

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “direitos ou interesses individuais homogêneos e a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública”, tem por objetivo destacar a importância da defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, a título coletivo. Sendo assim, levanta-se como problema se o parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública estaria, de certa forma, vedando o acesso à Justiça a título coletivo, nas situações em que os sujeitos são sempre mais de um e determinados (individuais homogêneos), cuja pretensões envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional.

Vejamos, na íntegra o parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)¹

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico, sobretudo nos dois capítulos iniciais. Também se inclui pesquisa de campo, com estudo de caso, para a averiguação, no caso concreto, dos impactos sociais produzidos pelo não cabimento das ações civis públicas contra a Fazenda Pública. Em face do universo discutido, o trabalho se revela trans e interdisciplinar, uma vez que aborda discussões envolvendo o Direito Constitucional, o Direito Processual Civil, a Lei da Ação Civil Pública e o Direito do Consumidor.

¹ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se a ideia sustentada por José Gomes Riberto Schettino, que em uma das teses do seu livro: “A tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público”, Schettino aponta a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, vejamos:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, como se sabe, tem por destinatário principal e direto o legislador, o qual fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Judiciário. Destarte, um dispositivo do teor do parágrafo único do artigo 1º da LACP já nasce maculado com a pecha da inconstitucionalidade. E não se diga em sua defesa que ele não proíbe a manifestação em Juízo de pretensões tributárias, mas tão-somente as veiculadas por demandas coletivas, uma vez que, como resta claro, ninguém, nem o mais ativo dos homens, irá ao Judiciário pleitear, ao preço das delongas e das custas processuais e com advogados quantias muitas vezes exíguas se tomadas individualmente².

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que os legitimados que podem demandar em juízo, a título coletivo, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública, entre outros, conforme previsão do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), não podem pleitear em juízo pretensões que envolvam direitos ou interesses individuais homogêneos contra os Governos (União, Estados e Municípios).

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Direito constitucional e o princípio constitucional do acesso à Justiça” pretende destacar a importância da Constituição Federal quanto a separação dos poderes e a criação das leis, mais precisamente das medidas provisórias, que é o alvo dessa pesquisa, tendo em vista que no último capítulo abordaremos a criação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001 e se ela fere o princípio constitucional do acesso à Justiça.

No segundo capítulo, denominado “processo civil coletivo”, pretende-se destacar a importância deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as diferenças entre a Ação Coletiva e a Ação Civil Pública.

² SCHETTINO, José Gomes Riberto. *A tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Temas Contemporâneos de Direito Processual*. 1ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, página 195.

Já no terceiro capítulo, denominado “categorias de interesses”, vem com o objetivo de explicar através de doutrinas os interesses de grupos e apontar elementos fundamentais para a compreensão da categoria dos interesses ou direitos “individuais homogêneos” que decorrem sempre de origem comum. Também, destacando o direito do consumidor como instituidor dessa nova classe de proteção, a título coletivo.

Aborda, por fim, a necessidade de instrumentos para o reconhecimento dos direitos fundamentais das minorias sociais. Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da LACP”, encerra a discussão pretendida ao dispor sobre o impacto da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, que em tese impede o acesso coletivo ao judiciário dos entes legitimados na defesa de interesses ou direitos em que os sujeitos são sempre mais de um e determinados (individuais homogêneos).

Analisa-se, também, a má-fé do Poder Público ao vedar pretensões que os envolvam como parte Requerida em demandas judiciais a título coletivo, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca dos direitos ou interesses individuais homogêneos, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de investigar os impactos da Medida Provisória que inseriu o parágrafo único no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, que vedou a ação coletiva que envolva a Fazenda Pública como parte requerida, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção da “Ação Civil Pública”, o instituto dos “direitos ou interesses individuais homogêneos”, bem como a visão doutrinária do “princípio constitucional do acesso à justiça”, os quais passa-se a explanar a partir de então.

No que diz respeito a Ação Civil Pública, a doutrina entende que é um procedimento Constitucional e que está previsto também em leis infraconstitucionais, de que podem se valer o Ministério Público e as outras entidades legitimadas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para o doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

Caracterizam-se as ações coletivas pela circunstância de atuar o autor não em defesa de um direito próprio, mas em busca de uma tutela que beneficia toda a comunidade ou grandes grupos, aos quais compete realmente à titularidade do direito material invocado³.

Entretanto, segundo a doutrina, a Ação Civil Pública possui um "status constitucional", já que a Constituição coloca a sua propositura como função institucional do Ministério Público (artigo 129, incisos II e III da Constituição Federal), mas sem dar-lhe exclusividade (artigo 129, § 1º, da Constituição Federal), pois sua legitimidade é concorrente e disjuntiva com a de outros legitimados (Lei n. 7.347/85, art. 5º), vejamos:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;

³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 45ª edição - Volume III - 2013, página 521.

- 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 patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ⁴.

Disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a Ação Civil Pública tem por objetivo reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e social, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Outrossim, os interesses ou direitos individuais homogêneos, objeto de análise deste trabalho, podem ser exercidos em juízo “individualmente” ou a “título coletivo”, sendo eles decorrentes de origem comum.

Hugo Nigro Mazzilli afirma que:

Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indeterminados os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável ⁵.

Entretanto, o princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto. Salaria Nelson Nery Júnior:

⁴ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei federal nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998, página 06.

Podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação⁶.

O princípio do acesso à justiça, como garantia constitucional, implica no atendimento processual dos cidadãos em juízo. Ademais, por ser uma garantia constitucional, deve ser resguardada a favor da sociedade, contra o arbítrio da lei e os abusos praticados pelo Estado.

Como veremos nos próximos capítulos, um dos focos desse trabalho é abordar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, criado por meio da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001.

Portando devemos lembrar de um mecanismo importante da criação de normas da Constituição Federal de 1988, o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é um mecanismo necessário para assegurar a supremacia da Carta Maior dentro do ordenamento jurídico brasileiro e pode ser político, misto ou jurisdicional, o qual, por sua vez, pode ser difuso, concentrado ou misto.

