

A Tutela Judicial dos Direitos Fundamentais do cidadão pelo Ministério Público

ROLANDO RAUL MORO

Promotor de Justiça no RS
Especialista em Direito Tributário pela Faculdade
de Ciências Sociais de Florianópolis-SC,
em parceria com a Faculdade Meridional de Passo Fundo-RS
Mestrando em Processo Civil pela PUCRS

SUMÁRIO: Introdução; 1. Fundamentos teóricos: 1.1 Jurisdição e competência; 1.2 O Ministério Público na CF: 1.2.1 Conceito; 1.2.2 Atribuições constitucionais; 1.3 Direitos fundamentais: 1.3.1 Conceito; 1.3.2 Gerações dos direitos fundamentais; 1.3.3 A dupla dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais; 1.3.4 A classificação dos direitos fundamentais; 1.3.5 A eficácia dos direitos fundamentais: 1.3.5.1 A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais; 1.3.5.2 O significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CR; 1.3.5.3 A eficácia dos direitos fundamentais como direito de defesa: 1.3.5.4. A eficácia dos direitos fundamentais de cunho prestacional; 1.4 Direitos transindividuais: 1.4.1 Direitos difusos; 1.4.2 Direitos coletivos *stricto sensu*; 1.4.3 Direitos transindividuais homogêneos; 1.5 Direitos fundamentais individuais indisponíveis/direitos subjetivos indisponíveis; 2. Processo judicial: 2.1 Ação civil pública; 2.2 Legitimação do Ministério Público para tutelar os direitos transindividuais, individuais homogêneos e os direitos fundamentais individuais indisponíveis; 2.3 Antecipação de tutela: 2.3.1 Requisitos da antecipação de tutela; 2.3.2 Natureza jurídica; 2.3.3 Conteúdo da antecipação de tutela; 3. Análises jurisprudenciais; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da tutela judicial dos direitos fundamentais realizada pelo Ministério Público.

Para tanto, estudar-se-ão os fundamentos teóricos necessários à compreensão do tema tais como jurisdição e competência, o conceito e as atribuições do Ministério Público na Constituição Federal, o conceito de direitos fundamentais, as gerações dos direitos fundamentais, a dupla dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, a eficácia dos direitos fundamentais (a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, o significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CR, a eficácia dos direitos fundamentais como direito de defesa e a eficácia dos direitos fundamentais de cunho prestacional), os direitos transindividuais (direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos) e os direitos fundamentais individuais indisponíveis.

Após, analisar-se-á a ação civil pública no que condiz com o tema proposto. Nesse sentido, estudar-se-á a legitimação do Ministério Público para tutelar os direitos transindividuais, individuais homogêneos e os direitos fundamentais individuais indisponíveis, o instituto da antecipação de tutela, mais precisamente seus requisitos (prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e reversibilidade da antecipação de tutela), a natureza jurídica e o conteúdo da medida antecipatória.

Na seqüência, citar-se-ão ementas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o tema em questão.

Por fim, elaborar-se-ão as considerações finais e indicar-se-á a bibliografia utilizada na realização do presente.

Palavras-chave: tutela, judicial, direitos fundamentais, Ministério Público.

1 – FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1 – Jurisdição e competência

A jurisdição é a maneira pela qual o Estado dirime o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita, ou seja, a forma pela qual o Estado resolve a lide no processo de conhecimento ou de execução, que tem como objetivo a paz social e a aplicação do direito.

Já a competência é uma medida da jurisdição.

1.2 – O Ministério Público na Constituição Federal

1.2.1 – Conceito

O *caput* do art. 127 da Constituição Federal, inserido no Capítulo IV, que trata das Funções essenciais à Justiça, do Título IV, que trata da Organização dos Poderes, ao falar sobre a instituição do Ministério Público, diz:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios constitucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, [...].¹

1.2.2 – Atribuições constitucionais

O art. 129 da Constituição Federal explicita as funções institucionais do Ministério Público, dando uma noção mais detalhada e prática do contido no *caput* do art. 127 da Lei Maior. Diz:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.²

O inciso II do art. 129 da Magna Carta reza ser função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 01/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs. 01 a 6/94. Brasília, DF: Senado Federal, 2004, p. 81.

² BRASIL. Constituição (1988). *Op. cit.*, p. 82.

O inciso III do art. 129 da Constituição Federal dispõe ser 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.

O inciso IX do art. 129 da Carta Política autoriza o Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Sobre a matéria leciona Hugo Nigro Mazzilli:

Em suas atividades institucionais, o Ministério Público sempre busca um interesse público – mais propriamente o interesse público primário, a que já nos vimos referindo.

A Constituição destina o Ministério Público, de forma prioritária, ao zelo dos mais graves interesses da coletividade, como o respeito aos direitos nela assegurados, os interesses sociais e individuais indisponíveis, o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Em outras palavras, ora o interesse a zelar se relaciona de modo indeterminado com toda a coletividade, ora está ligado a pessoas determinadas, mas a atuação do Ministério Público sempre supõe que com ela se consulte o interesse geral, observada necessariamente a norma de compatibilidade prevista no inc. IX do art. 129 da Constituição da República.

