viáveis para esses problemas. Em outras palavras, o que esse movimento propõe é a busca pela igualdade substancial entre os litigantes. Obviamente que havia a consciência de que esse era ou ainda é um objetivo utópico. Por essa razão, procurou-se identificar quais os obstáculos realmente deveriam e poderiam ser atacados. E as respostas ou soluções a esses problemas foram sintetizadas nas chamadas ondas renovatórias do acesso à justiça¹⁴⁹. Primeiro, vamos apresentar os principais obstáculos apontados pela pesquisa dirigida por Cappelletti, e depois veremos as soluções sugeridas para esses óbices.

6.2.1 Os obstáculos que se apresentam ao efetivo acesso à justiça

Foram vários os obstáculos apontados pela doutrina como óbices ao acesso à justiça, no entanto, Cappelletti e Garth, em um ensaio sobre o tema¹⁵⁰, sintetizaram

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 15.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 15.

¹⁵⁰ **Acesso à justiça**, 1988.

todos em três grandes grupos de obstáculos: (1) econômicos, (2). concernentes à desigualdade das partes e (3) propriamente processuais.

6.2.1.1 Obstáculos econômicos

Os entraves econômicos que dificultam ou inviabilizam por completo o acesso à justiça diz respeito aos altos custos de uma demanda judicial, considerando as despesas judiciais, honorários advocatícios, bem como as eventuais sucumbências.

Esse obstáculo atinge parcela significativa da sociedade brasileira, considerando que sua incidência ocorre naqueles indivíduos menos favorecidos economicamente, afinal “a ausência de recursos suficientes para suportar os custos do processo é fator mais que determinante para que o lesado abandone a ideia de postular judicialmente a restauração do direito que foi violado¹⁵¹”.

Naquelas causas em que estão em jogo somas relativamente pequenas, o custo financeiro do processo judicial pode ser muito maior que o próprio valor da causa, esvaziando qualquer resultado positivo obtido pelo autor da demanda.

Os relatórios do mencionado Projeto Florença¹⁵² demonstram que o interesse em propor uma ação judicial é inversamente proporcional ao valor das despesas processuais, ou seja, se os valores das custas forem baixos, haverá maior interesse na propositura da demanda. Desse modo, percebe-se que as chamadas pequenas

¹⁵¹ MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. 2006, p. 33.

¹⁵² “Os dados reunidos pelo Projeto de Florença mostram claramente que a relação entre os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 19.

causas são as mais afetadas, pelo fato de que os valores pretendidos nessas demandas quase sempre serão iguais ou muito próximos aos custos operacionais dos processos judiciais, reduzindo drasticamente o interesse do titular de um direito lesado de propor a respectiva demanda.

A demora para se alcançar uma decisão exequível é outro fator que onera economicamente um processo judicial, afastando dos Tribunais aqueles cidadãos que não podem, por não terem condições econômicas, esperar em torno de dois a três anos pela solução judicial. Nesse sentido, reconhecendo a devastadora ação do tempo nas demandas judiciais, a “Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível¹⁵³”.

6.2.1.2 Obstáculos relativos à desigualdade das partes

O segundo grupo de obstáculos ao acesso à justiça diz respeito à desigualdade das partes, ou como definiu Galanter¹⁵⁴ “possibilidades das partes”. Não restam dúvidas de que as constituições democráticas asseguram a igualdade formal de todos perante a lei, contudo, isso não significa que todos são representados diante da lei do mesmo modo.

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 20.

¹⁵⁴ Cappelletti e Garth relatam que a expressão “possibilidade das partes” teve origem nos estudos do prof. Marc Galanter e está relacionada ao fato de que determinados litigantes gozam de vantagens estratégicas sobre outros, o que aumenta a sua possibilidade de sucesso num litígio judicial. **Acesso à justiça**. 1988, p. 21.

Nesse contexto, os óbices ao acesso efetivo à justiça relacionados às “possibilidades das partes” estão ligados diretamente às desigualdades de toda sorte, que existem entre os diversos litigantes. O resultado final do processo pode ser o reflexo da capacidade que cada demandado tem em trilhar o percurso processual. Se não houver igualdade de vantagens, simétricas condições entre os litigantes, será inevitável que um tenha vantagens sobre o outro e, conseqüentemente, aquele que for detentor de vantagens quase sempre alcançará o resultado pretendido, mesmo que não seja portador do melhor conjunto probatório.

Os aspectos sociais, culturais e econômicos dos litigantes podem determinar as vantagens de um sobre o outro, nesse sentido esclarece Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as despesas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente¹⁵⁵.

Outro aspecto relevante acerca da desigualdade entre demandantes num processo judicial, diz respeito à experiência de uns, frente à in experiência de outros. Essa realidade foi identificada por Galanter, que qualificou os litigantes experientes como litigantes “eventuais” e “habituais”, adjetivos adquiridos com base na quantidade de encontros regulares, com o sistema judicial¹⁵⁶.

O litigante eventual não está em condições semelhantes com o litigante habitual, acostumado com disputas judiciais. Como exemplo dessa última categoria,

¹⁵⁵ **Acesso à justiça**. 1988, p. 21.

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 25.

podemos citar as grandes corporações, especialistas na condução de demandas judiciais, cuja experiência é um fator quase intransponível de desigualdade com os litigantes ocasionais, considerando, dentre outros aspectos as seguintes vantagens: a) maior experiência com litígios, o que permite o planejamento das ações; b) economia de escala, em razão do volume de processos; c) diluição dos riscos da demanda com outros processos em curso; d) possibilidade de testar estratégias, com o fim de alcançar os resultados almejados em processos futuros¹⁵⁷.

Em verdade, o que se tem na prática do foro por um lado é o cidadão como um litigante eventual, marcado pelas suas limitações naturais; por outro, organizações dotadas de poder econômico, político e jurídico, figurando como litigantes habituais.

6.2.1.3 Obstáculos propriamente processuais

O terceiro grupo de obstáculos ao acesso à justiça são os de natureza processual. Quando o sistema processual apresenta imperfeições que inviabilizam a resolução satisfatória dos conflitos, em razão da sua ineficiência para a tutela de determinados direitos, o acesso pleno à justiça restará maculado.

O sistema processual na sua formatação tradicional, não foi elaborado com vistas a prestar tutelas diferenciadas e edequadas capazes de atender às características ou às necessidades de cada direito posto em juízo. Pelo contrário, o

¹⁵⁷ MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. 2006, p. 35.

direito processual vislumbrava um único procedimento que seria dotado de toda técnica necessária para atender a todos os tipos de demandas.

O grande problema residia no fato de que o direito processual, fruto da ideologia liberalista¹⁵⁸, foi forjado para atender demandas que versam sobre litígios individuais, ou seja, todo o sistema processual originariamente foi pensado para resolver conflitos individuais¹⁵⁹. Aqueles litígios que não se enquadram nessa categoria estariam impedidos de alcançar o resultado prático satisfatório, dada a impossibilidade de se obter acesso efetivo ao direito.

No entanto, o Estado passou a reconhecer a existência de direitos que ultrapassam a esfera da necessidade individual. A titularidade desses direitos não é atribuída a um indivíduo, mas a todos os seus interessados¹⁶⁰.

O processo civil tradicional não tutela adequadamente os direitos difusos, razão pela qual o próprio processo torna-se um obstáculo ao acesso à justiça. Cappelletti e Garth denunciaram as dificuldades processuais de se tutelar os direitos difusos, na década de setenta, quando demonstraram em obra especializada, que eram vários os obstáculos processuais que impediam a defesa em juízo dos direitos de massa, pois nem mesmo a legitimidade ativa dos lesados recebia o reconhecimento necessário¹⁶¹.

¹⁵⁸ Carlos Frederico Marés de Souza Filho explica que o Estado Liberal interpretou e procurou transformar todos os direitos em direitos individuais: “[...] a construção do Estado contemporâneo e de seu Direito foi marcada pelo individualismo jurídico ou pela transformação de todo o titular de direito em um indivíduo. Assim foi feito com as empresas, as sociedades, e com o próprio Estado; criou-se a ficção de que cada um deles era pessoa, chamada de jurídica ou moral, individual”. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Conhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2003, p. 63.

¹⁵⁹ Teori Albino Zavascki comentando sobre as bases do sistema original do Código de processo civil faz o seguinte comentário: “Tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado”. **Processo Coletivo**. 2009, p. 13.

¹⁶⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 58.

¹⁶¹ **Acesso à justiça**. 1998, p. 26.

6.2.2 As ondas renovatórias do acesso à justiça

A identificação dos obstáculos ao acesso à justiça comprovaram que seria necessário implementar reformas estruturais no sistema jurídico, com vistas a sobrepor tais obstáculos, frente à premente reivindicação social por um sistema jurídico mais eficiente e eficaz.

O fato de se colocar a problemática do acesso à justiça no centro das discussões contribuiu para a identificação dos seus obstáculos. No entanto, encontrar a solução para esse problema, não seria uma tarefa fácil. A diversidade de tradições dos diversos sistemas jurídicos mundiais, bem como as estruturas políticas e sociais se apresentavam como um dos principais entraves a serem superados¹⁶².

Mauro Cappelletti¹⁶³ destaca o fato de que muitos países, principalmente os ocidentais, implementaram soluções para vencer os óbices do acesso à justiça, logicamente que estas soluções estavam inseridas no contexto jurídico, social e político dos diversos países. No entanto, o autor italiano salientou que muitas das soluções encontradas continham pontos de intercessão, o que permitiu a conjunção ou aglutinação dessas propostas em três grandes grupos.

As soluções encontradas pelo movimento mundial de acesso à justiça, transformaram-se em três etapas fundamentais para a articulação da acessibilidade jurídica. Essas etapas foram denominadas de “ondas” renovatórias do acesso à justiça. A primeira dizia respeito a assistência judiciária, a segunda cuidou de apresentar reformas para o problema da representação jurídica dos direitos difusos

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**: v. II, 2010, p. 66.

¹⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**: v. II, 2010, p. 66.

e a terceira onda foi identificada apenas como enfoque do acesso à justiça¹⁶⁴. Nos próximos tópicos serão apresentadas, de modo sucinto, as principais características dessas ondas.

6.2.2.1 A primeira onda de reformas: assistência judiciária aos pobres

A primeira onda renovatória do acesso à justiça busca remover os obstáculos provenientes da pobreza, garantindo assistência judiciária gratuita aos pobres. Essas reformas tiveram início no ano de 1965, mas ganharam força mundial a partir da década de setenta, quando vários países ocidentais desenvolveram mecanismos para romper com esse óbice. Um aspecto frágil das medidas encontradas para tornar efetivo o acesso dos necessitados ao judiciário, está no fato de que todas as soluções encontradas pelos diversos Estados tinham a característica de um dever honorífico da advocacia, ou seja, o serviço prestado pelos advogados não era economicamente viável¹⁶⁵.

No Brasil¹⁶⁶, o tema da assistência judiciária foi tratado pela primeira vez, em uma constituição, no ano de 1934, no art. 113, 32, em que era assegurada a assistência judiciária dos necessitados, com a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. O Texto Constitucional de 1937, não tratou do tema. A Carta Magna

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 31.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. 1991, p. 148 – 150.

¹⁶⁶ É prudente ressaltar que a existência de medidas que visavam ampliar o acesso dos pobres ao judiciário podem ser anteriores a 1965, data considerada como marco do início da primeira onda de acesso à justiça. Na verdade, como dissemos anteriormente, as ondas renovatórias tiveram a virtude de coletar e sistematizar as medidas existentes no mundo, que contribuíam com o seu programa de remoção dos obstáculos do acesso à justiça. O ano de 1965, como relatam Cappelletti e Garth, deve ser considerado um marco na promoção mundial da necessidade de renovação dos sistemas processuais por meio das soluções apresentadas por essas ondas renovatórias.

de 1946, em seu art. 141, §35, mencionava apenas que: “O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

A entrada em vigor da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que regulamentou especificamente a matéria, estabelecendo normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, não forneceu grandes alterações ao sistema de assistência judiciária até então existente. O mesmo ocorreu com a Constituição de 1967 e o texto alteração em 1969, pela Emenda Constitucional n.1. Na verdade, mudanças substanciais, referentes à matéria, ocorreram com a promulgação da Constituição de 1988, pois trouxe a assistência judiciária como um direito fundamental de todos os residentes no Brasil ao afirmar no art. 5º, LXXIV, que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Esse mesmo Texto Constitucional consagrou a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cuja finalidade é a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

A despeito de todo o esforço legislativo para garantir a assistência judiciária aos necessitados, não foi suficiente para resolver por completo o problema do acesso à justiça. Afinal a questão econômica é um dos obstáculos, mas não o único a ser superado.

O problema relativo aos direitos difusos e coletivos, apesar de ter um viés econômico, não se resume a esse fato. As questões que envolvem tais direitos carecem de uma renovação na estrutura propriamente dita do sistema processual, razão pela qual foi necessário empreender uma nova onda, com o fim de trazer a renovação adequada ao sistema processual, para possibilitar o acesso das pessoas, coletivamente consideradas em juízo dos direitos¹⁶⁷.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. 1991, p. 152.

6.2.2.2 A segunda onda de reformas: tutela de direitos difusos

A segunda onda renovatória do acesso à justiça teve o objetivo de garantir a promoção da defesa em juízo dos direitos difusos. Para cumprir com eficácia esse propósito seria necessário processar uma reestruturação no sistema processual tradicional, que não foi projetado para atender a esse tipo de conflito. Os direitos difusos e coletivos típicos da sociedade de massa exigem técnicas, procedimentos e institutos processuais adequados para as demandas cujos titulares não são facilmente identificados, ou como no caso dos direitos difusos, não são identificados. Percebendo as dificuldades pertinentes ao tema, Mauro Cappelletti explica que:

Os interesses difusos representam um fenômeno típico e de importância crescente, da sociedade moderna, caracterizado pela passagem de uma economia baseada principalmente em seus relatórios individuais para uma economia em cujo trabalho, produção, turismo, comunicação, assistência social e previdência, etc., são fenômenos de massa. Se pensarmos no desenvolvimento dos direitos sociais, típicos, ressaltado, do moderno Estado social ou promocional esses podem comportar benefícios ou vantagens nos confrontos das vastas categorias. A contestação, por exemplo, e uma norma constitucional nesta matéria pode interessar a milhares, milhões de pessoas. Se pensa agora nos produtos da indústria: um leve defeito de produção pode tornar-se um dano para muitíssimos consumidores deste produto. Se pensarmos ainda no envenenamento, da parte de um complexo industrial, de um rio ou de um lago: de novo, um número impreciso de pessoas são potencialmente atingidas, pelo dano causado pelo envenenamento da atmosfera, ou pela poluição¹⁶⁸.

O reconhecimento jurídico dos direitos transindividuais fez surgir a premente necessidade de adaptação do direito processual aos chamados “novos direitos”¹⁶⁹. Esse ramo das ciências jurídicas, forjado para compor os litígios individuais, teve que se adaptar para prestar tutela efetiva aos direitos difusos. Assim, o processo

¹⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. 1991, p. 150.

¹⁶⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. 2003.

civil de feição eminentemente individual e patrimonialista teve que se transmutar para agregar uma concepção coletiva de demanda, como demonstra Cappelletti e Garth:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus propósitos interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares¹⁷⁰.

A segunda onda de renovação do acesso à justiça provocou uma verdadeira revolução na estrutura individualista do processo. Foi necessária uma revisitação em todos os seus institutos, no entanto, foi o instituto da legitimação para agir que primeiro sofreu as novas investidas, como destacam Cappelletti e Garth:

Em primeiro lugar, com relação à legitimação ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos.[...] Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil. A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos¹⁷¹.

As transformações operadas no processo civil tradicional, com o fim de tornar possível a tutela dos direitos difusos, demonstraram que não seria possível operarem tais mudanças sem desfigurar seu sistema original, pois era necessário mudar toda a sua estrutura. Desse modo, os juristas perceberam que seria necessário criar um

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 50 - 51.

¹⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 50 - 51.

novo ramo do processo¹⁷², chamado de coletivo, capaz de tutelar, por meio de institutos adequados, os direitos difusos e coletivos. Contudo, esse tema será abordado mais adiante¹⁷³.

6.2.2.3 A terceira onda de reformas: um novo enfoque sobre o acesso à justiça

A terceira onda renovatória do acesso à justiça não exclui ou abandona as técnicas e os resultados alcançados pelas duas ondas anteriores, mas as considera como etapas necessárias de um sistema que deve estar em constante transformação. Nesse sentido, essa terceira onda abarca as duas primeiras e amplia enormemente o próprio sentido de acesso à justiça, razão pela qual é denominada como um novo enfoque sobre o acesso à justiça.

O novo enfoque trazido pela terceira onda objetivou aperfeiçoar todo o sistema de acesso à justiça, pois o fato de se ter alcançado certos objetivos com as ondas anteriores não esconde as suas limitações. Proporcionar assistência jurídica aos pobres ou criar um sistema de representação para os direitos coletivos são conquistas que devem ser comemoradas, mas precisam ser aperfeiçoadas e ampliadas para que se tenha um substancial acesso à justiça. Nesse sentido:

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente

¹⁷² A doutrina já sustenta a existência de um direito coletivo como um ramo autônomo do direito processual brasileiro. ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. 2003.

¹⁷³ No momento oportuno falaremos sobre a criação do processo coletivo brasileiro, apresentando as principais características desse novo ramo do direito processual nacional. No entanto, no capítulo 6, quando tratarmos do processo coletivo na perspectiva das ações temáticas apresentaremos uma nova visão sobre o processo coletivo, que contrasta com a idéia atual.

encontrar representação efetiva para interesses antes não representados. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso¹⁷⁴.

Desse modo, o novo enfoque que é dado ao acesso à justiça, não se limita a viabilizar a representação em juízo de pessoas e direitos antes deixados sem assistência. Esse novo enfoque amplia o sentido de acesso à justiça, que vai além da representação dos pobres ou dos direitos difusos; ao contrário, essas são algumas possibilidades viabilizadas por esse movimento, mas não um fim em si mesmo.

O acesso à justiça passa a ser encarado como movimento de acesso não só ao judiciário, mas ao próprio sistema de direitos e garantias coletivos e individuais fundamentais.

Esse novo enfoque sobre o acesso à justiça operou transformações significativas no sistema processual brasileiro, objetivando ampliar as possibilidades de solução de conflitos entre os jurisdicionados. Nesse sentido, várias reformas foram operacionalizadas no sistema processual brasileiro, destacando, inclusive, mudanças na estrutura do Poder Judiciário, com a criação dos Juizados Especiais¹⁷⁵ e os juízos de conciliação¹⁷⁶.

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 66 - 68.

¹⁷⁵ Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que institui os Juizados Cíveis e Criminais.

¹⁷⁶ Lei n. 9.069, de 14 de julho de 1996.

6.3 O Direito Processual Coletivo brasileiro

6.3.1 *Evolução histórica do Direito Processual Coletivo*

Como vimos anteriormente, a renovação do sistema processual materializada pelo movimento de acesso à justiça contribuiu para a consolidação do Direito Processual Coletivo como um ramo autônomo do processo. No entanto, a existência das ações coletivas, ou seja, dos instrumentos de proteção dos direitos pertencentes a toda coletividade, não é fato recente. Contudo, não há consenso na doutrina acerca do momento do seu surgimento ou dos instrumentos processuais que lhe serviram de modelo.

A doutrina aponta três possíveis momentos para o surgimento da tutela jurídica de direitos coletivos.

O primeiro deles é o Direito Romano, considerando que existia um instrumento destinado à tutela de direitos comunitários, chamado *actiones populares*. Esse procedimento possibilitava a defesa de direitos comuns, por meio dos interditos usados para desobstruir as vias públicas, a ação *effusis et deiectis*, destinada à aplicação da pena de multa contra aqueles que poluísem as vias públicas¹⁷⁷.

Para Nelson Nery, os direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) não são fenômenos recentes, ao contrário, eles já eram conhecidos pelos romanos: “Qualquer do povo podia ajuizá-los, mas não agia em nome de

¹⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. 1991, p. 116.

direito individual seu, mas como membro da comunidade, como defensor desse mesmo interesse público¹⁷⁸.

Para Ricardo de Barros Leonel a ação popular romana é o antecedente remoto da tutela judicial de direitos coletivos. Justifica seu argumento no fato de que os romanos tinham um espírito prático, e em razão dessa característica, não deixariam sem amparo jurisdicional, direitos que mesmo não sendo efetivamente privados, essência da tutela jurídica romana, mas que afetavam de algum modo os interesses de um grupo ou comunidade. Além disso, esclarece o mencionado autor:

Isso fica ainda mais evidente caso recordemos que os romanos tinham uma concepção toda especial da coisa pública: compreendiam-na na noção do interesse público, concernindo a todos os integrantes daquela sociedade, tendo como consequência disto o interesse de todos os cidadãos, diretamente observado, na sua adequada gestão.

[...]

Daí a concepção da relação de existência entre o cidadão e a *res publica*, calcada no sentimento de que esta última pertencesse de alguma forma a cada um dos integrantes daquele povo. Desta premissa fica fácil compreender o porquê da legitimação de cada singular indivíduo para pleitear em juízo, já naqueles tempos, em nome da coletividade, do interesse público, em defesa de interesses que fossem inerentes àquela *res communes omnium*.¹⁷⁹

Não há dúvida de que os romanos conheciam direitos cuja repercussão ultrapassava os limites do indivíduo¹⁸⁰. Contudo, a ação popular romana não pode ser identificada com o sistema de proteção de direitos difusos dos nossos dias, devemos compreender aquela ação como uma tentativa incipiente de proteção dos direitos coletivos conhecidos na época.

Uma segunda corrente doutrinária, associada ao sistema *Common Law*, identifica no direito inglês a origem do Direito Processual Coletivo moderno. Nesse

¹⁷⁸ A ação civil pública no processo do trabalho. 2001, p. 556.

¹⁷⁹ **Manual do processo coletivo**. 2002, p. 41

¹⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ação popular como instrumento de participação política**. 1991, p. 119.

sentido, Márcio Flávio Mafra Leal aponta a Idade Média, mais precisamente o século XII, como a origem remota das ações coletivas¹⁸¹.

A ação coletiva, como se afirmou acima, não é um fenômeno contemporâneo, pois se trata de uma forma de estruturação do litígio judicial que existem há pelo menos oito séculos, muito embora haja, evidentemente, diferenças relevantes entre as primeiras ações medievais, as modernas e as contemporâneas¹⁸².

Por outro lado, a maioria da doutrina¹⁸³ identifica a origem da moderna ação coletiva no século XVII, no instituto do *Bill of peace* do direito inglês. Vincenzo Vigoriti é categórico ao fazer essa afirmação:

O precedente histórico da *class action* provavelmente é o *bill of peace* do direito Inglês do século XVII. [...] esse <*bill*> nasce como uma exceção humanitária ao princípio segundo o qual todos os intervenientes devem participar no processo, e permite que apenas um indivíduo represente todo o grupo de indivíduos para agir ou defender, no interesse dos membros deste grupo considerado como um todo¹⁸⁴. (Tradução nossa)

Esse instituto era uma autorização para que uma ação individual tivesse um processamento coletivo. Esse tipo de pedido era concedido quando o autor requeria que os efeitos da decisão pudessem atingir a todos os envolvidos na demanda, uniformizando a questão e promovendo a economia processual¹⁸⁵.

Não há dúvida de que o direito anglo-americano contribuiu enormemente para o desenvolvimento da tutela coletiva de direitos. O fato de não ser possível afirmar

¹⁸¹ Esse autor fundamenta seus estudos nas pesquisas produzidas pela doutrina anglo-americana e, particularmente, no livro: *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, da autoria de Stephen Yeazell. Esse livro trata da genealogia e desenvolvimento dos processos coletivos.

¹⁸² **Ações coletivas: história, teoria e prática.** 1998, p. 21.

¹⁸³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**, 2002. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**, 2009. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class action e mandado de segurança coletivo**, 1990. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**, 2000.

¹⁸⁴ Il precedente storico della *class action* si può probabilmente ritrovare nel <*bill of peace*> del diritto inglese del XVII secolo. Questo <*bill*> [...] nasce come una deroga al principio in forza del quale tutti i soggetti <interessati> dovevano partecipare al giudizio, e permette ai <representatives> di un vasto gruppo di individui di agire o resistere in giudizio nell'interesse dei membri di tale gruppo unitariamente considerato. **Interessi collettivi e processo.** 1969, p. 261.

¹⁸⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática.** 1998, p. 21.

que o berço do Direito Processual Coletivo seja nos institutos de direito inglês não invalida sua importância.

Contudo, no que diz respeito a *class action* moderna, Teori Albino Zavascki afirma que ela é fruto da antiga *bill of peace* inglesa:

O certo é que da antiga experiência das cortes inglesas se originou a moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano especialmente a partir de 1938, com a *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure*, e da sua reforma, em 1966, que transformaram esse importante método de tutela coletiva em algo único e absolutamente novo em relação aos seus antecedentes históricos¹⁸⁶.

O certo é que o desenvolvimento do que hoje chamamos Direito Processual Coletivo teve maior pujança nos países da família do sistema jurídico *Common Law*. Nos países da *Civil Law* o desenvolvimento do sistema processual tradicional para a tutela dos direitos difusos só se tornou uma preocupação efetiva a partir da década de 70 do século XX¹⁸⁷.

Nelson Nery Jr, afirma que: “Mesmo sendo figura conhecida dos romanos, a defesa dos direitos metaindividuais só a partir da segunda metade do século XX é que despertou nos juristas a preocupação de dar-lhe melhor tratamento¹⁸⁸”.

Como vimos alhures, o movimento de acesso ao direito foi o propulsor que desencadeou a busca pela renovação dos sistemas processuais tradicionais, para estarem aptos a oferecer tutela jurídica aos direitos das massas. Os ordenamentos jurídicos processuais experimentaram, nas décadas de 60 e 70 do século passado, os efeitos da chamada segunda¹⁸⁹ onda renovatória do acesso à justiça, cujo objetivo foi o de renovar os sistemas processuais para que ficassem aptos a tutelar os direitos difusos.

¹⁸⁶ **Processo Coletivo**. 2009, p. 24.

¹⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 2009, p. 26.

¹⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Ação civil pública no processo do trabalho**. 2001, p. 558.

¹⁸⁹ Tratamos desse tema no item 5.2.2.2.

Sobre o tema Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam que:

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Nos Estados Unidos, onde esse mais novo movimento de reforma é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande quinquênio de preocupações e providências na área da assistência jurídica (1965 – 1970)¹⁹⁰.

Os primeiros bens metaindividuais a serem tutelados versavam sobre a preservação do meio ambiente e a defesa do consumidor. Isso porque esses temas estão entre os de maior destaque nas sociedades de massa. Afinal todos são atingidos por um meio ambiente em desequilíbrio e de algum modo todos são consumidores. As primeiras reformas processuais objetivavam proteger esses bens dos abusos sempre frequentes, mas até então sem mecanismos eficientes de proteção.

Sobre o tema comenta Teori Albino Zavascki:

Preservação do meio ambiente e defesa do consumidor constituíram, portanto, embora não exclusivamente, o ponto de partida para o movimento reformador verificando em vários sistemas jurídicos, que acabou gerando o aparecimento, por um lado, de regras de direito material (civil e penal) destinadas a dar consistência normativa às medidas de tutela daqueles bens jurídicos ameaçados e, por outro, correspondentes mecanismos de natureza processual para operacionalizar sua defesa em juízo¹⁹¹.

