WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

RAÍSSA MORAIS LARA MARTINS

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DE DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

Nova Lima

2013

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

RAÍSSA MORAIS LARA MARTINS

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DE DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: O direito na pós-modernidade e a efetivação do Estado democrático de direito

Orientadora: Patrícia Henriques Ribeiro

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

Nova Lima

2013

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

PROJETO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: "*A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DE DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS*" elaborado por RAÍSSA MORAIS LARA MARTINS para exame da banca constituída pelos seguintes professores.

_____

Profª. Patrícia Henriques Ribeiro

_____

Profª.

_____

Profª.

_____

Profª.

Nova Lima, 12 de novembro de 2013.

Rua Milton Campos, 202 – B.Vila da Serra – Nova Lima – CEP 34000000 – Minas Gerais – Brasil. Tel/fax (31)32891900

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a estudar a Ação Civil Pública, prevista na Constituição da Republica de 1988, em seu artigo 129, inciso III; e seus limites, alcance e definição, tendo como principal legitimado para sua proposição a uma das instituições permanentes essenciais à função jurisdicional do Estado: o Ministério Público. Indaga-se se tal ação coletiva se presta a garantir efetivo acesso jurisdicional, mesmo para aqueles que, embora não pertençam a um grupo específico, ou a uma coletividade, estejam ameaçados em qualquer de seus direito individuais indisponíveis, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Levar-se-á, ainda, em consideração, a criação da Defensoria Pública, sua função social e sua hipossuficiência no Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, serão analisados os aspectos jurídicos e a natureza de tal ação, visando delimitar seu alcance e função social, bem como a finalidade coincidente entre o Ministério Público e a Ação Civil Pública (regulamentada pela Lei 7347/85). O trabalho contém, ainda, uma abordagem sobre o conceito de direitos individuais. Para a análise, serão utilizadas as duas correntes: a que entende ser patente a legitimidade do Ministério Público e a que entende não haver legitimidade. Serão utilizadas as leis brasileiras, a jurisprudência e a doutrina, sob a ótica de diferentes aspectos. Em decorrência do "tema problema" serão postos em destaque a falta de legislação sobre o tema e a obrigatoriedade do estado em fazer cumprir o fundamento da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos indisponíveis, Ação civil pública, Ministério Público, Legitimidade.

ABSTRACT

This work will study the civil action, expected in Constitution of Republic of 1988, in 129 article, item III; and the limits of the institute, reach and definition, which the main legitimated is the Prosecutor. The question is if this action is able to produce effects in the access of the justice, to the person who, although do not

pertence a social group, is threatened in an individual right unavailable, in view of the principle of the inseparable of justice. Considering, the creation of the Public Defender, and her poor contribution to the justice in Brazil. To this, will be analyzed the juridical aspects of the action, and her nature, trying to delimit her reach and social role, and the common goals between Prosecutor and civil action. This will approach, inclusive, the meaning of individual right. To this, will be used two positions: the legitimated of the Persecutor and the illegitimate. Will be used the Brazilian low and doctrine, in different aspects. Because of the theme, will be main the lack of low and the observation of the principle the dignity of the human person.

KEY WORDS: Individual right, Civil action, Prosecutor, Legitimated.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **5**
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS **7**
2.1 Efetividade e aplicação dos Direitos Fundamentais **10**
3 ESPÉCIES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS **12**
3.1 Direitos Difusos e Coletivos **12**
3.2 Direitos individuais **15**
4 O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA GARANTIA DO GOZO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS **19**
5 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DA ORDEM JURÍDICA, DO REGIME DEMOCRÁTICO E DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS **21**
6 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS **24**
7 POSIÇÕES CONTRÁRIAS- O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA **28**
8 CONCLUSÃO **34**
REFERÊNCIAS **35**

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da Republica de 1988 reservou, logo em um dos seus primeiros títulos, alguns artigos para tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais. E, muito embora os tenha assegurado aos "brasileiros e aos estrangeiros residentes no país"[1], já é entendimento pacífico tanto para a Suprema Corte como para diversos doutrinadores que o fato de o indivíduo não possuir domicílio no Brasil não lhe tira os direitos assegurados pela Constituição[2].

Por motivos de segurança jurídica, a Carta Magna positivou em seu texto que "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata"[3], visando assim retirar qualquer possibilidade destas normas se tornarem mera ideologia estatal.

Os direitos assegurados Título II da Constituição, contudo, são meramente exemplificativos, podendo haver outros direitos decorrentes do próprio texto constitucional e de tratados internacionais assinados pelo Brasil, como será demonstrado.

Ressaltamos, com este trabalho, que os direitos individuais não podem ser objeto de discricionariedade pelo Poder Público, visto que este possui a obrigação de fazer cumprir a Constituição e assegurar os meios para fazer valer esses direitos, em especial no que diz respeito àqueles denominados indisponíveis.

Deve ser proporcionada a toda a sociedade meios para que esses direitos possam ser cumpridos.

---

[1] 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:
[...]

[2] O Informativo 502 do STF transcreveu decisão do Ministro Celso de Mello reconhecendo o direito de estrangeiro não-residente de impetrar habeas-corpus, afastando a interpretação literal do caput do artigo 5, da CF/88. Eis um pequeno trecho:
"o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado" (STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008). Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/04/29/titularidade-de-direitos-fundamentais-por-estrangeiros-nao-residentes-no-pais/> Acesso em: 08/10/2013.

[3] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Cabe destacar então, neste seara, o importante papel que cumpre o Ministério Público no Poder Judiciário Brasileiro. A Instituição tem assegurado, em casos concretos, a efetividade dos direitos fundamentais àqueles que batem à sua porta, muito embora não seja sua função precípua a substituição processual e atuação como advogado – já que, para tanto, o Estado criou a figura da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública, no entanto, conforme será demonstrado, não possui infraestrutura suficiente para atender a toda a demanda necessária e garantir a inafastabilidade da jurisdição.

Sendo assim, o Ministério Público, através do meio que lhe é posto à disposição (Ação Civil Pública), tem assegurado a efetividade dos direitos fundamentais individuais indisponíveis, uma vez que a ordem constitucional lhe incumbe a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"[4].

[4] 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.
[...]