O doutrinador Alexandre de Moraes, em relação ao tema expõe-nos que:

O controle de constitucionalidade tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos e dos fundamentais, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, exercendo, por conseguinte, um controle negativo. (...) A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do STF, nunca de legislador positivo. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição⁷.

Quanto ao modo ou à forma de controle de constitucionalidade, este pode ser incidental ou principal. O primeiro ocorre no curso de um processo qualquer cujo objeto central não é a inconstitucionalidade da lei, mas esta serve de meio para atingir aquele. Já no controle principal o objeto da ação é declaração da inconstitucionalidade de uma lei.

⁶ NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994, página 91.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2004, páginas 2376 e 2377.

O momento do controle de constitucionalidade pode ser prévio ou preventivo, que se dá antes da conversão de qualquer projeto em lei, ou posterior ou repressivo, que ocorrerá após a promulgação e vigência da lei tida como inconstitucional.

CAPÍTULO I - Direito constitucional e o princípio constitucional do acesso à Justiça

1.1. Direito constitucional

O doutrinador José Afonso da Silva expõe-nos que o direito constitucional “configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política”⁸.

Pode-se concluir que o direito constitucional é o ramo do Direito Público que estuda os princípios indispensáveis à organização do Estado, à distribuição dos poderes, os órgãos públicos e os direitos individuais e “coletivos”.

1.2. Princípio constitucional da tripartição dos poderes

O artigo 2º da Constituição Federal do Brasil consagra o princípio da tripartição dos poderes, consistente em distinguir as três funções que são atribuídas a três órgãos autônomos, harmônicos e independentes entre si, que são, exatamente, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A norma constitucional é a separação das funções ou poderes. Entretanto há exceções à regra, ora esculpidas na própria Constituição Federal.

Vejamos o que diz o doutrinador Michel Temer:

Embora a atividade dos três poderes se inter-relacione, dado que o desempenho de um se relaciona com o de outro, a regra constitucional é a da indelegabilidade de atribuições. [...] A independência supre separação, sendo ilógico supor que, separadas as funções e entregues a órgãos distintos por uma vontade soberana (Assembleia Constituinte) e, portanto, acima da vontade dos órgãos criados, possam eles, a seu critério, delegar atribuições, uns para os outros⁹.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992, página 36.

⁹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993, página 117.

Sem dúvidas não há hierarquia entre os poderes. O que existe apenas é uma divisão de atribuições.

Não pode o Legislativo, através de lei, alterar a competência dos outros poderes constitucionalmente previstos, de modo a atribuir ao Judiciário o que a Constituição determinou que ficasse a cargo do Executivo.

E nem poderia ser diferente, ensina Montesquieu, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que:

não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares ¹⁰.

Os instantâneos comentários acima se fazem necessários justamente porque as medidas provisórias configuram uma espécie de exceção à regra, veremos no próximo tópico como é criada as medidas provisórias e como pode ser feito o seu controle de constitucionalidade. Entretanto, veremos no quarto capítulo que a pesquisa desse trabalho de conclusão de curso é abordar se a Medida Provisória que incluiu o parágrafo único no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública é inconstitucional.

1.2. Medida provisória

Historicamente, as atuais medidas provisórias é o antigo decreto-lei, previsto na constituição anterior.

A medida provisória é instrumento inserido no sistema constitucional brasileiro por meio da atual Constituição Federal que, em seu artigo 62, possibilita ao Presidente da República Federativa do Brasil expedi-la, quando diante de situações excepcionais, tidas como “relevantes” e “urgentes”.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7ª edição. Malheiros, São Paulo, 1996, página 30.

Tem força de lei, mas do ponto de vista formal não é lei, pois não advém do Poder Legislativo, este só a apreciará depois de editada, cabendo-lhe convertê-la em lei ou rejeitá-la.

Vejamos a norma de elaboração das medidas provisórias contidas no artigo 62 da Constituição Federal, editado pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001:

Artigo 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto ¹¹.

Como podemos ver, as medidas provisórias são classificadas como uma atividade legislativa do Poder Executivo, todavia é uma atribuição atípica deste.

Entretanto, se faz necessário um controle de constitucionalidade prévio e posterior das medidas provisórias.

1.3. Princípio da legalidade

Qualquer lei que, de certa forma, impeça o acesso à justiça é contra os ditames constitucionais, vejamos o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito ¹²”.

Trata-se, aqui, do princípio da legalidade, um dos pilares da democracia.

Através deste inciso XXXV do artigo 5º, a Constituição garante a todos o direito de buscar o Judiciário sempre que houver violação do seu direito, no exercício da sua jurisdição, o Poder Judiciário deverá aplicar o direito ao caso concreto que lhe foi submetido (individual ou coletivo).

O direito à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito não está condicionado ao esgotamento da instância administrativa, podendo, a qualquer tempo, o interessado promover a ação competente, exceção feita à Justiça Desportiva no que se refere à disciplina e às competições esportivas, hipóteses em que a CF, no seu artigo 217, § 1º, determina expressamente que o Judiciário só admitirá ações a elas referentes após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09/05/2016.

¹² Idem.

Ora, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional tem por destinatário principal e direto o legislador, o qual fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam ou restrinjam em demasia o acesso aos órgãos do Judiciário.

1.4. Ministério Público e o acesso à Justiça

As funções do Ministério Público são aquelas estabelecidas no artigo 129 da Constituição Federal de 1988.

O Ministério Público trabalha tanto na área preventiva que é a pacificação social e a composição extrajudicial de conflitos, quanto na fase posterior à violação da lei, que se dá em sua atuação judicial.

Mazzilli, expõe-nos que: “o Ministério Público atua na defesa do interesse público primário, em busca de relevantes valores democráticos, em especial assegurando o acesso dos lesados à prestação jurisdicional e à Justiça”¹³.

É sabido que o legislador constituinte de 1988 ampliou as funções do Ministério Público, alçando-o à condição de verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível, na condição de fiscal dos demais Poderes Públicos, e defensor da legalidade e moralidade administrativa, concedendo-lhe a titularidade do inquérito civil e da Ação Civil Pública.