Na verdade a tutela desses bens jurídicos deflagrou a incapacidade do sistema tradicional de processo civil de proteger esses novos conflitos e os novos contornos dos velhos problemas. Ficou evidente, principalmente porque essas novas demandas extrapolavam a esfera dos indivíduos, ou seja, esses litígios envolvem

¹⁹⁰ **Acesso à justiça.** 1998, p. 49.

¹⁹¹ **Processo Coletivo.** 2009, p. 26 – 28.

um número incontável de pessoas, tornando completamente obsoleto o sistema tradicional de processo civil¹⁹².

Entretanto, a busca por um sistema jurídico processual de tutela de direitos difusos apresenta muitos pontos sensíveis, os dois principais são: a legitimação ativa, que no sistema tradicional está estritamente vinculada ao indivíduo, e a coisa julgada que não poderá se limitar aos demandantes diretamente envolvidos na demanda¹⁹³.

Contudo, esses são temas que devem ser analisados especificamente à luz de cada ordenamento jurídico. Razão pela qual eles serão estudados no próximo tópico, em que verificaremos as suas repercussões no âmbito do Direito Processual Coletivo brasileiro.

6.3.2 O surgimento do Direito Processual Coletivo brasileiro

O desenvolvimento do Direito Processual Coletivo brasileiro está intimamente ligado à incapacidade que o sistema tradicional de processo civil tem para tutelar adequadamente esses direitos, cuja repercussão ultrapassa a esfera do indivíduo, considerado singularmente. Isso porque o ordenamento jurídico processual construído sob a égide do Estado Liberal, de feição estritamente individualista¹⁹⁴, foi arquitetado para compor os litígios entre particulares facilmente identificados.

O próprio Alfredo Buzaid, responsável pela elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil, descreve o processo civil como:

¹⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 2009, p. 28.

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça** 1998, p. 50.

¹⁹⁴ QUINTÃO, Mário Lúcio. **Teoria do Estado**. 2001, p. 263.

[...] uma luta contínua entre as partes, à semelhança de uma batalha. Para disciplinar-lhes o comportamento, já o direito romano havia instituído o juramento de litigante de boa-fé (*jusjurandum calumniae*), que passou para o direito canônico e para o direito comum. No século XIX, sob a influência da concepção liberal individualista, foi suprimido o juramento. Mas, sendo o processo civil um instrumento que o Estado põe à disposição das partes para a atuação do direito, afigurou-se o legislador moderno que os litigantes não poderiam servir-se dele, faltando à verdade, obrando com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos. Tal comportamento não se compadece com os superiores interesses da administração da justiça. Reagindo contra o excesso de liberdade assegurada aos contendores o dever de dizer a verdade e de atuarem em juízo com lealdade e boa fé¹⁹⁵.

No contexto do processo civil, os Direitos difusos ou metaindividuais encontram-se sem amparo, considerando que os institutos tradicionais do processo civil não estão adequadamente preparados para tutelar esse tipo de direito. Nesse sentido, Nelson Nery Junior fez o seguinte comentário:

Isso porque os institutos ortodoxos do processo civil não podem ser aplicados aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX. Ao pensar, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não se pode ter esse mesmo enfoque quando se fala de direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável¹⁹⁶.

Não há dúvida de que a tutela dos direitos difusos ou metaindividuais exige um regramento próprio capaz de atender às suas especificidades. Assim, é necessário que os velhos institutos do processo civil sejam revisitados, com o fim de receberem nova formatação para que estejam aptos a oferecer proteção aos direitos de uma coletividade indeterminada de pessoas.

Desse modo, institutos como o da legitimação ativa, originalmente vinculada à atuação individual ou totalmente identificada das partes nos processos judiciais, vem recebendo nova formatação a fim de permitir “ que indivíduos ou grupos atuem em

¹⁹⁵ BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**. 2002, p. 36 – 38.

¹⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição**. 2004, p. 156.

representação dos interesses¹⁹⁷ difusos¹⁹⁸. A coisa julgada que no contexto tradicional tinha sua incidência limitada às partes envolvidas; agora ganha maior amplitude, pois seu poder estabilizante, numa demanda coletiva, alcança um número indeterminado de pessoas. Assim, “para ser efetiva, a decisão (num Direito Processual Coletivo) deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvido¹⁹⁹”.

O processo civil não é capaz de oferecer as condições adequadas para a proteção dos direitos das massas, seus postulados são voltados para dirimir conflitos entre as partes. Qualquer tentativa nesse sentido, não logrará êxito e contribuirá para a manutenção da violação dos direitos metaindividuais.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ainda nos idos de 1970, anunciavam que o sistema individualista de processo civil, não resistiriam às alterações provocadas pelo reconhecimento dos direitos massificados. E assim, anunciaram que:

A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos²⁰⁰.

No Brasil ocorreu uma frenética produção legislativa com o objetivo de tutelar os direitos transindividuais. Essa produção não provocou mudanças no Código de processo civil, que nesse particular ficou inalterado, mantendo a sua estrutura original. Mas o legislador pátrio percebeu que o diploma processual de 1973 não condizia com essa nova espécie de conflito, por essa razão optou por criar um

¹⁹⁷ Não concordamos com a utilização da expressão “interesse difuso”, por entender que esse termo, não representa a categoria de direitos difusos. Sobre o tema falaremos posteriormente, mas para um maior aprofundamento no assunto, ver: MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 50.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p. 50.

²⁰⁰ **Acesso à justiça**. 1988, p. 51.

subsistema processual de tutela coletiva, tendo como consequência a criação de vários diplomas legais que regulam a matéria.

Teori Albino Zavascki, discorrendo sobre o tema, não deixou dúvida quando tratou da incapacidade dos meios processuais tradicionais de tutelar os direitos das massas, vejamos:

Tomou-se consciência, à época, da quase absoluta inaptidão dos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velhos conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interesses atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade²⁰¹.

A evolução do Direito Processual Coletivo brasileiro pode ser percebida a partir da produção legislativa destinada especificamente a esse fim. Desse modo, no próximo tópico vamos fazer um apanhado das principais leis que contribuíram para o desenvolvimento desse ramo do Direito processual.

6.3.2.1 Evolução legislativa do Direito Processual Coletivo brasileiro

No Brasil, diferentemente dos países europeus²⁰², a produção legislativa no campo do Direito Processual Coletivo é bastante numerosa. O ponto negativo dessa atividade legiferante está no fato de que muitas dessas leis foram produzidas sem

²⁰¹ **Processo Coletivo**. 2009, p. 28.

²⁰² Vicente de Paula Maciel Junior explica o motivo pelo qual a Itália não teve uma grande produção legislativa sobre o processo coletivo: “Particularmente na Itália isso pode ser constatado pelo fato de que após um período de grandes debates e significativos progressos científicos sobre o processo coletivo segue-se um vácuo na produção de obras relevantes sobre o tema. Os principais escritos foram feitos na Itália entre as décadas de 60 e 80. Desde essa época até recentemente não ocorreram maiores avanços ou contribuições de relevo, com um significativo abandono das pesquisas sobre o tema. **Teoria das ações coletivas**. 2006, p. 121. Isso se explica porque apesar das grandes e valiosas contribuições dos doutrinadores do processo coletivo, os legisladores não editaram uma lei sobre a matéria.

que o seu objeto tivesse passado por uma fase de amadurecimento, ou seja, muitos temas ainda estão em construção doutrinária e até mesmo social, contudo, já existe lei para regulamentá-los.

Existem vários diplomas legislativos que tratam da tutela coletiva no Brasil. Como não é propósito desse trabalho apresentar de maneira pormenorizada cada um deles, vamos citar os principais. Para cumprir esse propósito, vamos apresentar o desenvolvimento da tutela jurídica de direitos difusos no ordenamento jurídico brasileiro, considerando três fases distintas: 1ª fase. Predominância individualista da tutela jurídica; 2ª fase. Proteção fragmentária dos direitos transindividuais ou fase da proteção taxativa dos direitos massificados; 3ª fase. Fase da tutela jurídica integral²⁰³.

Na fase individualista da tutela jurídica, a proteção jurídica dos direitos difusos era completamente inexistente no período do Brasil Colônia. Não existia qualquer preocupação com a tutela de direitos de massa; o ordenamento jurídico resguardava exclusivamente direitos individuais. Esse período, caracterizado pela predominância da tutela jurídica do indivíduo durou até 1934²⁰⁴.

Com a Constituição da República de 1934 teve início a fase da proteção *fragmentária dos direitos massificados ou fase da proteção taxativa dos direitos transindividuais*. Essa denominação se deve ao fato de que nesse período, o sistema jurídico brasileiro passou a tutelar determinados direitos coletivos. Mas essa proteção era parcial, contemplava um rol taxativo de direitos de massa, pois predominava a tutela jurídica individualista²⁰⁵.

²⁰³ Esse esquema de dividir em fases a produção legislativa pertinente à tutela de direitos difusos foi proposta por Gregório Assagra de Almeida. **Direito Material Coletivo**. 2008, p. 422.

²⁰⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**. 2008, p. 422.

²⁰⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**. 2008, p. 422.

O primeiro instituto de tutela coletiva brasileiro foi a Ação Popular²⁰⁶, introduzido pela Constituição de 1934, no art. 113, inc. XXXVIII, que previa a possibilidade de que “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

O primeiro diploma legislativo a preocupar-se efetivamente com a defesa dos direitos metaindividuais foi o processo do trabalho, com a criação da ação de dissídio coletivo²⁰⁷ pela CLT²⁰⁸, cujo objeto é a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na justiça do trabalho. Nesse sentido, conclui Nelson Nery Júnior: “Deve-se a CLT, portanto, o pioneirismo em tratar, no âmbito legislativo, da problemática da tutela dos direitos transindividuais em juízo²⁰⁹”.

A Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, regulamentou e ainda regulamenta a ação popular. No entanto, a Lei n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977, em seu artigo 1º, dá a seguinte redação ao seu parágrafo 1º: “Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Outras leis que merecem destaque por tutelarem residualmente algum tipo de direito coletivo são: A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, cujo objeto era a proteção integral do meio ambiente, instituiu a responsabilidade objetiva. A Lei Complementar Federal nº 40²¹⁰, de 14 de dezembro de 1981, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispunha que o ajuizamento da ação civil pública era uma das funções institucionais do Ministério Público.

²⁰⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 2003, p. 54.

²⁰⁷ Arts. 513 856 – 856.

²⁰⁸ **Consolidação das Leis Trabalhistas** – Decreto-Lei n. 5.452, de 1ª de maio de 1943.

²⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Ação civil pública no processo do trabalho**. 2001, p. 559.

²¹⁰ Esta lei foi revogada, atualmente a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público é a de nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993.

Desse período não há dúvida de que a Lei de Ação Civil Pública, nº 7.347 de 24 de julho de 1985, foi o diploma legal mais importante. Para a doutrina, o divisor de águas da tutela jurídica coletiva no Brasil foi a edição dessa lei²¹¹. Entretanto, precipuamente à LACP, o rol de direitos difusos tutelados por essa lei era taxativo, razão pela qual ela foi identificada na fase da defesa residual ou fragmentária dos direitos massificados.

A Constituição da República de 1988 inaugurou a *fase da tutela jurídica integral dos direitos metaindividuais*. Com essa Constituição é consagrado o princípio da *inafastabilidade das decisões judiciais*, art. 5º, XXXV, cujo objetivo é garantir o acesso amplo e irrestrito ao direito e às instituições jurídicas.

Além desse princípio outros temas relativos à tutela jurídica coletiva foram tratados pelo Texto Constitucional, como o aperfeiçoamento do controle difuso e incidental²¹² e o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade²¹³. Consagrou o *princípio da não-taxatividade do objeto material da ação coletiva*²¹⁴ e a um sistema de legitimidade ativa coletiva concorrente ou pluralista²¹⁵.

O texto constitucional consagrou vários institutos voltados para a tutela coletiva, dentre eles: o mandado de segurança coletivo²¹⁶, o mandado de injunção²¹⁷, ampliou o objeto material da ação civil, para abarcar o meio ambiente e a moralidade administrativa²¹⁸. Em matéria de representação judicial, várias

²¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**. 2008, p. 422.

²¹² Arts. 5º, XXXV e 96, da Constituição da República.

²¹³ Arts. 102 e 103, da Constituição da República.

²¹⁴ Art. 129, III, da Constituição da República.

²¹⁵ Arts. 103, 125, § 2º, e 129, §1º, da Constituição da República. No momento oportuno, teceremos comentários críticos sobre o tipo de legitimidade adotado pela Constituição da República de 1988.

²¹⁶ Art. 5º, LXIX e XX, da Constituição da República.

²¹⁷ A Art. 5º, LXXI, da Constituição da República.

²¹⁸ Art. 5º, LXXIII, da Constituição da República.

entidades tiveram sua legitimidade reconhecida, para a defesa das suas atividades institucionais²¹⁹.

No plano infraconstitucional, como havíamos mencionado anteriormente, a produção legislativa foi intensa. Para exemplificarmos, vamos apresentar os principais diplomas legais: 1. A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE. Institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências; 2. A Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; 3. A Lei nº 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências; 4. Outra Lei fundamental é a de nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que trata da proteção do consumidor e dá outras providências; 5. A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências; 6. A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências; 7. A lei nº 10.257, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências; 8. A lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o

²¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**. 2008, p. 426.

Estatuto do Idoso e dá outras providências. Por fim, a Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o Mandado de Segurança Individual e Coletivo²²⁰.

No próximo capítulo veremos a atuação do Ministério Público de outros países, com o fim de observar quais são as suas atribuições e como elas são desempenhadas.

²²⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**. 2008, p. 426 - 428.

7 A ATUAÇÃO PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO COMPARADO

A compreensão da atuação do Ministério Público, ou dos órgãos que se equivalem a essa instituição no direito comparado, é de grande importância, principalmente pelo fato de que assim podemos avaliar o seu grau de desenvolvimento da instituição. Além do mais, o direito comparado nos auxilia a detectar as suas fragilidades e as suas vicissitudes.

O presente capítulo busca apresentar, ainda que sucintamente, o modo como os órgãos de outros países que desempenham funções similares às desenvolvidas pelo nosso *Ministério Público* atuam nos diferentes ramos do processo. Com esse objetivo delineado, buscamos compreender em que situações e em quais matérias a presença dessas instituições se justificam.

Não abordamos especificamente o instituto da legitimação dos diversos Ministérios Públicos, justamente porque cada um dos ordenamentos jurídicos alienígenas pesquisados apresenta diferentes formas de constituição desse órgão, atribuem diversas formas de atuação e, conseqüentemente, justificam de modo singular a presença do órgão ministerial nos diversos processos. Por essa razão, preferimos, de modo resumido, apresentar a forma como essas instituições se organizam e em quais circunstâncias o Ministério Público é chamado a atuar.

7.1 O Ministério Público Francês

7.1.2 Panorama histórico do Ministério Público Francês

Foi mencionado anteriormente que existem duas posições que explicam a origem do Ministério Público, como atualmente o conhecemos. A primeira é a que defende sua origem remota. Os pesquisadores buscam nas civilizações antigas – Egito, Grécia e Roma – elementos para justificar a existência dessa instituição em tempos tão antigos. Por outro lado, recebendo a aprovação da maioria dos pesquisadores, temos a origem próxima do *Ministério Público*. Para essa corrente, a forma atual do Ministério Público tem sua origem na França – e é a que melhor nos parece.

A estrutura da instituição francesa foi alcançada com a Revolução Francesa de 1789, no entanto, suas origens históricas precedem a esse evento.

Ainda no século XIV, era comum aos monarcas possuírem, junto das principais jurisdições do reino, procuradores, conhecidos atualmente como *avoués*, e advogados, ambos encarregados da defesa dos interesses da coroa. A defesa prestada por esses procurados abrangia tanto os interesses patrimoniais quanto os interesses fiscais do rei. Nesse sentido, para esses profissionais, os reis eram considerados como clientes e não como soberano.²²¹

Mas foi com a Revolução Francesa e, posteriormente, com as codificações napoleônicas é que ocorreu a estruturação organizacional, política e jurídica do Ministério Público.

²²¹ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964 p. 16.

Com o crescimento do poder real, as funções daqueles procuradores do rei passaram a ser vistas como um prolongamento ou materialização da própria vontade real. Assim, na França, os procuradores e advogados do rei transformaram-se em verdadeiros magistrados, investidos com função judicante. Primeiro foram os procuradores, no início do século XIV (1302). Já os advogados reais tiveram sua investidura reconhecida nos primórdios do século XVI (1525). Com essas alterações, esses profissionais deixaram de representar outros interesses particulares, para se dedicarem exclusivamente aos interesses do rei, bem como dos interesses gerais da sociedade e do Estado. Nesse momento, o rei deixa de ser mais um cliente para se tornar o senhor das atividades desempenhadas por esses profissionais²²².

Fato relevante é que, com a lenta substituição dos processos inquisitoriais para os acusatórios, os procuradores e advogados do rei foram investidos no direito de exercer a acusação.

Somente com a Revolução Francesa, o Ministério Público tornou-se o defensor da legalidade, passou a atuar nos tribunais e a fiscalizar a Administração Judicial. Esse ministério era subordinado às premissas constitucionais que o tornavam dependente do Poder Executivo, mais precisamente ao Ministro da Justiça. Foi nesse período que a Instituição foi investida, além das funções de procurador do rei (defender as causas de interesse dos reis), na função de acusador público (defensor dos interesses da sociedade e do Estado).

Posteriormente, as atribuições de defesa em juízo dos interesses primários do Estado foram retiradas do Ministério Público francês e repassadas para os advogados gerais (representavam os interesses patrimoniais do Estado), ficando ele responsável pelos interesses sociais, respeito da ordem pública e aplicação da lei.

²²² CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964, p. 16.

7.1.3 Organização do Ministério Público Francês

Ministério Público é a expressão que designa a reunião de todos os magistrados do Ministério Público que atuam sob a mesma jurisdição. São responsáveis pela defesa dos interesses da coletividade nacional. Para cumprir seus propósitos, o Ministério Público francês se organiza de modo que possa atuar em todos os níveis do Judiciário.

Os princípios que regem a atividade do Ministério Público e sua subordinação ao Poder Executivo são os princípios da independência, indivisibilidade e hierarquia.

A instituição é hierarquicamente construída, pois há uma espécie de subordinação entre as funções exercidas por seus membros. O Procurador-Geral de uma Corte de Apelação é a maior autoridade do Ministério Público, nos limites jurisdicionais da Corte em que oficia. Na Corte de Cassação, o Ministério Público é representado pelo Procurador-Geral da Corte de Cassação. Nos tribunais de primeira instância o chefe é o Procurador da República²²³.

A representação do Ministério Público nas diversas cortes ou tribunais é organizada da seguinte forma:

a) Tribunal de Polícia: encarregado pela resolução das controvérsias de menor potencial ofensivo. Nesse caso, as funções do MP são exercidas pelo Comissário de Polícia, atribuição determinada pela própria lei. Existindo vários comissários de polícia, o Procurador-Geral designa, entre os existentes, qual deve exercer as funções do MP. Do mesmo modo, acontecerá quando não existir nenhum

²²³ RASSAT, Michèle-Laure. **Le ministère public entre son passé et son avenir**. 1966, p. 85.

comissário de polícia, ou seja, a determinação de quem atuará continua a cargo do Procurador-Geral.

b) Tribunal de Primeira Instância: O Ministério Público está presente em todos os Tribunais de Primeira Instância, por meio de um Procurador da República, mas, dependendo da importância do tribunal, haverá um ou vários substitutos do Procurador da República. O Procurador da República é o chefe desse tribunal, mas está sujeito ao Procurador-Geral da Corte de Apelação. Caso um magistrado do *Ministério Público* seja impedido de atuar nesse tribunal, ele poderá ser substituído por um magistrado judicial, um advogado ou, na falta desses, será designado o mais velho que se encontrar no recinto.

c) Corte de Apelação: O Ministério Público é composto nesse tribunal pelo Procurador-Geral da Corte de Apelação, dos Advogados-Gerais e dos substitutos do Procurador-Geral. O Procurador-Geral é o chefe diretor desse *Ministério Público* e ainda estão subordinados ao seu comando os Procuradores da República e seus substitutos, que atuam dentro dos limites da competência da corte.

d) Corte Criminal: Podem existir várias cortes criminais vinculadas à jurisdição de uma Corte de Apelação. Duas situações devem ser consideradas quando se trata das cortes criminais: primeiro, quando a sede é na mesma cidade em que funciona a Corte de Apelação; segundo, quando a sede não é na mesma cidade em que funciona a Corte de Apelação. No primeiro caso, as funções do *Ministério Público*, são exercidas pelo Procurador-Geral, seus Advogados-Gerais e seus substitutos. Mas quando ocorre a hipótese do segundo caso, essas funções são desempenhadas pelo Procurador da República que atua no Tribunal de Primeira Instância.

e) Corte de Cassação: A composição dessa corte foi determinada pela reforma operada em 4 de agosto de 1956, que fixou a sua organização da seguinte forma: um Procurador-Geral, um primeiro Advogado-Geral e dezesseis Advogados-Gerais. A chefia dessa corte cabe ao Procurador-Geral.

7.1.3.1 O Ministério Público como uma *Magistrature Debout ou du Ministério Público*

O Ministério Público francês está subordinado ao Poder Executivo, são agentes desse poder atuando nos tribunais. Contudo, ainda que não sejam membros do Poder Judiciário, os membros do *Ministério Público* constituem uma espécie de magistratura. Os magistrados do Ministério Público – magistrature debout (magistratura em pé), estão no mesmo nível da magistrature du siège (magistratura sentada)²²⁴.

A lógica desse formato está no fato de dois poderes estarem atuando num mesmo espaço e, portanto, seus membros devem ter o mesmo tratamento, as mesmas honras, para que possam atuar, nas suas respectivas funções, em igualdade.

Os magistrados do Ministério Público são totalmente independentes dos magistrados judiciais, não há qualquer laço de subordinação nos exercícios de suas funções.

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWICZ, J. A. **Studies in a comparative Law: public interest parties and the captive role of the judge.** *Civil Litigation*. 1965, p. 28.

Ambos os magistrados fazem parte do mesmo corpo judicial, razão pela qual o Estatuto da Magistratura estabelece as mesmas regras para a admissão nas respectivas carreiras, bem como o mesmo juramento, incapacidades e interdições, além das mesmas obrigações e deveres²²⁵.

A Constituição de 1946 trouxe uma grande diferença na forma de nomear, promover e disciplinar os membros das duas magistraturas. A nomeação dos membros da magistratura judicial é feita pelo Presidente da República. Já os magistrados do Ministério Público, por decreto do Ministro da Justiça.

7.1.4 Atuação processual do Ministério Público

7.1.4.1 Na esfera cível

A atuação da instituição em matéria civil é delimitada aos casos especificados pela legislação. No entanto, as hipóteses que legitimam a sua intervenção, não são taxativas, tendo em vista que o Ministério Público pode intervir em qualquer causa desde que esteja em jogo a defesa da ordem pública²²⁶.

As funções do *Ministério Público* são exercidas de três maneiras em matéria cível: como autor (*par voie d'action*), como fiscal da lei (*par voie de réquisition*) e como representante legal daquelas pessoas que a lei determina²²⁷.

²²⁵ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964, p. 39.

²²⁶ DINIZ, José Janguê Bezerra. **O ministério público no direito estrangeiro (França)**. 2005, p. 135.

²²⁷ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964, p. 41.

A intervenção do Procurador da República poderá ocorrer em todas as causas que entenda ser necessário. O mesmo pode ocorrer quando o próprio Juiz entenda necessário determiná-la.

Diante desses argumentos é possível distinguir três modalidades de intervenção processual do Ministério Público²²⁸:

a) Intervenção facultativa: A atuação pode ser espontaneamente no processo, sempre que julgar necessário ou útil a sua presença;

b) Intervenção judiciária: O tribunal pode ordenar de ofício a sua participação nos processos, naqueles casos em que o seu parecer seja entendido como fundamental;

c) Intervenção legal: Ocorre quando a sua presença torna-se obrigatória por imposição legal.

A atuação do Ministério Público como parte principal ocorrerá nos casos em que a ordem pública é interessada. Nesses casos agirá como autor, iniciando a ação.

7.1.4.2 Na esfera criminal

Em matéria criminal, a principal função do Procurador da República é a de exercer a ação pública e requerer a aplicação da lei contra crime e delitos, além de dirigir as investigações pré-processuais.

O Ministério Público francês atua em todas as jurisdições de cunho repressivo. A sua tarefa preponderante nessa jurisdição é a de processar, em nome

²²⁸ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964, p. 42.

do Estado, todos que violem a lei penal. Nesses casos, atua sempre como parte, ainda que a ação tenha sido iniciada pela parte civil²²⁹.

O *Ministério Público*, antes de iniciado o processo judicial, atua como polícia judiciária, ou seja, participa ativamente nas investigações das infrações²³⁰. Assim, a ação pública não pode ser intentada sem que exista materialidade do crime, indícios de autoria e outros elementos de convicção. Todos esses requisitos são obtidos por meio da polícia judiciária.

Assim, o Ministério Público, dentro dos critérios estabelecidos pela lei, pode atuar como agente de polícia judiciária, na produção de provas para o ajuizamento da ação penal, e como agente do Ministério Público na fase do procedimento judicial²³¹.

7.1.4.3 No Direito Processual Coletivo

A atuação processual do Ministério Público francês diverge da atuação da instituição brasileira em vários pontos. No que se refere a sua atuação no Direito Processual Coletivo não é diferente. Enquanto o ordenamento jurídico nacional atribui ao *Ministério Público* a legitimidade ordinária para propor ações na defesa dos direitos difusos e coletivos, contribuindo inclusive para o crescimento político da instituição, a legislação francesa é omissa nesse ponto.

A atuação da instituição francesa em matéria coletiva está limitada ao que determina a Lei nº 70-631/1970, “que prevê a presença do Ministério Público em

²²⁹ DINIZ, José Janguê Bezerra. **O ministério público no direito estrangeiro (França)**. 2005, p. 13.

²³⁰ DINIZ, José Janguê Bezerra. **O ministério público no direito estrangeiro (França)**. 2005, 13.

²³¹ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964, p. 44.

todas as causas relativas à defesa da ordem pública, independentemente da matéria em questão ou da jurisdição competente²³².

Portanto, o Ministério Público não é considerado como um legitimado universal na defesa dos direitos difusos e coletivos. A sua atuação na defesa desses direitos está limitada as suas hipóteses comuns de atuação, que em regra são determinadas pela legislação geral.

7.2 O Ministério Público Italiano

7.2.1 A evolução do *Pubblico Ministero*

Quando nos concentramos especificamente na evolução do Ministério Público italiano, já na sua fase de estruturação e desenvolvimento sob a influência francesa, observa-se que a Organização Judiciária de 1865, em seu art. 129, estabelecia que: “O Ministério Público representa o Poder Executivo perante a autoridade judiciária e está organizado hierarquicamente sob a direção do Ministro da Justiça²³³”.

O Ordenamento Judiciário, de 30 de maio de 1923, Lei n. 2.786, não alterou em nada o que dispunha o seu predecessor de 1865. Assim o art. 77 dispunha: “O ministério público é o representante do poder executivo perante a autoridade judiciária e está sob a direção do Ministro da Justiça²³⁴” (Tradução nossa).