O objeto da atenção do Ministério Público resume-se nesta tríade: *a) ou zela para que não haja disposição alguma de interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição da-quele interesse seja feita conformemente com as exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução do problema.*

Apenas para exemplificar, na primeira categoria se insere o zelo pelo direito à vida, à liberdade, à educação e à saúde; na segunda, a fiscalização da venda de um bem de um incapaz; na terceira, podemos citar a defesa de interesses coletivos ou até mesmo individuais homogêneos, quando haja extraordinária abrangência ou dispersão dos lesados, ou quando seja necessária para assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico.³

Como visto, consoante o art. 129, incisos II, III e IX, da Lei Maior, o Ministério Público tem legitimidade constitucional para tutelar os direitos individuais indisponíveis como o direito à vida, à liberdade, à educação e à saúde do cidadão, direitos tidos, também, como fundamentais.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 152-153.

1.3 – Direitos fundamentais

1.3.1 – Conceito

O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Por sua vez, o Título II da CF é composto pelo Capítulo I, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), o Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais (arts. 6º a 11), o Capítulo III, que trata da Nacionalidade (arts. 12 a 13), o Capítulo IV, que trata dos Direitos Políticos (arts. 14 a 16), e o Capítulo V, que trata dos Partidos Políticos (art. 17).

Nesse sentido, após uma simples leitura do texto constitucional, constata-se que os direitos fundamentais do cidadão são aqueles insertos no Título II da Lei Maior, quais sejam, os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos, e os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet diz:

Em primeiro plano, ainda mais em se considerando que o objeto deste trabalho é justamente a análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais à luz do direito constitucional positivo, há que levar em conta a sintonia desta opção (direitos) fundamentais com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, notadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regimento dos partidos políticos (Capítulo V).⁴

1.3.2 – Gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensão, são os que refletem o pensamento do Estado Liger-Burguês do Século XVIII. Assim, os direitos fundamentais materializam-se na igualdade perante a lei, à liberdade, à propriedade, à vida, nos direitos políticos, e nos direitos e garantias individuais do cidadão contra o abuso, inerente, do poder estatal ou de outros particulares. Por esse motivo, são apresentados como direitos de cunho negativo onde os particulares devem respeitar e o Estado deve tutelar as liberdades públicas do cidadão.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

Os direitos fundamentais de segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais surgidos no início do Século XX. Trata-se das liberdades sociais e do direito do cidadão de participar do bem-estar social, que lhe outorgam direitos a prestações sociais estatais como assistência social, saúde, educação, trabalho, previdência social, etc.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão dizem respeito à solidariedade e fraternidade entre os cidadãos. No plano jurídico, reconhece-se a existência dos direitos transindividuais, ou seja, que vão além do indivíduo como os direitos difusos, coletivos em sentido estrito, e os individuais homogêneos. Mais especificamente, tratam do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à conservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, à proteção do patrimônio público e à probidade administrativa, o direito à comunicação e a uma boa qualidade de vida, todos esses direitos difusos, dentre outros.

1.3.3 – A dupla dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

A doutrina faz também a distinção entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

Por dimensão objetiva entende-se que eles não são meramente direitos subjetivos públicos do cidadão. Em sede de direitos fundamentais, há um complexo de prestações heterogêneas. Nesse sentido, a dimensão objetiva dispõe que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, isto é, objetivada na constituição. Em outras palavras, eles saem da ordem axiológica para integrar a ordem objetiva do texto constitucional – os valores se transformam em normas positivadas no sistema constitucional (“ordem de valores objetivados na CR”).

Disso decorrem efeitos jurídicos relevantes a ordem jurídica pátria, dentre outros:

a) eficácia irradiante dos direitos fundamentais: os valores expressados pelas normas de direitos fundamentais devem impregnar toda a ordem jurídica, devendo a interpretação jurídica do ordenamento legal levar em conta os direitos fundamentais. Surge a idéia de interpretação conforme a constituição, interpretação conforme os direitos fundamentais;

b) função protetiva dos direitos fundamentais: ao Estado incube o dever de proteção dos direitos fundamentais. Em cada norma de direito fundamental há uma norma impositiva, isto é, vinculante aos entes estatais de proteger os direitos fundamentais. Corolários: b.1) proibição de excesso por parte do Estado; b.2) proibição de insuficiência onde o Estado deve alcançar um padrão mínimo de suficiência e satisfação dos direitos fundamentais do cidadão; b.3)

obrigação de o Estado tutelar os direitos fundamentais. Nesse sentido, são lapidares os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura.⁵

Por dimensão subjetiva dos direitos fundamentais entende-se que eles são direitos subjetivos públicos do cidadão. Nesse sentido, eles podem ser exigidos pelo indivíduo contra o particular ou o próprio Estado, inclusive na esfera judicial para sua satisfação.

1.3.4 – A classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de defesa (direitos “negativos”) e direitos em direitos a prestações (direitos “positivos”).