Como se pode ver, nos valores fundamentais da democracia, está o acesso à Justiça, que deve ser acessível a todos (fracos, poderosos, ricos e pobres).

Quanto ao tema, Mazzilli expõe-nos o papel do Ministério Público que é:

(...) instituição estatal dotada de autonomia e independência funcionais. Destinado constitucionalmente à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, o Ministério Público brasileiro tem não apenas a iniciativa de algumas ações, como também a interrupção noutras tantas delas¹⁴.

¹³ MAZZILLI. Hugo Nigro. O Acesso à Justiça e o Ministério Público. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, página 64.

¹⁴ Idem, página 37.

É certo que o acesso à justiça não é igual para todos, tendo em vista a grandiosa desigualdade social que há no Brasil. O Ministério Público, na defesa de direitos ou interesses, atua na fase extrajudicial, mas assegura uma adequada distribuição de oportunidades de acesso à Justiça.

CAPÍTULO II - PROCESSO CIVIL COLETIVO

2.1. Tutela coletiva no direito brasileiro

O Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado para atender à prestação da tutela dos direitos subjetivos individuais. Ao passar dos anos, o CPC foi evoluindo e acompanhando as dimensões dos direitos.

Com foco na realização do acesso à Justiça, ocorreram alterações legislativas que alteraram o sistema processual dando ênfase às ações coletivas.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso:

Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da 'coletivização' dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (artigos 5º, incisos XXI e LXX, alínea 'b'; inciso LXXIII; artigo 129, inciso III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo¹⁵.

Nessa mesma linha de raciocínio, Teori Zavaski¹⁶, explica que o julgamento de demandas de massa pelo Judiciário se caracteriza pela apreciação dos direitos coletivos, entendidos como aqueles, conforme "titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas, transcendendo a esfera individual, podendo receber feições de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo".

Vários doutrinadores cogitam a necessidade de estruturar e promulgar no Brasil um Código de Processo Coletivo, pois o Código de Processo Civil de 1973 não conseguia de maneira precisa atender os novos conflitos advindos das novas

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, páginas 379/380.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

relações sociais, tendo em vista que aquele sistema estava moldado para atender a prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos ou interesses subjetivos individuais, cuja demandas são promovidas individualmente por cada lesado.

Nesse sentido Álvaro Luiz Valery Mirra discorre:

Como apontado pela doutrina especializada, o processo civil, entre nós, na sua origem e nas codificações que se sucederam, foi estruturado para ser palco e veículo de disputas envolvendo direitos individuais e conflitos intersubjetivos, dentro de uma concepção individualista e formal, de inspiração liberal, que invariavelmente privilegiava a tutela de situações de confronto entre indivíduos isolados ou dispostos em grupos bem definidos ou entre estes e o Estado, considerado ele mesmo, no âmbito processual, uma pessoa singular. O próprio direito de ação inclusive, norma tradicional do processo civil individualista, em tal contexto, sempre foi definido como um direito subjetivo, colocado à disposição da pessoa, a fim de que esta faça valer seus direitos próprios e individuais contra todos que porventura os violem ¹⁷.

Muito embora, veremos ainda no próximo capítulo que, o Código de Defesa do Consumidor apresenta quais os direitos tutelados (difusos, coletivos, individuais homogêneos) nas ações coletivas. Além disso, o CDC ampliou o objeto da Ação Civil Pública ao englobar todos os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Com a criação do Código de Defesa do Consumidor, consolidou-se um sistema integrado de processos coletivos, em especial pelo teor do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Vejamos a transcrição do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições ¹⁸.

Vejamos também a transcrição do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública:

¹⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. Imprensa: São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002, página 118.

¹⁸ BRASIL, Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 09/05/2016.

Artigo 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor ¹⁹.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth expõe-nos em seu livro “Acesso à Justiça” que:

Concepção tradicional do processo civil não deixa 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 próprios 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 juizes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares ²⁰.

Os doutrinadores entendem que o Poder Judiciário precisa com extrema urgência de mecanismos eficientes para receber e processar de forma eficaz os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo em vista que essa categoria de direitos ainda está sendo muito pouco processada.

O novo e o velho Código de Processo Civil foram editados apenas para processar as ações individuais, como por exemplo, as ações do Caio contra o Ticio, ou seja, o novo e o velho CPC não possuíam capítulos próprios para o processamento de ações que envolvem a coletividade contra determinada pessoa física ou jurídica que praticasse algum ato ilícito que envolvem direitos coletivos, ficando a cargo apenas de microssistemas, tais como o CDC, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e a LACP, para editarem normas processuais coletivas.

2.2. Ação Civil Pública e Ação Coletiva

¹⁹ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, página 168.

Conforme conceito doutrinário, a ação civil pública é uma ação cujo objeto não é de cunho penal, proposta por seus legitimados. Vejamos o artigo 1º da Lei nº 7.347/85:

Artigo 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística;

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;

VIII - ao patrimônio público e social²¹.

A Lei nº 7.347/85, criou um conceito diverso para a Ação Civil Pública, tendo em vista o pedido de prestação jurisdicional para a defesa de interesses difusos ou coletivos, propostas pelos seus legitimados (art. 5º da Lei nº 7.347/85).

Com a criação do CDC, o legislador trouxe uma correta interpretação sobre a ação coletiva, sendo aquela para a defesa de interesses transindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos).

A respeito do conceito do que se trata a Ação Civil Pública, o eminente Professor Hugo Nigro Mazzilli, expõe o seguinte:

Não errará quem disser: a) que é ação civil pública qualquer ação movida com base na LACP (conceito legal); b) que é ação coletiva qualquer ação movida com base nos arts. 81 e s. do CDC (conceito legal); c) que é ação civil pública qualquer ação de objeto não penal, movida pelo Ministério público (conceito lato ou doutrinário)²².

A Lei Federal nº 7.347/85 é um avanço social, pois não há dúvidas, que vários indivíduos deixariam de buscar direitos ou interesses através do Poder Judiciário, pois eles sabem que a morosidade neste órgão é demais, bem como às vezes tais pessoas não conseguem jungir provas bastantes para que suas ações sejam julgadas inteiramente procedentes.