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa de 1988 reserva o capítulo I, do Título II, para tratar DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Tal título é subdividido em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Vale a pena lembrar, entretanto, que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o título positivado é meramente exemplificativo, já que outros direitos podem ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou ainda, podem decorrer de tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte, conforme expresso no próprio texto constitucional (artigo 5, § 2º, CRFB/88).[5]

Segundo Paulo Gustavo, assim pode-se conceituar os direitos fundamentais:

> [...] Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os Consagra.[6]

Tradicionalmente, estes direitos podem ser classificados em “gerações” ou “dimensões”. As três primeiras gerações são aquelas advindas do trinômio clássico francês, lema da tão famosa Revolução Francesa, qual seja:*Liberté, Egalité, Fraternité*. Alexandre de Moraes, ao citar Celso de Mello, explica:

> [...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais)- que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas- acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que se materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos

---

[5] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Cidade: São Paulo. Saraiva. 15ª ed. 2011. p. 859.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Cidade: São Paulo. Editora Saraiva. 2011. p.166.

> humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.[7]

A doutrina moderna, no entanto, faz uma classificação ainda mais detalhada do tema, acrescentando duas outras gerações ou dimensões de direitos. A título de exemplo, citamos os de quarta geração, defendidos pelo italiano Norberto Bobbio, que referir-se-iam ao campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético[8] e os de quinta geração, defendido por Paulo Bonavides, que entende que o direito à paz deve ser tratado em dimensão autônoma.[9]

Afora tais citações, ainda destacamos que há vários outros entendimentos sobre o tema, feitos por diferentes doutrinadores. Os transcritos aqui são meramente exemplificativos.

Destaca-se, entretanto, que nem sempre foi assim. A positivação dos Direitos Fundamentais na Constituição, e, em especial, no início do corpo constitucional, é fruto de uma intensa transformação social.

O caráter histórico dos Direitos Fundamentais é tratado por João Trindade, que, ao citar Noberto Bobbio, bem se posiciona sobre o tema[10]:

> [...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.
> [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e culturas.

Assim, antes de adentrarmos efetivamente ao tema, deixamos aqui registrado este marco histórico tão importante não só para o direito, mas para a sociedade como um todo, uma vez que extrai-se tais conceitos de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil- A Dignidade da Pessoa Humana[11].

---

[7] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2011. 27ª ed. p. 34 apud MELLO, Celso de. *Princípios gerais de direito público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 202.

[8] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Cidade: São Paulo. Saraiva. 15ª ed. 2011 p. 862. apud BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Cidade: Rio de Janeiro: Campus, 1992. Nota 9 da parte introdutória.

[9] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Cidade: São Paulo. Saraiva. 15ª ed. 2011 p. 863 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 25 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 593.

[10] CAVALCANTE FILHO, João trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 05/10/2013.

[11] Artigo 1º, inciso III, da CRFB/88.

Pedimos *vênia* para citar Gilmar F. Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, que, na obra Curso de Direito Constitucional, mencionaram também a lição do italiano Noberto Bobbio, que assim preconiza, acerca do nascimento dos direitos fundamentais:

> [...] nascem quando podem ou devem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.[12]

Como dito alhures, nem sempre as Constituições brasileiras preocuparam-se em resguardar o que chamamos direitos fundamentais. No entanto, a Carta Magna de 1988 assim o fez, logo em seu início, e é por isso chamada Constituição-Cidadã. Em edição comemorativa aos 20 anos da Constituição Federal, o professor Ives Gandra Martins bem tratou do tema:

> Quando Ulisses Guimarães denominou a Constituição brasileira de 1988 de "Constituição-Cidadã", referia-se, evidentemente, a enunciação dos direitos expostos no Título II, Capítulo I, ou seja, à parte dedicada aos direitos e deveres individuais e coletivos, transcritos, principalmente, em seu art. 5º. [13]

Muito embora a positivação de tais direitos tenha sido uma grande conquista, há de se ressaltar que, por diversas vezes, sua aplicação implicará em "conflito de interesses", ora entre dois indivíduos, ora entre indivíduo e Estado. Para tanto, há que se ressaltar a característica da relativização dos direitos e garantias fundamentais.

Tratado por Pedro Lenza, em sua obra, como a característica da "limitabilidade", a relativização dos direitos fundamentais tem lugar todas as vezes que houver este conflito de interesse. A solução, neste caso, "*ou vem disciplinada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer...".*[14] Deste modo, a aplicação deve se dar de modo a evitar sacrifício total de um direito em relação ao outro. Cabe ao Estado, por diversas vezes,

---

[12] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Cidade: São Paulo. Editora Saraiva. 2011. p.163/164 apud BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p 6.

[13] MARTINS, Ives Gandra, REZEK, Francisco (coord). *Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 73.

[14] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Cidade: São Paulo. Saraiva. 15ª ed. 2011.

restringir o gozo de direitos fundamentais face ao interesse, sobretudo, da coletividade. É neste sentido a jurisprudência do Pretório Excelso:

> OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.
> Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.
> STF,Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello,DJ de 12.05.2000, p. 20.

2.1 Efetividade e aplicação dos direitos fundamentais

Após tais considerações, levantamos aqui mais algumas questões relevantes. Não basta que, para que um Constituição seja denominada Cidadã, que em seu texto haja previsão de diversos direitos e garantias, mas, ao contrário, é necessário que a Sociedade regida pela Carta Suprema tenha meios de exercer as prerrogativas conferidas àqueles que se encontram no respectivo território. Caso contrário, ter-se-ia um emaranhado de idéias utópicas e hipócritas. De quê nos adiantaria uma Constituição ideológica se esta não for o reflexo e a finalidade da sociedade que regula?

Foi visando garantir esta efetividade que o constituinte originário assegurou às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata, conforme artigo 5º, § 1º da Carta Magna [15].