Os direitos fundamentais como direitos de defesa são aqueles objetos de uma não-intervenção na esfera de proteção da norma de direito fundamental por parte do Estado ou de particulares. Por isso é que são chamados direitos “negativos”.

Os direitos fundamentais a uma prestação por parte do titular do direito fundamental subdividem-se em direito a prestações em sentido amplo e direito a prestações em sentido estrito.

O direito a prestações em sentido amplo refere-se a toda e qualquer tipo de atuação positiva do Estado que não seja vinculada a sua atuação no sentido social. Estão vinculadas à sua atuação como Estado Democrático de Direito.

O direito a prestações, em sentido estrito, divide-se em direito originário a prestações, que são os direitos subjetivos do cidadão fundados diretamente na constituição, e direito derivado a prestações, que são os direitos subjetivos do cidadão fundados em um sistema de normas infraconstitucionais e/ou no sistema de políticas públicas.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 157.

1.3.5 – A eficácia dos direitos fundamentais

1.3.5.1 A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais

Eficácia jurídica é a capacidade, possibilidade de a norma gerar efeitos jurídicos.

Aplicabilidade é a capacidade, possibilidade de aplicação das normas juridicamente eficazes de acordo com seus próprios efeitos.

Efetividade é a aplicação concreta da norma juridicamente eficaz. Cumprimento espontâneo ou compulsório.

Todas as normas constitucionais têm aplicabilidade imediata.

Todas as normas jurídicas constitucionais são eficazes, ou seja, têm capacidade de gerar efeitos jurídicos.

A eficácia jurídica é heterogênea (diversificada), bem como a efetividade.

As normas constitucionais são de eficácia plena, contida e limitada segundo José Afonso da Silva.

Eficácia plena são as normas diretamente aplicáveis que não dependem de prévia fundamentação legal para, desde logo, gerarem seus efeitos próprios.

Eficácia contida são normas de eficácia plena, aplicabilidade imediata, mas possivelmente não integral, pois o constituinte autorizou sua restrição posterior pela lei infraconstitucional.

Eficácia limitada são as normas de aplicabilidade mediata e que dependem de prévia regulamentação geral legal para gerar seus efeitos.

A diferença é a função, o objetivo da norma constitucional. As normas de direito fundamental são de eficácia plena. As normas constitucionais de eficácia contida são sujeitas à possibilidade de restrição de direito. O que se poderá questionar é o limite da restrição. As de eficácia limitada são normas programáticas impositivas ao Poder Público, isto é, que impõe tarefas ao Estado.

1.3.5.2 O significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CR

O parágrafo 1º do art. 5º da CR dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Na verdade, o dispositivo supramencionado quer dizer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm eficácia plena, pois, como vimos, todas as normas constitucionais têm aplicação imediata; a questão diz com o grau de eficácia (se plena, contida ou limitada).

A doutrina diz que se trata de norma de cunho principiológico de regime geral de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais de direitos fundamentais (princípio da máxima aplicação dos direitos fundamentais).

Por ser princípio, não se aplica a lógica do tudo-ou-nada (“all or nothing”).

A favor dessas normas, milita a presunção de eficácia plena.

O disposto no parágrafo 1º do art. 5º da CR valeria apenas para os direitos fundamentais do art. 5º? Em uma interpretação sistemática e teleológica, ele valeria para todos os direitos fundamentais. Em uma interpretação literal, valeria apenas para o art. 5º.

1.3.5.3 A eficácia dos direitos fundamentais como direito de defesa

Os direitos fundamentais como direito de defesa são aqueles em que se exige uma abstenção (um não agir) por parte do Estado ou dos particulares para sua satisfação. Exemplos são os direitos de igualdade, liberdade, os direitos políticos, e os demais direitos de garantia.

Nesse sentido, são chamados de prestações negativas, que se partem de plena eficácia diretamente pelo Poder judiciário, sem necessitar de lei reguladora de tal direito. O juiz apenas dá uma ordem para que tal direito fundamental do cidadão não seja desrespeitado pelo Estado ou particular.

Mais uma vez lapidar é o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet:

Na medida em que os direitos de defesa geralmente – e de forma preponderante – se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal ou, de modo geral, no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações (fáticas ou normativas) do Estado ou dos destinatários da norma.⁶

Outro argumento decisivo para a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, dos direitos fundamentais tidos como direito de defesa é o art. 5º, § 1º, da CF, que prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais independente de norma legislativa.

1.3.5.4 A eficácia dos direitos fundamentais de cunho prestacional

A eficácia dos direitos fundamentais de cunho prestacional consiste no dever de o Estado, seja a União, o Distrito Federal, os Estados Membros e os Municípios, satisfazer, efetivamente, os direitos fundamentais do cidadão.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 276.

Em outras palavras, a função protetiva dos direitos fundamentais consiste no dever de proteção e satisfação dos direitos fundamentais. Em cada norma de direito fundamental há uma norma impositiva e vinculante aos entes estatais de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos do cidadão que podem ser exigidos pelo indivíduo contra o particular ou o próprio Estado, inclusive na esfera judicial para sua satisfação.

Os direitos fundamentais a uma prestação por parte do titular do direito fundamental subdividem-se em direito a prestações em sentido amplo e direito a prestações em sentido estrito.