²³² DINIZ, José Janguê Bezerra. **O ministério público no direito estrangeiro (França)**. 2005, 13.

²³³ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964, p. 106.

²³⁴ “*il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed è posto sotto la direzione del Ministero della giustizia*”.

No mesmo sentido caminhou o Ordenamento Judiciário, Lei nº. 12, de 30 de janeiro de 1941, segundo o seu art. 69, sob o título: “Funções do Ministério Público: O Ministério Público exerce, sob a direção do ministro da Justiça, as funções que a lei lhe conceder” (Tradução nossa).

A direção do Ministro da Justiça somente deixou de existir com o *Ordinamento Giudiziario* de 1946, nº. 511, pois o art. 39 alterou o art. 69 do Ordenamento Jurídico de 1941, que passou a ter a seguinte redação: “O ministério público exerce, sob a supervisão do ministro da Justiça, as funções que a lei lhe conceder²³⁵” (Tradução nossa).

Com a modificação, as funções do *pubblico ministero* e da *avvocatura dello Stato* foram separadas, o que aproximou o Ministério Público dos interesses da sociedade, enquanto se distanciava dos interesses primários da administração²³⁶. Assim, as funções de defender os interesses do Estado e as de defender os interesses da sociedade foram separadas.

7.2.2 Posição Constitucional do Pubblico Ministero

A Constituição italiana de 27 de novembro de 1947, no seu Título IV – *La Magistratura, sezione I – Ordinamento giurisdizionale*, incluiu o *Pubblico Ministero* na estrutura organizacional da magistratura. Essa medida se justifica pelo fato de que a Itália havia passado pelo regime fascista, e o Executivo ainda era visto com desconfiança.

²³⁵ “Il *pubblico ministero* esercita, sotto la **vigilanza** del Ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce” (grifo nosso).

²³⁶ GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 2005, p. 12.

O art. 107, da Carta Magna Italiana, destaca que o *Pubblico Ministero* não se organiza como um serviço ou magistratura autônoma. É definido como uma função da própria magistratura. Vejamos:

[...]os magistrados se distinguem entre si somente pela diversidade de funções.

O Ministério Público goza das garantias estabelecidas de acordo com as normas sobre o ordenamento judiciário. (Tradução nossa)²³⁷

Como podemos inferir do artigo em destaque, a Magistratura italiana é organizada em carreira única, cujas atribuições, tanto as judiciais propriamente ditas quanto aquelas tradicionalmente exercidas pelo Ministério Público são divididas entre os seus membros.

José Eduardo Sabo Paes argumenta que “[...] no sistema judiciário italiano não há parâmetros para a distinção entre a organização da magistratura judiciária e a magistratura do Ministério Público, a não ser que se utilize de um critério hierárquico para definir os cargos no conjunto da carreira de magistrado²³⁸[...]”

A integração entre o *Pubblico Ministero* e a Magistratura, como já dissemos, decorreu da falta de credibilidade que o Poder Executivo passara a sofrer depois do governo fascista. Assim, submeter o Ministério Público à direção ou vigilância desse Poder seria um risco que os constituintes de 1947 não estavam dispostos a arriscar.

Desse modo, como salienta Bruno Amaral Machado: “Implementou-se, assim, o processo de contínuo desmantelamento dos vínculos com o Poder Executivo,

²³⁷ [...] I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diverità di funzione.

IL pubblico ministero gode delle garazie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

²³⁸ PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. 2003, p. 131.

passando a integrar ambas as instituições um único corpo profissional, divididas as funções entre a Magistratura Requerente (MP) e a Magistratura Judicante²³⁹.

Não obstante ao fato de que o *Pubblico Ministero* tenha sua origem vinculada ao modelo francês, em que a *Magistrature Du Siège* e o Ministério Público ou *Magistrature du Ministério Público* constituam carreiras unidas entre si, o que possibilita aos seus membros a passagem de uma carreira para outra, no modelo italiano isso não acontece. O que diferencia, nesse sentido, o sistema italiano do francês, pois o *Ministério Público* italiano, além de formar carreira única, regulada organicamente por um único estatuto, desempenha indistintamente funções jurisdicionais e funções do Ministério Público. Outro fato fundamental é que ambos estão submetidos à orientação e disciplina de um mesmo mecanismo de fiscalização, o *Consiglio Superiore della Magistratura*, enquanto na França, ainda que tenham independência funcional, estão submetidos hierarquicamente ao Poder Executivo²⁴⁰.

Joaquim Cabral Neto, dissertando sobre o Ministério Público italiano, é taxativo ao dizer que todas as garantias institucionais da magistratura foram estendidas ao *Ministério Público*, principalmente a sua independência. Nesse sentido, elenca as principais características constitucionais do *Pubblico Ministero*:

- a) a magistratura é, constitucionalmente, independente;
- b) o órgão de seu governo é o Conselho Superior da Magistratura;
- c) dele fazem parte de direito o Procurador-Geral da Corte de Cassação e, facultativamente, por meio de eleição, membros do Ministério Público;
- d) o Ministério Público é uma magistratura;
- e) o art. 108 da Constituição assegura a independência do Ministério Público junto das jurisdições especiais²⁴¹.

²³⁹ MACHADO, Bruno Amaral. **Ministério Público: organização, representações e trajetórias**. 2008, p. 82.

²⁴⁰ PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. 2003, p. 131.

²⁴¹ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina** 1964, p. 109 – 110.

Para Luigi Montesano e Giovanni Arieta, a Constituição italiana, no seu art. 107, estendeu aos magistrados do *pubblico ministero* a garantia da inamovibilidade e da independência e distinguiu o *Ministério Público* italiano dos órgãos administrativos, ao investi-lo de poder jurisdicional.

A referência contida no último parágrafo do art. 107 da Constituição autoriza estender aos procuradores as mesmas garantias de estabilidade que gozam os juízes. Não se justifica a dúvida sobre a natureza do órgão que se classifica como tribunal (incluindo o método de recrutamento que é o mesmo de todos os outros tribunais). As garantias de independência do legislativo, político e administrativo proíbem qualquer subordinação a estes poderes. O promotor é um órgão administrativo, mas é dotado de próprios poderes jurisdicionais²⁴² (Tradução nossa).

A forma de recrutamento dos magistrados ocorre por meio de concurso público. Nessa etapa todos são aprovados como magistrados, mas aqueles que vão exercer as funções do Ministério Público recebem treinamento diferenciado²⁴³.

Não há autonomia orçamentária ou financeira para o *Pubblico Ministero*, pelo fato de integrar o Poder Judiciário. A dotação de que necessita é provida pelo Poder do qual faz parte.

Na seara penal, estão as atribuições mais importantes do *Pubblico Ministero*. Segundo o art. 112 da Constituição italiana, vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal: “Il Pubblico Ministero ha l’obbligo di asercitare l’azione penale”. No campo cível, as atribuições ministeriais ficam limitadas àquilo que a lei dispuser, no entanto, são poucas as situações que essa exigência ocorre²⁴⁴.

²⁴² “[...] com Il rinvio contenuto nell’ultimo comma dell’art. 106 Cost., ch há consentito di estendere ai magistrati del pubblico ministero Le stesse garanzie di inamovibilità di cui godono i magistrati giudicanti, non è più possibile dubitare circa la natura di tale organo: inquadrato nell’ordinamento giudiziario (com le stesse modalità di reclutamento di tutti gli altri giudici) e munito di garanzie di indipendenza dai poteri legislativo, político ed amministrativo Che ne proibiscono non solo ogni subordinazione, ma purê ogni collegamento a quei poteri, Il pubblico ministero non è um organo amministrativo, ma è investito di veri e propri poteri giurisdizionali”. MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile: Le disposizioni generali**. 1996, p. 209.

²⁴³ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2005, p. 12.

²⁴⁴ LUISO, Francesco Paolo. **Diritto processuale civile: Principi generali**. 1996. p. 133.

7.2.3 Organização do Pubblico Ministero

Na Itália, o promotor de justiça que atua na primeira instância tem o nome de *Procuratore della Repubblica* e, como já foi visto, o Ministério Público é considerado como uma magistratura. Por essa razão a magistratura italiana é dividida em: *magistrati giudicanti* e os *magistrati requirenti*. Nesse sentido, a representação do Estado não é atribuição do *Ministério Público*, mas de um órgão especializado, vinculado ao Poder Executivo: a *avvocatura dello Stato*, cuja criação se deve à Lei nº. 100, de 31 de janeiro de 1926²⁴⁵.

As atribuições gerais do Ministério Público estão dispostas no art. 73, da Lei n. 12, de 30 de janeiro de 1941, denominada: *Ordinamento Giudiziario*²⁴⁶:

Atribuições Gerais do MP

O MP vela pela observância da lei, à pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, das pessoas jurídicas e dos incapazes, requerendo, nos casos de urgência, os provimentos cautelares que julgue necessários;

Promove a repressão dos crimes e a aplicação das medidas de segurança;

Faz executar os julgados e todos os demais procedimentos do juiz nos casos estabelecidos por lei; (Tradução nossa)

²⁴⁵ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964, p. 112.

²⁴⁶ Attribuzioni generali del pubblico ministero.

Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari;

Promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza;

Fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge.

Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello stato, e per la tutela dell'ordine corporativo (1), sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita.

Age por ação direta para fazer executar e observar as leis de ordem públicas que interessam aos direitos do Estado, sempre que tais ações não sejam de acordo com a lei executada por outros órgãos (Tradução nossa).

No Ministério Público italiano, as carreiras não são separadas ou distintas para o exercício orgânico das funções de juiz e do promotor de justiça. Essas carreiras são estritamente ligadas nos mesmos pressupostos de capacidade e de seleção, “apresentando-se como interpenetradas no suceder-se das transferências e promoções²⁴⁷”.

A organização da instituição na Itália é hierarquizada, e os *Procuratore della Repubblica* atuam em cada um dos tribunais de Justiça do país²⁴⁸ e se articulam da seguinte forma:

- a) perante a Corte Suprema de Cassação, que é o Tribunal mais alto na hierarquia judiciária com competência em todo o território da República, se encontram os procuradores-gerais da República;
- b) perante a Corte de Apelação (tribunal de segunda instância composto por 5 magistrados em cada seção, que estende sua competência ao *Distretto*), se encontram os procuradores-gerais da República;
- c) perante os tribunais e os tribunais de menores temos os procuradores da República;
- d) perante as *Preturas*, denominação que corresponde ao órgão jurisdicional no qual o pretor desempenha suas funções, juiz de carreira com amplas competências em matéria civil e pouco em penal, atuam os procuradores da República. Portanto, a investigação dos crimes que deve conhecer o pretor é levada a cabo por um procurador da República que forma parte de uma *Procura*, situada em uma cidade mais importante, que poderia dizer que equivale à capital do estado²⁴⁹.

A magistratura italiana é dividida em judicante e requerente. A primeira é exercida pelos juízos, cuja competência é voltada para a decisão das lides. A segunda, magistratura requerente, encontra-se ao lado dos órgãos judicantes, mas

²⁴⁷ CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. 1964, p. 112.

²⁴⁸ Art. 60 do *Ordinamento Giudiziario*.

²⁴⁹ PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. 2003, p. 131.

não tem competência para solucionar a lide, suas funções são próprias do Ministério Público, consiste na preparação e no estímulo ao respeito às decisões judiciais, na presidência da ação penal e na proteção dos interesses sociais.

7.2.4 Atribuições processuais do *Pubblico Ministero*

As atribuições processuais do *Ministério Público* italiano estão disciplinadas no *Ordinamento Giudiziario* de 1941, arts. 73 e seguintes; no art. 69 do *Codice di Procedura Civile*; bem como no art. 50 e seguintes do *Código di Procedura Penale*.

Segundo o art. 73 do *Ordinamento Giudiziario*²⁵⁰, as atribuições gerais do Ministério Público são:

O Ministério Público vela pela observância da lei, à pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, das pessoas jurídicas e dos incapazes, requerendo, nos casos de urgência, os provimentos cautelares que julgue necessários, promove a repressão dos crimes e a aplicação das medidas de segurança (Tradução nossa)

As atribuições do *Pubblico Ministero* definidas nos diversos diplomas legais italianos demonstram a importância dessa função que, exercida pelos magistrados, tem o condão de velar pela observância das leis e a pronta e regular administração da justiça. No próximo tópico, veremos, separadamente, os principais campos de atuação do Ministério Público italiano.

²⁵⁰ *Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; Promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza.*

7.2.4.1 Atribuições em matéria penal

O *Codice di Procedura Penale* acomoda o Ministério Público dentro do título reservado às partes (libro primo – soggettittolo – Il Pubblico ministero; arts. 50 – 54).

Entre as atribuições criminais do *Pubblico Ministero*, a mais tradicional e importante é a de iniciar e exercer a ação penal (art. 74.1 O. G., art. 112 da Constituição italiana e o art. 50 do CPP). Ele detém o monopólio da ação penal, a ponto de “Quando non è necessaria la querela, la richiesta, l'istanza o l'autorizzazione a procedere, l'azione penale è esercitata di ufficio²⁵¹”. No entanto, o MP italiano poderá exercer de ofício a ação penal, adstrito aos casos expressamente previstos em lei²⁵².

O *Codice di Procedura Penale* faz referência, em muitos de seus dispositivos, à atuação pré-processual do Ministério Público, ou seja, na fase de investigação, que naquele país é chamada de *indagini preliminari*. Nessa fase o promotor de justiça tem o controle absoluto da investigação, a ponto de a polícia judiciária estar subordinada a sua orientação.

José Eduardo Sabo Paes, destacando a importância do *Pubblico Ministero* na fase pré-processual do procedimento criminal italiano, destaca que:

Os magistrados do Ministério Público se convertem, por si próprios ou por meio da Polícia Judiciária, no órgão receptor da *notitia criminis* (art. 330 C. di P. P.), podendo realizar imediatamente toda atividade que seja necessária (art. 358 C. di P. P.) para a investigação; entre essas atividades se contempla especificamente a identificação de pessoas, coisas e lugares, ou tudo aquilo que possa ser objeto de percepção sensorial (art. 361.1 C. di P. P.), gozando para o exercício dessas funções das mesmas faculdades

²⁵¹ Art. 50.2 do CPP italiano.

²⁵² Conforme orientação do art. 50.3 do CPP.

coercitivas que se atribuem ao juiz: solicitar a intervenção da Polícia Judiciária e, conforme o caso, da força pública (art. 378 c/c art. 131 C. di P. P.)²⁵³.

Em consequência do crime organizado, especialmente da máfia italiana, várias medidas foram efetivadas como forma de repressão à ação dos mafiosos. Entre as medidas implementadas destaca-se a *Misure di prevenzione e antimafia*, que estabelecem, com caráter de extrema urgência, disposições tendentes a combater e prevenir a atuação dos grupos criminosos. E, no caso, cabe ao Ministério Público a direção dessas investigações²⁵⁴.

7.2.4.2 Atribuições em matéria cível

Diferente do que ocorre no Código de Processo Penal, o Ministério Público está disposto, no CPC italiano, em um título próprio, diferente e anterior ao que trata das partes. Por sua vez, o art. 69 determina que o MP exerce a ação civil, nos casos estabelecidos pela lei, na condição de parte²⁵⁵. Pode, também, interpor recurso contra as sentenças relativas às causas matrimoniais, salvo aquelas por separação pessoal dos cônjuges. A sua intervenção é obrigatória em todas as audiências civis, bem como nas penais, perante o Tribunal de Apelação, e facultativa em todas as outras causas na qual se contempla interesse público²⁵⁶.

²⁵³ O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito. 2003, p. 136.

²⁵⁴ PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito. 2003, p. 136.

²⁵⁵ Art. 60 do CPC italiano.

²⁵⁶ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 1996, p. 361.

Para Crisanto Mandrioli, o interesse público é o elemento que sempre justifica a legitimação do Ministério Público no processo civil, mas é o grau de intensidade desse interesse é que determinará a extensão dos poderes do *Ministério Público*²⁵⁷.

7.2.4.3 Atribuições no Direito Processual Coletivo

Na Itália, as questões relativas à tutela dos direitos e interesses difusos tiveram início nos meados da década de 50, mas o período de maior progresso científico foram as décadas de 70 e 80. No entanto, esses estudos não progrediram, ficaram estagnados nas questões relativas à terminologia e conceituação desses interesses²⁵⁸.

Gregório Assagra de Almeida, dissertando sobre o tema, esclarece que as discussões conceituais e terminológicas acerca dos direitos e interesses difusos e coletivos não tiveram consenso na doutrina, tampouco na jurisprudência. Essa indefinição terminológica inviabilizou a continuidade dos estudos sobre o tema da tutela coletiva naquele país²⁵⁹.

Em consequência da falta de produção doutrinária e legal, a tutela coletiva não logrou efetividade no direito italiano. Assim, não se formou um sistema jurídico de proteção aos interesses e direitos difusos e coletivos e, por razões óbvias, não se definiu o modelo de legitimidade ativa para tutela em juízo desses direitos²⁶⁰.

²⁵⁷ MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**. 1996, p. 361.

²⁵⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 121.

²⁵⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. 2003, p. 106.

²⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. 2003, p. 106.

Desse modo, como não há um sistema efetivo de proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, e, por sua vez, não há definição daqueles que são legitimados para atuar em juízo na defesa dos direitos de massa, o Ministério Público não tem atribuições específicas, estabelecidas pelo *Ordinamento Giudiziario* ou outras leis esparsas, para atuar como legitimado no Direito Processual Coletivo.

7.3 O Ministério Público norte-americano

O Ministério Público norte-americano, chamado de *Attorney General's Office*, não é uma instituição semelhante à brasileira, no entanto, não há naquele país outro órgão cujas atribuições se aproximam daquelas desenvolvidas pelo Ministério Público nacional. O que ocorre é que a instituição americana executa funções que, comparadas com o nosso sistema jurídico, são desempenhadas por outros órgãos tais como: a Advocacia-Geral da União (procuradorias estaduais ou municipais), além de atuar como órgão consultivo do Estado²⁶¹.

Como visto, o *Attorney General's Office* atua como uma Advocacia-Geral ou Consultoria-Geral, mas com poderes de Ministério Público. Mas, para cumprir o propósito do nosso estudo, abordaremos somente aquelas atribuições que o tornam semelhantes à nossa instituição, por esse motivo chamaremos a instituição americana pela mesma designação da instituição brasileira.

²⁶¹ PROENÇA, Luis Roberto. **Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América**, p. 211.

7.3.1 Estrutura e atuação do Ministério Público Norte Americano

A organização do Ministério Público americano é mais complexa que a brasileira, justamente pelas suas diversas atribuições e pelo grau de descentralização que caracteriza a federação americana.

Verticalmente, a instituição se organiza para atender aos três entes da federação: Ministério Público Federal, Estadual e dos Condados. As funções do *Attorney General's Office* nos municípios são de consultoria e representação da entidade pública municipal, razão pela qual não está inserida na estrutura que projetamos para a instituição²⁶².

Horizontalmente, não há simetria na organização da instituição entre os diversos estados, justamente porque esses entes políticos detêm total independência para estruturar e organizar seus Ministérios Públicos. Essa autonomia organizacional decorre da própria *Common Law*, como explica Luis Roberto Peçanha:

A diversidade de perfis institucionais do Ministério Público decorre não só das diferentes elaborações constitucionais e legislativas dos Estados, mas também do próprio sistema da *Common Law*, ao permitir a formatação da instituição pela própria jurisprudência, com a definição também pelas decisões judiciais dos poderes e responsabilidades de cada Ministério Público específico²⁶³.

Para compreender, mesmo que em linhas gerais, a atuação do Ministério Público americano no processo civil, criminal e coletivo é preciso compreender a sua forma de se organizar, nos diversos entes federativos.

²⁶² ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**, p. 86.

²⁶³ **Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América**, p. 214.

7.3.1.1 O Ministério Público Federal

Na esfera federal o Ministério Público é dirigido pelo Procurador-Geral dos Estados Unidos (*U.S. Attorney General*), que é o chefe do Ministério da Justiça (*Department of Justice*), cuja indicação cabe ao Presidente da República e a aprovação ao Senado Federal²⁶⁴.

Os Procuradores-Gerais distritais da República (*U. S. Attorneys*), que se assemelham aos nossos subprocuradores da república estão subordinados administrativamente ao Procurador-Geral dos Estados Unidos. Contudo, como os primeiros também são indicados e aprovados pelo Senado, desfrutam de relativa independência²⁶⁵.

Os assistentes dos Procuradores-Gerais, tanto da República quanto os distritais, equivalente ao nosso Procurador da República são nomeados e demitidos livremente pelos seus superiores.

O Ministério Público Federal é o responsável pelo oferecimento de denúncias por crimes federais, tais como: tráfico de drogas internacional, crime organizado, medidas antitruste, crimes contra o mercado financeiro, crimes previstos nas leis alfandegárias.

²⁶⁴ SIMON, John Anthony. **Considerações sobre o ministério público americano**. p. 8.

²⁶⁵ SIMON, John Anthony. **Considerações sobre o ministério público americano**. p. 9.

7.3.1.2 Ministérios Públicos Estaduais

Nos estados a composição do Ministério Público é completamente diferente da sua estrutura federal. Os Ministérios Públicos estaduais (*State Attorney General's Office*) não são um órgão do Poder Executivo, como o federal, em que seus dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República. A escolha dos Procuradores Gerais Estaduais (*State Attorney General*) é feita pelos cidadãos, pois o cargo é eletivo.

Entre as atribuições dos Ministérios Públicos Estaduais está a representação dos Estados. Contudo, em razão do ingresso na carreira estadual, o membro desse ministério público goza de grande independência funcional em relação ao Poder Executivo Estadual.

O mandato dos procuradores-gerais é, na maioria das vezes, de quatro anos. A sua equipe (*Assistant Attorney General*) é constituída por advogados escolhidos livremente, os quais podem permanecer no cargo durante o tempo que durar o mandato do Procurador-Geral ou se manterem no cargo com a chegada de um novo Procurador-Geral²⁶⁶.

Entre as diversas funções dos Ministérios Públicos Estaduais podemos destacar as seguintes:

- a) controle da atuação contenciosa do Estado: através do poder discricionário conferido ao procurador-geral de ajuizar ações e de apelar apenas nos casos em que julgue tal conduta conveniente, pode o Ministério Público direcionar a jurisprudência a longo prazo, o que é efetivamente mais significativo no sistema da *Common Law* do que o é no sistema romano-canônico;
- b) consultoria jurídica aos órgãos governamentais: não só ao Executivo, mas também ao legislativo [...]

²⁶⁶ SIMON, John Anthony. **Considerações sobre o ministério público americano**. p. 9.

- c) assistência judiciária: tanto nas áreas tradicionais, quanto naquelas mais recentes, como assistência à infância, aos idosos, aos consumidores, aos pensionistas ou segurados etc;
- d) colaboração no aprimoramento legislativo: participação de comissões de reforma legislativa ou de propositura de novos diplomas legais;
- e) investigação administrativa e criminal: com amplos poderes de investigar condutas governamentais nocivas e atos ilícitos particulares²⁶⁷.

Novas perspectivas legislativas e funcionais têm ampliado as possibilidades de atuação dos Ministérios Públicos dos Estados, em novas áreas, como a defesa do meio ambiente, do consumidor, combate a conglomerados econômicos. Desse modo, a atuação desses órgãos nos estados é a que mais parece com o modelo brasileiro.

7.3.1.3 O Ministério Público dos Condados

Os Condados (*The States Attorney*) são equivalentes às nossas Circunscrições Judiciárias, em razão da sua composição ser feita pela junção de vários municípios. Os membros desse ministério público são os *Assistant States Attorneys*, que, guardadas as devidas proporções, são equivalentes aos nossos promotores de justiça. Os membros dos ministérios públicos dos condados também são contratados livremente pelo Procurador-Geral do Condado, que, na maioria dos Estados, é eleito pelo voto popular²⁶⁸.

²⁶⁷ PEÇANHA, Luis Roberto. **Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América**, p. 216.

²⁶⁸ ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**, p. 88.

As atribuições básicas desses “promotores de justiça” estão vinculadas primordialmente à área criminal, especificamente nos crimes contra a vida, crimes sexuais, contra o patrimônio, tráfico e uso de drogas²⁶⁹.

7.3.2 A defesa dos direitos coletivos

Como vimos anteriormente, o Ministério Público americano tem como atribuições básicas servir de órgão consultivo para os diversos setores da administração pública, representar judicialmente, quando houver interesse do Estado e de seus funcionários, além de atuar como administrador de fundos públicos e privados, quando se tratar de assistência à infância²⁷⁰.

Contudo recentemente o órgão ministerial americano vem expandindo sua atuação na defesa de direitos, cujos temas, em regra, atingem uma coletividade maior, como, por exemplo, questões que envolvam aspectos ambientais ou consumeristas.

Diferente do que ocorre no Brasil, em que a legitimação do Ministério Público para propor ações coletivas decorre da própria lei, nos Estados Unidos a sua legitimação decorre da natureza da lide, ou seja, depende da matéria que está sendo discutida em juízo para justificar a sua atuação processual.

Seguindo essa diretriz, as ações coletivas norte-americanas – ou as *class actions*, não são instrumentos exclusivos de determinados legitimados, pelo

²⁶⁹ PEÇANHA, Luis Roberto. **Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América**, p. 216.

²⁷⁰ PEÇANHA, Luis Roberto. **Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América**, p. 221.

contrário, podem ser usadas por qualquer interessado que apresente os requisitos necessários para sua proposição. O Ministério Público propõe uma ação coletiva, não porque é legitimado legalmente, mas porque o tema ou a natureza da lide requer a utilização dessa ação. O que define, pois, a atuação desse órgão no Direito Processual Coletivo é a natureza da lide. A sua participação fica restrita a questões que envolvam diretamente a implementação de políticas públicas, cujos destinatários são grupos, classes ou pessoas determináveis ou indetermináveis.

No próximo capítulo veremos especificamente como se dá a legitimação para agir no Direito Processual Coletivo brasileiro e trataremos especificamente sobre a atuação de um dos legitimados – o Ministério Público.

8 A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

8.1 O modelo tradicional do instituto da Legitimação para agir e sua incompatibilidade com o Direito Processual Coletivo

No capítulo anterior, foi dito que os institutos tradicionais do processo civil não são adequados para a tutela dos direitos transindividuais. Particularmente no caso do instituto da legitimação *ad causam*, essa afirmativa se torna ainda mais evidente, pois esse é um dos temas mais controvertidos e complexos do chamado direito processual coletivo.

A grande dificuldade, percebida pela doutrina especializada, no campo da legitimação para agir, para a tutela dos direitos difusos, estava no fato de que esse instituto, nos moldes do processo civil, não atende às peculiaridades dessa categoria de direitos.

Quanto ao processo civil individual, a legitimação para agir atua como critério de pertinência subjetiva entre o autor da demanda e a pretensão de direito material deduzida em juízo²⁷¹, qualificando o autor, como o titular do direito ameaçado.

Por sua vez, na defesa dos direitos difusos, essa lógica cartesiana na aferição da titularidade do direito ameaçado não ocorre. Nos direitos difuso e coletivo estrito senso, a sua titularidade não está adstrita a um único titular, mas a um número indeterminado de titulares.