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, fazem menção ao artigo 5º§1º da CR/88, em sua obra Direito Constitucional Descomplicado, e assim esclarecem:

---

[15] 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:
[...]
§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

> Esse comando tem por fim explicitar que as normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais são de caráter perceptivo, e não meramente programático. Significa dizer que os aplicadores do direito deverão conferir aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes a maior eficácia possível, independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário.[16]

Alexandre de Moraes, ao citar Maria Helena Diniz, no tocante à aplicabilidade das normas constitucionais, utiliza-se do conceito de direitos e garantias individuais para exemplificar as normas constitucionais de eficácia absoluta:

> [...] as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distinguem-se, portanto, das normas constitucionais de eficácia plena, que, apesar de incidirem imediatamente sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis. Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal a periódico (art. 14), a separação de poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art. 5º, I a LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda são intangíveis, por força dos artigos 60, §4º, e 34, VII, *a* e *b*.[17]

Como pode extrair do texto transcrito acima, os Direitos e Garantias Individuais tem de se fazer cumprir; e tal afirmação implica em exclusão de qualquer tipo de discricionariedade do Poder Público em assegurar tais direitos.

Assim, como meta neste trabalho, buscaremos estabelecer um paralelo entre os direitos fundamentais positivados na Constituição e sua efetiva aplicação, o Ministério Público como fiscal efetivo da legislação e o instrumento atualmente utilizado pela Instituição para defender esses direitos: a ação civil pública.

---

[16] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método. 7ª ed. 2011. p. 114.

[17] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. 2011. São Paulo: Atlas. p. 13, apud DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 98-103.

3 ESPÉCIES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Direitos difusos e coletivos

Antes de adentrarmos ao mérito da questão, cumpre-nos aqui esclarecer alguns conceitos importantes, que, se examinados por uma concepção jurídica, podem ser considerados novos, e vem ganhando cada vez mais força. São aqueles tuteláveis, por excelência, na Ação Civil Pública: os direitos coletivos.

Denominados também de metaindividuais, como o próprio nome já sugere, são aqueles que transcendem o interesse individual. Positivados, em sua maioria, no ordenamento jurídico interno brasileiro, tais direitos são oriundos também de conquistas sociais. Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite,

> A fundamentalidade desses novos direitos híbridos é reconhecida em atenção à preocupação de todos os povos com a qualidade de vida, o desenvolvimento sustentado e integrado da pessoa humana e a preservação da natureza. Além da teoria dos direitos fundamentais, desponta, hodiernamente, a teoria dos interesses metaindividuais que, propondo a superação da tradicional doutrina individualista, propiciou uma nova categorização de direitos e interesses, como a sua justiciabilidade, antes inimaginável.[18]

A classificação desses direitos é feita de forma infraconstitucional, pelo atual Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

[18] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública* – Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual – Legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25151/os-interesses-metaindividuais-trabalhistas-e-a-sua-defesa-em-juizo-pelo-sindicato/3> Acesso em: 03/10/2013.

Vale lembrar, no entanto, que muito embora a positivação esteja no Código de Defesa do Consumidor, a classificação e utilidade dessa classificação não se restringe à defesa dos direitos materiais desta natureza. Tanto é assim que o Código de Defesa do Consumidor dita apenas as regras processuais para que a defesa coletiva possa ser exercida, conforme se infere do próprio Título III. Neste sentido, a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

> [...] **Aplicação do conceito legal**. Por expressa determinação legal (CDC 90 e LACP 21), as definições legais de direitos difusos e coletivos (CDC 81 parágrafo único I e II) são aplicáveis a todas as situações em que é reclamado o exame desses conceitos e não apenas às lides de consumo. Todas as outras definições de direitos difusos e coletivos que contrariem o texto ora analisado devem ser entendidas como proposições de *lege ferenda*, inaplicáveis à situações concretas legadas ao Judiciário.[19]

Também se pode chegar a essa conclusão a partir do disposto no artigo 21 da Lei 7347/85, incluído na Lei de Ação Civil Pública pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.[20]

São chamados direitos difusos, pela doutrina, "aqueles direitos mais esmaecidos, mais diluídos, cujos titulares não se podem identificar desde logo."[21] A título de exemplo, podemos citar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o patrimônio público, cultural, entre outros.

Já os direitos coletivos, são aqueles que possuem uma relação jurídica base em comum, como por exemplo, uma determinada classe de médicos ou advogados.

Por fim, temos a categoria dos direitos individuais homogêneos. Estes são considerados como metaindividuais apenas para fins de tutela jurisdicional, já que, em sua essência, continuam sendo pertinentes a cada pessoa, e atinge a cada uma delas de forma individual. Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli,

> [...] interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem

---

[19] NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p 1011.

[20] Art. 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. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).

[21] LUCIA VALLE FIGUEIREDO. Professora Titular de Direito Administrativo da PUC/SP. Professora de Direito Urbanístico e Ambiental e Curso de Pós-Graduação da PUC/SP. Juíza Aposentada do TRF da 3ª Região. Revista de Direito Administrativo nº208, abril-junho/1997, p. 35. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/esgotamento/a_defesa_dos_direitos_difusos_coletivos.pdf.> Acesso em: 15/10/2013.

> prejuízos divisíveis, de origem comum (2). São essencialmente individuais, porém tutelados coletivamente.[22]

Há, como se pode perceber, uma pequena diferença entre esses últimos e os demais. É o que nos ensina Teori Albino Zavascki:

> Ainda hoje os precedentes da jurisprudência e os trabalhos doutrinários evidenciam que, na origem das principais controvérsias em matéria de processo coletivo, está a falta de adequada distinção entre direitos coletivos (transindividuais) e direitos individuais tutelados coletivamente, acarretando, com isso, enormes dificuldades de interpretação e grandes confusões na aplicação dos instrumentos processuais para a respectiva tutela jurisdicional. Os textos legislativos contribuem significativamente para que isso ocorra, na medida em que não se preocupam em traçar balizas nítidas daquela indispensável diferenciação. Eis a razão pela qual o tema deve ganhar especial destaque nesse momento, quando a comunidade jurídica nacional debate a criação do Código de Processo Coletivo.[23]

E ainda:

> Compõem o universo de atuação do processo coletivo dois grandes domínios: o dos direitos coletivos *lato sensu* e o dos direitos individuais homogêneos. Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente indivisíveis (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente divisíveis (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação).

A partir das transcrições acima colocadas, podemos inferir que os direitos individuais homogêneos não se enquadram na categoria dos metaindividuais, por pertencerem subjetivamente a cada indivíduo, sendo considerados coletivos apenas para fins de tutela jurisdicional.