O direito a prestações em sentido amplo são as referentes a toda e qualquer tipo de atuação positiva do Estado que não seja vinculada a atuação do Estado no sentido social. Estão vinculadas à sua atuação como Estado Democrático de Direito.

O direito a prestações em sentido estrito divide-se em: a) direito originário a prestações, que são os direitos subjetivos do cidadão fundados diretamente na constituição; b) direito derivado a prestações, que são os direitos subjetivos do cidadão fundados em um sistema de normas infra-constitucionais e/ou no sistema de políticas públicas.

1.4 – Direitos transindividuais

Classicamente, os direitos do cidadão estavam ligados à visão Liberal do Direito, onde este é de natureza individual – do indivíduo – e, portanto, disponível.

Com a evolução da humanidade e do correspondente avanço da complexidade das relações jurídicas entre os homens, a partir da metade do Século XX, verificou-se que havia outros direitos, outras relações jurídicas que iam além da compreensão do direito individual disponível. O enfoque deixa de ser o indivíduo para entrar em cena a coletividade, os grupos sociais. Nasce, assim, a era do direito de massa, das relações jurídicas que vão além do indivíduo, preâmbulo gestacional da Era da Globalização.

Assim, surgem os direitos transindividuais, também denominados como direitos coletivos *lato sensu*, – que vão além do indivíduo – classificados como direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*.

Impede relevar que os direitos transindividuais, como já estudado, são, também, direitos fundamentais de terceira dimensão.

1.4.1 – Direitos difusos

O art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC dispõe que interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

As características dos interesses difusos levam em conta, respectivamente, a indivisibilidade do interesse, grupo de indivíduos indetermináveis e origem da lesão ou da ameaça de lesão a direito ligada por circunstâncias de fato.

Como exemplo de direito difuso temos o direito do consumidor, o direito ambiental, a tutela do patrimônio público, social, cultural e paisagístico, o direito à saúde, à educação, dentre outros.

1.4.2 – Direitos coletivos *stricto sensu*

O art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC descreve como sendo interesses ou direitos coletivos 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.

Trata-se dos interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum.

As características dos interesses coletivos em sentido estrito levam em conta, respectivamente, a indivisibilidade do interesse, o grupo de indivíduos determinados atingidos (categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária) e a origem da lesão ou da ameaça de lesão a direito (ligadas por uma relação jurídica base).

Nos casos de interesses coletivos *stricto sensu*, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e, sim, da própria relação jurídica viciada que une todo o grupo. O grupo de contratantes estará ligado por uma relação jurídica básica comum, sendo determinado o grupo e a relação jurídica, mas não o tamanho da lesão sofrida por cada contratante individualmente.

Para individualizar o dano ocorrido em face de um interesse coletivo *stricto sensu* pleiteado em juízo de forma coletiva, faz-se necessária a respectiva liquidação de sentença a ser proposta individualmente por cada um dos interessados que fizeram parte do pólo ativo do processo de conhecimento coletivo.

1.4.3 – Direitos individuais homogêneos

Os interesses individuais homogêneos, segundo o art. 81, parágrafo único, III do CDC, são “assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Na acepção do termo, os interesses individuais homogêneos são aqueles individualizáveis consoante o direito concernente a cada componente de um grupo definido, cujas partes estão solidamente ligadas pela mesma natureza.

O interesse é individual, divisível, e o titular é determinável. Entretanto, os lesados estão ligados por uma mesma situação de fato comum à origem do dano. Exemplo são os compradores de veículos automotores produzidos com o mesmo defeito de fábrica em um certo período.

Humberto Theodoro Júnior diz que “os interesses individuais homogêneos tanto podem ser tutelados individualmente, em ações movidas pelo ofendido, como coletivamente, em ações de grupo, como aquelas promovidas por sindicatos e associações”, o que expressa o duplo caráter do interesse: individual e coletivo *lato sensu*.

Para Hugo Nigro Mazzilli, “os interesses individuais homogêneos, para o CDC, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, ou seja, oriundos das mesmas circunstâncias de fato”.⁸

1.5 – Direitos fundamentais individuais indisponíveis/ direitos subjetivos indisponíveis

Os direitos individuais indisponíveis são os que estão ligados umbilicalmente à sobrevivência do homem, em sociedade, onde a ordem pública obriga a sua proteção por parte do Estado.

Assim, trata-se de direitos do indivíduo considerado em sua singularidade que não podem ser objeto de renúncia. Entretanto, o titular desse direito, com base em critérios de oportunidade e conveniência, pode deixar de exercer seu direito. Em síntese, o titular de um direito fundamental não o poderá renunciar, mas poderá o deixar de exercer consoante critério pessoal.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 120.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47.

À luz do Direito Constitucional, os direitos individuais indisponíveis confundem-se com os direitos fundamentais insertos no Título II da Magna Carta.

Nesse sentido, são considerados direitos individuais indisponíveis os direitos à vida, à saúde, à moradia, à educação, ao laser, à cidadania, à nacionalidade, à liberdade, à identidade civil, dentre outros.