²⁷¹ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. 2006, p. 164.

Diante desse cenário, a doutrina percebeu que, para a efetiva tutela dos direitos transindividuais, seria necessário revisitar vários institutos do processo civil²⁷² e, nesse sentido, o instituto da legitimação para agir recebeu posição de destaque.

Os institutos tradicionais do processo civil, como a legitimação para agir, a substituição processual, a representação e a coisa julgada, destinados à tutela dos direitos individuais, ainda atendiam a esse propósito. No entanto, como adverte Ada Pellegrini Grinover, esses institutos não se adaptaram “em sua configuração tradicional, às novas situações, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas”²⁷³.

No instituto da legitimidade para agir, ficou patente a sua inadequação para a tutela de direitos metaindividuais. Essa dificuldade foi apontada pela doutrina.

Sumariamente descrita a perspectiva segundo a qual se afere a legitimação ativa no processo civil individual, salta aos olhos a dificuldade de se enquadrá-la em matéria de proteção jurisdicional dos direitos metaindividuais, seja em função da inviabilidade de se atribuir a titularidade da pretensão material deduzida, com exclusividade, a quem quer que seja, seja diante da impraticabilidade da presença de todos os seus titulares²⁷⁴.

Ada Pellegrini Grinover, avaliando a experiência estrangeira, ressalta a necessidade de se criarem novos meios processuais para atender a essas novas exigências. Além disso, alerta para o fato de que não há necessidade de abandonar os institutos já existentes.

[...] é preciso, antes de mais nada, que o processualista tenha a coragem intelectual de admitir que hoje aflora no processo situações diversas daquelas que constituíam o suporte dos institutos tradicionais. A tradição doutrinária não pode significar um obstáculo para repensar institutos, que não de ser moldados às novas situações. [...] Somente com essa mentalidade, poderá o processualista afeiçoar os velhos institutos às

²⁷² WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos**. 1984.

²⁷³ **A problemática dos interesses difusos**. 1984, p. 36.

²⁷⁴ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. 2006, p. 164.

necessidades atuais, impulsionando, ao mesmo tempo, as reformas legislativas necessárias à tutela jurisdicional dos interesses difusos²⁷⁵.

A doutrina especializada não foi omissa quanto a necessidade de apresentar soluções às deficiências técnicas do sistema de processo civil, para tutelar os direitos de massa. Contudo, pelo que se pôde observar, os processualistas brasileiros apontam a inadequação dos institutos processuais tradicionais e seu uso no Direito Processual Coletivo, mas apresentam como solução um realinhamento ou revisão desses conceitos.

Nesse sentido, podemos citar a posição de Luiz Guilherme Marinoni, que segue a posição majoritária da doutrina, no sentido de concordar que o processo civil tradicional, forjado no Estado Liberal, pensado para a tutela de direitos individuais, não está apto a proteger, com efetividade, os direitos metaindividuais. Contudo, ainda como a maioria da doutrina, apresenta como solução a readaptação dos conceitos técnico-processuais, para a defesa dos direitos de massa.

Os direitos transindividuais e individuais homogêneos exigiram a remodelação dos antigos conceitos de legitimidade para a causa e de coisa julgada material, ligados ao processo civil estruturado para dar solução aos conflitos individuais, que concebia o legitimado como o titular do direito material e a coisa julgada material como algo que diz respeito somente as partes²⁷⁶.

Rodolfo de Camargo Mancuso acrescenta que, para solucionar o problema da tutela dos direitos coletivos pelos institutos tradicionais do processual civil, particularmente o instituto da legitimação para agir, há de se passar necessariamente pela readaptação e releitura desses institutos tradicionais.

Em suma, o que se pode cogitar é de uma releitura do *due process of Law*, de modo a *adaptá-lo* às novas situações coletivas emergentes numa sociedade de massa, na qual se embatem interesses de toda sorte,

²⁷⁵ **A problemática dos interesses difusos.** 1984, p. 42 - 43.

²⁷⁶ **Técnica processual e tutela dos direitos.** 2004, p. 100.

movidos por grupos antagônicos e fortemente reivindicantes. Se o direito, em geral, e o processo, em especial, não se aparelharem para equacionar tais interesses e outorgar-lhes a tutela devida, eles se encaminharão, naturalmente, para outras *formas de expressão*, provavelmente menos pacíficas, com enormes prejuízos para a paz social e para o prestígio do Direito e da função jurisdicional²⁷⁷.

Percebe-se que, no Brasil, a doutrina reconheceu a impossibilidade de o processo civil individualista tutelar, com eficácia, os direitos metaindividuais. No entanto, a solução encontrada foi no sentido de readequar, adaptar e reler os institutos existentes, com o fim de aparelhar o sistema processual tradicional, para a nova realidade, desvendada com o reconhecimento legislativo dos direitos de massa.

No entanto, a conclusão a que chegamos é que todo o sistema processual de tutela coletiva é derivado do processo civil, cuja finalidade é proteger os direitos individuais. No caso particular do instituto da legitimação para agir, usado no Direito Processual Coletivo, nada mais é do que uma readequação, uma releitura contextualizada do conceito consagrado no art. 6º, do Código de Processo Civil. Ou seja, fazemos remendos nos institutos do processo civil, para que estejam aptos a proteger bens jurídicos, cuja importância ultrapassa a esfera individual e que pode atingir toda coletividade de pessoas.

No próximo tópico veremos como a doutrina realizou a adequação do instituto da legitimação para agir do sistema tradicional individualista, para transportá-lo para a defesa dos direitos metaindividuais. Posteriormente, iremos avaliar se essa readequação efetivamente tutela esses direitos, e se for o caso apresentaremos

²⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos: legitimação para agir**. 2004, p. 269.

uma possível solução para o problema da legitimação para agir no Direito Processual Coletivo²⁷⁸.

8.2 A legitimação para agir e os entes legitimados

O instituto da legitimação para agir, antes do advento da lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), da Constituição da República de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), era considerado um dos pontos mais sensíveis da tutela jurídica dos direitos metaindividuais, particularmente, para os direitos difusos.

Em artigo específico sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira lança luz a essa preocupação: “[...] o anseio, hoje tão generalizado, pela proteção efetiva dos interesses difusos suscita renovada meditação sobre o problema clássico da ciência processual: o da legitimação para agir²⁷⁹”.

A doutrina²⁸⁰ se debruçou sobre o tema, com o objetivo de definir quem deveria ser legitimado para tutelar os direitos metaindividuais. Na ocasião, a dúvida estava se o legitimado deveria ser o indivíduo, singularmente considerado, ou se membro de grupo social, ou ainda se todos os membros agrupados por meio de litisconsórcio necessário. Outra possibilidade era a legitimação das associações ou pessoas jurídicas, cuja finalidade institucional fosse a defesa desses direitos;

²⁷⁸ A avaliação crítica sobre o instituto da legitimação para agir no processo coletivo será apresentado no capítulo 8 do presente trabalho.

²⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro**. 1981, p. 2.

²⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos**. 1984, p. 38; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A proteção jurídica dos interesses coletivos**. 1980, p. 6; WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir**. 1984, p. 86.

também foi visto como opção a legitimação de grupos despersonalizados ou constituídos com o objetivo único de atuar em determinada demanda. Por último, cogitou-se a possibilidade de legitimar apenas algum órgão estatal, como o Ministério Público ou qualquer outro órgão do Estado.

Com a edição da Lei da Ação Civil Pública, a promulgação da Constituição de 1988 e o advento do Código de Defesa do Consumidor, a questão relativa à legitimação para atuar no processo, para a proteção de direitos metaindividuais, encontrou sua definição legislativa, proporcionando relativa harmonia entre os doutrinadores²⁸¹.

Com o modelo de legitimação para agir adotado pela Constituição da República nos arts. 127 e 129, no art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública, e no art. 82, do Código de Defesa do Consumidor, é possível dividir em três grupos os entes autorizados para atuar na defesa dos direitos de massa. Assim, temos: 1. Os indivíduos, pessoas físicas, que atuam na defesa de alguns direitos difusos, por meio da Ação Popular, conforme preceitua o art. 5º, LXXIII, da CR, e a Lei 4.717/65; 2. O grupo dos órgãos estatais, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, além de outros órgãos públicos. O terceiro grupo é composto pelos partidos políticos, legitimados a propor o mandado de segurança coletivo (CR, art. 5º, LXX); as associações civis (CR, art. 5º, LXX, b e XXI; LACP, art. 5º, I e II e § 4º; CDC, art. 82, IV e § 1º), por fim, os sindicatos (CR, art. 5º, LXX, b, art. 8º, III e CLT, art. 513, a)²⁸².

Considerando esses três grupos de legitimados, vamos fazer uma análise sucinta de cada um deles, para compreender o fenômeno da legitimação para agir, segundo o modelo adotado no sistema de tutela coletiva brasileira.

²⁸¹ Veremos no último capítulo que essa harmonia é relativa, pois o modelo de legitimação para agir, adotado no sistema brasileiro de tutela coletiva, é refutado com veemência por parte da doutrina.

²⁸² CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Substituição processual no processo coletivo**. 2006, p. 221.

8.2.1 A legitimação ativa do cidadão para a defesa de direitos metaindividuais

Vimos anteriormente que a ação popular foi o primeiro instrumento constitucional de defesa dos direitos difusos. O cidadão foi o primeiro legitimado ativo autorizado a atuar em defesa desses direitos, que ultrapassam a esfera individual. Com isso, viabilizou-se a participação popular na administração da coisa pública²⁸³.

A ação popular foi introduzida no ordenamento jurídico constitucional, pela Carta Magna de 1934, no art. 113, XXXVIII determinando que: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

Posteriormente, a Lei 4.717/65 regulamentou a ação popular, até os nossos dias, no seu art. 1º, que manteve a legitimação ativa de qualquer cidadão, singularmente considerado, para o ajuizamento da ação, cujo objeto é a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público em geral.

O Texto Maior de 1988 não só manteve a ação popular como também ampliou o seu objeto, conforme descrito no art. 5º, LXXIII, permitindo a tutela da moralidade administrativa e do meio ambiente. Além disso, consagrou a titularidade do cidadão, como legitimado para propositura dessa ação coletiva.

A ação popular deu origem ao aparelhamento do sistema jurídico nacional, com o fim de tutelar os direitos difusos e coletivos. Desse modo, é perfeitamente possível afirmar que o primeiro legitimado ativo, consagrado pelo ordenamento

²⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados ‘interesses difusos’**. 1982.

jurídico, a propor medidas judiciais, com o objetivo de proteger os direitos metaindividuais, foi o cidadão²⁸⁴.

A ação popular é a mais genuína e legítima ação coletiva brasileira, pois, ao contrário das outras ações coletivas, como, por exemplo, a ação civil pública, que arrola como legitimado para sua propositura, órgãos públicos ou entidades representativas. Na ação popular, o cidadão²⁸⁵ é o único legitimado ativo, o que denota o seu comprometimento com a participação popular e o respeito com o princípio democrático, consagrado no art. 1º, da Constituição de 1988, além da sua vinculação com o art. 5º, XXXV, que determina o acesso irrestrito de todos na defesa dos direitos, tanto na sua dimensão individual quanto na coletiva, quebrando todas as barreiras que impedem, limitam ou dificultam o acesso de todos ao judiciário²⁸⁶.

8.2.2 O sistema de prévia aferição de legitimidade ativa no Direito Processual Coletivo brasileiro

8.2.2.1 Da legitimação individual aos corpos intermediários

A tutela de direitos coletivos teve como primeiro legitimado ativo o indivíduo, na lei da ação popular. A doutrina e jurisprudência eram resistentes quanto à ideia de eleger, como legitimados ativos, determinados corpos intermediários, para

²⁸⁴ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. 2006, p. 166.

²⁸⁵ Compreende-se que o *status* de cidadão brasileiro, pode ser comprovado por meio de cópia do título de leitor, juntado aos autos da ação popular.

²⁸⁶ Essa é a posição de Vicente de Paula Maciel Júnior, para quem o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário superou qualquer tipo de condicionante para o ajuizamento de uma ação judicial. **Teoria das ações coletivas**. 2006, p. 163.

atuarem em juízo, na defesa dos direitos metaindividuais. As únicas ações coletivas existentes eram a ação popular e o dissídio coletivo, mas essas ações tutelavam um rol restrito e taxativo de direitos²⁸⁷.

No entanto, com a crescente preocupação com a ampliação da tutela de outros direitos difusos e coletivos, a titularidade do indivíduo para a defesa desses direitos não teve continuidade. Foram vários os problemas de ordem técnica, cultural e política, apresentadas pela doutrina, para justificar essa mudança de paradigma.

Elton Venturi sintetiza esses problemas que desqualificaram o cidadão, como legitimado ativo para a defesa dos direitos de massa:

Tecnicamente, citem-se as enormes dificuldades na obtenção de informações, pelo cidadão, de documentos hábeis a demonstrar a ilegalidade e a lesividade do ato administrativo, bem como os conhecidos entraves procedimentais decorrentes da formação de litisconsórcio passivo necessário referido pela Lei da Ação Popular. Sob a perspectiva cultural e política, ressalte-se o ambiente pouco favorável às iniciativas populares no que tange a questionamentos sobre atos do Estado no período vivenciado quando da regulamentação da Lei 4.717/1965 e pelos vários anos que se seguiram, até que enfim fosse restabelecido no país um regime democrático. Fato é que a conjuntura social e política sob a qual se desenvolveu a ação popular se faz repercutir até nossos dias, tendo ocasionado um perceptível amesquinamento do próprio conceito de cidadania e, por conseguinte, do emprego da ação popular com a genuína vocação de tutela dos direitos difusos²⁸⁸.

O certo é que o cidadão deixou de ser titular de direitos metaindividuais, e essa titularidade passou a ser exercida por corpos intermediários, ou seja, entidades previamente escolhidas para atuar na defesa desses direitos. A legitimação ativa do cidadão, para as ações coletivas, ficou restrita à ação popular e novos legitimados surgiram na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.

Com essa mudança de paradigma, os responsáveis para a propositura de ações coletivas passaram a ser entidades públicas e privadas. O problema inicial foi definir qual era a natureza jurídica desse tipo de legitimação. Surgiram posições

²⁸⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. 2003, p. 496.

²⁸⁸ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. 2006, p. 169.

distintas que tentaram resolver esse problema. Mas todas partiam do conceito tradicional de legitimação para agir segundo o modelo de processo civil individual, ou seja, enquadravam o legitimado coletivo nos moldes tradicionais da legitimidade ordinária e extraordinária.

A primeira posição doutrinária sobre o tema foi defendida por José Carlos Barbosa Moreira. Ele argumenta que a tutela dos direitos metaindividuais deveria ocorrer mesmo sem expressa autorização da lei processual. Para esse autor a legitimação dos entes intermediários seria extraordinária. O fundamento para essa posição provém dos ensinamentos de Arruda Alvim, segundo o qual a legitimidade extraordinária não depende de autorização expressa da lei, mas deveria ser extraída do ordenamento jurídico²⁸⁹.

Essa posição predomina na doutrina e na jurisprudência nacional, que entendem que a legitimação é extraordinária, por meio da substituição processual entre legitimados e titulares dos direitos de massas²⁹⁰.

Kazuo Watanabe, por sua vez, qualificou a legitimidade ativa para a defesa dos direitos coletivos como ordinária. O entendimento foi elaborado por meio da interpretação do art. 6º do Código de Processo Civil. “Parece-me que é possível interpretar-se do art. 6º do CPC com maior abertura e largueza, extraindo de seu texto a legitimação ordinária das associações e outros corpos intermediários, que sejam criados para a defesa de direitos difusos²⁹¹”.

Para Nelson Nery Junior, baseando-se na doutrina alemã, a legitimação ativa nas ações coletivas para a defesa de direitos coletivos estrito senso e difusos, ou seja, aqueles direitos genuinamente coletivos, a legitimação seria uma *legitimação*

²⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados ‘interesses difusos’**. 1982, p. 6 – 19.

²⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 2009, p. 64.

²⁹¹ WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos**. 1984, p. 96.

autônoma para a condução do processo. A legitimidade exsurge a partir do momento em que se faça “a afirmação de direitos ou interesse difuso ou coletivo, sem a necessidade de aferir quais seriam os titulares efetivos do direito massificado pleiteado²⁹²”.

Nas próprias palavras do doutrinador:

Por essa *legitimação autônoma para a condução do processo*, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso e coletivo²⁹³.

Outra questão que merece guarida diz respeito às características da legitimidade ativa para tutela de direitos metaindividuais, pois elas se apresentam com a seguinte configuração: concorrente, disjuntiva e exclusiva.

É concorrente no sentido de que todos os legitimados ativos arrolados no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e do art. 82 do Código de Defesa do consumidor concorrem para o ajuizamento de ação coletiva para a defesa dos direitos protegidos nos respectivos diplomas legais.

A legitimação para agir no Direito Processual Coletivo é disjuntiva, pois os legitimados podem agir ativamente sem a presença ou autorização de outro legitimado.

Por fim, a exclusividade é outra característica da legitimação no Direito Processual Coletivo, considerando que somente os atores escolhidos pelo legislador é que podem ajuizar as ações coletivas.

²⁹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. 2003, p. 499.

²⁹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 2006, p. 169.

8.2.2.2 Os legitimados da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor

Com a opção do legislador de transferir do cidadão, para entes públicos e privados, a legitimação para agir no Direito Processual Coletivo, o rol previsto no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor passou a constituir os principais legitimados para as ações coletivas no Brasil.

Nesse sentido, são legitimados ativos, para ações coletivas, segundo o art. 5º da LACP/85²⁹⁴:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O artigo 82 do CDC apresenta um rol praticamente igual ao do art. 5º da LACP. Nesse caso, foram incluídos, como legitimados, o Distrito Federal e as entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, conforme descrito no dispositivo:

- I - o Ministério Público,
- II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

²⁹⁴ Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2006.

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

O legislador brasileiro optou por conferir a determinadas entidades a titularidade para a propositura das ações coletivas, concentrando nesses legitimados a responsabilidade pela tutela jurisdicional coletiva brasileira.

Faremos, nos próximos tópicos, uma análise sucinta dos principais legitimados ativos coletivos, com o fim de conhecer o modo e a extensão da legitimação atribuída a eles pelo legislador.

8.2.2.2.1 Ministério Público

A instituição do Ministério Público obteve, com a Constituição de 1988, um destaque nunca antes experimentado pela instituição, como foi demonstrado na primeira parte desse trabalho. E foi no campo da tutela jurisdicional coletiva que se notabilizou, com maior nitidez, a valorização dada pelo constituinte ao *Ministério Público*.

A legitimação ministerial para a defesa dos direitos difusos e coletivos decorre do próprio texto constitucional, especificamente no seu art. 129, III, que determina, como função institucional: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Segundo o texto constitucional, é defeso limitar ou restringir a atuação dessa instituição na defesa dos direitos massificados. Nesse sentido, a legislação

infraconstitucional outorgou e garantiu ao Ministério Público a legitimidade ativa em praticamente todos os diplomas legais, cuja tutela verse sobre direitos metaindividuais sendo, portanto, “defeso à lei ordinária infraconstitucional limitar ou retirar do *Ministério Público* a legitimação para a defesa em juízo dos direitos difusos e coletivos”²⁹⁵.

Em razão do mandamento constitucional, a legitimação outorgada pela LACP e pelo CDC confere ao Ministério Público a prerrogativa de atuar como legitimado ativo em praticamente todas as ações coletivas. Além de garantir que a sua atuação seja interpretada de modo mais amplo possível, vedado qualquer tipo de restrição²⁹⁶.

Considerando o fato de que um dos objetivos dessa pesquisa é a verificação da atuação processual do Ministério Público no Direito Processual Coletivo, vamos deixar para tratar do tema no momento oportuno, com maior profundidade.

8.2.2.2.2 Defensoria Pública

A Lei Complementar n.80, de 12 de janeiro de 1994, que “Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências”, arrola, no art. 4º, as funções institucionais da Defensoria Pública e prescreve que, entre as suas funções, está a de promover a *ação civil pública*.

Por sua vez, a doutrina e jurisprudência entendiam, com base na interpretação do art. 82, III, do CDC, que a Defensoria Pública estaria legitimada para ajuizar,

²⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 2004, p. 1426.

²⁹⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. 2003, p. 499.

como ente despersonalizado, a ação civil pública ou outras ações coletivas, para a defesa de consumidores vítimas²⁹⁷.

Contudo, com a publicação da Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 5º da LACP, incluiu-se expressamente a Defensoria Pública entre os arrolados para a propositura da ação civil pública e, por consequência, de outras ações coletivas.

Uma questão importante sobre a atuação da Defensoria Pública no Direito Processual Coletivo diz respeito à necessidade de se exigir pertinência temática dessa instituição.

Segundo entendimento doutrinário²⁹⁸, o artigo art. 5º, II, da LACP, que atribuiu à Defensoria Pública legitimação para agir nas ações coletivas, deve ser interpretado, sistematicamente, com o art. 134, *caput*, da Constituição da República. Nesse sentido, deve-se concluir que essa instituição “deverá atuar na defesa dos interesses e direitos massificados das pessoas necessitadas, consoante já foi afirmado anteriormente, sendo perfeitamente correto e adequado exigir-lhe pertinência temática”.

8.2.2.2.3 Órgãos da Administração Pública Direta e Indireta

A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, órgãos da administração pública direta, são legitimados para propor ações coletivas. Essa legitimação decorre da Constituição, que atribuiu competência para que esses entes

²⁹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. 2006, p.131.

²⁹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. 2006, p.131.

jurídicos se responsabilizem pela proteção do patrimônio público, do meio ambiente, dos consumidores e do bem-estar social²⁹⁹.

A legislação infraconstitucional também confere legitimação a esses entes públicos com personalidade jurídica, como está determinado pelos artigos 82, II, do CDC e 5º da LACP.

A doutrina diverge quanto ao âmbito de atuação desses entes públicos. Para parte dela, a atuação desses legitimados está limitada aos seus limites territoriais. Esse é o entendimento de Kazuo Watanabe: “Se nenhum nexos mantêm, porque os consumidores pertencem a outro Município ou a Estado diverso, evidentemente a legitimação *ad causam* não lhes diz respeito³⁰⁰”.

Por sua vez, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que não há limitação territorial para o ajuizamento de ações coletivas por parte dos entes públicos, pois o direito tutelado não é individual de cada Estado, mas abrange a todos.

O Estado federado do sul, por exemplo, pode ajuizar ACP na defesa do meio ambiente do Estado do Amazonas, porque interesse processual na ACP é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo. Quando o Estado federado move ACP, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas de direito que transcende a individualidade³⁰¹.

Esses entes serão representados por seus procuradores, na forma prescrita pelo art. 12, I e II, do CPC.

A legitimação ativa dos órgãos da administração pública indireta, para atuarem no Direito Processual Coletivo, também decorre do art. 5º, da LACP e do

²⁹⁹ Artigo 23, da Constituição da República.

³⁰⁰ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 1998, p. 636.

³⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 2004, p. 1426.

art. 82, III, do CDC. Fazem parte dessa categoria as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Portanto, os órgãos da administração pública indireta são colegitimados ativos para proposição de ações coletivas. Ponto crucial dessa legitimação tem a ver com o fato de que ela será aferida desde que o ajuizamento da ação coletiva pretendida esteja vinculado a suas finalidades institucionais³⁰².

8.2.2.2.4 Fundações e órgãos públicos sem personalidade jurídica

O art. 5º, IV da LACP, arrolou as fundações como colegitimadas para atuar no Direito Processual Coletivo. Por sua vez, é preciso esclarecer que existem dois tipos de fundações, as públicas e as privadas. Contudo, essa diferenciação não foi destacada pela LACP, nem pelo CDC. Assim, as fundações públicas e privadas estão legitimadas para atuar em defesa de direitos massificados.

O legislador não limitou a legitimação ativa apenas aos órgãos públicos com personalidade jurídica. Ao contrário, o legislador ampliou a legitimação para agir aos entes públicos despersonalizados, como é o caso do Procon. O art. 82, III, do CDC, é expresso nesse sentido. A norma desse dispositivo também se aplica à LACP, considerando que existe completa interação entre esse diploma legal e o CDC, por expressa determinação do seu art. 21³⁰³.

³⁰² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 2004, p. 1426.

³⁰³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. 2003, p. 518.

Tanto para as fundações quanto para os entes públicos despersonalizados, a legitimidade será aferida, desde que tenham arroladas, entre suas finalidades institucionais, a tutela de um dos direitos transindividuais.

8.2.2.2.5 Associações

O desenvolvimento da tutela coletiva não pode depender apenas dos órgãos estatais, legitimados para atuar na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. É necessária a participação organizada da sociedade para o aprimoramento e efetividade da proteção dos direitos de massa.

Nesse contexto, ganharam força, na sociedade brasileira, as associações civis, compreendidas como “entidades catalisadoras dos interesses e direitos coletivos, na medida em que potencialmente concentram em torno de si expressivo contingente de indivíduos, formalmente a elas ligados, e encontram sua finalidade constitutiva (existência) na própria defesa de direitos individuais, coletivos e difusos que se relacionem com seus fins estatutários³⁰⁴”.

A expressão maior da importância que essas entidades passaram a ter para o desenvolvimento da tutela coletiva está no fato de que a própria Constituição de 1988 incentivou a criação dessas entidades independentemente de autorização estatal (art. 5º, XXXIII), garantiu a liberdade de associação e reunião (art. 5º, XVI, XVII e XX), determinou que a sua dissolução ocorrerá mediante sentença judicial

³⁰⁴ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. 2006, p. 199.

transitada em julgado (art. 5º, XIX), representará seus filiados, judicial e extrajudicialmente, quando expressamente autorizado (art.5º, XXI).

A lei infraconstitucional também garantiu às associações a legitimidade ativa na defesa de direitos de massa. Os principais diplomas processuais – LACP e CDC, que sedimentam as normas de direito processual coletivo, legitimam essas entidades para atuar na proteção dos direitos transindividuais.

O art. 5º, V, da LACP e o art. 82, IV, do CDC, legitima as associações para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo dispensável para sua atuação a autorização assemblear. Entretanto, a lei condiciona a sua legitimação aos seguintes requisitos: 1. que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos acima mencionados; 2. exige que estejam constituídas há pelo menos um ano. Essa última exigência pode ser dispensada, a critério do juiz, quando existir “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, de acordo com o § 4º do art. 5º da LACP e do art. §1º do art. 82, do CDC.

A expressão “associações” utilizada pela lei compreende os “sindicatos”³⁰⁵, cooperativas e todas as demais formas de associativismo (art. 174, §2º, CF), desde que os requisitos preestabelecidos na lei sejam devidamente preenchidos³⁰⁶.

Mauro Cappelletti compreendia as associações como verdadeiros corpos intermediários, que atuam entre os indivíduos e o Estado, rompendo com o modelo

³⁰⁵ Quanto aos sindicatos é relevante destacar que o TST cancelou a súmula 310 (Res. 119/2003, DJ 01.10.2003), cujo teor determinava que: (I) o art. 8º, III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato; (II) Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. Essa súmula impunha exigências que a própria Constituição desconhecia, além de dificultar a tutela dos direitos pertinentes as finalidades institucionais dos sindicatos.

³⁰⁶ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 1998, p. 636.

tradicional de legitimidade para agir. Nesse contexto, as associações desempenham papel fundamental para a proteção de direitos de massa³⁰⁷.