Muito embora não seja esse o objeto desse trabalho, achamos válido abordar um pouco o tema para destacar que, muito embora os direitos individuais homogêneos sejam disponíveis, possui o Ministério Público legitimidade para

---

[22] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses* Difusos em Juízo. 12ª ed., p. 47. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3485/o-ministerio-publico-e-a-defesa-dos-interesses-individuais-homogeneos#ixzz2drsKwqQv> Acesso em: 05/10/2013.

[23] TEORI ALBINO ZAVASCKI . Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito da Universidade de Brasília – UNB. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10190/Reforma_do_Processo_Coletivo.pdf?sequence=1> Acesso em: 05/10/2013.

defendê-los em juízo, devido à proporção que atinge a sociedade[24]. Neste sentido, a seguinte jurisprudência:

> AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 131, 165, 458 E 535 DO CPC E 1º, II, DA LEI N. 7.347/85. NÃO-OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL QUE EXAMINOU AS QUESTÕES CONTROVERTIDAS DA LIDE, APRESENTANDO OS FUNDAMENTOS DE SUAS CONVICÇÕES. AFRONTA DO ARTIGO 131 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. **JURISPRUDÊNCIA DESTE STJ FIRMADA NO SENTIDO DA LEGITIMIDADE DO MP PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**, DECORRENTES DE CONTRATOS CELEBRADOS COM ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DO CDC. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL SOB ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA À PORTARIAS E RESOLUÇÕES, E, AINDA, SEM INDICAÇÃO EXPRESSA DO ARTIGO DE LEI TIDO COMO OFENDIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA DO 557, § 2º DO CPC.
> [...]
> 3. Artigo 1º, II, DA LEI N. 7.347/85. Legitimidade do MP: Já está consolidada neste STJ a jurisprudência no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública, na defesa de direitos individuais homogêneos, decorrentes de contratos celebrados com entidade de previdência privada.
> [...]
> Processo: AgRg nos EDcl no Ag 797014 PR 2006/0118120-4. Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgamento: 25/08/2009. Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA. Publicação: DJe 21/09/2009.

3.2 Direitos individuais

Segundo o dicionário Aurélio, da Língua Portuguesa, individual é aquilo que é "relativo ao indivíduo; peculiar a ou executado por uma só pessoa."[25]

No campo jurídico, este conceito ganha maiores dimensões, não só teóricas, mas também históricas e fáticas, já que, para conseguir o uso e gozo desses direitos individuais houve a tão famosa revolução francesa, já aqui mencionada, sendo a historicidade uma das características desses direitos[26]. Segundo José Afonso da Silva, assim pode-se definir direito individual:

> [...] Então concebêmo-los como *direitos fundamentais do homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Por isso, a doutrina (francesa,

---

[25] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 4ª ed. 2001. p. 385.

> especialmente), costuma englobá-los na concepção de *liberdade-autonomia*.[27]

Já Kildare Gonçalves de Carvalho, ao conceituar os direitos individuais, assim doutrina:

> **Os direitos individuais são aqueles que se caracterizam pela autonomia e oponibilidade ao Estado**, tendo por base a liberdade – autonomia como atributo da pessoa, relativamente a suas faculdades pessoais e a seus bens. Impõem, como vimos acima, ao tratarmos da sua classificação, uma abstenção, por parte do Estado, de modo a não interferir na esfera própria dessas liberdades. São direitos de *status negativus,* pois o seu núcleo está na proibição de interferência imediata imposta ao Estado. Os direitos individuais configuram uma pretensão de resistência à intervenção estatal, sendo, por isso mesmo, designados de direitos de defesa ou resistência. [28]

João Trindade, ao se pronunciar sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, enumera a esses algumas características desses direitos, quais sejam: historicidade, relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade (irrenunciabilidade), indivisibilidade, eficácia horizontal e vertical[29], conflituosidade (concorrência) e aplicabilidade imediata.

Em se tratando de ordenamento jurídico interno brasileiro, o Código Civil de 2002 tratou de positivar alguns dos atributos inerentes aos direitos fundamentais individuais, na capítulo que reservou para tratar dos direitos da personalidade:

> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Como se pode inferir da transcrição feita acima, o próprio código que rege as relações de direito privado tratou de proibir a disposição dos direitos da personalidade por seus titulares. Cristiano Colombo, em sua obra Direito Civil Parte Geral, ao citar Sílvio Venosa, assim aborda o tema:

---

[27] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 35ª ed. 2011. p. 190.

[28] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 17ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p. 629.

[29] A chamada Teoria da Eficácia Horizontal e Vertical é de origem alemã, contempla a idéia de que os direitos fundamentais são aplicáveis não só entre particulares e o Estado, mas também entre os particulares-cidadãos.

> Os direitos de personalidade são os que resguardam a dignidade da pessoa humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, por exemplo.[30]

Cabe destacar, no entanto, que o tema já foi alvo de grandes discussões. Como uma de suas principais características, e como é objetivo desse trabalho, daremos destaque, primeiramente, à indisponibilidade dos direitos fundamentais individuais.

Rodolfo Camargo Mancuso, ao tratar do tema, reconheceu a sua importância:

> Aliás, a indisponibilidade do direito (ou do interesse) parece-nos a nota predominante e decisiva para legitimar a intervenção do MP, prevalecendo sobre a projeção numérica maior ou menor dos sujeitos concernentes; de resto, nem teria o legislador como fixar, a priori, e abstratamente, a quantificação dos sujeitos. [31]

Como explica o autor, o liame para legitimar a intervenção do Ministério Público para assegurar direitos seria a avaliação dos mesmos como indisponíveis ou não. E tal avaliação, de fato, se sobrepõe à quantidade numérica de indivíduos a serem tutelados.

O doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra em que escreveu junto ao atual Ministro da Corte Superior, Gilmar Mendes, traz os respectivos conceitos de inalienabilidade/indisponibilidade para o campo do direito, no que diz respeito à Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.

> Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, que jurídica – renúncia, compra-e-venda, doação-, que quer material – destruição material do bem. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente.
> [...]
> A inalienabilidade traz uma conseqüência prática importante – a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir. [32]

---

[30] COLOMBO, Cristiano. *Direito Civil Parte Geral*. Série Concursos. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2011. p. 81.

[31] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 51.

[32] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Cidade: São Paulo: Saraiva. 2011. p.164 apud PUJATE, Martínez. Los derechos humanos como derechos inalienables, in Ballesteros, Derechos humanos, Madrid: Tecnos, 1992, p. 87.