2 – PROCESSO JUDICIAL

2.1 – Ação civil pública

Classicamente, a maneira de se defender interesses e direitos em juízo opera-se pela chamada legitimação ordinária, isto é, o próprio titular do direito lesado é quem defende em juízo seu interesse. Em outras palavras, o titular do direito violado é que deverá propor a ação judicial competente para buscar, em nome próprio, a tutela desse direito.

Aliás, essa é a regra inserta no art. 6º do CPC, *in verbis*: ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Entretanto, com o advento dos direitos transindividuais, surge a necessidade de a legislação processual dos países se adequar a essa nova realidade, sob pena de inviabilizar-se a tutela desses novos direitos, direitos esses cujo titular é uma pessoa indeterminada.

Assim, surgiu o instituto da legitimação extraordinária em que uma terceira pessoa pleiteia, em juízo, em nome próprio, direito alheio.

Em 24 de julho de 1985, foi publicada a Lei n. 7.347, que dispôs sobre a Lei da Ação Civil Pública (LACP). Trata-se de verdadeira revolução operada no ordenamento processual civil pátrio até então vista.

Ela dispôs sobre a ação civil pública – nomenclatura para diferenciar a ação penal proposta pelo Ministério Público –, também denominada de ação coletiva – denominação mais correta –, onde se tutelam as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística, ao patrimônio público e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Por se tratar de direito transindividual, a legitimação para propor a ação é extraordinária sendo legitimados ativos *ad causam* o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundação, sociedade de economia mista ou associação que esteja cons-

tituída a pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e 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.

Posteriormente, foram promulgadas outras leis que ampliaram o leque de abrangência de tutela de direitos pela LACP. A Lei n. 7.835, de 24 de outubro de 1989, que tratou da aplicação da ação civil pública para a defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 7.913, de 07 de dezembro de 1989, que dispôs sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança de Adolescente e dispôs sobre a aplicação da ação civil pública para tutelar os direitos previstos a crianças e adolescente no ECA; a Lei n. 8.078, de 11 setembro de 1990, que institui o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e dispôs sobre a aplicação da ação civil pública para a tutela dos direitos do consumidor; e a Lei n. 8.864, de 11 de junho de 1994, que instituiu a ação de responsabilidade por danos causados por infração da ordem econômica.

2.2 – Legitimação do Ministério Público para tutelar os direitos transindividuais, individuais homogêneos e os direitos fundamentais individuais indisponíveis

A atuação do Ministério Público no processo civil dá-se de duas formas, a saber: como parte autora ou como órgão interveniente.

Como parte autora, a atuação do *Parquet* dá-se como órgão agente onde a instituição requer, ao Poder Judiciário, a prestação da tutela jurisdicional em face de outrem.

A doutrina tem subdividido a atuação do Ministério Público como órgão agente (parte autora) em duas hipóteses, quais sejam, parte *pro populo* e substituto processual.

Como parte *pro populo* o Ministério Público atua com legitimação ordinária para a tutela de interesses transindividuais. Exs.: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais ou estaduais, ação rescisória, ação de anulação de atos judiciais, ação de anulação de matrícula de registro imobiliário, ação de improbidade administrativa, ação de reparação de dano ambiental; ação de impugnação de mandato eletivo, ação de inconstitucionalidade por omissão, ação para reparação de patrimônio público e social.

Como parte, na substituição processual, o Ministério Público atua com legitimação extraordinária para a tutela de interesses individuais indisponíveis

veis. Exs.: ação de alimentos, ação de investigação de paternidade, ação de execução de alimentos, ação de destituição do pátrio poder, ação de interdição, ação de nomeação de curador para o ausente, ação de obtenção de vaga escolar para criança ou adolescente na rede pública, ação de obtenção de remédio para tratamento de doença, ação para obtenção de vaga hospitalar para pessoa portadora de patologia.

Como órgão interveniente, o Ministério Público atua não como parte autora, mas como órgão interveniente – em um processo que já tramita –, na qualidade de *custos legis* (fiscal da execução da lei) nas causas em que houver interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. Exs.: ação de usucapião, ação de separação judicial, ação de divórcio, ação de separação de corpos, ação de busca e apreensão de menor, ação de inventário, ação de anulação de casamento, ação de execução fiscal, ação de ausência, mandado de segurança.

A crítica que se faz à expressão *custos legis* – maneira de referir à atuação do *Parquet* como órgão interveniente – é que, seja órgão agente ou órgão interveniente, o Ministério Público sempre estará buscando o fiel cumprimento da legislação, tutelando, assim, a ordem jurídica outrora violada.

A legitimação do Ministério Público para tutelar os direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos em sentido estrito), os direitos individuais homogêneos e os direitos fundamentais do cidadão exsurge de expressa disposição constitucional e infraconstitucional.

O art. 127 da CF diz ser o Ministério Público 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.