²¹ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7ª edição, São Paulo. Saraiva. 2014, página 36.

No mais, uma ação individual contra o Poder Público, demora mais que uma ação, por exemplo, do Caio contra o Tício e na grande maioria das vezes, a ação, por exemplo, do Caio contra o Poder Público, após vários anos de tramitação, pode ser julgada procedente, entretanto, a ação do Tício contra o Poder Público, na mesma Comarca, cujo caso é idêntico, mas falta-lhe alguma prova, documental, testemunhal, etc., tal ação será julgada improcedente.

CAPÍTULO III - CATEGORIAS DE INTERESSES

3.1. Interesse Público e Privado

A doutrina divide os interesses em duas categorias: público (cujo relacionamento é entre o Estado e o indivíduo) e o privado (cujo relacionamento é entre indivíduos).

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, o interesse público primário desfrutará de supremacia numa perspectiva de um Estado alicerçado em parâmetros democráticos e constitucionais, não sendo possível o exercício da ponderação ao efetivar tal interesse, pois “o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”²³.

Já o interesse secundário nunca desfrutará de supremacia a priori e abstrata em relação ao interesse privado. E caso haja conflito, este deve ser solucionado pela aplicação da ponderação “à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto”²⁴.

No entanto, no âmbito das relações sociais, conflitos entre o interesse público e o interesse privado ocorrerão, atraindo a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, informador do direito administrativo e da conduta dos agentes públicos.

Até antes do advento da Constituição da República de 1988, embora o conceito de interesse público tenha sido objeto de discussões jurídicas, inexistia dúvida sobre a sua prevalência em face do interesse privado, quando em conflito.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: *O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, página 16.

²⁴ Idem, página 16.

3.2. Interesses de grupos

No ordenamento jurídico brasileiro, foi criado um sistema para a proteção coletiva dos interesses transindividuais em juízo, vejamos o que Mazzilli fala com relação a essa defesa coletiva:

Para a melhor defesa desses interesses de grupo, a lei os distinguiu em categorias distintas. Para que os possamos classificar, é necessário fazer, preliminarmente, duas distinções básicas, ou seja, é indispensável saber: a) se os grupos são *determináveis* ou não; b) se os interesses em jogo são *divisíveis* ou não ²⁵.

Entre as duas características básicas (interesse público e interesse privado), existe uma categoria intermediária de interesses que não são meramente individuais, os interesses transindividuais, também conhecidos como metaindividuais.

Tais interesses transcendem os indivíduos isoladamente considerados.

E quem melhor explica essa categoria intermediária é o doutrinador Hugo Nigro Mazzilli, vejamos:

Os interesses transindividuais são aqueles que reúnem grupos, classes ou categorias de pessoas, como moradores de uma região no que diga respeito a uma questão ambiental; os consumidores do mesmo produto; os trabalhadores da mesma fábrica; os alunos do mesmo estabelecimento de ensino ²⁶.

Está claro que a categoria dos interesses transindividuais está se tornando tão importante, quanto a categoria dos interesses individuais, tendo em vista que a nossa sociedade de massas, está inteiramente globalizada, pois o que alguém pratica de ilícito em Brasília/DF contra a coletividade, irá atingir os brasilienses, bem como os caratinguenses.

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7ª edição, São Paulo. Saraiva. 2014, página 28.

²⁶ Idem, página 28.

3.3. As diferentes categorias de interesses de grupos

Em 1990, O Código de Defesa do Consumidor, com o seu artigo 81, passou a classificar interesses transindividuais em: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Vejamos essa classificação no Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 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:
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 comum²⁷.

Levando em conta a classificação do Código de Defesa do Consumidor, Mazzili, em seu livro “A defesa dos interesses difusos em juízo”²⁸, elaborou um quadro sinótico dos interesses transindividuais, vejamos:

INTERESSES	GRUPO	OBJETO	ORIGEM
Difusos	Indeterminável	Indivisível	Situação de fato
Coletivos	Determinável	Indivisível	Relação jurídica
Individuais homogêneos	Determinável	Divisível	Origem comum

Como se pode observar no quadro sinótico de Mazzilli, os interesses difusos são aqueles de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos indetermináveis que compartilham a mesma situação de fato, vejamos o exemplo de Mazzilli com relação aos interesses difusos: “ex.: o interesse pelo meio

²⁷ BRASIL, Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Acesso em: 09/05/2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm.

²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 27ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014, página 29.

ambiente sadio, que congrega os moradores de uma região; o combate à propaganda enganosa divulgada no rádio ou na televisão ²⁹”.

Já os interesses coletivos são também de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos determináveis, reunidos pela mesma relação jurídica básica, Mazzilli exemplifica tal categoria de interesses dessa forma: “como os indivíduos que assinam um contrato de adesão com cláusula abusiva - a abusividade da cláusula é compartilhada em igual medida por todos os integrantes do grupo ³⁰”.

E os interesses individuais homogêneos são os únicos que tem natureza divisível, tendo em vista que eles compreendem indivíduos determináveis, bem como reunidos por uma lesão de origem comum, Mazzilli exemplifica tal categoria da seguinte forma: “p. e.: os consumidores que adquiriram um produto fabricado em série e colocado no mercado com o mesmo defeito; nesse caso, todos os integrantes do grupo lesado têm direito a uma reparação quantificável e divisível entre eles ³¹”.

Quanto aos interesses individuais homogêneos, veremos melhor a sua classificação no próximo tópico.

3.4. Interesses individuais homogêneos e o parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública

A proposta desse tópico é abordar um pouco mais sobre os direitos individuais homogêneos e que os interesses previstos no parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública tratam-se de direitos individuais homogêneos e que a criação dessa norma vedou a propositura de Ação Civil Pública cuja pretensões envolvessem tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles cujo objeto pode ser dividido e que os seus detentores podem ser claramente identificáveis (artigo 81, inciso III do CDC).