Fazendo um paralelo entre a atuação do Ministério Público e o que seriam os direitos indisponíveis tuteláveis pela instituição, Letícia de Campos Velho Martel, professora da PUC-RJ, assim leciona:

> Aliás, é exatamente a atuação do MP sobre os interesses indisponíveis que levanta discussões jurisprudenciais de relevo, tanto quantitativa quanto qualitativamente. É nesta sede que se encontram casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na matéria, nos quais é possível localizar o conceito de indisponibilidade de direitos.[33]

No entanto, o conceito de indisponibilidade ainda acarreta maiores discussões, e, para exemplificar a falta de precisão do termo e a repercussão disso no papel do Ministério Público, a professora salienta, ao citar julgado do STF:

> Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero "pela utilidade universal da comunidade."[34]
> Do conceito, nota-se que o Ministro não situou a indisponibilidade como uma característica intrínseca a um tipo específico de direito (fundamental, da personalidade, relações de direito público ou privado), mas exprimiu um entendimento *normativo* de que existem motivações para que se considere determinado direito individual indisponível. A motivação suficiente é o interesse público na proteção e tutela daquele direito, de modo que o caráter de indisponibilidade torna-o "patentemente público".Está límpido no excerto que, para que isso ocorra, é preciso que o legislador se manifeste, determinando quais direitos são disponíveis e quais não são.[35]

No entanto, para que seja possível dar continuidade o tema aqui tratado, partiremos do pressuposto que, direitos fundamentais individuais indisponíveis são aqueles possuem seu fundamento na dignidade da pessoa humana, e que devem ser assegurados a todos aqueles que se encontrem em território da República Federativa do Brasil.

---

[33] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Joaçaba: Espaço Jurídico., v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010.

[34] BRASIL. STF. *RE n. 248.869/SP*. Rel. Min. Maurício Corrêa. [sem grifos no original]. O ECA define, em seu artigo 27, a indisponibilidade do direito discutido no acórdão. BRASIL. *ECA*. Op. cit.

[35] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Joaçaba: Espaço Jurídico., v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010.

4 O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA GARANTIA DO GOZO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estudada a questão da indisponibilidade dos direitos individuais, até mesmo porque daí decorre uma série de conseqüências, passaremos a analisar a obrigatoriedade do Poder Público de proporcionar meios aos cidadãos para exercer esses direitos. O Poder Judiciário é, por excelência, o defensor de lesões ou ameaças a direitos, já que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*"[36]. Conforme nos ensina Gilmar Mendes, o Poder Judiciário é, de certa forma, vinculado aos direitos e garantias fundamentais:

> Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o **poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais**.[37]

É de se concluir, portanto, que, muito embora seja a solução advinda do Poder Judiciário medida extrema, caso seja necessário, é sempre tarefa deste garantir que os direitos fundamentais sejam observados.

Antes, porém, de levar o caso ao Poder Judiciário, é necessário que tenha o Poder Executivo, em especial, descumprido alguns preceitos da Magna Carta.

Mais uma vez, pedimos vênia para citar a obra de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

> O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetro de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário-, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhe é superior. Os atos dos

---

[36] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[37] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.172. apud MIRANDA,Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra. Ed.1983, p 284; SARLET, Ingo (Org). A Constituição Concretizada. Porto Alegre. Livr. Do Advogado Ed., 2000.

> poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezam. [38]

Ora, de que mais serviria o Estado e a tripartição de seus poderes senão para garantir efetivamente o direito de seu povo? Na clássica lição de Darcy Azambuja, tal entendimento é assim consagrado:

> Exatamente porque o Estado é uma sociedade necessária e não pode realizar-se senão pelos indivíduos, os deveres destes em relação àquele são da categoria da justiça, isto é, são exigíveis e suscetíveis de execução por meio de coerção. [39]

Ainda citando a obra do professor, este trabalha um conceito colocado por Duguit:

> Pouco importa a noção que se tenha do Estado; que se veja nele a personificação jurídica da coletividade, como ensina a doutrina metafísica, ou que se veja o produto da diferenciação entre governantes e governados e uma cooperação de serviços públicos, funcionando sob a direção e controle dos governantes, como ensina a doutrina realista, pouco importa; é preciso afirmar energicamente e incansavelmente que a atividade do Estado em todas as suas manifestações é limitada por um Direito superior a ele, que há coisas que ele não pode fazer e outras que ele deve fazer, e que essa limitação não se impõe apenas a este ou àquele órgão, mas ao Estado mesmo como pessoa, se se admite essa concepção, e se impõe a todas as manifestações da atividade estatal, seja qual for o órgão que intervenha. (Duguit – Droit Const., vol III, pág. 517)[40]

Referia-se Duguit àqueles direitos que são a base de construção de qualquer Estado, quais sejam: os direitos humanos. Sob a ótica territorial, estes direitos, dentro de um ordenamento jurídico interno, passam a ser os chamados fundamentais, e o Estado tem a obrigação de zelar pelo seu cumprimento e efetividade.

---

[38] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 167.

[39] AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 34ª ed. São Paulo: Globo. 1995. p. 382.

[40] AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 34ª ed. São Paulo: Globo. 1995. p. 382.

5 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DA ORDEM JURÍDICA, DO REGIME DEMOCRÁTICO E DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

O Ministério Público é uma das instituições mais antigas do direito que se tem registro. Há registros de sua existência desde Egito, Grécia e Roma antigos[41].

Originalmente, o Ministério Público era, por excelência, Órgão pertencente ao Poder Executivo. Contudo, hoje chamado de Instituição pela Carta de 1988, o Ministério Público talvez tenha sido a figura de criação jurídica que mais se adaptou às mudanças sociais.