8.2.3 A representação adequada e a pertinência temática no sistema de tutela coletiva brasileiro

O instituto da representação adequada é originário do sistema jurídico das *class actions* norte-americano. Nesse sistema, é o juiz quem afere, concretamente, se o representante é ou não adequado para propositura de uma ação coletiva, ou seja, a aferição é *ope judicis*.

No Brasil, a representação adequada é aferida não pelo juiz, mas pelo legislador (*ope legis*), ou seja, a aferição de adequação é feita em abstrato, pois há uma seleção prévia daqueles que serão legitimados para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

No contexto brasileiro, a escolha antecipada do legislador, pelos legitimados ativos, faz surgir uma presunção de representação adequada entre esses legitimados.

A doutrina especializada vem discutindo sobre a possibilidade de se adotar, no sistema jurídico coletivo brasileiro, o modelo norte-americano de controle de representação adequada.

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses de grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do

³⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. 1966, p. 146.

representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser reproposta por qualquer legitimado³⁰⁸.

Por outro lado, Gregório Assagra de Almeida argumenta que adotar o sistema de representação adequada norte-americano (*adequacy of representation*) representaria um retrocesso, pois tornaria a atuação no nosso sistema de tutela coletiva mais restrita. Além disso, argumenta o autor:

A transferência mecânica de institutos do sistema norte-americano poderá gerar incidentes indesejados, restringindo-se a garantia constitucional do acesso à justiça. No sistema brasileiro existem meios próprios para o controle dos abusos e distorções, tais como a condenação por litigância de má-fé prevista nos arts. 15 – 18 do CPC³⁰⁹.

A única hipótese permitida no sistema de tutela jurídica coletiva brasileira do controle concreto da representação adequada (*ope judicis*) é na situação em que o juiz pode dispensar o requisito da pré-constituição anual das associações civis para atuar na defesa de direitos de massa. Essa dispensa será decidida pelo juiz sempre que “haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, conforme preceitua o art.5º, § 4º, da LACP.

Entretanto, o que deve ser analisado é o próprio sistema da representação adequada, pois ele atua como um instrumento de restrição do acesso de todos os interessados ao Poder judiciário. Afinal, a representação adequada faz surgir uma renúncia tácita dos verdadeiros titulares do direito, transferindo essa titularidade aos representantes adequados. Nesse sentido, a crítica feita por Vicente de Paula Maciel Júnior revela-se contundente.

³⁰⁸ **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras:** uma proposta. 2002, p. 68.

³⁰⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais.** 2006, p.113.

Por razões ligadas ao plano de análise política da forma de Estado na qual se estruturam os direitos difusos, as legislações de vários países retiraram dos interessados direitos a possibilidade de agirem na defesa direta do bem, atribuindo essa função a órgãos ou pessoas jurídicas, como se fossem os canalizadores da “vontade difusa”³¹⁰.

Outro tema relevante do nosso sistema de tutela coletivo é aquele que trata da pertinência temática, “requisito indispensável, que corresponde à finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse³¹¹”.

A pertinência temática é exigida tanto pela ACP, art. 5º, V, b, quanto pelo CDC, art. 82, III e IV, das associações civis, para atuarem na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
V - a associação que, concomitantemente:
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

As associações deverão demonstrar pertinência temática, por meio de suas finalidades institucionais, para que possam ingressar em juízo na defesa de direitos metaindividuais. Nesse propósito, uma ação de proteção dos direitos do consumidor, por óbvio, está legitimada a defender os direitos dos consumidores, mas, para ajuizar ações coletivas na defesa de outros direitos, deverá demonstrar a sua pertinência.

³¹⁰ **Teoria das ações coletivas**. 2006, p. 155.

³¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses**. 2003, p. 259.

As associações civis e sindicatos têm de ter *pertinência temática* para que possam legitimar-se à propositura de ação coletiva em juízo. Isso quer dizer que a associação e o sindicato podem defender o direito básico na área de sua atuação primária, mas terão de demonstrar pertinência temática em outras áreas. Sindicato dos empregados no setor metalúrgico pode, por óbvio, defender direitos metaindividuais do setor de metalurgia, sem qualquer outra providência formal ou de conteúdo. Mas para defender o meio ambiente, genericamente considerado, é preciso que em seus estatutos esteja prevista essa finalidade associativa. Se estiver, é vedado ao juiz examinar a conveniência de essa finalidade constar dos estatutos. O sindicato ou associação pode, perfeitamente, indicar outras finalidades institucionais secundárias, além daquelas primárias que independem de qualquer outra consideração³¹².

A pertinência temática não deve ser exigida apenas das associações e sindicatos. Hugo Nigro Mazzilli alerta para o fato de que essa exigência alcançaria também as fundações privadas, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, mesmo que não tenham personalidade jurídica.³¹³

Para Hugo Nigro Mazzilli, a pertinência temática só não será exigida do Ministério Público, União, Estados Municípios ou Distrito Federal. Segundo ele, se esses entes têm “vocação à defesa de interesses públicos e interesses coletivos *lato sensu*, presume-se possam, em tese, defender interesses transindividuais de qualquer natureza³¹⁴”.

No próximo tópico será examinada a atuação propriamente dita do Ministério Público no Direito Processual Coletivo Brasileiro.

³¹² **A ação civil pública no processo do trabalho.** 2001, p. 564.

³¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses.** 2003, p. 261.

³¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses.** 2003, p. 261.

8.2.4 A atuação do Ministério Público no Direito Processual Coletivo brasileiro

8.2.4.1 A formação do sistema de tutela coletiva e a resistência à atuação do Ministério Público na defesa de direitos metaindividuais

Quando se iniciaram os primeiros estudos sobre um efetivo sistema de tutela coletiva no Brasil, não havia entre os doutrinadores a exata compreensão sobre a necessidade e a conveniência de se legitimar o Ministério Público para atuar na defesa dos direitos transindividuais³¹⁵.

As críticas e restrições doutrinárias concernentes à atuação do *Ministério Público*, em prol dos direitos massificados, foram sistematizadas por Rodolfo Camargo Mancuso:

Resta agora examinar a alternativa de outorga de legitimação, para agir em tema dos interesses difusos, ao Ministério Público. E, nesse passo, forçoso é reconhecer, *vênia concessa*, que de início a posição doutrinária revelou-se um tanto restritiva. Basicamente, vinham alinhados estes pontos críticos: a) o Ministério Público é uma instituição naturalmente voltada à persecução de delitos “tradicionais”, comuns, mostrando pouca vocação persecutória quando se trata de delitos de natureza econômica ou “coletiva”; b) o Ministério Público estrutural e funcionalmente está demasiadamente conexo ou subjacente à estrutura do poder estatal, para que dele se pudesse esperar a necessária autonomia e combatividade desejáveis quando se trata de tutela aos interesses supra-individuais; c) ao Ministério Público falta aparelhamento e infraestrutura indispensáveis à tutela desses interesses “especiais”³¹⁶.

As críticas à atuação do órgão ministerial na tutela coletiva procuravam demonstrar a sua incompetência para a persecução das novas figuras delituosas de natureza econômica ou coletiva, destacavam a sua falta de autonomia em face do

³¹⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses**. 2003, p. 261.

³¹⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos: legitimação para agir**. 2004, p. 269.

poder estatal, o que inviabilizaria uma postura combativa na defesa desses direitos, além disso, ressaltaram a sua deficiência técnica e de infraestrutura.

Não demorou para que vozes a favor da atuação do Ministério Público se fizessem ouvir e apresentassem argumentos que refutassem todas as opiniões contrárias a essa atuação.

Nesse sentido, os membros do Ministério Público paulista Édis Milaré, Nelson Nery Junior e Antonio Augusto de Mello Camargo Ferraz, citados por Rodolfo de Camargo Mancuso, se manifestaram no sentido de demonstrar que essas críticas não se aplicam ao órgão ministerial brasileiro. Primeiramente demonstraram a habilidade técnica para a defesa de direitos cíveis: “[...] onde o Ministério Público é dotado de completa estrutura legal, orgânica e funcional, com larga tradição de atuação no cível, inclusive com a preocupação de defender, neste campo, os ‘interesses públicos’³¹⁷”.

Quanto à autonomia da instituição diante do Poder Executivo, foi dito que o *Ministério Público*, na condição de titular da ação penal, atua independentemente, mesmo quando dirige essa prerrogativa exclusiva contra os agentes do próprio Estado, ou quando emite seus pareceres em matéria de mandados de segurança e de ações populares³¹⁸.

A crítica que destaca a sua falta de especialização é refutada, com o argumento de que “no Brasil a instituição atua no campo das ‘questões civis de acentuada repercussão social, coletiva, difusa, como, por exemplo, as relacionadas com as Falências e Concordatas, com os Acidentes de Trabalho, ou aquelas, objeto

³¹⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos**: legitimação para agir. 2004, p. 251.

³¹⁸ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos**: legitimação para agir. 2004, p. 252.

de Ações Populares e de Mandado de Segurança’, e através das Curadorias, ele atua ‘em toda a órbita civil’³¹⁹.

Contudo, uma das críticas levantadas pela doutrina, no sentido de restringir a atuação do Ministério Público no Direito Processual Coletivo, não foi refutada. Segundo os doutrinadores citados, há razão na crítica que diz que o órgão ministerial padece de estrutura adequada para defender direitos metaindividuais. Nesse ponto, não há dissenso, ao contrário, todos comungam da opinião de que não só o Ministério Público carece de um melhor aparelhamento para atuar na defesa dos direitos de massa como também todos “os demais organismos aos quais em tese seria possível confiar a missão de tutor dos interesses difusos”³²⁰.

O Ministério Público brasileiro é revestido de garantias, prerrogativas e princípios constitucionais que o distinguem dos seus congêneres do direito alienígena e fazem com que ele seja uma referência para o resto do mundo. Nesse sentido, as críticas feitas pela doutrina não procedem, quando dirigidas à instituição brasileira. O próprio Mauro Cappelletti, que era um ferrenho opositor da atuação do Ministério Público europeu, na defesa dos direitos de massa, destacou as qualidades da instituição brasileira, na atuação em defesa desses direitos:

Na Europa, todavia, essa solução não se mostrou muito eficiente, e por várias razões, inclusive pelo fato de que o Ministério Público, em muitos países, não tem a independência nem a especialização necessárias para tornar-se paladino eficaz desses novos interesses, nos quais estão freqüentemente implicados conhecimentos e informações de natureza econômica, comercial, industrial, tecnológica (inclusive química, ecológica, sanitária etc.). Muito me alegra saber que tais razões do escasso êxito dessa solução na Europa não se aplicam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que sua independência foi assegurada pela Constituição, e em conseqüência também do fato de que em algumas cidades do Brasil se criaram seções especializadas em matéria de interesses difusos, nos quadros do Ministério Público. Fique bem claro, porém, que essas são as duas condições – independência e especialização – absolutamente indispensáveis ao êxito da solução aqui considerada³²¹.

³¹⁹ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos: legitimação para agir**. 2004, p. 252.

³²⁰ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos: legitimação para agir**. 2004, p. 252.

³²¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso dos consumidores à justiça**. 1991, p. 62.

A participação do Ministério Público na atuação dos direitos de massa é fundamental para a efetivação desses direitos. A exclusão do *Ministério Público*, como legitimado para atuar na defesa desses direitos, não apresenta nenhuma razoabilidade ou lógica. No entanto, também não é apropriado que o órgão ministerial tenha proeminência sobre os outros legitimados. Para o ideal democrático, a participação equânime dos colegitimados contribuiria de modo efetivo para a consolidação da democracia participativa³²².

Veremos no último capítulo que a participação do Ministério Público não deve inibir a dos outros legitimados, tampouco deve ser considerado como superior. Ao contrário, segundo o marco teórico adotado nessa pesquisa, a legitimação dos entes para a defesa dos direitos de massa deve ser fundamentada na cooperação, para a promoção efetiva, segundo os interesses de cada legitimado na demanda coletiva.

Considerando todos os argumentos apresentados nesse tópico, veremos adiante que, a despeito das críticas feitas ao *Ministério Público*, a sua legitimação para agir foi garantida para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

8.2.4.2 A atuação do Ministério público na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Se, no início da estruturação da tutela coletiva, havia restrições quanto à atuação do Ministério Público na defesa dos direitos metaindividuais, com o passar dos anos a sua legitimação passou a ser arrolada em quase todos os diplomas

³²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública:** da previsão normativa à realidade forense. 2002.

legais que tratam do tema e, praticamente, não há obstáculos para sua atuação, a ponto de a própria doutrina especializada reconhecer “que hoje talvez seja exacerbada a preponderância do Ministério Público dentre os vários co-legitimados para o exercício da ação³²³”.

Sobre a prevalência da atuação do Ministério Público, Ricardo de Barros Leonel a justifica da seguinte forma:

O Ministério Público, de todos os legitimados, é a instituição que possui maiores condições concretas para a proteção dos interesses metaindividuais, seja por sua estrutura e independência, seja pelos poderes que para tal escopo lhe foram conferidos pelo legislador, como o poder de requisição, de notificação, e por dispor do procedimento investigatório denominado “inquérito civil”, que não são reservados aos demais habilitados³²⁴.

A relevância da atuação do Ministério Público na defesa de direitos transindividuais é, indubitavelmente, mérito da instituição. Contudo, a sua predominância, comparada aos outros legitimados, não deve ser visto como algo positivo, pelo contrário, essa situação traz à tona a precariedade do nosso sistema participativo e desnuda a nossa fragilidade democrática. Considerando todos os argumentos até aqui demonstrados, vamos analisar a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O art. 81, do Código de Defesa do Consumidor apresenta, nos moldes atuais do sistema de proteção coletiva brasileiro, a conceituação legal dos chamados direitos de massa, ou, segundo a definição legal, interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

³²³ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. **Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público**. 2001, p. 91.

³²⁴ **Manual do Processo Coletivo**. 2002, p. 180.

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A teoria³²⁵ adotada em nossa pesquisa nega, veementemente, a existência de interesses coletivos ou difusos. A razão está no fato de que os interesses estão sempre atrelados ao indivíduo e, portanto, a sua manifestação não pode ser difusa. Segundo Vicente de Paula Maciel Junior: “O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Até mesmo a difundida expressão ‘interesses difusos’ foi idealizada tomando por pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses, não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados³²⁶”

Entretanto, cabe lembrar mais uma vez que, primeiramente, estamos analisando o sistema de proteção coletiva brasileiro, ou seja, o direito posto. Posteriormente, iremos confrontar esse sistema com a nova concepção teórica inaugurada pela Teoria das Ações Coletivas como Temáticas³²⁷.

O inciso I, do art. 81, do CDC, define os direitos difusos como I – “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os direitos difusos são aqueles

³²⁵ No último capítulo apresentaremos os fundamentos da teoria das ações coletivas como ações temáticas e as razões pelas quais entendemos como equivocado o uso da expressão “interesses difusos” ou “interesses coletivos”.

³²⁶ **Teoria das ações coletivas:** as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 58.

³²⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas:** as ações coletivas como ações temáticas. 2006.

cuja repercussão do fato atinge um número indeterminado de interessados, tornando a sua identificação impossível³²⁸.

A atuação do Ministério Público para a defesa dessa espécie de direito não é questionada no sistema atual, pois, segundo a doutrina: “Ministério Público está legitimado à defesa de quaisquer interesses *difusos*, graças a seu elevado grau de dispersão e abrangência, o que lhe confere conotação social³²⁹”.

Entretanto, a atuação do Ministério Público para a defesa de direitos coletivos estritamente considerados e os chamados individuais homogêneos, respectivamente definidos pelos incisos II e III do Código de defesa do Consumidor, suscita o questionamento se o *Ministério Público* estará sempre legitimado para todas as espécies de direitos de massa.

Hugo Nigro Mazzilli apresenta três correntes doutrinas que tentam responder a essa questão. Segundo o autor, a primeira posição é restritiva, considerando que faz interpretação restritiva do art. 129, III, argumentando que a Constituição atribui ao órgão ministerial a defesa de direitos difusos e coletivos, mas excluiu os individuais homogêneos. Entretanto o autor refuta essa alegação, demonstrando a fragilidade e superficialidade usada para se interpretar o dispositivo constitucional, pois a expressão “individuais homogêneos” não poderia ser empregada. Afinal, somente seria utilizada pelo CDC em 1990, ou seja, dois anos após a promulgação da Constituição.

Assim, quando o legislador constituinte mencionou “interesses difusos e coletivos”, estava a referir-se a interesses transindividuais em sentido lato, não podendo sua ampla dicção subordinar-se à distinção, *strictu sensu* e interesses individuais homogêneos. Por isso, embora a lei infraconstitucional tenha passado a definir os interesses coletivos, distinguindo-os dos interesses individuais homogêneos, essa distinção não

³²⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 58.

³²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses**. 2003, p. 261.

limita a abrangência da atuação ministerial em defesa de interesses transindividuais uma vez que a expressão “interesses coletivos” tem conceituação constitucional própria³³⁰.

Enquanto a primeira posição tem caráter restritivo, a segunda, por sua vez, amplia demasiadamente a atuação ministerial na defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos. Para essa corrente, o legislador conferiu legitimação ampla e irrestrita ao Ministério Público para a defesa de quaisquer interesses transindividuais, conforme prescreve o art. 129, IX do CR, e o art. 82 do CDC.

O Art. 129, IX, da CF autoriza a lei a cometer outras atribuições ao Ministério Público, além das enumeradas nos oito incisos antecedentes, desde que sejam compatíveis com suas finalidades institucionais. O art. 82 do CDC confere legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e *individuais homogêneos* dos consumidores. Assim, agindo, a lei infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor) agiu em conformidade com a Constituição Federal, porque a defesa do consumidor, além de garantia fundamental (art. 5º, XXXII, da CF), é matéria considerada de *interesse social* pelo art. 1º do CDC. Como é função institucional do Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127, *caput*, CF), essa atribuição dada pelo art. 82 do CDC obedece ao disposto no art. 129, IX, da CF, pois a defesa coletiva do consumidor, no que tange a qualquer espécie de seus direitos (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), é, *ex vi legis*, de interesse social³³¹.

Apesar de ser elogiável a posição acima mencionada, ela deixa de considerar o fato de que qualquer atribuição que o legislador queira cometer ao Ministério Público deve estar em harmonia com o seu perfil constitucional. Nesse sentido, a atuação do *Ministério Público*, para a defesa de direitos coletivos estrito senso, ou individuais homogêneos, “só pode ocorrer quando haja *efetiva conveniência social* na atuação ministerial”³³².

A terceira corrente considera que a legitimação para atuação do Ministério Público seria autorizada quando houver interesse social legítimo e efetivo que

³³⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses**. 2003, p. 92.

³³¹ NERY JUNIOR, Nelson. **O Ministério Público e as ações coletivas**. 1995, p. 358.

³³² MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses**. 2003, p. 93.

justifique a presença do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos, pois, como mencionado, para os direitos difusos, a sua atuação será sempre autorizada. A aferição dessa conveniência social para justificar a atuação do Ministério Público deve ser constatada concretamente:

[...] a partir de critérios como estes: *a)* conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação pública); *b)* conforme a dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); *c)* conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, questões tributárias etc.).

Nesse entendimento, a Súmula n. 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo:

Súmula nº 7. O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: *a)* os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); *b)* nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); *c)* quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária³³³.

Para que o Ministério Público tenha sua atuação garantida para a defesa de direitos de massa é necessário que esses direitos demonstrem relevância social. Assim, a finalidade institucional do Ministério Pública será preservada e sua atuação legitimada pela Constituição da República.

³³³ Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas. Acesso em 03.01.11.

9 A TEORIA DAS AÇÕES TEMÁTICAS E A REDEFINIÇÃO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

A importância do Direito Processual Coletivo no Estado Democrático de Direito deve-se ao fato de haver, nesse modelo de Estado, uma preocupação em fazer com que os direitos sejam efetivos e não meras expectativas legais. Isso significa que, com a evolução das tutelas dos direitos massificados, o Estado buscou proporcionar o acesso de todos os interessados à jurisdição, visando, conseqüentemente, a atender não só as demandas individuais, mas, também, àquelas que versam sobre os direitos difusos e os coletivos. Nesse último caso, vivemos um momento ímpar, pois nunca houve, em toda a história do Direito, a preocupação de se criar um sistema integrado de proteção dos direitos massificados como no atual modelo de Estado adotado pelo Texto Fundamental de 1988.

Para viabilizar a efetiva proteção desses direitos, surgiu o Direito Processual Coletivo, um novo ramo do direito processual³³⁴, estruturado para atender às peculiaridades dos direitos metaindividuais. Em razão da sua novidade no mundo jurídico, é premente a necessidade de se realizar estudos nessa área, com o intuito de se alcançar maior desenvolvimento técnico para esse novo ramo do direito processual brasileiro. Com isso, são indispensáveis os estudos que ajudam a aprimorar os institutos específicos do Direito Processual Coletivo, tais como jurisdição coletiva, ação coletiva, processo coletivo, a exceção no processo coletivo, competência coletiva, litispendência coletiva, coisa julgada coletiva e, particularmente, o instituto da legitimidade ativa coletiva.

³³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual, 2003.

Nesse capítulo, voltaremos a tratar dos temas da legitimação ativa no Direito Processual Coletivo e da atuação do Ministério Público no contexto dos direitos difusos. Entretanto, esses temas serão abordados sob um novo enfoque; serão revisitados à luz da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas³³⁵, marco teórico deste trabalho.

9.1 A ideologia liberal no direito brasileiro e a superação do individualismo jurídico pelo Estado Democrático de Direito

Para compreender o Estado Democrático de Direito, é necessário, mesmo que sucintamente, entender as bases do liberalismo, sua ideologia e a forma como essa corrente filosófica influenciou o direito e a legislação, sobretudo a processual civil.

O Estado Democrático surge com o propósito de efetivar os direitos individuais e ampliar os bens jurídicos protegidos, ou seja, ir além da mera proteção individual de direitos, proporcionando a tutela de direitos coletivos.

O liberalismo é uma concepção universal de valores, crenças e interesses de uma determinada classe social, no caso a burguesia. É a expressão de uma ética individualista, “voltada basicamente para a noção de uma liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc., daqueles que fazem parte do seu grupo³³⁶.”

³³⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006.

³³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. 1995. p. 114.

No Estado Liberal, o indivíduo passou a ocupar o centro da sociedade, cada homem deveria ser considerado singularmente e com identidade própria, desvinculado dos outros membros da sociedade; o papel do direito era o de proteger esse *status quo*³³⁷.

A concepção jurídico-ideológica do liberalismo consistia na proteção do indivíduo, razão pela qual o sistema jurídico do Estado Liberal era voltado exclusivamente para proteger direitos individuais. Não havia, nesse paradigma, a preocupação de garantir direitos coletivos, na verdade, “mesmo quando visava a tutelar algum direito *coletivo em sentido restrito*, a concepção era de direito individual privado, como se dava, v. g., em relação às sociedades comerciais ou a qualquer interesse grupal”³³⁸.

As grandes Codificações do Século XIX tiveram como referência ideológica o liberalismo. No Brasil, a Codificação ocorreu tardiamente, mas ainda assim as ideologias adotadas foram as mesmas dos códigos dos Estados europeus, do século XIX e início do XX. Desse modo, a codificação processual de 1939 foi influenciada pela lógica liberal. A questão é que o nosso atual Código Processual Civil, nesse quesito, não trouxe nenhuma evolução, ou seja, não rompeu com a ideologia liberal do seu predecessor³³⁹.

Mesmo as inúmeras alterações que o atual CPC sofreu e vem sofrendo ao longo do tempo não foram suficientes para romper os laços ideológicos que o prendem ao individualismo liberal. O legislador ainda não percebeu que a mudança deve ser nos princípios orientadores do Código e não só no modo como os

³³⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. 1995, p. 1.

³³⁸ ASSAGRA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. p. 50.

³³⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. 2006, p. 48.

procedimentos devem ser realizados, em que se privilegiam as necessidades práticas dos operadores do direito.

Na verdade, a mudança que o nosso diploma processual precisa é na sua orientação epistemológica, rompendo com a ideologia individualista, economicista e elitista do liberalismo, pois, como salientou Andréia Alves de Almeida, com o liberalismo “conseguiu-se apenas limitar o poder, que continuou estamentado nas mãos dos representantes do povo, e não democratizar o poder [...]”³⁴⁰.

Karl Mannheim alerta para o fato de que uma teoria pode ter sido apropriada para determinado momento histórico, mas se com o passar do tempo essa mesma teoria ficar em descompasso com a realidade, torna-se anacrônica e sua deformação cria patologias no sistema no qual ainda é aplicada.

Uma teoria será, portanto, errada se, em uma dada situação prática, usar conceitos e categorias que, utilizados, impediriam o homem de se adaptar àquele estágio histórico. Normas, modos de pensamento e teorias antiquados e inaplicáveis tendem a degenerar em ideologias cuja função consiste em ocultar o real significado da conduta, ao invés de revelá-lo³⁴¹.

A ideia liberal que forjou a maioria dos diplomas legislativos dos séculos XIX e XX e os nossos códigos de processo não foram exceção; podem ter sido adequados, ou mesmo a única opção para aquele momento. No entanto, a insistência em manter sua ideologia nos diplomas atuais desafia os reais avanços conquistados com a implantação do Estado Democrático de Direito.

Reinhold Zippelius, ao comentar sobre a derrocada do Estado Liberal, argumenta que houve um excesso de otimismo nas ideias apresentadas por esse paradigma; com o passar do tempo, esse otimismo se tornou meio de opressão:

³⁴⁰ ALMEIDA, Andréia Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. 2005, p. 125.

³⁴¹ MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. 1962, p. 121.

Nestas teses estava contido um otimismo grandioso. Mas a ideia otimista de um Estado que deixasse desenvolver-se a personalidade dos cidadãos, a sociedade e a economia só segundo leis que lhes fossem próprias – uma ideia excelente para ganhar os espíritos mais nobres – falhou. A bem-aventurança duma economia progressiva sem intervenção e sem limitações estaduais redundou num sistema de exploração desumana à custa dos milhares de operários caídos nos mecanismos das novas fábricas e minas. Os empresários e os operários eram na verdade juridicamente livres de celebrar um contrato de trabalho entre si ou de o denunciar, mas, economicamente, tal liberdade redundava para o operário na alternativa ou de trabalhar sob condições extremamente indignas, ou de morrer de fome³⁴².

A lógica liberal, no plano jurídico, se concretiza com a garantia formal dos direitos individuais e da igualdade, não há preocupação se tais direitos serão efetivados no plano da concretude³⁴³.

Não é possível, nos dias atuais, sermos guiados pelos ditames forjados pela ideologia liberal, até porque, com a Carta Magna de 1988, o Estado Brasileiro rompeu com as diretrizes liberais, implantando um Estado Democrático de Direito, cuja característica é a proteção integral da pessoa humana, o tratamento isonômico e substancial de todos e garantir a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos³⁴⁴.

No Estado Democrático de Direito, o indivíduo não deixou de receber a proteção para o pleno exercício de seus direitos, o que ocorreu foi a ampliação da tutela jurídica para os direitos metaindividuais. Isso quer dizer que o Estado objetiva proporcionar a todos proteção efetiva e substancial dos direitos individuais e coletivos. Dessa forma, nosso código de processo civil deve ser interpretado à luz da Constituição; tendo em vista que existe uma estreita relação entre Constituição e Processo³⁴⁵, o “texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual

³⁴² ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 1984, p. 141-142.

³⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. 1995, p. 1.

³⁴⁴ ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. 2003, p. 136-140.

³⁴⁵ A proteção e a conservação da supremacia da Constituição, frente a todo o ordenamento jurídico, são garantidas pelo processo, via controle de constitucionalidade abstrata. Ver a obra de MENDES,

consagrado pelo Estado. A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo³⁴⁶”.

Ademais, atualmente, o sistema jurídico vem experimentando aquilo que a doutrina especializada denominou de *constitucionalização do direito*, que quer dizer, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito³⁴⁷”.

No entanto, a leitura constitucional do Código de Processo Civil tem o objetivo de adequar os seus institutos aos ditames democráticos do novo modelo de Estado para a tutela dos direitos individuais, ou seja, o CPC é lei que regula a proteção de direitos individuais, esse é o seu propósito; por isso é necessário revisitar seus institutos forjados segundo a ideologia liberal, para harmonizá-los com o ideal democrático. O que não é aceitável é transformar institutos originariamente criados para a tutela individual, cita-se nesse caso a legitimação para agir, em institutos que atendam a outros objetivos do Estado Democrático, que é a tutela dos direitos metaindividuais, a qual extrapola os limites do indivíduo singularmente considerado.

Vicente de Paula Maciel Júnior enaltece o papel a ser desempenhado pelo Direito Processual Coletivo para a defesa dos direitos de massa:

Nesse panorama, sem dúvida alguma, o processo coletivo pode se transformar em um grande aliado para oferecer, em termos teóricos e práticos, soluções razoáveis e aceitáveis para uma grande massa de demandas que discutem direitos difusos e coletivos e que podem ser solucionadas de um modo econômico e com unidade de tratamento para os envolvidos. Isso exigirá, certamente, uma maior preparação dos Advogados, membros do Ministério Público e Juízes, que terão de compreender a

Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2005.

³⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. 1984, p. 122.

³⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 2005, p. 38.

filosofia da demanda coletiva, bem diversa dos parâmetros do direito processual civil individual³⁴⁸.

Os direitos de massa exigem novos institutos que sejam forjados para esse fim; somente dessa forma teremos um sistema adequado de proteção dos direitos coletivos, realmente vinculado com o Estado Democrático de Direito.

Para cumprir o propósito de se criar institutos voltados exclusivamente para a tutela de direitos coletivos, orientados pelos princípios do Estado Democrático de Direito, e romper com o uso inadequado dos institutos tradicionais do processo civil, para a proteção desses direitos, a *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas* criou um modelo de processo coletivo cujos institutos proporcionam a participação aberta e responsável de todos os interessados na busca pela tutela dos direitos difusos. Esse tema será objeto do nosso estudo no próximo tópico.

9.2 A teoria das ações coletivas como ações temáticas e a concretização da democracia participativa na defesa dos direitos difusos

Para que uma disciplina alcance a categoria de ramo autônomo do direito, é preciso apresentar um objeto e métodos próprios, além de um conjunto de regras, princípios e técnica de interpretação que deem autonomia dentro do ordenamento jurídico.

No Brasil se reconhece a autonomia do Direito Processual Coletivo como novo ramo do direito. No entanto, as premissas metodológicas utilizadas para definir

³⁴⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 162.

o seu objeto e método, que por sua vez definem os seus princípios, regras e princípios, são as mesmas usadas para o processo civil individual, ressalvadas as suas adaptações.

As adequações de que o CPC carece objetivam preparar seus institutos para que cumpram os propósitos do Estado Democrático, que é a realização substancial dos direitos, rompendo com a ideologia liberal, que garantia apenas formalmente os direitos. Isso quer dizer, e tal ponto deve ficar claro, que adequar os institutos do processo civil individual é apenas atender as suas próprias necessidades. Não é correto pensar como boa parte da doutrina, cuja intenção é revisitar tais institutos, com o fim de atender não só às demandas individuais, para as quais esses institutos foram criados, mas também para satisfazer a necessidade de salvaguardar os direitos metaindividuais.

Não há compatibilidade entre institutos de tutela individual e instituto de tutela coletivo. A desconformidade é substancial; se concordamos que o Direito Processual Coletivo é um novo ramo do direito processual, também teremos de concordar que ele deve ter seus próprios institutos, princípios, regras etc. Não é possível fazer apenas adaptações formais, com o fim de conformá-los à forma tradicional de tutela.

Diante dessa realidade, guiada pelas diretrizes do Estado Democrático de Direito, com fulcro nos princípios da participação popular, do acesso livre e irrestrito ao judiciário e da isonomia substancial, a *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas* rompe completamente com os institutos tradicionais do direito individual e cria um sistema de tutela de direitos difusos que agrega novos conceitos para o Direito Processual Coletivo.

A *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas* tem como seu objeto principal a tutela de direitos difusos e cumpre seu propósito de apresentar um

sistema adequado para a tutela desses direitos, rompendo com o sistema existente. Nesse capítulo, veremos como alguns conceitos tradicionais são desenvolvidos por essa teoria, *v.g.*, o instituto da legitimação para agir, além de procurar redefinir a atuação do Ministério Público no Direito Processual Coletivo, a partir de suas diretrizes.

9.2 1 A democratização do poder e a sua titularidade exercida pelo povo

O Estado Democrático de Direito apresenta duas características básicas, segundo José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertence ao Estado³⁴⁹”.

Essas características compõem os elementos do modelo de Estado definido pelo Texto Constitucional, no artigo 1º, *caput*, um Estado de Direito, regido pelas normas de direito positivo, e o Estado Democrático, em que o poder é do povo³⁵⁰.

O poder é um tema primordial para a compreensão do Estado, na verdade ele é um “elemento essencial constitutivo do Estado; o poder representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária³⁵¹”.

³⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2003, p. 230.

³⁵⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. 2004.

³⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 2002, p. 106

Não é sem razão que o poder ocupa o centro da preocupação do direito; dele decorrem todas as manifestações estatais e é por meio dele que as funções exercidas pelos vários entes estatais são legitimadas.

Ao longo da história, a titularidade do poder esteve associada ao sujeito, que o personificava pela força ou argumentos divinos³⁵². A existência do Estado moderno dependeu de um processo de “despersonalização do poder, a saber, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito³⁵³”.

O poder, elemento fundamental para a formação do Estado, teve a sua titularidade expropriada dos soberanos, que o exerciam, pelo Estado, que passou a exercê-lo com exclusividade.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a titularidade do poder foi mais uma vez deslocada; ele não retornou para um soberano, um sacerdote ou um grupo determinado de pessoas. Nesse contexto, a expropriação do poder foi feita em favor do povo, que passou a ter a sua titularidade³⁵⁴.

Com o advento do modelo democrático de organização estatal, e com o deslocamento do poder para o povo, o Estado passa a exercer funções que lhe são atribuídas pelas normas de direito. E é por intermédio do processo, mais precisamente o Devido Processo Constitucional, que a norma passa a ter a competência e a legitimidade para determinar as funções que devem ser legalmente exercidas pelo Estado³⁵⁵.

³⁵² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 116.

³⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 2002, p. 106.

³⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2003, p. 231.

³⁵⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 118.

Assim, o poder tem como titular o povo, sendo regulado pela norma, produzida segundo os ditames do processo legislativo. Para Vicente de P. M. Júnior, o surgimento do Estado Democrático de Direito só foi possível porque o poder passou a ser regulado por processos discursivos, em que toda a sociedade poderia participar deliberadamente das decisões e da construção dos direitos:

O poder, não sendo mais personalizado em uma figura humana, possibilitou o surgimento do Estado Democrático de Direito, porque ele (o poder) passou a ser regulado por processos discursivos dentro da sociedade. Ocorre uma transformação significativa porque o poder passa a depender de consensos a serem obtidos não pelo decreto do soberano, mas pela confrontação dos diversos interesses dos sujeitos e grupos na sociedade. Esses sujeitos reivindicam a participação nos processos definidores dos limites do poder. Reivindicam a participação política para fixar as competências dos agentes de poder³⁵⁶.

O deslocamento do exercício do poder para o povo e a democratização das diversas funções do Estado fizeram surgir a necessidade de maior participação popular na tomada de decisões. Entretanto, o povo não exerce a titularidade do seu poder diretamente, ele a exerce por meio de seus representantes, que devem representá-lo segundo sua vontade. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias esclarece que os representantes devem refletir o pensamento dos representados:

A ideia fundamental de democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito. Em razão disso, o povo elege seus representantes, cujos trabalhos legislativos devem refletir o pensamento popular na construção dos conteúdos das normas de direito a serem observadas nas relações sociais e no exercício das funções e das diferentes atividades desenvolvidas pelos órgãos do Estado³⁵⁷.

³⁵⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 118.

³⁵⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. 2004, p. 103-104.

Como o poder não é exercido diretamente pelo povo, os detentores do seu exercício direto procuram limitar a participação popular na atuação direta nos processos de definição de competências de poder. Isso se deve ao fato de que a atuação popular é vista com desconfiança e desinteresse, haja vista que os representantes do Estado não querem que o povo exerça sobre eles qualquer tipo de fiscalização³⁵⁸.

Para a corrente doutrinária que adota a *Teoria das Ações coletivas como Ações Temáticas* como marco teórico, qualquer forma de restrição da participação popular nas ações coletivas é “[...] um sinal da presença autoritária das forças políticas dos agentes em um Estado. Eles agem retirando a possibilidade de instauração de processos judiciais discursivos que os fiscalizem e limitem suas ações³⁵⁹”.

9.2.2 O Direito Processual Coletivo e a efetivação do princípio participativo na defesa dos direitos difusos

O Estado Democrático de Direito tem na participação popular um dos seus pilares, e a maior expressão dessa participação está no exercício do poder soberano pelo povo. Enquanto em outras épocas o povo era apenas a massa que obedecia às ordens, que poderiam vir de uma classe de pessoas, um soberano ou do próprio Estado, agora ele passou a ser o principal protagonista de um Estado que se afirma

³⁵⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 119.

³⁵⁹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 127.

Democrático e de direito e a sua titularidade está expressa na própria Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Se por um lado, no Estado Liberal, as liberdades e os direitos individuais eram a base do seu sistema jurídico, razão que justifica a estrutura dos seus institutos processuais, forjados e estruturados para a tutela exclusiva desse tipo de direito. Nesse contexto, não havia espaço para a participação popular na condução do poder estatal, o direito não viabilizava essa participação, ao contrário, atual para restringir a ingerência do Estado na vida dos particulares.

No Estado Democrático de Direito, a tutela jurídica é ampla e irrestrita, os direitos individuais recebem tutela, mas diferentemente do liberalismo, que garantia a proteção formal, no atual modelo de Estado esses direitos recebem proteção efetiva e substancial. Além disso, a tutela jurídica foi ampliada, os direitos das massas também foram contemplados pelo ordenamento jurídico.

É no contexto do Estado Democrático de Direito que a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é sistematizada para garantir tutela integral e efetiva. Mas o fato de o povo, considerado como um todo, adquirir a titularidade do poder contribui para que esses direitos tenham a atenção do legislador, pois, como adverte Rodolfo de Camargo Mancuso, “é preciso ter presente que esses interesses são, justamente, aqueles que até há pouco tempo estavam marginalizados ou mesmo ignorados: sua tutela jurisdicional, para ser eficaz, depende de que eles possam emergir e se exteriorizar³⁶⁰”.

Acatando a advertência feita pelo autor anteriormente citado, para que a tutela dos direitos metaindividuais seja eficaz, é preciso que eles se exteriorizem, e o Estado Democrático de Direito foi o campo fértil para que esses direitos pudessem

³⁶⁰ **Interesses difusos:** legitimação para agir. 2004, p. 255.

florescer. Contudo, eles poderiam se desenvolver com muito mais vitalidade, caso o sistema atual de Direito Processual Coletivo permitisse a participação popular.

Como vimos em capítulos anteriores, o cidadão é legitimado para ajuizar apenas uma das modalidades de ações coletivas, a ação popular. Contudo, essa ação tem seu objeto limitado, comparado à ação civil pública, além de restringir a sua propositura à atuação do cidadão, ou seja, aquele que vota e pode ser votado, excluindo parcela da sociedade que não ostenta tal condição.

Vicente de P. M. Júnior adverte que a opção legislativa de limitar a atuação do povo nas demandas coletivas tem uma explicação, qual seja: “o maior receio dos agentes políticos é que a ação coletiva adotada em um modelo participativo amplo pudesse no fundo se transformar em um veículo do controle difuso do ato administrativo e da lei em tese, a ser exercido por qualquer interessado³⁶¹”.

Entretanto a doutrina apresenta outras razões para justificar a exclusão dos indivíduos de participarem ativamente nas ações coletivas. Usam como argumento o fato de que a experiência das ações populares não alcançou os resultados esperados, sendo que os principais obstáculos são de ordem técnica, cultural e política. Os problemas técnicos são aqueles relacionados com a coleta de informações, por parte do cidadão, de documentos hábeis capazes de demonstrar a ilegalidade e a lesividade do ato administrativo. Quanto às questões culturais e políticas, alegam que as experiências vivenciadas na época da regulamentação da Lei 4.717/65 repercutem até os dias de hoje³⁶².

Os problemas de ordem técnica devem ser considerados, pois essa é uma realidade que atinge não só o cidadão, mas todos os legitimados para a ação

³⁶¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 121.

³⁶² VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. 2006, p. 169.

coletiva, que também padecem de dificuldades técnicas. Obstáculos culturais e políticos não podem ser aceitos, afinal a experiência autoritária vivenciada no período do regime militar limitou e manipulou o exercício de muitos direitos. Além disso, vivemos, atualmente, um cenário completamente diferente do período em que a lei popular foi regulamentada; hoje respiramos o ar da democracia, o que equivale dizer que a participação popular está totalmente em harmonia com os princípios balizadores desse modelo de Estado.

Entretanto, para Vicente de P. M. Júnior, as razões da exclusão do cidadão e do próprio indivíduo de participar ativamente nas ações coletivas são outras; segundo tal autor, existem muitos receios para atribuir a condução de uma ação coletiva ao cidadão, pois a partir dessa atribuição o povo poderia controlar a atuação dos agentes políticos, e essa situação não é desejável³⁶³.

Ainda para Vicente de P. M. Júnior, a combinação de participação popular com ações coletivas poderia impulsionar, por vias legais, grandes transformações no modo de administrar a coisa pública:

[...] É inegável que a demanda coletiva possui, portanto, uma grande força participativa, mesmo porque o seu resultado poderá gerar modificações e adequações de atos de execução dos agentes políticos no exercício de competências de poder. Isso representa uma forma de controle participativo e a ação coletiva é uma forma de linguagem jurídica adequada à colocação em debate do discurso sobre questões controvertidas na sociedade³⁶⁴.

Como podemos verificar, com base nos argumentos acima apresentados, a participação popular nas ações coletivas pode se converter num verdadeiro movimento de transformação da realidade social. O indivíduo interessado terá

³⁶³ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 119.

³⁶⁴ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 119.

condições de defender direitos metaindividuais e adequar atos administrativos aos ditames da legalidade.

Entretanto, a atribuição a determinados entes intermediários, a atuarem com exclusividade no Direito Processual Coletivo, favorece os interesses dos agentes políticos, mas inibe o desenvolvimento democrático ao impedir que a participação popular ocorra. Para Vicente de P. M. Júnior, esse ato reacionário busca a perpetuação dos interesses daqueles agentes políticos que detêm o controle dos processos de definição de competências:

Como consequência e reação a essa força participativa que pode surgir dos direitos coletivos e difusos, e das ações coletivas para sua tutela, os agentes políticos tendem a criar ou atribuir competências aos chamados órgãos “intermediários” (Ministério Público, associações, órgãos de Defesa do Consumidor, Delegacias de Ordem Econômica, *ombudsman*) e que em muitos casos pertencem ao próprio governo. Sob o argumento de que com isso viabilizam a tutela dos direitos, esses agentes políticos encaminham projetos de lei no sentido de restringir a legitimação para agir somente a esses entes intermediários, excluindo o indivíduo da possibilidade de demandar para a tutela de outros interessados. Some-se a isso que os argumentos utilizados para justificar essa posição são extraídos exatamente do direito processual civil individual, no sentido de afirmar inclusive que a viabilidade da demanda coletiva estaria comprometida se a legitimação fosse estendida a todos os indivíduos, porque não seria identificado o “sujeito” da ação³⁶⁵.

A participação popular nas ações coletivas é uma questão central para a *Teoria das ações coletivas como ações temáticas*, considerando que essa teoria caminha nos trilhos do Estado Democrático de Direito, cujo princípio participativo é sem dúvida um dos seus fundamentos. Assim, é necessário superar a restrição imposta aos interessados individuais, mas para que isso ocorra é necessário reestruturar a forma como entes arrolados para a defesa de direitos coletivos são legitimados.

³⁶⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 120.

A *Teoria das ações coletivas como ações temáticas*, portanto, apresenta um novo conceito de legitimação para agir totalmente adequado para as ações coletivas e vinculado aos pressupostos de participação ampla e irrestrita do Estado Democrático de Direito. Segundo essa teoria, não é possível fazer uma releitura desse instituto, mas sim reestruturá-lo para atender ao seu propósito de legitimar a participação democrática nas ações coletivas.

Portanto, reescrever o instituto da legitimação ativa, eliminando todas as restrições existentes no instituto voltado para a tutela de direitos individuais, para possibilitar a participação equânime de todos os interessados difusos é um dos temas centrais da teoria que serve de marco teórico para essa pesquisa.

Segundo a *Teoria das ações coletivas como ações temáticas*, a legitimação para agir é a chave para compreender o problema da participação nas ações coletivas: “o problema da participação, que fundamentalmente decorre da adoção do modelo do Estado Democrático de Direito, está na base da estruturação do Direito Processual Coletivo. A legitimação para agir é a chave para a compreensão da dimensão desse fenômeno [...]”³⁶⁶

Somente depois de definirmos os novos contornos da legitimação para agir nas demandas coletivas é que será possível estabelecer a forma de atuação dos entes legitimados, particularmente do Ministério Público.

³⁶⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 121.

9.2.3 A reestruturação do instituto da legitimação para agir segundo o Estado Democrático de Direito

Em diversas oportunidades, foi dito que os institutos do processo civil individual não atendem as peculiaridades do Direito Processual Coletivo. Tais institutos foram criados para satisfazer a ideologia individualista do Estado Liberal, que restringe a tutela jurisdicional aos direitos estritamente individuais. Nesse contexto, não há espaço para a tutela dos direitos de massa, que ficam restritos a uma tutela fragmentada e desprovida de condições adequadas que garantam a sua efetividade.

Somente no paradigma do Estado Democrático de Direito é que surge a preocupação para a tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Essa preocupação é exteriorizada na própria constituição brasileira, em que se reconhece no título II – *dos direitos e garantias individuais*, no seu capítulo I – *dos direitos e deveres individuais e coletivos*, a existência dessas duas categorias de direitos.

Então, é no modelo de Estado adotado pela Constituição da República de 1988 que surgem as condições necessárias para a criação de um sistema integrado, amplo e efetivo de direitos individuais e coletivos. Quanto aos direitos individuais, esse modelo de Estado exige uma releitura da constitucionalidade dos institutos tradicionais de tutela jurídica, cujo objetivo é adequá-los aos padrões democráticos. O mesmo não é possível quando se estão em jogo direitos metaindividuais, por exigirem tutela específica por institutos pensados no modelo democrático de

participação, que possa possibilitar o acesso amplo e irrestrito de todos os interessados à defesa desses direitos.

Entretanto, a doutrina procurou adaptar os institutos tradicionais para a tutela de direitos coletivos e para a tutela coletiva de direitos, afligindo os direitos de massa na sua essência democrática, ou seja, limitando a sua defesa a uns poucos legitimados. Não adianta reconhecer a existência de direitos coletivos *stricto sensu*, se não há meios e condições adequados para sua tutela.

Ao se depararem com o fenômeno dos direitos coletivos *lato sensu*, os processualistas logo detectaram que aquelas situações jurídicas eram novas e demandavam maior compreensão. As produções acadêmicas sobre o tema surgiram e o problema da legitimação para agir emergiu como um ponto central pela importância e reflexões que possui na teoria do processo.

Mas as primeiras explicações tenderam, em maior ou menor medida, a enquadrar o modelo da legitimação para agir do processo coletivo ao já conhecido modelo de legitimação existente no processo civil individual³⁶⁷.

A solução para esse problema é a criação de institutos processuais, em consonância com o princípio participativo e do acesso à justiça. Somente assim haverá uma ruptura completa com o sistema processual individual, e caminharemos rumo a um cenário realmente democrático, caracterizado pela ampliação da participação popular para a defesa dos direitos de massa.

Foi justamente por perceber essa traumática, mas necessária, ruptura que a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas aceitou o desafio de reescrever o instituto da legitimidade ativa, voltado exclusivamente para a tutela dos direitos difusos. Como veremos, essa teoria propõe um instituto cujas referências são os princípios democráticos e o acesso amplo e irrestrito à justiça, e não o modelo

³⁶⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 130.

restritivo impregnado no modelo de legitimação do art. 6º, do Código de Processo Civil.

9.2.3.1. A legitimação ativa coletiva como instrumento de participação popular

9.2.3.1.1. As expressões “direitos e interesses” e sua conceituação no paradigma democrático

Para cumprir o propósito de criar um conceito de legitimação ativa para o Direito Processual Coletivo, desvinculado do sistema tradicional, a teoria das ações temáticas enfrenta um problema terminológico que pode parecer desnecessário, mas “é de fundamental relevância que a terminologia sobre determinada matéria seja bem delimitada e conhecida, sob pena de não haver o entendimento e a unificação do discurso, e não ser possível o consenso³⁶⁸”.

Considerando o fato de que a doutrina usa indistintamente as expressões *direitos* ou *interesses*, é preciso verificar se realmente essas expressões devem ser entendidas e, conseqüentemente, usadas como sinônimos.

Vicente de P. M. Júnior questiona o uso irrestrito dessas expressões e refuta tal ideia, demonstrando que os interesses “são manifestações unilaterais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens³⁶⁹.” Então, o interesse tem caráter individual, está ligado umbilicalmente ao indivíduo. Sua existência se esgota na

³⁶⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 56.

³⁶⁹ **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 130.

finitude de quem almeja algum bem e sua manifestação é unilateral, ou seja, a sua manifestação é facultativa³⁷⁰.

Os direitos são conceitos construídos a partir da aceitação consensual, feita pela própria sociedade ou por meio de processos judiciais. Isso quer dizer que o interesse não é o direito propriamente dito, ele é um de seus elementos constitutivos, está na base de formação do direito. Se o indivíduo manifesta unilateralmente o seu interesse sobre determinado bem, o seu interesse sobre esse objetivo poderá ser aceito espontaneamente pela sociedade ou reconhecido por um processo judicial, e se for reconhecido como procedente haverá a criação do direito³⁷¹.

O interesse não é o próprio direito, mas a manifestação voluntária de uma vontade pessoal sobre determinado bem. Esse interesse só será considerado direito caso haja o reconhecimento por parte dos processos racionais de validação que atribuem legitimidade a tal interesse, recebendo, assim, o reconhecimento do ordenamento jurídico³⁷².

[...] Ora, os interesses nunca podem confundir-se com os direitos. Os interesses estão na base da formação dos direitos, mas, como manifestações da vontade de um sujeito em face de um ou mais bens, eles não passaram ainda pelo processo de validação da manifestação dessa vontade, seja pelo reconhecimento social ou pelo judicial³⁷³.

Facilmente podemos concluir que *interesse* não é sinônimo de *direito*; essas expressões manifestam situações diversas e, portanto, não podem ser agregadas

³⁷⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 54.

³⁷¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 54.

³⁷² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 54.

³⁷³ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações** temáticas. 2006, p. 43.

como se tivessem o mesmo sentido. “Quando se fala de interesse coletivo ou difuso, a expressão, via de regra, é equivocada, porque o interesse é sempre individual³⁷⁴”.

Acatando essa conceituação das expressões *direito* e *interesse*, teremos interessados difusos ou coletivos, a depender do grau de indeterminação do interesse manifestado. Isso quer dizer que haverá interessados que manifestam interesses sobre bens que podem ser difusos ou coletivos.

O que pode ser admitido como difuso ou coletivo é o número dos indivíduos que, de modo indeterminado ou agrupado, possuem interesses individuais manifestados num mesmo sentido e se encontram em face de um fato, numa mesma situação. Nesse sentido podemos ter “interessados” difusos ou coletivos, mas nunca “interesses” difusos ou coletivos³⁷⁵.

Esses interesses transformar-se-ão em direitos difusos ou coletivos somente depois que passarem pelo crivo do processo de validação, cujo resultado pode ser o seu reconhecimento como direito, ou sua permanência como mera manifestação da vontade individual, o resultado dependerá da adequação que esse interesse tem com o ordenamento jurídico³⁷⁶.

9.2.3.1.2 A legitimação para agir segundo a teoria das ações coletivas como ações temáticas

Conforme exposição anterior, a teoria das ações temáticas faz distinção entre interesses e direitos, negando, por sua vez, a existência de interesses difusos ou

³⁷⁴ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 54.

³⁷⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 54.

³⁷⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 54.

coletivos. Os interesses são manifestações da vontade individual, cujo fim é saciar suas necessidades. Desse modo, teremos os interessados coletivos ou difusos, que são os particulares que manifestam suas vontades em relação a algum bem coletivo ou difuso.

Por sua vez, os direitos consistem na validação, por meio de processos sociais ou judiciais, que reconheça que um determinado interesse está em harmonia com o ordenamento jurídico e, portanto, é revestido de imperatividade frente a terceiros.

O direito difuso é o direito que tutela bens (bens, fatos, situações jurídicas) e como são bens que afetam um número indeterminado de pessoas, não é possível estabelecer “um interesse” sobre esses bens. Somente podemos compreender esse fenômeno a partir do bem e sua relação com o indivíduo, ou seja, dos interessados. Temos interessados difusos, que são todos aqueles que manifestam um interesse em fase do bem tutelado genericamente pela lei³⁷⁷.

O sistema de tutela coletiva deve considerar o fato de que não há interesses coletivos ou difusos; isso quer dizer que não é possível compreender a expressão “interesses difusos ou coletivos” como se fosse a somatória de vários interesses individuais. Os interesses são essencialmente individuais e assim devem ser apreciados. O que existe são os interessados difusos, ou seja, indivíduos que manifestam seus interesses sobre bens, que em razão da sua indeterminação são considerados difusos.

No entanto, o instituto tradicional da legitimação para agir, usado indistintamente no Direito Processual Coletivo, não considera o fato de que os interesses não podem ser tutelados coletivamente. Esse fato ocorre porque esse

³⁷⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 54.

instituto segue determinada lógica e sua tendência natural é enquadrar toda e qualquer situação dentro da sua dinâmica:

Se é verdade que as regras de legitimidade seguem determinada lógica e são moldadas para proteger apenas certo tipo de situação de vantagem, também é verdade que, tecnicamente, seria arbitrário e injusto que essas regras ultrapassem os limites a que se destinam, por serem usadas em situações que são objetivamente diferentes³⁷⁸. (Tradução nossa)

Vicente de P. M. Júnior, com base nos estudos de Vincenzo Vigoriti, demonstra que a solução encontrada pela ciência processual para dar cabo ao problema da legitimação ativa nas demandas coletivas foi esvaziar “a rigorosa correlação entre a titularidade da situação de vantagem e a legitimação a deduzi-la em juízo assume um conteúdo diverso nas situações coletivas, para as quais a automática correlação não só não é aqui necessária, mas também corre o risco de ser contraproducente³⁷⁹”.