²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7ª edição, São Paulo. Saraiva. 2014, página 29.

³⁰ Idem, página 29.

³¹ Idem, páginas 29 e 30.

Para ocorrer a defesa dos interesses individuais homogêneos, é necessário que esses interesses tenham suficiente expressão para a coletividade, para tanto vejamos a Súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81º, III, c/c o art. 82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21 da LAC 7.347/85, que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes³².

Pois bem, para a ocorrência dessa proteção coletiva (Ação Civil Pública em defesa de direitos individuais homogêneos), é necessário a existência de um grande número de interessados e grave repercussão na sociedade, ou seja, é necessário haver um impacto de massa.

Pedro Lenza destaca as características dos direitos individuais homogêneos, vejamos:

Por seu turno, os interesses individuais homogêneos caracterizam-se por sua divisibilidade plena, na medida em que, além de serem os seus sujeitos determinados, não existe, por regra, qualquer vínculo jurídico ou relação jurídica-base ligando-os, sendo que, em realidade, a conexão entre eles decorre de uma origem comum, como por exemplo, o dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência da emissão de poluentes no ar por uma indústria. Diante disso é perfeitamente identificável o prejuízo individual de cada qual, podendo se dividir (cindir) o interesse, efetuando-se a prestação jurisdicional de maneira correlacionada ao dano particular³³.

É importante tecer comentários específicos acerca desse tema, tendo em vista que é fácil se confundir e considerar que os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tratados.

³² BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo - Conselho Superior do Ministério Público. Súmulas de Entendimento. Núcleo de Comunicação Social. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2012/dezembro_2012/Conselho%20Superior%20altera%20S%C3%BAmulas%20de%20Entendimento.pdf. Acesso em: 22/05/2016.

³³ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005, página 76.

Para não se confundir, vale destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a correta caracterização dos direitos individuais homogêneos:

Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas ³⁴.

O entendimento que se extrai à primeira vista da lei é de que a proteção coletiva dos interesses individuais homogêneos é apenas para consumidores, cuja situação tenha suficiente expressão para a coletividade, uma vez que foi o Código de Defesa do Consumidor que alterou a LACP, criando a possibilidade de proteção dos direitos individuais homogêneos.

Todavia, além da proteção consumerista, a título coletivo, e em virtude da também alteração do CDC à LACP, incluiu-se o inciso IV no artigo 1^a da LACP, permitiu-se a defesa de: “qualquer outro interesse difuso e coletivo ³⁵”. Diante disso não apenas direitos ligados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio cultural eram defendidos a título coletivo, ou seja, pode-se concluir que antes da Medida Provisória que criou o parágrafo único no artigo 1^o da LACP, os entes legitimados (artigo 5^o da LACP) poderiam demandar a título coletivo a defesa dos contribuintes, cuja pretensões envolvessem tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 25212 MA, Relator: Min. Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 24/08/1999, Data de Publicação: DJ DATA-23-09-99 P-00048. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757063/recurso-extraordinario-re-252512-ma-stf>. Acesso em: 16/05/2016.

³⁵ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

O inciso IV do artigo 1º da LACP (introduzido pelo CDC), pela doutrina é chamado de norma residual, norma de encerramento ou de extensão. São exemplos de normas residuais o artigo 129, inciso IX da Constituição Federal e o artigo 178, inciso I do Novo Código de Processo Civil.

Vejamos o artigo 129, inciso IX da Constituição Federal:

Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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 públicas³⁶.

Vejamos também o artigo 178, inciso I do Novo Código de Processo Civil:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social³⁷;

Conclui-se que, o dispositivo do inciso IV do artigo 1º da LACP permite a proteção de quaisquer outros interesses difusos e coletivos, além daqueles expressamente citados nos demais incisos desse artigo, quais sejam, meio ambiente, consumidor, contribuinte, patrimônio cultural etc.

Entretanto, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos contemplou dois requisitos necessários para a tutela dos direitos individuais homogêneos, quais sejam, a predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto, requisitos esses previstos no artigo 26, § 1º, vejamos:

Artigo 26. Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos - A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09/05/2016.

³⁷ BRASIL. Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09/05/2016.

§ 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto ³⁸.

O primeiro requisito mostra-se necessário para aferir se os direitos individuais homogêneos são, ou não, homogêneos. O segundo requisito se relaciona ao interesse de agir e a efetividade do processo.

A redação do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos é da doutrinadora Ada Pellegrini Grinover após reuniões com o Ministério Público e órgãos do Governo Federal, vejamos as explicações da doutrinadora quanto a defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos:

Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, que tornará praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só se reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente do contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva terá sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida. Certamente, nem todas as ações civis públicas em defesa de direitos individuais homogêneos terão a mesma dificuldade. Pense-se num pedido de restituição de um tributo inconstitucional a uma categoria de contribuintes, ou de devolução de mensalidades escolares pagas em excesso, ou ainda um pagamento de uma diferença devida pela Previdência Social ou por bancos na aplicação de índices de correção monetária. Nesses casos e em muitos outros, o reconhecimento do dano geral será extremamente útil e adequado para liquidações que demandarão prova bastante simples ³⁹.

Mostra-se importante a exposição feita pela doutrinadora Ada Pellegrini, para entendermos melhor a necessidade da proteção coletiva dos interesses individuais homogêneos e da necessidade de Ações Civil Públicas em defesa de direitos (individuais homogêneos) que envolvam as pretensões elencadas no parágrafo único do artigo 1º da LACP.

³⁸ BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - dezembro de 2005. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf. Acesso em: 22/05/2016.

³⁹ PELLEGRINI, Ada. *Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, página 885.

CAPÍTULO IV - INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

4.1. Alterações da Lei da Ação Civil Pública feitas pelo Governo Federal

Ao longo dos anos e por diversas vezes a Lei da Ação Civil Pública foi alvo de mudanças pelo Governo Federal.

Pois bem, o artigo 1º do projeto de lei que resultou a LACP dispunha caber ação civil pública para a defesa dos seguintes interesses: "I - meio ambiente; II - consumidor; III - bens e interesses de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico (patrimônio cultural); IV - quaisquer outros interesses difusos"⁴⁰.