Conforme análise retirada do sítio do Conselho Nacional do Ministério Público, o ordenamento jurídico interno brasileiro tratou o tema na legislação da seguinte forma:

> - Em 1890, o decreto 848, que criava e regulamentava a Justiça Federal, dispôs sobre a estrutura e atribuições do Ministério Público no âmbito federal.
> - Em 1934, a Constituição faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo 'Dos órgãos de cooperação'. Institucionaliza o Ministério Público e prevê lei federal sobre a organização do Ministério Público da União.
> - Nos anos seguintes, o processo de codificação do Direito nacional permitiu o crescimento institucional do Ministério Público. Os Códigos Civil de 1917, de Processo Civil de 1939 e de 1973, Penal de 1940 e o de Processo Penal de 1941 passaram a atribuir diversas funções à instituição.
> - Em 1937, a Constituição não faz referência expressa ao Ministério Público, mas diz respeito ao Procurador-Geral da República e ao quinto constitucional.
> - Em 1946, a Constituição se refere expressamente ao Ministério Público em título próprio, nos artigos 125 a 128, sem vinculação aos poderes.
> - Em 1951, a criação do Ministério Público da União (MPU) se consolida com a lei federal nº 1.341. A legislação previa que o MPU estaria vinculado ao Poder Executivo e também dispunha sobre as ramificações em Ministério Público Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho.
> - Em 1967, a Constituição faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Judiciário.
> - Em 1969, a Emenda constitucional se refere ao Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Executivo.

---

[41] Para alguns autores, a instituição precursora do Ministério Público remonta à civilização egípcia, onde, há mais de quatro milênios, representada pelos *magiai* (procurador do rei), existia uma classe de agentes públicos com atribuições no domínio da repressão penal, com liberdade para castigar pessoas rebeldes, reprimir os mentirosos e os violentos, protegendo os cidadãos pacíficos, formalizando acusações, utilizando-se das normas existentes e participando das diligências probatórias necessárias à busca da verdade. Atuavam também na defesa de algumas classes de pessoas mais frágeis, como órfãos e viúvas. Os *magiai*eram tratados como verdadeiros olhos e língua do Rei, do Faraó. Leia mais: Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4867/ministerio-publico#ixzz2hLeyxVOV> Acesso em: 02/10/2013.

> - Em 1981, o estatuto do Ministério Público é formalizado pela Lei Complementar nº 40, que instituiu garantias, atribuições e vedações aos membros do órgão.
> - Em 1985, a área de atuação do MP foi ampliada com a lei 7.347 de Ação Civil Pública, que atribuiu a função de defesa dos interesses difusos e coletivos.
> - Em 1988, a Constituição faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo 'Das funções essenciais à Justiça', definindo as funções institucionais, as garantias e as vedações de seus membros.
> - Com a Constituição de 88, na área cível, o Ministério Público adquiriu novas funções, destacando a sua atuação na tutela dos interesses difusos e coletivos, como meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, tutrítico e paisagístico; pessoa portadora de deficiência; criança e adolescente, comunidades indígenas e minorias ético-sociais. Atribuições que ampliaram a evidência do Ministério Público na sociedade, transformando a instituição num braço da população brasileira.
>
> Fontes: CNMP, MPU, artigo Ministério Público: aspectos históricos, de Victor Roberto Corrêa de Souza[42]

Assim, pode-se destacar que o papel exercido pela Instituição nem sempre foi o mesmo, mas, pelo contrário: buscou sempre acompanhar as mudanças sociais e servir cada vez mais a população.

Na obra coordenada por Ives Gandra, Hugo Nigro Mazzili, ao trabalhar a evolução do Ministério Público pós 1988, assim doutrina:

> Analisando sua evolução sistêmica, de seus primórdios até os dias atuais, vemos que, entre as instituições ligadas à Administração da Justiça, o Ministério Público é aquela que mais intensamente se tem alterado e amoldado às movas realidades sociais do País.
> [...]
> Mas não é apenas junto à atividade jurisdicional que atua o Ministério Público. Passou a exercer importante papel na investigação direta de danos a interesses que lhe incumbam defender, o que faz por meio de inquérito civil e outros procedimentos administrativos de sua competência. Por outro lado, no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição, agora pode tomar medidas necessárias para sua garantia, inclusive realizando audiências públicas e expedindo recomendações, nas áreas de suas atribuições funcionais.[43]

Ilmar Galvão, à época em que era vice-presidente do Supremo Tribunal Federal à época, teceu considerações importantes acerca da evolução da Ação Civil Pública e o Ministério Público, e, seu texto proferido no VI Ciclo de Estudos de

---

[42] SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. A História do Ministério Público no Brasil. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/ouvidorias/94-institucional/ministerio-publico/128-a-historia-do-ministerio-publico-no-brasil> Acesso em: 10/10/2013.

[43] MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 411 e 412.

Direito do Trabalho, no Cabo de Santo Agostinho, Pernambuco, em abril/2000; em especial ao citar Alcides Munhoz da Cunha:

> Observa, com precisão, Alcides Munhoz da Cunha ("Evolução das ações coletivas no Brasil", RePro, 77/228) que tais interesses, até então, eram confundidos com o interesse público, cuja titularidade era reconhecida exclusivamente ao Estado, ao Poder Público. "Assim, não havia mecanismos, por exemplo, para que os sujeitos interessados no bem comum, pertinente à saúde pública, pudessem influir judicialmente para impedir a circulação de um produto nocivo à saúde da população."[44]

Complementando essa ideia, hoje podemos afirmar que o Ministério Público é um dos Órgãos mais próximos da população, e que atua tanto de forma extrajudicial quanto judicial, onde quer que esteja presente o chamado interesse indisponível.

[44] WALD, Arnoldo. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 199.

6 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS

Surgida inicialmente para tutelar danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ação civil pública encontra previsão legal na Lei 7347/85 e no Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema, bem se posiciona Theory Albino Savazakci

> A ação civil pública, regulada fundamentalmente pela Lei 7.347/85, é o protótipo dos instrumentos destinados a tutelar direitos transindividuais. Trata-se de procedimento especial de cognição completa e integral e com múltipla aptidão, aparelhado de mecanismos para instrumentar demandas visando a obter, isolada ou cumulativamente, provimentos jurisdicionais da mais variada natureza: preventivos, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais, meramente declaratórios, cautelares e antecipatórios. A legitimação ativa, invariavelmente em regime de substituição processual, é exercida por entidades e órgãos expressamente eleitos pelo legislador, entre os quais se destaca o Ministério Público, que tem nesse mister uma das suas funções institucionais.[45]

Rodolfo Camargo Mancuso, ao tratar do interesse à propositura da Ação Civil Pública, classifica o interesse de agir pelo seguinte trinômio:

> [...] necessidade-utilidade-adequação", a saber: 1. Necessidade do recurso junto ao Judiciário para obter certo bem da vida, seja porque não se logrou obtê-lo pelas vias suasórias (ex.: cobrança de um título executivo extrajudicial, vencido, protestado e não satisfeito pelo devedor), seja porque o próprio direito positivo exige a intervenção jurisdicional (ação de divórcio; ações ditas constitutivas necessárias); 2. Adequação do provimento pretendido, isto é, sua idoneidade técnico-jurídica para atender à expectativa do autor (ex.: para quem foi esbulhado em sua posse, não é apropriado o pedido de mero interdito proibitório, visto que essa medida é inidônea para restituir a posse perdida; 3. Utilidade da via processual eleita: conquanto haja alguma dissensão doutrinária a respeito desse quesito, parece-nos que ele integra a compreensão do interesse processual, já que o acesso à tutela jurisdicional tem por pressuposto o fato de que a medida pleiteada deverá, na ordem prática, agregar algum valor ou vantagem à parte ou interessado.[46]

---

[45] ZAVASCKI, Teori Albino. Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito da Universidade de Brasília – UNB. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10190/Reforma_do_Processo_Coletivo.pdf?sequence=1> Acesso em: 29/09/2013.

[46] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 11ª ed. Cidade: Revista dos Tribunais. 2009, p. 51.

Como pode-se inferir das citações feitas, a princípio a ação civil pública foi criada para tutelar o interesses de uma coletividade de pessoas, tanto que é tratada no rol das “ações coletivas”.

Indiscutivelmente, é uma ação de rito especial e com legitimados ativos taxados no rol previsto na Lei 7347/85, qual seja: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que, concomitantemente: esteja constituída há pelo menos 1 (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[47].

O doutrinador Marcelo Abelha Rodrigues, ao tratar da Ação Civil Pública na obra organizada por Fredie Didier Jr., faz uma ressalva acerca da sua utilização:

> [...] em muitos casos, a ação civil pública tem feito o papel de algoz do Poder Público, na medida em que lhe impõe a realização de condutas e ressarcimento de prejuízos causados pela má execução das políticas públicas. De outra parte, tema discutido bastante a possibilidade de se obter, pela via judicial da ação civil pública, não apenas o controle da política pública, mas, precisamente, a sua escolha. Neste caso, se permitida a sua utilização para tais hipóteses, a ação civil pública representará um limitador natural aos atos políticos, reduzindo a pó o fenômeno da discricionariedade (já cambaleado pelo princípio constitucional da eficiência), e, permitindo que o Poder Judiciário adentre em terreno da Administração Pública. Neste caso, funcionará como meio judicial de controle de um tipo de ato administrativo que há algum tempo era intocável pelo Poder Judiciário. A permissão de utilização da ação civil pública como forma de controle na escolha da política pública pode ser sem dúvida um importantíssimo instrumento de prevenção de improbidades e desperdício de dinheiro público, mas por outro lado pode acabar interferindo num dos poucos e residuais campos ainda existentes da discricionariedade administrativa. A ação civil pública, em casos tais, se utilizada, não pode servir, jamais, como um meio de permitir ao Judiciário exercer a função

[47] Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

> administrativa, sob pena de se ferir o princípio constitucional da tripartição de poderes. [48]

Muito embora tais considerações, cumpre-nos ressaltar aqui que a Carta Magna incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. [49]

Ora, ao Ministério Público, como defensor da sociedade que é, cabe utilizar-se dos meios disponíveis a ele para bem realizar a tarefa da qual lhe incumbiu a Constituição.

Muito embora haja posições contrárias, a jurisprudência caminha no sentido de pacificar o entendimento de que é cabível a propositura da ação civil pública para tutelar direitos individuais indisponíveis, não só daqueles que possuem previsão infraconstitucional (previstos, respectivamente, no Estatuto do Idoso e no Estatuto da Criança e do Adolescente) como por exemplo os idosos e crianças e adolescentes), mas de todos aqueles que, face à omissão do Poder Estatal, ou de sua insuficiência, estão sendo prejudicados em um dos seus direitos fundamentais.

Exemplo clássico deste tipo de caso é aquele em que o Ministério Público, agindo como substituto processual, pleiteia em juízo algum medicamento indispensável à saúde de alguém, ou mesmo a realização de uma cirurgia de urgência.

O entendimento deste trabalho é sedimentado na mais atualizada jurisprudência, de diversos tribunais:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO DEDIREITOS FUNDAMENTAIS E INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.
> 1. O Ministério Público ajuizou ação civil pública visando à condenação da concessionária de energia elétrica à obrigação de não fazer, consistente na proibição de interromper o fornecimento do serviço à pessoa carente de recursos financeiros, diagnosticada com enfermidade grave e que depende, para sobreviver, da utilização doméstica de equipamento médico com alto consumo de energia.
> 2. Conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público detém legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública, objetivando a proteção do direito à saúde de pessoa hipossuficiente,

---

[48] ABELHA, Marcelo. *Ações Constitucionais*. Organizador: Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivm. 2007. p. 278.

[49] 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.

> porquanto se trata de direito fundamental e indisponível, cuja relevância interessa à toda sociedade.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> AgRg no REsp 1162946 / MG. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0208055-8. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA. Órgão julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do julgamento: 04/06/2013. Data da publicação/fonte: DJe 07/06/2013.
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
> O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública em defesa da vida e da saúde, direitos individuais indisponíveis, tendo por objeto o fornecimento de cesta de alimentos sem glúten a portadores de doença celíaca, como medida de proteção e defesa da saúde. Agravo regimental improvido.
> AgRg no AREsp 91114 / MG. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0285630-9. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS (1130). Órgão julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do julgamento: 07/02/2013. Data da publicação/fonte: DJe 19/02/2013.
>
> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ.
> 1. O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação.
> 2. Recurso especial provido.
> REsp 945785 / RS. RECURSO ESPECIAL 2007/0094569-7. Relatora: Ministra ELIANA CALMON. Órgão julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do julgamento: 04/06/2013. Data da publicação/fonte: DJe 11/06/2013.

Assim como os julgados citados acima, pode-se encontrar outros montes no sítio eletrônico do Tribunal da Cidadania, uma vez que a jurisprudência deste já está sedimentada.