Se a solução encontrada foi descaracterizar o princípio da correlação entre a titularidade e a situação jurídica de vantagem, então não haverá obstáculo para que outro sujeito seja legitimado para tutelar determinada situação de vantagem da qual não é o titular imediato. Nesse caso, ocorre uma renúncia do titular do direito a um ente para que este tenha a legitimação para a tutela de direitos difusos.

Vigoriti centra os fundamentos de sua explicação do fenômeno coletivo em justificativas de ordem subjetiva. Para ele existe uma renúncia dos legitimados naturais em face de suas vontades individuais, para que em seu lugar surja uma vontade coletiva e única, uma centralização das diversas tendências. Essa “vontade coletiva” é a confluência das vontades dos diversos sujeitos, que abdicam de suas posições individuais em prol de uma

³⁷⁸ Se è vero però che le regole di legittimazione seguono una certa lógica e sono forgiate per rispondere alle esigenze di tutela di um certo tipo soltanto di situazione di vantaggio, è vero altresì Che sarebbe arbitrário e tecnicamente scorretto estendere tali regole al di là dei limiti entro cui sono destinate ad azione risultano obbiettivamente diverse. VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. 1969, p. 101.

³⁷⁹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 150.

defesa conjunta das situações jurídicas, que passam a ser consideradas como de interesse de toda a coletividade³⁸⁰.

Se não houver qualquer obstáculo à renúncia por parte do indivíduo em benefício do coletivo, também não haverá qualquer dificuldade para que a legitimidade seja atribuída a um ente ou pessoa, para proteger direitos de todos os interessados. O grande problema dessa solução é que ela desconsidera o fato de os interesses serem individuais e que não é possível tutelá-los conjuntamente. “A vontade da maioria não representa o interesse de todos os membros do grupo, que podem e muitas vezes permanecem dissidentes³⁸¹”.

Portanto, a solução encontrada para solucionar o problema da legitimação para agir no Direito Processual Coletivo foi utilizar as bases do processo civil tradicional, e, por meio de uma interpretação restritiva, reduziu-se a legitimação dos direitos difusos a poucos legitimados, considerando-os verdadeiros representantes da vontade geral. Essa interpretação mitigou o direito de que cada interessado pudesse pleitear em juízo os seus interesses, por pressupor que seus representantes estão mais bem preparados.

Esse tipo de interpretação não encontra fundamento no texto constitucional, que considera que a legitimação para agir deve ser ampla e irrestrita, tampouco coaduna com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, cujo princípio participativo é a base para sua efetiva concretização.

Atualmente a doutrina tem compreendido que a participação popular no Direito Processual Coletivo é fundamental para a validade dos provimentos judiciais, além de representar efetivamente a concretização do princípio participativo na defesa dos direitos metaindividuais que são fruto de um Estado Democrático.

³⁸⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 151.

³⁸¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 153.

Kazuo Watanabe apresenta alguns argumentos que justificam a exclusão da legitimação do indivíduo para a defesa dessas ações:

[...] como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, a possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, a produção de provas adequadas, o prosseguimento destemido nas instâncias superiores e a necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo³⁸².

Contudo, apesar de apresentar os motivos que embasam a exclusão legislativa da legitimação do indivíduo para a defesa de ações coletivas, Watanabe concorda com a ampliação do rol dos legitimados ativos para as ações coletivas:

Por certo, após perfeita assimilação pelo povo brasileiro do verdadeiro ideal colimado pelo Código, o que somente ocorrerá com a educação mais aperfeiçoada e mais abrangente, e principalmente com a diminuição do individualismo que nos marca profundamente, estaremos aptos, no futuro, à ampliação total, inclusive a cada indivíduo, da legitimação para agir para a tutela, a título coletivo, dos interesses e direitos dos consumidores³⁸³.

Gregório Assagra de Almeida, dissertando sobre a ampliação da legitimação para agir o indivíduo na defesa de direitos difusos, alerta para a necessidade de um amplo debate sobre o assunto, sobretudo porque atualmente há movimentos expressivos em prol da codificação do direito processual coletivo brasileiro. Ao final, o autor conclui, demonstrando-se “a favor da abertura da legitimidade ativa coletiva, o que é sinal de legitimação social do sistema jurídico. Entretanto, a questão deve ser debatida para que possamos ter ciência das possíveis consequências dessa abertura³⁸⁴”.

³⁸² WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 1998, p. 632.

³⁸³ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 1998, p. 632.

³⁸⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. 2006, p. 134.

Acolhendo as orientações doutrinárias acima expostas, o *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América* confere expressa legitimação ativa ao indivíduo, nos seguintes termos:

Art. 3º. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos.

Seguindo a mesma diretriz, os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenados pela professora Ada Pelegrini Grinover, elaborados em conjunto pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo (USP), e o outro projeto coordenado pelo professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu da* Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), legitimam o indivíduo para a tutela de direitos coletivos nos seguintes artigos, respectivamente colacionados:

Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo.

Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos.

Embora destaque a existência de deficiências técnicas nos projetos acima citados, Vicente de P. M. Júnior reconhece a relevância desses trabalhos, que passam a interpretar o Direito Processual Coletivo como ramo autônomo do direito processual. Para o autor, seria melhor se esses projetos tivessem legitimado o interessado e não o cidadão, que exige certas condições para ser admitido no processo³⁸⁵. Assim, apresentou um modelo de legitimação ativa que arrola o interessado para a defesa dos direitos de massa. Para isso, coordenou, no âmbito do programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, a elaboração de um projeto de Código de Processo Coletivo Brasileiro o qual prescreve, em seu artigo 3º, que a “legitimação para propor a ação temática” é de “todos os interessados”.

Entretanto, para a *Teoria das ações temáticas* é preciso ir além do que simplesmente atribuir legitimação aos cidadãos para a defesa de direitos coletivos. Segundo essa teoria, a mudança deve ser operada no próprio critério de legitimação, ou seja, a legitimação não deve ser aferida subjetivamente, de modo que sua determinação seja anterior ao fato. A legitimação, conforme essa teoria sugere, deve ser objetiva e a autorização para atuar no processo coletivo deve decorrer quando da ocorrência do fato considerado danoso ou gerador de ameaça de dano a direitos difusos.

³⁸⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 158.

Para cumprir esse objetivo, Vicente de P. M. Júnior demonstrou, com fundamento nos estudos de Vincenzo Vigoriti³⁸⁶, que o instituto da legitimação para agir pode aferir legitimidade a partir de dois critérios distintos. O primeiro critério, chamado de subjetivo, confere legitimidade ao sujeito; essa definição de quem é legitimado ocorre aprioristicamente pelo legislador³⁸⁷. Nesse caso a escolha recai sobre aquelas pessoas ou entes públicos ou privados considerados adequados para a propositura de ações coletivas. Esse é o critério usado no processo civil tradicional e que foi transportado para o Direito Processual Coletivo. Desse critério decorre a validação do instituto da representação adequada, usado para transferir, para determinados entes, a legitimação daqueles que detêm situações jurídicas de vantagem.

O segundo critério de aferição de legitimidade ativa é denominado de objetivo. Por esse critério, a legitimação advém do bem envolvido na demanda. Nesse caso, não haverá legitimação prévia, ou subjetiva, pois os legitimados serão “todos aqueles que são direta ou indiretamente afetados pela situação jurídica que atinge um determinado bem. A legitimação seria construída nesse modelo a partir do bem, para saber quais pessoas foram atingidas pelos fatos que o envolveram³⁸⁸”.

O critério adotado pela doutrina, segundo Vicente de P. M. Júnior, foi o subjetivo, por considerar que a legitimação prévia e reduzida de alguns sujeitos facilitaria o controle processual das ações coletivas. E justifica a rejeição da teoria objetiva, justamente por entender que ela “transforma em legitimados para a ação

³⁸⁶ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. 1969.

³⁸⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 156.

³⁸⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 156.

todos aqueles que são atingidos pela modificação sofrida pelo bem e isso inviabilizaria a própria ação coletiva”³⁸⁹.

Para a *Teoria das ações temáticas* o critério objetivo é o que melhor se adéqua ao formato do Direito Processual Coletivo, como novo ramo do direito processual, para a defesa de direitos difusos, cuja titularidade é indeterminada e indeterminável, na medida em que atribui legitimidade a todos aqueles que sofreram direta ou indiretamente as mudanças na situação jurídica afetada, tornando-os interessados diretos na solução da demanda. Essa teoria amplia a legitimidade a todos que são atingidos, indistintamente.

Mas, pressupondo o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado vigente, como no caso brasileiro, é ínsito aos sistemas democráticos que possam demandar aqueles que demonstrem interesse. E nos sistemas que adotam o direito de acesso à Justiça para a tutela da lesão e ameaça a direito, é esperado que se restaure e interprete ampliativamente a extensão da legitimação para agir a qualquer um dos interessados naturais atingidos pelo bem³⁹⁰.

O modelo de ação coletiva proposto pela *Teoria das ações Temáticas* implica completa transformação do modo de ser do Direito Processual Coletivo e de vários de seus institutos, principalmente a legitimação para agir. Além disso, a própria atuação dos legitimados deverá ser revista, adequando-se aos padrões de equidade e cooperação mútua na defesa dos vários interesses em jogo.

Essas transformações contribuem para o fortalecimento, aprimoramento e responsabilidade de todos os possíveis legitimados na ação coletiva, pois em decorrência do modo como é aferida a legitimação no marco teórico adotado por essa pesquisa, a natureza jurídica da legitimação para agir na defesa de direitos

³⁸⁹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula finaliza dizendo que “ao optar pela teoria subjetiva, Vigoriti e todos aqueles que o seguiram submetem o processo coletivo ao conhecido padrão do processo civil individual, procurando explicar e aplicar-lhe seus institutos, o que acabou justificando juridicamente os movimentos políticos desejosos de um maior controle e limitação sobre legitimação para agir”. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 156.

³⁹⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. 2006, p. 156.

difusos será ordinária, ou seja, todos os atingidos pelo dano ou ameaça de dano a um bem jurídico difuso defendem diretamente o seu próprio direito, pois todos buscam proteção jurídica para seus próprios interesses individuais, tornando-se interessados difusos.

Diante desses argumentos, o problema que deve ser enfrentado a partir de agora diz respeito ao modo como a atuação do Ministério Público deve ser considerada no Direito Processual Coletivo segundo a *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas*, haja vista que, atualmente, no Direito Processual Coletivo brasileiro ele é considerado o principalmente legitimado, tendo proeminência sobre os demais, também arrolados na Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

9.3 A redefinição da atuação do Ministério Público no Estado Democrático de Direito

Dedicamos os primeiros capítulos deste trabalho integralmente ao Ministério Público; na oportunidade investigamos sua origem, próxima e remota, sua trajetória no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua posição de vinculação ao Poder Executivo até sua autonomia financeira e administrativa; analisamos sua evolução, constituição até sua consagração como instituição permanente e essencial à justiça, descrita na Constituição de 1988. Posteriormente, tivemos a oportunidade de analisar a atuação do Ministério Público no direito processual coletivo brasileiro.

Todo o destaque dado à instituição do Ministério Público, neste trabalho, tem o objetivo de demonstrar o seu valor para o desenvolvimento teórico e prático do Direito Processual Coletivo. Entretanto, essa importância não deve servir de blindagem para que sua atuação não seja revista ou redefinida, ao contrário, a correta atuação ministerial, no Direito Processual Coletivo, concorrerá para que esse novo ramo do direito processual brasileiro contribua efetivamente para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Ao propor a redefinição da atuação do Ministério Público a partir da *Teoria das ações coletivas* o que se busca é a compreensão exata do modo como os legitimados ativos devem concorrer, nos limites de suas atribuições, em prol da tutela efetiva dos direitos difusos.

9.3.1 O Ministério Público e a defesa democrática dos direitos difusos

Em capítulos anteriores, tratamos da legitimação ativa do *Ministério Público* no Direito Processual Coletivo brasileiro³⁹¹; na oportunidade apresentamos três correntes doutrinárias que explicam essa legitimação.

A primeira delas admite a atuação ministerial na defesa de direitos difusos e coletivos e a exclui no caso dos direitos individuais homogêneos³⁹².

A segunda posição entende que a sua atuação é irrestrita, sua legitimidade é conferida na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos³⁹³.

³⁹¹ Esse tema foi tratado no capítulo 6.

³⁹² MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses**. 2003, p. 93.

³⁹³ NERY JUNIOR, Nelson. **O Ministério Público e as ações coletivas**. 1995, p. 358.

A terceira corrente não é tão restritiva quanto a primeira, tampouco é demasiadamente ampla como a segunda. Assim, o Ministério Público tem sua atuação garantida na defesa dos direitos difusos, mas deverá demonstrar a existência de interesse social legítimo e efetivo que justifique a sua atuação na defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos. A aferição deverá ser constatada concretamente, considerando os seguintes critérios, como já foi demonstrado:

[...] a partir de critérios como estes: *a)* conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação pública); *b)* conforme a dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); *c)* conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, questões tributárias etc.)³⁹⁴.

A importância do Ministério Público brasileiro é inquestionável, tanto que, ao logo deste trabalho, procuramos destacar esse valor, inclusive dedicando os quatro primeiros capítulos ao estudo sistemático da sua evolução institucional. E justamente por reconhecermos a notória relevância dessa instituição entendemos que é preciso compreender como deve ser a sua atuação na defesa dos direitos difusos, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito a atribuição funcional dos agentes políticos é definida e delimitada pela lei, e é por meio dela que se legitima o exercício de qualquer função pública. A vontade do agente político no exercício de suas atribuições é a vontade descrita na norma, que é “uma vontade que o agente político recebe por delegação, segundo um processo que o legitima ao exercício de suas

³⁹⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses. 2003, p. 93.

funções e que também está previsto na norma (o processo eleitoral, o concurso público para alguns cargos etc.)³⁹⁵”.

No atual paradigma de Estado, a atuação legítima do Ministério Público na defesa de qualquer direito estará vinculada ao estrito cumprimento da determinação legal. Qualquer ação fora dos limites legais será considerada ofensiva à legitimação atribuída pela norma.

Isso deve estar muito claro ao agente político e aos indivíduos do Estado, porque trás consequências graves a ambos. O agente político que personifica o poder extrapola os limites da legitimação recebida através de competências originadas da norma. E se o agente político não tem competência de poder para legitimar a prática do ato ele não vincula o Estado, porque não tendo determinada competência de poder e tendo praticado o ato fora dos limites estabelecidos, extrapola os limites da sua competência e vincula a si próprio, mas não vincula o Estado ou órgão ao qual pertence³⁹⁶.

A legitimação para agir nas ações coletivas no paradigma democrático deve considerar não o sujeito, mas o fato que foi lesado ou ameaçado de lesão, conforme destacado neste capítulo. Assim, todos aqueles que são atingidos por esse fato, direta ou indiretamente, serão legitimados para a propositura da respectiva ação coletiva em defesa desse bem. Outro ponto fundamental que merece ser lembrado é que, diante dessa forma de legitimação, todos os atingidos se tornam legitimados ordinários, ou seja, são legitimados para defender, em nome próprio, direito próprio.

Nesse contexto, não haverá lugar para a utilização do instituto da “representação adequada”, afinal não será necessário que o titular do direito seja representado por algum outro legitimado para a defesa do seu direito difuso.

Além disso, essa legitimação é concorrente e integrativa. É concorrente considerando que todos os legitimados podem propor a ação coletiva em separado

³⁹⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 122.

³⁹⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 123.

ou conjuntamente. Entretanto, ela não será disjuntiva e sim integrativa, pois no caso do instituto da legitimação para agir no Direito Processual Coletivo, segundo o entendimento da *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas*, outros interessados deverão participar da formação do mérito da demanda coletiva, ou seja, haverá a necessidade de que outros legitimados, não necessariamente todos, participem da demanda, v.g., o próprio Ministério Público concorrerá na defesa de um direito ambiental cuja ação foi proposta por um interessado difuso para a preservação de uma reserva ambiental no bairro onde reside. Desse modo, a participação concorrente e integrativa de outros legitimados contribui para a validação do procedimento.

Cada um desses interessados, pressupondo o modelo do Estado Democrático de direito e o princípio da inafastabilidade da apreciação da lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, poderá formular uma demanda de tutela do bem ameaçado ou lesado, na medida em que tenha um interesse seu lesado e na medida em que haja a ameaça à própria integridade do bem lesado. Ou seja, pode o indivíduo dizer que a ofensa ou lesão ao bem afetou um interesse individual seu e lhe causou prejuízos, pedindo indenização. Poderá ainda afirmar que, além da lesão individual sofrida, o bem é protegido por lei e deve ser restaurado ao *status quo ante* ou preservado de destruição, ou imposta uma multa à parte que lesa, até que cesse a lesão³⁹⁷.

Com a redefinição do instituto da legitimação para agir, estabelecido pela *Teoria das Ações Temáticas*, não haverá representantes adequados, cada interessado poderá defender seu interesse diretamente. Nesse caso, surge o seguinte questionamento: e a atuação do Ministério Público?

Segundo o nosso marco teórico, a atuação ministerial acontecerá nos moldes do que ocorre na defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos, ou seja, a própria instituição atuará na defesa de direitos difusos considerando as suas funções legais atribuídas à instituição. O Ministério Público atuará concorrente e

³⁹⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 166.

integrativamente com os outros legitimados, na defesa de “interesse social legítimo”, ou, como preferimos, interesse institucional. Assim, o *Ministério Público* não defenderá direito alheio, mas direito próprio; a sua legitimação será ordinária, pois defenderá o interesse que afeta a própria instituição.

Nessa perspectiva, o Ministério Público não deixará de exercer nenhuma das atribuições que hoje lhe são conferidas, pelo contrário, segundo os pressupostos democráticos nos quais a *Teoria das Ações Temáticas* se baseia, ele ganha maior legitimidade para atuar na defesa dos seus próprios interesses institucionais, conferidos pela lei.

Com essa nova diretriz, todos os afetados pelo dano ou ameaça de dano serão legitimados ativos e concorrerão conjunta e integrativamente para a defesa dos direitos difusos. Sendo assim, não poderá haver qualquer prevalência de um legitimado sobre o outro.

9.3.2 A atuação equânime dos legitimados ativos para as demandas coletivas

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, todos os legitimados para as ações coletivas figuram em igualdade uns com os outros, não deve e não pode haver prevalência da atuação entre os interessados. Qualquer postura que desconsidere esse fato deve ser rechaçada por afrontar o princípio participativo e o princípio da igualdade.

Como demonstramos, o instituto da legitimidade para agir, à luz da *Teoria das Ações Temáticas*, ampliou sobremodo o conceito de legitimado. Agora será

legitimado não o sujeito previamente escolhido pelo legislador, após considerar vários critérios, mas todos aqueles que se sentirem atingidos por determinado fato, que devido a sua repercussão afeta número indeterminado ou indeterminável de legitimados, que no caso serão os interessados difusos. Entretanto, independentemente de quem ou de quantos são esses legitimados, o certo é que todos devem atuar concorrente e integrativamente para a defesa dos direitos difusos.

Rodolfo de Camargo Mancuso identificou a necessidade de fomentar o equilíbrio entre os legitimados, destacando que esse *apelo ao pluralismo* é critério de outorga de legitimidade:

No plano jurisdicional, é também no contexto de um *apelo ao pluralismo* que se insere a *política legislativa de outorga de legitimação ativa a vários entes credenciados*, em modo concorrente-disjuntivo, na expectativa de que os colegitimados *repartam* entre si esse poder de agir. Essa projeção é tanto mais relevante quanto se considere que tais ações (civil pública, popular, ações diretas de inconstitucionalidade) cada vez mais se afirmam como meios de controle da legalidade dos atos públicos e da eficiência de programas governamentais e de políticas públicas.³⁹⁸

Por mais significativo que seja esse *apelo ao pluralismo*, na prática ele não aconteceu. O formato de legitimação existente, fundado no sujeito, não conseguiu incentivar a participação concorrente dos vários legitimados. A verdade é que para incentivar a participação equânime de todos os legitimados será preciso, antes de mais nada, provocar “uma verdadeira mudança de mentalidade de todos os partícipes do ambiente jurídico, a saber: os próprios jurisdicionados, destinatários da prestação judicial; os operadores do Direito – juízes, promotores, advogados – e mesmo os estudantes de direito [...]”³⁹⁹. Essa mudança de mentalidade poderia ser

³⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública:** da previsão normativa à realidade forense. 2002, p. 24.

³⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública:** da previsão normativa à realidade forense. 2002, p. 26.

alcançada, principalmente no caso dos jurisdicionados, se todos os interessados difusos fossem legitimados para a defesa dos seus interesses. Isso provocaria um abalo no comodismo das pessoas que se sentem confortáveis em saber que existem entes intermediários que atuam em seus lugares, na defesa de direitos que são seus.

Atualmente há uma prevalência da atuação do Ministério Público na defesa de direitos de massa. Considerando o modo como nosso sistema de tutela coletiva é estruturado, é natural que isso ocorra, mas essa proeminência do Ministério sobre os outros legitimados, a despeito de demonstrar todo o compromisso da instituição em representar os “interesses difusos”, mostra-nos uma situação extremamente preocupante, ou seja, o quanto a nossa democracia é frágil.

Se por um lado é até natural que assim seja, pois jamais disporiam um particular, uma associação ou mesmo um partido político dos instrumentos dados ao Ministério Público para investigação desses fatos, por outro lado não deixa de preocupar a larga preponderância dessa instituição quando se trata de atuação em defesa de interesses difusos (com certeza é ela responsável pela atuação em mais de 90% dos casos). Preocupa, pois esse é um sintoma claro da **fragilidade de nossa democracia**, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada ‘sociedade civil’, a grave crise nacional da educação, a baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado de impotência diante da impunidade⁴⁰⁰. (Grifo nosso)

O grande mérito do legislador, no que diz respeito à legitimação para agir, foi a de atribuir à legitimação a característica pluralística, isto é, concorrente. Essa característica foi exaltada até mesmo pela doutrina internacional.

[...] uma solução eficaz há de ser “pluralística”, isto é, uma combinação de várias soluções integráveis entre si: a ação pública do Ministério Público; em certos casos, a de órgãos públicos especializados; a de associações privadas e de indivíduos; excepcionalmente privadas e de indivíduos; excepcionalmente, também a ação popular. Entendo que só por meio de uma articulada solução pluralística, que é justamente a solução adotada

⁴⁰⁰ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. **Inquérito Civil**: dez anos de um instrumento de cidadania. 1995, p. 64.

pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, se poderá superar o ceticismo que alguns especialistas continuam a manifestar acerca da eficácia da solução judicial do problema da tutela dos consumidores, e dos direitos difusos em geral⁴⁰¹.

Conforme foi dito anteriormente, a legitimação para agir no Direito Processual Coletivo deve apresentar características próprias; não é possível adotarmos institutos afetos exclusivamente aos direitos individuais, transportando-os para a tutela de direitos difusos. Para sanar esse problema e adequar a tutela coletiva aos ditames do Estado Democrático de Direito, coube à *Teoria das Ações Temáticas* apresentar um novo modo de legitimação para agir para os direitos difusos, um sistema que privilegia a participação de todos os interessados difusos para a defesa de seus interesses. Nesse novo sistema de aferição de legitimação, não caberá ao Ministério Público a prevalência nas ações coletivas ou sua preponderância frente a outros legitimados. Isso porque todos devem atuar conjuntamente defendendo seus próprios interesses, pois não haverá representantes adequados destinados a defender os “interesses gerais”.

Desse modo, a instituição Ministério Público atuará na defesa dos seus interesses institucionais, descritos na lei. Além disso, o Ministério Público participará daqueles processos em que, mesmo sem interesse institucional, sua presença é fundamental para atuar como guardião do direito. Nesse formato de atuação, o Ministério Público contribuirá para o aprimoramento e a efetivação da participação equânime de todos os legitimados, contribuindo com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, que sem dúvida nenhuma é o seu *habitat* natural.

⁴⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso dos consumidores à justiça**. 1991, p. 211.

10 CONCLUSÕES

10.1 Gerais

1. O desenvolvimento institucional do Ministério Público brasileiro está intimamente ligado ao processo de amadurecimento jurídico e político do País.
2. O movimento de codificação do direito que surgiu no final do século XIX e começo do século XX, na Europa, alcançou o Brasil. Desse modo, em 1916, foi publicado o primeiro Código Civil Brasileiro, seguido pelo Código de Processo Civil de 1939, pelo Código Penal, de 1940 e no ano seguinte pelo Código de Processo Penal. Todos esses diplomas legais contribuíram enormemente para a consolidação do Ministério Público.
3. O grande marco para a definitiva consolidação ministerial ocorreu com a Constituição da República de 1988.
4. Na Constituição de 1988, o MP recebeu tratamento em capítulo próprio, foi garantida a sua independência em face dos outros poderes.
5. O MP foi arrolado entre os órgãos essenciais à função jurisdicional, cabendo-lhe a defesa do regime democrático e da ordem jurídica.
6. Com atuação na esfera federal e estadual, a atual constituição estruturou o MP para que ele possa atuar em todo o território nacional.
7. O MP recebeu novas atribuições, juntamente com os meios e instrumentos necessários para executar com êxito suas funções. Desse modo, para atuar na esfera criminal foi-lhe assegurada a titularidade da ação penal pública. Na esfera

coletiva, a sua atuação foi garantida na Lei da Ação Civil Pública e nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor.

8. Em decorrência da estrutura do Ministério Público no âmbito federal e estadual, a Constituição tratou de definir cada um dos seus ramos e suas atribuições. O que proporcionou maior estabilidade para a instituição, pois, assim, cada ramo ministerial sabe exatamente qual o seu campo de atuação e quais os recursos disponíveis.

9. A atuação ministerial passou a ser orientada pelos princípios constitucionais da independência funcional, do promotor natural, da unidade, da indivisibilidade; além de ser asseguradas a inamovibilidade, vitaliciedade e a irredutibilidade de subsídios.

10. Com esses princípios e garantias, o MP alcançou *status* nunca antes experimentado, desde a sua formação no contexto nacional. Razão pela qual podemos afirmar que, com a Constituição de 1988, essa instituição se solidificou como instituição permanente.

11. A partir dessa nova configuração constitucional, o Ministério Público passou a ser reconhecido como:

1º. Cláusula pétrea;

2º. Essencial à função jurisdicional do Estado;

3º. Defensor do regime democrático;

4º. Defensor dos direitos sociais;

5º. Defensor dos direitos individuais indisponíveis.

12. O ápice institucional alcançado com a Constituição de 1988 teve como contrapartida a exigência de que o Ministério Público se ajuste às novas diretrizes impostas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito.