No presente trabalho, quando do estudo das atribuições constitucionais do *Parquet*, concluiu-se que:

a) o inciso II do art. 129 da Magna Carta reza ser função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

b) o inciso III do art. 129 da Constituição Federal dispõe ser 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;

c) o inciso IX do art. 129 da CR autoriza o *Parquet* exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Consoante os dispositivos constitucionais supramencionados, o Ministério Público tem legitimidade constitucional para tutelar, em juízo, os direitos individuais indisponíveis como o direito à vida, à liberdade, à educação, à saúde do cidadão, dentre outros, direitos esses tidos, também, como fundamentais.

Nesse sentido, são lapidares os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

A Constituição Federal prevê, em seu art. 129, III, a atribuição do Ministério Público para "promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Da dicção dessa previsão parece transparecer que o Ministério Público não teria legitimidade para propositura de ações relativas a direitos individuais homogêneos. Assim não é, no entanto. O Ministério Público também é legitimado para as ações atinentes a direitos individuais homogêneos, por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor (art. 82, I) e autorização de sua lei específica (no âmbito federal, art. 6º, XII, da Lei Complementar 75/93). Poderia alguém supor como inconstitucionais essas previsões de lei, por transbordarem os limites fixados na norma constitucional antes apontada (art. 129, III, da CF). Não se deve olvidar, todavia, que a própria Constituição Federal permite a ampliação, por lei, da competência do Ministério Público, ao estabelecer, em seu art. 129, IX, que também é atribuição desse órgão "exercer outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria de entidades públicas". Ora, indubitavelmente, a defesa de interesses individuais homogêneos, porque intimamente relacionada à proteção da ordem jurídica (art. 127 da CF), é atribuição harmônica com a finalidade do Ministério Público. Não há, portanto, razão para negar-se a este órgão a legitimidade para a propositura de ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos. A única ressalva que merece ser feita alude à relevância social do interesse individual homogêneo a ser defendido pelo Ministério Público. De fato, para que se verifique a intervenção do Ministério Público na defesa de interesses individuais (ainda que homogêneos), é necessário que estes se caracterizem como interesses sociais ou individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Não é, assim, qualquer direito individual (ainda que pertencente a várias pessoas) que admite a tutela por via de ação coletiva proposta pelo Ministério Público, mas apenas aqueles caracterizados por sua relevância social ou por seu caráter indisponível".⁹

Sobre o tema em questão, Hugo Nigro Mazzilli diz:

Assim, quanto à defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos, é preciso distinguir. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 715.

Dentro dessa linha, dispõe a Súmula n. 7, do Conselho Superior do Ministério Público paulista: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

Não teria sentido, v.g., pôr o Ministério Público em defesa de maia dúzia de importadores de carros danificados no transporte: ainda que se trate de interesses individuais homogêneos, não haveria expressão social a justificar a atuação. Coisa diversa, porém, seria negar *a priori* a possibilidade da iniciativa da instituição para, por exemplo, propor ação civil pública cujo objeto fosse impedir a comercialização de medicamentos falsificados ou deteriorados, que pode lesar milhares ou milhões de pessoas, em todas as regiões do Estado ou do País. Negar o interesse geral da sociedade na solução deste litígio e exigir que cada lesado comparecesse a juízo em defesa de seus interesses individuais, seria desconhecer os fundamentos e objetivos da ação coletiva ou da ação civil pública”.¹⁰

Assim, em sede de direitos individuais homogêneos e direitos individuais indisponíveis o interesse social é que irá ditar a atuação do Ministério Público. Havendo este, será parte legítima *ad causam*; inocorrendo, será parte ilegítima para tutelar o direito.

2.3 – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

2.3.1 – Requisitos da antecipação de tutela

A antecipação de tutela está prevista no art. 273 do CPC, que diz:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-^a

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nígro. *Op. cit.*, pp. 88-89.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, definir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.¹¹

A antecipação de tutela tem como requisito genérico a verossimilhança do direito alegado, ou seja, a prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado pelo autor.

A prova inequívoca da verossimilhança é o que aparenta ser verdadeiro, menos do que a certeza, mais do que uma simples credibilidade, comprovada pelo autor, e que sirva para o convencimento, provisório do julgador, de que sua pretensão jurídica será, ao final, julgada procedente.

Como requisito específico da antecipação de tutela tem-se o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, também conhecido como *periculum in mora*.

O *periculum in mora* consiste, como a própria lei diz, no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação da pretensão do autor. Em outras palavras, se a pretensão do autor não for satisfeita de imediato, implicará a ineficácia do provimento jurisdicional concedido no final da demanda.

É importante fixar-se que esse requisito específico é alternativo ao abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Em outras palavras, basta que haja o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação da pretensão do autor, ou que haja o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório por parte do réu.

Requisito específico alternativo, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu consiste na prática de manobras protelatórias “mediante expedientes subalternos e escusos, *protelar o desfecho da demanda*, com o objetivo de continuar a beneficiar-se pela manutenção do ‘*status quo*’”.¹²

O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu é caracterizado quando há falta de consistência na defesa apresentada ou quando o demandado, ou seu advogado, pratica conduta temerária em relação ao deslinde da lide.

¹¹ BRASIL. Código de Processo Civil: Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 67-68.

¹² CARNEIRO, Athon Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.