A Presidência da República, através da mensagem nº 359, de 24 de julho de 1985, vetou os seguintes artigos da Lei da Ação Civil Pública: Artigo 1º, inciso IV. "a qualquer outro interesse difuso"; Artigo 4º: "ou a qualquer outro interesse difuso"; e o Artigo 5º, inciso II: "ou a qualquer outro interesse difuso",

Ora, o fundamento do Poder Executivo Federal foi que tais expressões são inconvenientes, excessivas e de imprecisa abrangência. Vejamos o veto presidencial na íntegra:

EXCELENTÍSSIMO SENHORES MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL: Tenho a honra de comunicar a Vossas Excelências que, nos termos dos artigos 59, § 1º, e 81, item IV, da Constituição Federal de 1988, resolvi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei da Câmara nº 20, de 1985 (nº 4.984, de 1985, na Casa de origem), que "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, assim como a qualquer outro interesse difuso, e dá outras providências". O veto incide sobre as expressões constantes dos dispositivos abaixo indicados: Ementa: "como a qualquer outro interesse difuso"; Artigo 1º, inciso IV. "a qualquer outro interesse difuso"; Artigo 4º: "ou a qualquer outro interesse difuso"; e Artigo 5º, inciso II: "ou a qualquer outro interesse difuso". As razões de interesse público dizem respeito precipuamente a insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão "qualquer outro interesse difuso". A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente. É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de

⁴⁰ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social. É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais. Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislador, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa. Estas as razões de interesse público que me levaram ao veto parcial e que ora tenho a honra de submeter à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional. Brasília, em 24 de julho de 1985 ⁴¹.

Todavia, o veto presidencial acima foi superado por duas vezes.

Em 1988 com o advento da nova ordem Constitucional, prevê em seu artigo 129, inciso III, que são funções institucionais do Ministério Público promover também a defesa de “outros interesses difusos e coletivos”.

Em 1990 o artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor incluiu novamente no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, o inciso IV, qual seja, a defesa de “quaisquer outros interesses difusos”.

Ao passar dos anos, a Lei da Ação Civil Pública sofreu várias outras alterações, tendo em vista que hoje ela alcança a proteção dos seguintes interesses:

Artigo 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (inclusão do CDC);

V - por infração da ordem econômica (inclusão da Lei nº 12.529, de 2011);

VI - à ordem urbanística (inclusão da Lei nº 10.257, de 2001, com a ordem da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2011);

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (inclusão da Lei nº 12.966, de 2014);

VIII - ao patrimônio público e social (inclusão da Lei nº 13.004, de 2014)

⁴².

Paradoxalmente, o chefe do executivo, através de uma medida provisória sob o nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, incluiu o parágrafo único no artigo 1º da

⁴¹ BRASIL. MENSAGEM Nº 359, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/Mvep359-85.htm. Acesso em: 09/05/2016.

⁴² BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

LACP, vedando assim a propositura de ação civil pública contra a Fazenda Pública, em demandas que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional, cuja pretensões envolvessem direitos ou interesses individuais homogêneos.

O doutrinador Hugo Nigro Mazzilli, com relação ao assunto diz que:

Pelo parágrafo único desse artigo, introduzido por meio de medidas provisórias, buscou o Governo Federal impedir o acesso coletivo à jurisdição em diversas matérias que não lhe interessavam: FGTS, tributos, contribuições previdenciárias, fundos sociais (Med. Prov. N. 1.984-20/00, 2.102-26/00 e s. e 2.180-35/01 e s.)⁴³

Após a edição da Medida Provisória acima, o Ministério Público, ou qualquer ente que fosse legitimado para propor Ações Coletivas, ficaram impedidos de demandar interesses ou direitos individuais homogêneos contra o Poder Público (União, Estados e Municípios). E os órgãos legitimados pela LACP que se arriscam a demandar coletivamente contra o Poder Público são barrados por esse filtro processual (medida provisória nº 2.180-35), tendo em vista que os tribunais tem aplicado a norma contida nessa medida provisória e em suas decisões alegam que o Ministério Público e os demais entes legitimados (artigo 5º da LACP), são parte ilegítimas para a propositura de tais ações contra a Fazenda Pública.

4.2. A inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública

O Supremo Tribunal Federal - STF, teve a oportunidade de se manifestar sobre o dispositivo estudado neste trabalho, porém, todavia, apenas com os olhos voltados para os consumidores.

Conforme a jurisprudência consolidada STF, não existe entre o Poder Público e o contribuinte, relação de consumo, assim, seria impossível ao Ministério Público (ou qualquer ente legitimado) ingressar com ação coletiva para proteção de interesses de contribuintes fiscais, vejamos:

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7ª edição, São Paulo. Saraiva. 2014, página 56.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C. F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art.1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C. F., art. 127, caput, e art. 129, III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C. F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C. F., art. 127, caput). IV. - R. E. Não conhecido ⁴⁴.

Não resta dúvidas que, a Lei da Ação Civil Pública está interligada com o microsistema de outros códigos, tendo em vista que no Brasil ainda não há em vigor uma lei específica que regula o processo civil coletivo, tal como o código de processo civil que regula as ações individuais.

Não podemos esquecer que o CDC incluiu na LACP o inciso IV em seu artigo 1º, alargando assim o campo de proteção das Ações Cíveis Públicas e com a leitura do artigo 129, inciso III da Constituição Federal, resta claro que o Ministério Público e os demais entes ora legitimados podem pleitear a defesa coletiva dos contribuintes por via da Ação Civil Pública.