13. Para compreender o estágio atual do direito processual civil e, particularmente, o Direito Processual Coletivo, é fundamental a análise das diferentes fases

metodológicas ao longo de sua história, destacadas pela doutrina especializada, com o fim de apresentar sistematicamente a sua evolução teórica e conceitual, tais fases são:

1º. Fase imanentista ou sincretista;

2º. Fase autonomista, científica ou conceitual;

3º. Fase instrumentalista;

14. Foi na fase instrumentalista do processo que surgiu o movimento de acesso à justiça, cujo objetivo primordial foi o de identificar as barreiras jurídicas, sociais, políticas e econômicas que impedem a efetiva realização de um direito substancial.

15. A identificação dos obstáculos ao acesso à justiça comprovaram que seria necessário implementar reformas estruturais no sistema jurídico, com vista a sobrepor tais obstáculos, diante da premente reivindicação social por um sistema jurídico mais eficiente e eficaz.

16. As soluções encontradas pelo movimento mundial de acesso à justiça transformaram-se em três etapas fundamentais para a articulação da acessibilidade jurídica. Essas etapas foram denominadas de “ondas” renovatórias do acesso à justiça.

17. As ondas renovatórias do acesso à justiça são as seguintes: a primeira dizia respeito à assistência judiciária, a segunda cuidou de apresentar reformas para o problema da representação jurídica dos direitos difusos e a terceira onda foi identificada apenas como enfoque do acesso à justiça.

18. A segunda onda de renovação do acesso à justiça provocou uma verdadeira revolução na estrutura individualista do processo. Foi necessária uma revisitação em todos os seus institutos, no entanto, foi o instituto da legitimação para agir que primeiro sofreu as novas investidas.

19. As transformações operadas no processo civil tradicional, com o fim de tornar possível a tutela dos direitos difusos, demonstraram que não seria possível operar tais mudanças sem desfigurar seu sistema original. Tornou-se necessário mudar toda a sua estrutura para atender direitos para os quais o sistema de processo individual não havia sido criado.

20. Com a incompatibilidade de tutelar direitos coletivos pela via tradicional do processo civil, os juristas perceberam que seria necessário criar um novo ramo do processo, chamado de coletivo, capaz de tutelar, por meio de institutos adequados, os direitos de massa.

10.2 Específicas

21. A renovação do sistema processual materializada pelo movimento de acesso à justiça contribuiu para a consolidação do Direito Processual Coletivo como um ramo autônomo do processo.

22. No entanto, a existência das ações coletivas, ou seja, dos instrumentos de proteção dos direitos pertencentes a toda coletividade, não é fato recente. Contudo, não há consenso na doutrina acerca do momento do seu surgimento ou dos instrumentos processuais que lhe serviram de modelo. As posições adotadas para o surgimento da defesa de direitos coletivos remetem ao direito romano, o sistema da *common law*, mas, para a maioria da doutrina, a origem moderna está no instituto do *Bill of Peace*, do direito inglês.

23. Na verdade, o desenvolvimento do que hoje chamamos Direito Processual Coletivo teve maior pujança nos países da família do sistema jurídico *Common Law*.

Nos países da *Civil Law*, o desenvolvimento do sistema processual tradicional para a tutela dos direitos difusos só se tornou uma preocupação efetiva a partir da década de 70, no século XX.

24. Os primeiros bens metaindividuais a serem tutelados versavam sobre a preservação do meio ambiente e a defesa do consumidor. Isso porque esses temas estão entre os de maior destaque nas sociedades de massa. A tutela desses bens jurídicos demonstrou a incapacidade do sistema tradicional de processo civil de proteger essas novas demandas, tornando completamente obsoleto o sistema tradicional de processo civil

25. O desenvolvimento do Direito Processual Coletivo brasileiro deriva da incapacidade que o sistema tradicional de processo civil tem para tutelar adequadamente esses direitos de massa. Isso porque esse ordenamento jurídico processual foi construído sob a égide do Estado Liberal, de feição estritamente individualista, cujo objeto de tutela são os litígios estritamente individuais.

26. Nesse sentido, no contexto do processo civil, os Direitos difusos ou metaindividuais encontram-se sem amparo, considerando que os institutos tradicionais do processo civil não estão adequadamente preparados para tutelar esse tipo de direito.

27. No Brasil, diferentemente dos países europeus, a produção legislativa no campo do Direito Processual Coletivo é bastante numerosa. O ponto negativo dessa atividade legiferante está no fato de que muitas dessas leis foram produzidas sem que o seu objeto tivesse passado por uma fase de amadurecimento, ou seja, muitos temas ainda estão em construção doutrinária e até mesmo social. Entretanto, já existe lei para regulamentá-los.

28. O desenvolvimento da tutela jurídica de direitos difusos no ordenamento jurídico brasileiro apresentou três fases distintas: 1ª fase. Predominância individualista da tutela jurídica; 2ª fase. Proteção fragmentária dos direitos transindividuais ou fase da proteção taxativa dos direitos massificados; 3ª fase. Fase da tutela jurídica integral.

29. Os diplomas legais de tutela de direitos coletivos mais importantes são: a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, regulamenta a ação popular, Lei de Ação Civil Pública, nº 7.347 de 24 de julho de 1985, o Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, e a Constituição da República, de 5 de outubro de 1988.

30. Os legitimados ativos, segundo o critério adotado atualmente, promoverão a tutela dos direitos coletivos. Entre os legitimados, nosso estudo deveria voltar-se para o Ministério Público. Desse modo, é fundamental, antes de tratar da atuação da instituição brasileira, compreender a forma de atuação dessa instituição em outros países.

31. A compreensão da atuação do Ministério Público, ou dos órgãos que se equivalem a essa instituição no direito comparado, é de grande importância, principalmente pelo fato de que assim podemos avaliar o seu grau de desenvolvimento da instituição. Além do mais, o direito comparado nos auxilia a detectar as suas fragilidades e as suas vicissitudes.

32. Ministério Público francês: A atuação da instituição francesa em matéria coletiva está limitada ao que determina a Lei nº 70-631/1970, que prevê a presença do Ministério Público em todas as causas relativas à defesa da ordem pública, independentemente da matéria em questão ou da jurisdição competente.

33. A atuação processual do Ministério Público francês diverge da atuação da instituição brasileira em vários pontos. No que se refere a sua atuação no Direito Processual Coletivo não é diferente. Enquanto o ordenamento jurídico nacional

atribui ao *Ministério Público* a legitimidade ordinária para propor ações na defesa dos direitos difusos e coletivos, contribuindo inclusive para o crescimento político da instituição, a legislação francesa é omissa nesse ponto.

34. O Ministério Público francês não é considerado como um legitimado universal na defesa dos direitos difusos e coletivos. A sua atuação na defesa desses direitos está limitada as suas hipóteses comuns de atuação, que em regra são determinadas pela legislação geral.

35. Ministério Público italiano: Em consequência da falta de produção doutrinária e legal, a tutela coletiva não logrou efetividade no direito italiano. Assim, não se formou um sistema jurídico de proteção aos interesses e direitos difusos e coletivos e, por razões óbvias, não se definiu o modelo de legitimidade ativa para tutela em juízo desses direitos. Desse modo, como não há um sistema efetivo de proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, e, por sua vez, não há definição daqueles que são legitimados para atuar em juízo na defesa dos direitos de massa, o Ministério Público não tem atribuições específicas, estabelecidas pelo *Ordinamento Giudiziario* ou outras leis esparsas, para atuar como legitimado no processo coletivo.

36. Ministério Público norte-americano: Diferente do que ocorre no Brasil, em que a legitimação do Ministério Público para propor ações coletivas decorre da própria lei, nos Estados Unidos a sua legitimação decorre da natureza da lide, ou seja, depende da matéria que está sendo discutida em juízo para justificar a sua atuação processual. Seguindo essa diretriz, as ações coletivas norte-americanas – ou as *class actions*, não são instrumentos exclusivos de determinados legitimados. Ao contrário, podem ser usadas por qualquer interessado que apresente os requisitos necessários para sua proposição. O Ministério Público propõe uma ação coletiva não porque é legitimado legalmente, mas porque o tema ou a natureza da

lide requer a utilização dessa ação. O que define, pois, a atuação desse órgão no Direito Processual Coletivo é a natureza da lide. A sua participação fica restrita a questões que envolvam diretamente a implementação de políticas públicas, cujos destinatários são grupos, classes ou pessoas determináveis ou indetermináveis.

37. De todos os institutos do processo civil tradicional o que gerou maiores dificuldades para sua aplicação no Direito Processual Coletivo foi a legitimação para agir. Percebemos que a grande dificuldade, percebida pela doutrina especializada, no campo da legitimação para agir, para a tutela dos direitos difusos, estava no fato de que esse instituto, nos moldes do processo civil, não atende às peculiaridades dessa categoria de direitos.

38. Quanto ao processo civil individual, a legitimação para agir atua como critério de pertinência subjetiva entre o autor da demanda e a pretensão de direito material deduzida em juízo, qualificando o autor, como o titular do direito ameaçado. Por sua vez, na defesa dos direitos difusos, essa lógica cartesiana na aferição da titularidade do direito ameaçado não ocorre. Nos direitos difuso e coletivo estrito senso, a sua titularidade não está adstrita a um único titular, mas a um número indeterminado de titulares.

39. A doutrina especializada não foi omissa quanto à necessidade de apresentar soluções às deficiências técnicas do sistema de processo civil para tutelar os direitos de massa. Contudo, os processualistas brasileiros apontam a inadequação dos institutos processuais tradicionais e seu uso no Direito Processual Coletivo, mas apresentam como solução um realinhamento ou revisitação desses conceitos. Esse foi o recurso encontrado pela doutrina para o problema da legitimação para agir, ou seja, buscou-se adequar esse instituto para atender a essa nova realidade.

40. Todo o sistema processual de tutela coletiva é derivado do processo civil, cuja finalidade é proteger os direitos individuais. O instituto da legitimação para agir, usado no Direito Processual Coletivo, nada mais é do que uma readequação, uma releitura contextualizada do conceito consagrado no art. 6º, do Código de Processo Civil. Ou seja, fazemos remendos nos institutos do processo civil, para que estejam aptos a proteger bens jurídicos, cuja importância ultrapassa a esfera individual e que pode atingir toda a coletividade de pessoas.

41. O sistema de atribuição de legitimação adotado pelo sistema de proteção coletiva brasileiro exclui o cidadão ou indivíduo e atribuiu essa prerrogativa ao Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a autarquia, empresa pública, as associações, fundação ou sociedade de economia mista.

42. No que diz respeito especificamente à legitimação para agir do Ministério Público fica patente que ele é considerado um legitimado universal para atuar na defesa de direitos coletivos. Diferente do que ocorre em outros países, o MP brasileiro tem participação ativa garantida em quase todas as leis que protegem algum direito de massa.

43. O sistema de representação adequada é originário do ordenamento jurídico das *class actions* norte-americano. Nesse modelo de representação, é o juiz quem afere, concretamente, se o representante é ou não adequado para propositura de uma ação coletiva, ou seja, a aferição é *ope judicis*. No Brasil, a representação adequada é aferida não pelo juiz, mas pelo legislador (*ope legis*), ou seja, a aferição de adequação é feita em abstrato, pois há uma seleção prévia daqueles que serão legitimados para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. No contexto brasileiro, a escolha antecipada do legislador, pelos

legitimados ativos, faz surgir uma presunção de representação adequada entre esses legitimados.

44. A doutrina tem discutido se o modelo de representação adequado norte-americano pode ser transportado para o nosso sistema jurídico. Assim, como parcela considerável e respeitável da doutrina, entendemos que não se aplica ao nosso sistema esse modelo de representação.

45. Consideramos, nesse trabalho, que o próprio sistema da representação adequada, adotado no Brasil, deve ser repensado, pois entendemos que ele atua como um instrumento de restrição do acesso de todos os interessados ao Poder judiciário. Afinal, a representação adequada faz surgir uma renúncia tácita dos verdadeiros titulares do direito, transferindo essa titularidade aos representantes adequados.

46. No início da formação do sistema de tutela coletiva brasileira, a doutrina discutiu se deveriam legitimar o MP para a defesa desses direitos. Foram apresentados vários argumentos contrários à sua atuação. Contudo, prevaleceram os argumentos que justificavam a legitimação para agir do Ministério Público. Inclusive atualmente ele é considerado um legitimado universal para atuar na defesa de direitos coletivos.

47. A participação do Ministério Público na atuação dos direitos de massa é fundamental para a efetivação desses direitos. A exclusão do *Ministério Público*, como legitimado para atuar na defesa desses direitos, não apresenta nenhuma razoabilidade. No entanto, também não é apropriado que o órgão ministerial tenha proeminência sobre os outros legitimados. Para o ideal democrático, a participação equânime dos colegitimados contribuiria de modo efetivo para a consolidação da democracia participativa.

48. A importância do Direito Processual Coletivo no Estado Democrático de Direito deve-se ao fato de haver, nesse modelo de Estado, uma preocupação em fazer com que os direitos sejam efetivos e não meras expectativas legais. Isso significa que, com a evolução das tutelas dos direitos massificados, o Estado buscou proporcionar o acesso de todos os interessados à jurisdição, visando, conseqüentemente, a atender não só as demandas individuais mas também àquelas que versam sobre os direitos difusos e os coletivos. Nesse último caso, vivemos um momento ímpar, pois nunca houve, em toda a história do Direito, a preocupação de se criar um sistema integrado de proteção dos direitos massificados como no atual modelo de Estado adotado pelo Texto Fundamental de 1988.

49. Para alcançarmos um sistema efetivo de tutela coletiva, é preciso romper radicalmente com os institutos do processo civil tradicional, de feição eminentemente liberalista, cujo objeto de tutela é o indivíduo. Com isso é preciso criar institutos próprios para o Direito Processual Coletivo, que atendam a sua realidade.

50. Para cumprir o propósito de criar institutos voltados exclusivamente para a tutela de direitos coletivos, orientados pelos princípios do Estado Democrático de Direito, e romper com o uso inadequado dos institutos tradicionais do processo civil, para a proteção desses direitos, a *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas* criou um modelo de Direito Processual Coletivo cujos institutos proporcionam a participação aberta e responsável de todos os interessados na busca pela tutela dos direitos difusos.

51. A *Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas* tem como objeto principal a tutela de direitos difusos e cumpre seu propósito de apresentar um sistema adequado para a tutela desses direitos, rompendo com o sistema existente. Nesse sentido, essa teoria reconstrói o instituto da legitimação para agir, tornando-o flexível

para atender a realidade do Direito Processual Coletivo. Além disso, defende a participação ampla e irrestrita do indivíduo na defesa de direitos difusos e redefine a atuação do Ministério Público no Direito Processual Coletivo.

52. O sistema de tutela coletiva deve considerar o fato de que não há interesses coletivos ou difusos. Isso quer dizer que não é possível compreender a expressão “interesses difusos ou coletivos” como se fosse a somatória de vários interesses individuais. Os interesses são essencialmente individuais e assim devem ser apreciados. O que existe são os interessados difusos, ou seja, indivíduos que manifestam seus interesses sobre bens, que em razão da sua indeterminação são considerados difusos. No entanto, o instituto tradicional da legitimação para agir, usado indistintamente no Direito Processual Coletivo, não considera o fato de que os interesses não podem ser tutelados coletivamente. Esse fato ocorre porque esse instituto segue determinada lógica e sua tendência natural é enquadrar toda e qualquer situação dentro da sua dinâmica.

53. Para reconstruir um novo conceito do instituto da legitimação para agir, é preciso entender que a legitimidade pode ser aferida a partir de dois critérios distintos. O primeiro critério, chamado de subjetivo, usado pelo processo civil tradicional, confere legitimidade ao sujeito. Essa definição de quem é legitimado ocorre aprioristicamente pelo legislador. Nesse caso a escolha recai sobre aquelas pessoas ou entes públicos ou privados considerados adequados para a propositura de ações coletivas.

54. O segundo critério de aferição de legitimidade ativa é denominado de objetivo. Por esse critério, a legitimação advém do bem envolvido na demanda. Nesse caso, não haverá legitimação prévia, ou subjetiva, pois os legitimados serão “todos aqueles que são direta ou indiretamente afetados pela situação jurídica que atinge

um determinado bem. A legitimação seria construída nesse modelo a partir do bem, para saber quais pessoas foram atingidas pelos fatos que o envolveram.

55. Para a *Teoria das ações temáticas*, o critério objetivo é o que melhor se amolda ao formato do Direito Processual Coletivo, como novo ramo do direito processual, para a defesa de direitos difusos, cuja titularidade é indeterminada e indeterminável, na medida em que atribui legitimidade a todos aqueles que sofreram direta ou indiretamente as mudanças na situação jurídica afetada, tornando-os interessados diretos na solução da demanda. Essa teoria amplia a legitimidade a todos que são atingidos, indistintamente.

56. Essas transformações contribuem para o fortalecimento, aprimoramento e responsabilidade de todos os possíveis legitimados na ação coletiva, pois, em decorrência do modo como é aferida a legitimação no marco teórico adotado por essa pesquisa, a natureza jurídica da legitimação para agir na defesa de direitos difusos será ordinária, ou seja, todos os atingidos pelo dano ou ameaça de dano a um bem jurídico difuso defendem diretamente o seu próprio direito, pois todos buscam proteção jurídica para seus próprios interesses individuais, tornando-se interessados difusos.

57. Portanto, concluiu-se que a legitimação para agir, no Direito Processual Coletivo, deve ser aferida com base em critérios que possibilitem a ampla atuação de todos os interessados. Assim, deve ser legitimado todo aquele que foi atingido direta ou indiretamente pelo dano ou ameaça de dano a um bem jurídico.

58. Diante dessa constatação podemos concluir que, nesse modelo de atuação no Direito Processual Coletivo, não haverá espaço para o instituto da representação adequada, pois todos os titulares do direito serão legitimados para a defesa de seus próprios interesses.

59. Com base no nosso marco teórico, concluiu-se também que a legitimação será concorrente e integrativa. Concorrente porque todos os legitimados poderão atuar conjuntamente no processo, e integrativa no sentido de que será necessária a participação do maior número de legitimados interessados para a construção do mérito do Direito Processual Coletivo.

60. Depois de concluir o nosso entendimento sobre a legitimação para agir e a participação do interessado na defesa de direito difusos, apresentamos como a teoria das ações temáticas redefine a atuação para agir do Ministério Público, no Direito Processual Coletivo.

61. Ao propor a redefinição da atuação do Ministério Público a partir da *Teoria das ações coletivas*, o que se busca é a compreensão exata do modo como os legitimados ativos devem concorrer, nos limites de suas atribuições, em prol da tutela efetiva dos direitos difusos.

62. Segundo o nosso marco teórico, a atuação ministerial acontecerá nos moldes do que ocorre na defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos, ou seja, a própria instituição atuará na defesa de direitos difusos considerando as suas funções legais atribuídas à instituição. O Ministério Público atuará concorrente e integrativamente com os outros legitimados, na defesa do “interesse social legítimo”, ou, como preferimos, interesse institucional. Assim, o *Ministério Público* não defenderá direito alheio, mas direito próprio; a sua legitimação será ordinária, pois defenderá o interesse que afeta a própria instituição.

63 Nessa perspectiva, o Ministério Público não deixará de exercer nenhuma das atribuições que hoje lhe são conferidas, pelo contrário, segundo os pressupostos democráticos nos quais a *Teoria das Ações Temáticas* se baseia, ele ganha maior

legitimidade para atuar na defesa dos seus próprios interesses institucionais, conferidos pela lei.

64. Com essa nova diretriz, todos os afetados pelo dano ou ameaça de dano serão legitimados ativos e concorrerão conjunta e integrativamente para a defesa dos direitos difusos. Sendo assim, não poderá haver qualquer prevalência de um legitimado sobre o outro.

65. Atualmente há uma prevalência da atuação do Ministério Público na defesa de direitos de massa. Considerando o modo como nosso sistema de tutela coletiva é estruturado, é natural que isso ocorra, mas essa proeminência do Ministério sobre os outros legitimados, a despeito de demonstrar todo o compromisso da instituição em representar os “interesses difusos”, mostra-nos uma situação extremamente preocupante, ou seja, o quanto a nossa democracia ainda é frágil.

66. Para sanar esse problema e adequar a tutela coletiva aos ditames do Estado Democrático de Direito, coube à *Teoria das Ações Temáticas* apresentar um novo modo de legitimação para agir para os direitos difusos, um sistema que privilegia a participação de todos os interessados difusos para a defesa de seus interesses. Nesse novo sistema de aferição de legitimação, não caberá ao Ministério Público a prevalência nas ações coletivas ou sua preponderância em face dos outros legitimados. Isso porque todos devem atuar conjuntamente defendendo seus próprios interesses, pois não haverá representantes adequados destinados a defender os “interesses gerais”.

67. Finalmente concluímos que as propostas levantadas nessa pesquisa seguem as diretrizes estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, sua aplicação prática depende de uma reformulação no sistema de proteção coletiva, mas as suas proposições objetivam proporcionar ao sistema um realinhamento com o princípio

democrático, possibilitando acesso amplo e irrestrito a todos os interessados na defesa de direitos difusos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. **Revista MPMG jurídico**, Belo Horizonte, ano I, n.1, p. 13 – 15, set. 2005

ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Audiência Pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimidade social do Ministério Público. **Revista MPMG jurídico**, Belo Horizonte, ano I, n.5, p. 9 – 15, abr. / mai/ jun. 2006.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco (org). **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

ANDRADE, Roberto de Campos. Execução ou Ação Civil Pública: por uma atuação preventiva do Ministério Público na proteção do Meio Ambiente. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo , v.15,n.59 , p.166-212, abr./jun 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5. v.4.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2.Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente. **Revista da Direito Ambiental**, São Paulo, v.3, n. 10, p. 6 - 13, abr. / jun. 1998.

BERIZONCE, Roberto O. **Efectivo acceso a La justicia: prólogo de Mauro Cappelletti**. La Plata: Librería Editora Platense, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale [et al]. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. **Historia constitucional do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Lei n. 9.069, de 14 de julho de 1996. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9069.htm>>. Acesso em 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>. > Acesso em 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Complementar 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp75.htm>>. Acesso em 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Lei n.º 8. 625/93, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm> . Acesso em 01.mar. de 2011.

BRASIL. Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Lei n. 4.717 , de 29 de junho de 1965, regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Lei n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6513.htm> Acesso em: 01 mar. de 2011.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 01 de mar. de 2011.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> . Acesso em: 01 de mar. de 2011.

BUZUID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL NETTO, Joaquim. **O Ministério Público na Europa latina**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1964.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. v.1.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWICZ, J. A. **Studies in a comparative Law: public interest parties and the captive role of the judge. *Civil Litigation***. New York: Oceana Publications, 1965.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade: v. I**. Trad. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade: v. II**. Trad. Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n.5, p. 128 – 159, jan./mar. 1966.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 16, n.62, p. 205 – 220, abr./jun. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, p. 144 – 160. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARMO, Glauber S. Tatagiba do. Legitimidade da atuação preventiva do Ministério Público na fiscalização da aplicação de recursos financeiros nas áreas da educação e saúde. *In: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. n. 6, p. 516, jan. - jun., 2006. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Substituição processual no processo coletivo**: um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Pillares, 2006.

CARVALHO, João B. da Silva Ferrão de. O ministério público e a procuradoria-geral da Coroa e Fazenda. História, natureza e fins. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa: Ministério da Justiça, fev. 1964, n. 233.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça**: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte , v.6, n.13 e 14 , p.150-163, 1º e 2º sem. 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHIOVENDA, Josep. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943, v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v1;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, José Janguê Bezerra. O ministério público no direito estrangeiro (França). **Revista Jurídica Consulex**, Brasília , v. 9, n. 203 , p. 13, jun. 2005.

DUVERGER, Maurice. **Os regimes políticos**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di Diritto processuale**. 6. ed. Padova: Cedam, 1992.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 1996.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público. *In*: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2001, p. 84 – 100.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Inquérito Civil: dez anos de um instrumento de cidadania. *In*: MILARE, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Ministério Público como guardião da cidadania. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 1996.

FLOREZ-VALDES, Joaquin Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulacion constitucional**. Madrid: 1990. 163 p. (Cuadernos Civitas).

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Princípio do promotor natural. *In*: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coords). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Manual de atuação em tutela coletiva para o Ministério Público federal: parte I – visão geral de atuação extrajudicial**. 2005
Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/publicacoes/manual_atuacao_coletiva_mpf.pdf.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e prática**. Leme: Editora de direito, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. *In: A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Papel Constitucional do Ministério Público. *In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A forma normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

ITÁLIA. [Codice di procedura civile]; FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco Paolo. **Codice di procedura civile e norme complementari**. 6. ed. Milano: A. Giuffre, 2000.

KOSHIBA, Luis; PEREIRA, Manzi Frayze. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Atual, 1993.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte , v.10,n.20 , p.116-126, jul. 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 6. ed. :Rio de Janeiro: Gen - Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Túlio Enrico. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

LUISO, Francesco Paolo. **Diritto processuale civile: Principi generali** Milano: Giuffre, 1996. vl.

LYRA, Roberto: **Teoria e prática da promotoria pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 1996.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ministério Público brasileiro: um novo ator político. *In*: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coords). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público, democracia e ensino jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Bruno Amaral. **Ministério Público: organização, representações e trajetórias**. Curitiba: Juruá, 2008.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MAIHOFER, Werner et al. **Manual de derecho constitucional**. Trad. Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1996.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. A legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. *In*: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 6346/85, 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada *participação equânime* dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, ano 91, vol. 696, fev. 2002, p. 11 – 38.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos: legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**. 11. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996. vl.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: 2004.

MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Instituição de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

MARQUES, Jose Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v.II.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federa, 2005. (Coleção história constitucional brasileira)

MAZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e outros interesses**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público e a defesa do regime democrático. *In*: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coords). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MILARE, Édis (Coord.). **Ação Civil Pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: 1990, v. 2.

MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile**: Le disposizioni generali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996. v.I.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 266, p. 1 – 6, out./dez., 1981.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 139, p. 1 – 10, jan./mar., 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados ‘interesses difusos’. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 28, p. 6 – 19, out./dez., 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al (coords.). **Ministério Público e a ordem jurídica justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. O Ministério Público e as ações coletivas. *In*: MILARE, Édis (Coord.). **Ação Civil Pública**. Lei 7.347/1985: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. Ação civil pública no processo do trabalho. *In*: MILARE, Édis (Coord.). **Ação Civil Pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado: e legislação extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini (org) **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. ‘‘...’’

PEREIRA, Wellington. A reserva do possível e a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista MPMG jurídico**, Belo Horizonte, ano I, n. 2, p. 61 – 62, out./ nov. 2005.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Javoli, 1983.

PINTO FILHO, Arthur. Constituição, classes sociais e Ministério Público. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 1996.

PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América. *In*: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 211 – 226.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RASSAT, Michele-Laure. **Le Ministère Public entre son passé et son avenir**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1966.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. **Em nome do Povo**. Coimbra: Coimbra, 1999.

SALLES, Carlo Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. *In*: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coords). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Conhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos**. Chile: Ediciones jurídicas Europa-América, 1954.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMON, John Anthony. Considerações sobre o ministério público americano. **Revista dos Tribunais**, nº 640. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 8 – 22.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUTO, Cláudio. **Tempo do direito alternativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Conhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1.

TORNAGHI, Hélio. **Instituição de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. Madrid: Tecnos, 1986. v.2.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo: La legittimazione ad agire**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

YEAZELL, Stephen C. **From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: RT, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Trad. António Cabral de Moncada. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.