Quer-se, assim, na verdade, punir a desídia processual praticada pelo réu, ou seu advogado, em nome do princípio de não se beneficiar o torpe com sua própria torpeza.

Por fim, o § 2º do art. 273 do CPC dispõe que não será concedida a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A doutrina tem classificado essa disposição legal como pressuposto negativo da concessão da antecipação de tutela.

Em princípio, haveria uma colisão insanável entre o requisito negativo e a medida antecipatória, pois a natureza jurídica desta, como é cediço, é satisfativa (que esgota o mérito, total ou parcialmente). Nesse sentido, se o requisito negativo for levado às extremas, esgotar-se-iam, na prática, as possibilidades jurídicas de concessão do instituto da antecipação de tutela.

Como solução, o operador do Direito deve hierarquizar topicamente, com base no metacritério interpretativo, os valores em questão, quais sejam, a efetividade do direito na antecipação de tutela, mormente em ações contra o Poder Público – contumaz descumpridor de ordens judiciais –, e a segurança jurídica. Qual valor deve preponderar? Caberá ao intérprete hierarquizar topicamente, sempre em nome da justiça!

2.3.2 – Natureza jurídica

A antecipação da tutela tem caráter satisfativo, ou seja, ela antecipa os efeitos da decisão de mérito, antes de completar a instrução e o debate da causa, dando provisório atendimento ao pedido, objeto da relação jurídica processual, no todo ou em parte.

Em sede da satisfação dos direitos fundamentais do cidadão, o direito perquirido em juízo, via antecipação de tutela, deverá ser satisfeito de plano pelo estado ao cidadão.

2.3.3 – Conteúdo da antecipação de tutela

O conteúdo do provimento judicial de satisfação ao direito fundamental do cidadão (prestações de dar, fazer, não fazer ou pagar) consistirá, pela sua urgência, em medidas de cumprimento imediato de ordens executivas *lato sensu* ou mandamentais.

Em outras palavras, o juiz dará uma ordem para que o poder público forneça o bem da vida requerido, por exemplo, o remédio ou a internação hospitalar necessitada pelo cidadão.

Sobre o conteúdo da tutela antecipada, Athos Gusmão Carneiro diz:

Buscando resumir a doutrina de momento prevalecente, parece-nos será lícito, em linhas gerais, afirmar que:

[...]

d) nas **ações executivas** (ditas) **lato sensu** e nas **ações mandamentais**, a AT revela-se *de imensa utilidade prática* e geralmente poderá ser efetivada sem percalços, com a utilização de “astreintes” e/ou dos meios executivos referidos no § 5º do art. 461, adiante referidos.

Anticipa-se, disse Teori Zavascki, “a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal”; antecipam-se os efeitos que a futura sentença produzirá “no plano da realidade” (*Antecipação da Tutela*, cit., pp. 83-84).¹³

3 – ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

Nesse tópico, citar-se-ão ementas de acórdãos que reconhecem a legitimidade ativa **ad causam** do Ministério Público para tutelar os direitos individuais indisponíveis do cidadão, e ementas de acórdãos que entendem em sentido contrário, o que demonstra a relevância e atualidade da matéria em questão, objeto de dissídio jurisprudencial.

A ementa a seguir, oriunda de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, reconhece a legitimidade ativa **ad causam** do Ministério Público para tutelar, em juízo, direito à saúde do cidadão. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE PILHAS PARA O FUNCIONAMENTO DE APARELHOS AUDITIVOS EM FAVOR DE MENOR. SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7º, 200, e 201 DO DA LEI Nº 8.069/90. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. Recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear, via ação civil pública, em favor de menor, o fornecimento de pilhas para o funcionamento de aparelhos auditivos. 3. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 4. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade

¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.*, pp. 48-49.

da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 5. Deveras, é mister conferir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 6. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 7. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE nº 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 8. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 9. Outrossim, a Lei nº 8.069/90 no art. 7º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 10. Impõe-se, contudo, ressaltar que a jurisprudência predominante do E. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp nº 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005; REsp nº 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp nº 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). 11. Recurso especial provido.¹⁴

No mesmo sentido, cita-se a ementa de um acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DIREITO PÚBLICO À SAÚDE. 1. Se a sentença não dispõe, ainda, de força para realização dos efeitos pretendidos, mas que são ou poderiam ser atribuídos pela tutela emergencial, indesejável concluir pela ausência de nexo de prejudicialidade entre a medida de urgência e a sentença, o que conserva a utilidade e necessidade do recurso movido no desiderato de obter ou cassar tutela antecipatória. 2. A legitimação do Ministério Público para promover ação civil pública buscando a defesa de interesses indisponíveis, ainda que se trate de direito individual, encontra-se estribada na

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 681012/RS, Recurso Especial 2004/0118929-9. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Data do julgamento 06/10/2005. Data da Publicação/Fonte DJU 24.10.2005, p. 190. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.