Ocorre que, o entendimento acima do Supremo é equivocado. Conforme explica o doutrinador Hugo Nigro Mazzilli:

O parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido por medida provisória, veda o uso da ação civil pública para a defesa de contribuintes (MP n. 1.984/18 e s., MP n. 2.102/00, MP n. 2.180 e s.), e esse posicionamento

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195056, Relator: Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1999, DJ 30-05-2003 PP-00030 Ementa VOL-02112-02 PP-00279 REPUBLICAÇÃO: DJ 14-11-2003 PP-00018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234291>. Acesso em: 09/05/2016.

tem encontrado pronta acolhida nos tribunais superiores. Entendem estes que só interesses individuais homogêneos de consumidores poderiam ser defendidos por ação civil pública ou coletiva, mas esta é uma simplificação indevida e, até mesmo, um clamoroso equívoco, porque o sistema das ações civis públicas e coletivas interage completamente com o do Código de Defesa do Consumidor (LACP, art. 21, e CDC, art. 90). É possível defender por meio de ação civil pública ou coletiva tanto interesses individuais homogêneos, como coletivos ou até mesmo difusos, sejam ligados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, ou a qualquer outro interesse transindividual ⁴⁵.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei da Lei de Ação Civil Pública teve a clara intenção de restringir o uso deste remédio constitucional.

Acontece que a própria Constituição Federal já previu os direitos que podem ser protegidos pela LACP que, como visto a cima, são “qualquer interesse difuso ou coletivo”.

Ora, esta norma constitucional possui eficácia plena, devendo a legislação infraconstitucional apenas complementar os dizeres constitucionais.

Conforme explana o doutrinador Gianpaolo Poggio Smanio, a Constituição de 1988 protege os direitos difusos de forma genérica, não limitando quais os direitos seriam protegidos pela Ação Civil Pública:

Ao Ministério Público coube a titularidade ampla, uma vez que poderá tutelar, além dos interesses mencionados pela Constituição, como o meio ambiente e o patrimônio público e social, os demais interesses difusos e coletivos, conforme a fórmula genérica utilizada pelo mencionado artigo 129 da Constituição Federal ⁴⁶.

A Medida Provisória nº 2.180, em tese, é inconstitucional neste ponto e, até mesmo em sua integralidade.

É fácil perceber que não pode a legislação ordinária limitar as previsões constitucionais. Ademais, qualquer rol de direitos protegidos pela Lei de Ação Civil Pública na legislação infraconstitucional é meramente exemplificativo.

⁴⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2005, página 122.

⁴⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A Tutela Constitucional dos Interesses Difusos*. Revista Jus Navegandi, Teresina, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5710>. Acesso em: 09/04/2016.

Quanto à inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180 há em primeiro lugar a violação ao dispositivo do artigo 129, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
 (...) 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 coletivos⁴⁷.

Em segundo lugar, a Medida Provisória nº 2.180 viola a cláusula pétrea prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, uma vez que excluiu lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

Vejamos o que diz o artigo 5º caput e o inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil:

TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁴⁸.

As restrições do parágrafo único do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública vão em confronto com a efetividade do acesso coletivo à jurisdição, que é uma garantia fundamental, tendo em vista que o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. No entanto, o seu inciso XXXV é um ótimo exemplo dessa garantia.

Hugo Nigro Mazzilli, reforça essa ideia, afirmando que: “o artigo 5º, inciso XXXV, da CF garante acesso à jurisdição em caso de lesão ou ameaça de lesão “a direito”, ou seja, não apenas direito *individual*⁴⁹”.

O doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho diz que: “a garantia constitucional do acesso à justiça é a inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09/05/2016.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem, página 56.

monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário⁵⁰.

No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux do STF, diz que:

O direito de agir, isto é, o de provocar a prestação da tutela jurisdicional é conferido a toda pessoa física ou jurídica diante da lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo e tem sua sede originária [...] na própria Magna Carta⁵¹.

Como podemos observar desde a criação da Lei de Ação Civil Pública, o Governo Federal vedou por diversas vezes as ações coletivas que contrariassem os seus interesses, restringindo assim o acesso coletivo à justiça.

Nesse entendimento, Mazzilli expõe-nos que:

O parágrafo único do artigo 1º da LACP, introduzido pela Medida Provisória n.º 2.180-35/01, fere, pois, a regra constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - não só o direito individual como o coletivo. Considerando que o sistema processual clássico não viabiliza a defesa judicial em caso de lesões difusas, coletivas ou individual homogêneas, a Constituição de 88 instituiu o acesso coletivo à jurisdição, garantia que tem a mesma índole que a referente ao acesso individual. Suprimida que fosse a possibilidade de acesso coletivo, inúmeras lesões transindividuais ficariam efetivamente sem proteção judicial, pois o acesso individual em casos de lesões fragmentárias é simplesmente inviável⁵².

Entretanto, conforme já mencionado no parágrafo terceiro deste trabalho de conclusão de curso, os interesses elencados no parágrafo único do artigo 1º da LACP, tratam-se, portanto, da tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos pela ação civil pública, podendo o específico bem da vida a que se pretende proteger por meio desta ação, ser interesse dessa natureza. Ademais, reitere-se: com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não há como sustentar a restrição ao acesso à justiça para defender referidos interesses, sem que se esbarre na inconstitucionalidade.

Por fim, Cássio Scarpinella Bueno expõe-nos a sua lição:

⁵⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 11. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, página 460.

⁵¹ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 88.

⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2012, página 122.

Ora, dirá alguém, ações individuais são possíveis. O parágrafo único do art. 1º da Lei n.7347/85 não as proíbe. Concordo. Sem dúvidas que elas são possíveis. Mas quem tem medo de algumas poucas ações individualmente ajuizadas? Qual a consciência individual que o povo brasileiro tem de seus direitos constitucionalmente assegurados? Qual a efetividade dos mecanismos jurisdicionais de asseguramento e reconhecimento desses mesmo direitos individualmente? A razão de ser das ações coletivas, friso este ponto, é justamente afastar essas dúvidas quanto ao exercício e à efetividade da cidadania. São verdadeiros veículos de realização do direito material mesmo para aqueles que nem sequer conhecem esses direitos ou, se conhecem, não têm a menor condição, por diversas questões, de ir ao Poder Judiciário para exigir seu cumprimento. As ações coletivas, graças a seus idealizadores nacionais, bem que poderiam ser chamadas de programa “cidadania mil”. Por força do dispositivo em comento, no entanto, é melhor que sejam identificadas por “cidadania zero”⁵³.