Constituição Federal, na legislação institucional, na lei que rege a ação civil pública e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Como bem assentado na Constituição da República (art. 196), o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, de cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.¹⁵

Na seqüência, citam-se ementas de acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem a legitimidade ativa *ad causam* do *Parquet* para tutelar direito à saúde, à vida e à medicação de idoso:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IDOSO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. O Ministério Público tem legitimidade para pleitear direito individual indisponível de idoso via ação civil pública, uma vez presente lesão ou ameaça de lesão a bens constitucionalmente protegidos, como a vida e a saúde (art. 74, I, da Lei nº 10.741/2003). Não há falar em litisconsórcio passivo necessário com a União e o Município, ausente a afetação direta de direito destes a impor sua participação no feito (art. 47 do CPC), não se vislumbrando, igualmente, viabilidade de chamamento ao processo, tendo em vista a regra do art. 46, parágrafo único, da Lei Adjetiva. O dever de fornecer tratamento médico integral, incluindo materiais e medicamentos, é responsabilidade solidária das três Esferas de Poder do Estado: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todas legitimadas passivamente, portanto, para o pleito do hipossuficiente. O direito à saúde é corolário do direito à vida. Direito individual fundamental, de aplicação plena e imediata (CF/88, arts. 5º, e § 1º, 6º e 196). O não-atendimento desse direito não configura apenas uma ilegalidade, mas, o que é mais grave, constitui-se em violação da própria Constituição Federal. O provimento judicial que atende tal direito não ofende o princípio da independência e harmonia dos Poderes. Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle judicial (CF/88, art. 5º, XXXV). O Poder Público não está acima do controle jurisdicional. Apelo do estado desprovido. Mantida, no mais, a sentença em reexame.¹⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. MULTA MENSAL. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. A legitimidade do Ministério Público, nas ações que buscam o fornecimento de medicação, provém do art. 127 da Constituição

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 223340. Processo: 200404010282809. Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, Terceira Turma. Data da decisão: 01/03/2005, DJU 06/04/2005. Página: 506. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação e Reexame Necessário nº 70011097268, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10/08/2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.

Federal. Incumbência de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A saúde, corolário lógico do direito à vida, é garantia fundamental do cidadão e, por óbvio, indisponível. Ao juízo, quando da imposição de cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, em antecipação de tutela, faculta a lei seja cominada pena pecuniária para o caso de não-cumprimento do comando judicial, competindo ao juízo prolator da decisão averiguar a pertinência ou não da imposição da multa, avaliando sua necessidade. Caso concreto em que se recomenda a fixação de multa diária. Agravo desprovido. Art. 557, caput, CPC.¹⁷

Em sentido contrário, há a seguinte decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO PÚBLICO. MENOR CARENTE. 1. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido. Ausência de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesses difusos e coletivos como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, o órgão ministerial pretende seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade. 3. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública que vise a resguardar interesses individuais – no caso, de um menor carente. 4. Recurso especial improvido.¹⁸

Também em sentido contrário, cita-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA (AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: RIVASTIGMINA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO NA ORIGEM. FIXAÇÃO DE MULTA. INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSTULAÇÃO DE DIREITO INDIVIDUAL EM NOME PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. INCABIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VI, DO CPC, NA ORIGEM. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO NA ORIGEM.) INTELIGÊNCIA E APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (COM A ALTERAÇÃO DA LEI Nº 9.756, DE 17.12.1998). JULGAMENTO QUE SE MANTÉM. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.¹⁹

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70012419529, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 28/07/2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 743674/RS, Recurso Especial 2005/0063180-6 Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Data do julgamento: 23/08/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 19.09.2005, p. 304. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo nº 70012621579, Quarta Câmara Cível, Rel. Wellington Pacheco Barros, julgado em 14/09/2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contemporaneamente, 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. Isso exsurge do art. 127, *caput*, da atual Constituição Cidadã.

Ainda, o art. 129 do texto constitucional dispõe ser função institucional do Ministério Público, dentre outras:

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Nessa linha de entendimento, dispõe a Súmula n. 07 do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

Nesse sentido, é perfeitamente cabível a tutela judicial pelo *Parquet* dos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e direitos fundamentais indisponíveis do cidadão – como o direito à vida, à liberdade, à educação, à saúde do cidadão, dentre outros, presente o interesse social.

Os tempos mudam. Com ele, o jurista deve, também, ampliar seu entendimento jurídico, pois essa é a imposição do tempo moderno – da Era da Globalização – que, gostemos ou não, concordemos ou não, entra em nossas vidas sem pedir licença.

Negar esse entendimento jurídico é, em última *racio*, negar-se a cidadania plena, pois o mundo do Século XXI não permite que os juristas fiquem adstritos à mentalidade jurídica do século passado, completamente obsoleta no mundo atual de massa e de relações múltiplas intersubjetivas e transindividuais.

Negar essa realidade é, sem sombra de dúvidas, condenar-se ao passado e ao ostracismo.

BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980.
- BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*: Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- . Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n^{os} 01/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n^{os}. 01 a 6/94. Brasília, DF: Senado Federal, 2004.
- . Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.
- . Tribunal de Justiça do RS. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.
- . Tribunal Regional Federal da 4^a Região. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 03 nov. 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.
- FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- . *A interpretação sistemática do Direito*. 4. ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- , Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- . *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.

———. *Direitos do consumidor, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.