Ao longo desse estudo, podemos perceber que além das matérias que cuida a Lei da Ação Civil Pública, tais como “meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos”⁵⁴, ainda temos outros interesses transindividuais que podem ser defendidos em juízo por meio da ação civil pública. A defesa coletiva em juízo de outros interesses difusos ou coletivos pode ocorrer por dois motivos.

O primeiro é que o rol do artigo 1º da LACP não é “taxativo”, pois o seu inciso IV contém uma norma de extensão, da qual se permite a de tutela coletiva de quaisquer outros interesses difusos e coletivos, em plena consonância com o inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, que também prevê a tutela pelo Ministério Público de outros interesses difusos e coletivos.

O segundo motivo é que ao tratar de outros interesses transindividuais, a Lei da Ação Civil Pública possui diversas outras leis específicas que tratam do mesmo assunto (outros interesses transindividuais), tais como a Lei nº 7.913/89 que defende os investidores no mercado de valores imobiliários, a Lei nº 7.853/89 que defende as pessoas com deficiência, a Lei nº 8.078/90 na defesa dos consumidores, Lei nº 8.069/90 que defende as crianças e os adolescentes, a Lei nº 12.529/11 na defesa das vítimas por danos à ordem econômica, Lei nº 10.257/01 na defesa dos moradores das cidades, Lei nº 10.741/03 na defesa dos idosos, entre outras.

⁵³ BUENO, Cássio Scarpinella. *As Ações Coletivas contra o Poder Público*. In: QUEIROZ, Raphael (Org.). Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002, página 78.

⁵⁴ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

CONCLUSÃO

Conclui-se com esse estudo que, nas matérias de direitos coletivos que não interessavam para o Governo, o chefe do executivo editou normas proibindo Ação Civil Pública que contrariam a conveniência do Estado, impondo assim ao indivíduo que for ou se sentir lesado pelo Estado, procure individualmente o Poder Judiciário na busca dos seus direitos.

Entre as tantas normas editadas pelo Governo que restringiram o acesso coletivo, a que foi alvo desse estudo é a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, que, assim passou a dispor o parágrafo único do artigo 1º da LACP: não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados⁵⁵.

Entretanto, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, e concluímos que essa é uma garantia tanto para o acesso individual como para o acesso coletivo à jurisdição.

Desta forma, entendemos que é inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, quando tenta impedir o uso da ação coletiva em matéria de tributos e outros interesses do Governo.

Não é só o acesso individual à jurisdição uma garantia constitucional, o acesso coletivo também o é.

Para corroborar a afirmação acima vejamos o que nos diz o artigo 5º, inciso XXI da Constituição Federal de 1988: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”⁵⁶.

O inciso LXX do artigo 5º da Constituição prevê que: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação

⁵⁵ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09/05/2016.

legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”⁵⁷.

O artigo 8º, inciso III da Constituição prevê que: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”⁵⁸.

Além dos artigos Constitucionais acima mencionados existem os artigos 129, inciso III e 232 da CRFB/88, que versam também sobre a proteção coletiva de outros interesses difusos e coletivos.

A Lei da ação Civil Pública expressamente cuida de diversos interesses transindividuais, porém, ainda, é possível caber a defesa de quaisquer outros interesses difusos ou coletivos em sentido lato, (artigo 129, inciso III da CF/88). Constitui que, em tese, se alcança a defesa em juízo de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tais como a defesa de idosos, contribuintes, trabalhadores, pais de alunos, usuários de planos de saúde, trabalhadores com créditos no FGTS, beneficiários da previdência social, poupadores, etc.

A Ação Civil Pública visa defender aqueles que têm seus direitos violados constantemente. Pessoas que, sozinhas, não têm a capacidade suficiente para fazer parar abusos cometidos principalmente pelas empresas e pelo Poder Público, o maior litigante de má-fé do Brasil.

Não pode ser afastada a Ação Civil Pública em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos contra a Fazenda Pública, tendo em vista que o Governo legislou em causa própria ao criar a Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, evitando assim demandas coletivas que visem à reparação de danos oriundos de questões “tributárias, ligadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”⁵⁹.

Tal dispositivo acima afronta diretamente o Estado Social e Democrático de Direito.

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09/05/2016.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

Não resta dúvidas que a ação coletiva é uma arma poderosa contra violações de direitos nas mãos de quem sabe utilizá-la e, por causa disso, incomoda e muito quem está no poder.

Todos os operadores do Direito, devemos unir forças e insistir na proteção dos direitos fundamentais e dos mecanismos de sua proteção disponibilizados pela nossa Constituição, mesmo de forma contrária à jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, para que a plenitude da proteção dos direitos coletivos seja realizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc-versao24-02-2006.pdf>. Acesso em: 22/05/2016.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 09/05/2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09/05/2016.

BRASIL. Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 09/05/2016.

BRASIL. Mensagem Nº 359, de 24 de julho de 1985 (Veto na LACP). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/Mvep359-85.htm. Acesso em: 09/05/2016.

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo - Conselho Superior do Ministério Público. Súmulas de Entendimento. Núcleo de Comunicação Social. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2012/dezembro_2012/Conselho%20Superior%20altera%20S%C3%BAmulas%20de%20Entendimento.pdf. Acesso em: 22/05/2016.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16/03/2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195056, Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 09 de dezembro de 1999. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234291>.

Acesso em: 09/05/2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *As Ações Coletivas contra o Poder Público*. In: QUEIROZ, Raphael (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 11ª edição. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 45ª edição - Volume III - 2013.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ª edição. São Paulo. RT. 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 6ª edição ver. Ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7ª edição. São Paulo. Saraiva. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed., Malheiros, São Paulo, 1996.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, Imprensa: São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2004.

NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

PELLEGRINI, Ada. *Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

SCHETTINO, José Gomes Riberto. *A tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Temas Contemporâneos de Direito Processual*. 1ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A Tutela Constitucional dos Interesses Difusos*. Revista Jus Navegandi, Teresina, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5710>. Acesso em: 09/04/2016.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.