7 POSIÇÕES CONTRÁRIAS- O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

No entanto, ainda há alguns casos em que o Poder Judiciário nega a aplicação de tal entendimento. Como exemplo, citaremos o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que deu ensejo ao REsp acima citado:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICONÃO ESPECIFICADO. MEDICAMENTOS. HIPERTENSÃO PULMONAR SEVERA. ESTADO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CARÊNCIA DE AÇÃO. Demanda ajuizada pelo Ministério Público como substituto processual de pessoa maior e capaz para o reconhecimento do direito ao custeio pelo demandado de medicamentos. Ilegitimidade ativa reconhecida.
> Precedentes Jurisprudenciais, inclusive do STJ.
>
> Tribunal de Justiça do RS. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Número: 70016649055. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Data de Julgamento: 05/10/2006. Publicação: Diário da Justiça do dia 13/11/2006.

Como pode-se constatar, a questão gira, acima de tudo, em torno daqueles que não possuem proteção positivada no ordenamento jurídico infra-constitucional: os maiores e capazes[50].

O tema ganha maior relevância quando observamos que, à Defensoria Pública, também positivada na Constituição Republicana no Capítulo IV, reservado às Funções Essenciais à Justiça, incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.[51]

A posição defendida neste trabalho, no entanto, não conflita com o dispositivo constitucional supracitado e nem tampouco implica na usurpação do papel da

---

[50] A legislação infra-constitucinal conferiu ao Ministério Público legitimidade para tratar dos interesses dos idosos, a partir do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), em seu artigo 74, *in verbis*:
Art. 74. Compete ao Ministério Público:
I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;
[...]
Nessa mesma linha de raciocínio, também o Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu legitimidade do Ministério Público:
Art. 201. Compete ao Ministério Público:
[...]
V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no Art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;
[...]

[51] Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Defensoria Pública pelo Ministério Público. A este, lhe é dada prerrogativa de atuar como substituto das partes ou como fiscal da lei. *In casu,* a atuação se daria na função de substituto processual da parte, não importando, ora, que se defenda o interesse apenas de um indivíduo, contando que este seja indisponível. Afinal, tal possibilidade encontra respaldo na própria Constituição, que, além de lhe incumbir a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, no caput do artigo 127, lhe impôs como uma de suas funções institucionais 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[52].

Entendemos, portanto, pela existência de competência comum entre as duas instituições para a propositura deste tipo de ação. E tal conclusão extrai-se da literalidade do próprio texto constitucional:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público
> [...]
> § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Ora, a todo tempo é facultado ao particular ingressar um juízo para defender seus interesses, não importando, inclusive, se o fará com advogado particular ou com defensor público.

Há, no entanto, entendimentos contrários ao tema. Abaixo, foram enumerados alguns pontos desfavoráveis à atuação do MP como “advogado de direitos indisponíveis”:

> 1. O primeiro aspecto, já observado, é o crescente desgaste da imagem das instituições públicas, notadamente a credibilidade junto à sociedade, sobremodo a das instituições políticas. Os prejuízos para o sistema democrático e o amadurecimento das instituições, a juízo do autor, são evidentes;
>
> 2. o número crescente de demandas do Ministério Público sobre o Executivo sobrecarrega o “outro lado” do Poder Judiciário, tornando-o mais lento, bem como aumenta os custos de transações entre os agentes da economia (inclusive do próprio Governo, agora no sentido amplo), eis que a dúvida e o questionamento, ao invés de exceção, constituem a regra. As

[52] 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;

> decisões, em primeira instância concedidas na forma de liminares, aliadas às divergências entre o corpo de magistrados quanto ao mérito das matérias, variando a sentença conforme a Vara de ingresso, contribuem para o aumento do grau de incerteza jurídica e de desconfiança nas instituições nacionais;
> 3. Se as opções do Executivo conduzem, e efetivamente têm conduzido, à redução do risco-país, a médio e longo prazos, pelo comprometimento das áreas citadas, tendem a se refletir negativamente em outros indicadores também importantes e considerados nas decisões de investimento, a exemplo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Importa ressaltar queenquanto os índices que medem o risco - país, a exemplo do Emerging Market Bonds Index Plus, mais conhecido pela sigla Embi+ e calculado pelo JP Morgan, sinalizam as expectativas dos fluxos dos capitais voláteis circulantes no mercado financeiro, o IDH
> explicita outras condições que também atraem capitais externos de investimento, estas, entretanto, como propósito de permanência, eis que convertidos em investimentos diretos nas atividades produtivas; e, por fim,
>
> 4. ao contrário do que se anuncia, as inúmeras alterações promovidas na Carta constitucional (mais de 40 Emendas Constitucionais já aprovadas) mostram o quanto é fácil mudá-la, bastando constituir o apoio no Legislativo. Ora, tal quadro acentua ainda mais a incerteza: os que têm obrigações, seja no setor público ou privado, trabalham e têm expectativas de, senão eliminá-las, reduzi-las; os que têm direitos antecipam decisões para não perdê-los, a exemplo do que se verificou no caso da Previdência e na chamada Guerra Fiscal entre os Estados. As conseqüências para o funcionamento eficiente, eficaz e efetivo da Administração Pública nas áreas citadas (educação, saúde, previdência, benefícios e segurança) são também conhecidas e dispensam, por redundância, análise complementar.
> Frente a esse cenário, o foco das ações é deslocado do longo para o curto prazo, da cooperação para a competição predatória, da confiança para a desconfiança, do lucro razoável e continuado para o maximização do benefício imediato. [53]

Em decisão isolada, diga-se de passagem, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela ilegitimidade do Ministério Público ao tratar de internação compulsória de pessoa vítima de alcoolismo:

> "Ministério Público. Legitimidade ativa. Medida judicial para internação compulsória de pessoa vítima de alcoolismo. Ausência. O Ministério Público não tem legitimidade ativa *ad causam* para requerer a internação compulsória, para tratamento de saúde, de pessoa vítima de alcoolismo. Existindo Defensoria Pública organizada, tem ela competência para atuar nesses casos." (RE 496.718, Rel. p/ o ac. Min. Menezes Direito**,** julgamento em 12-8-2008, Primeira Turma, *DJE* de 31-10-2008.)

No entanto, frisa-se que é novidade para aqueles que conhecem o trabalho do Judiciário brasileiro que a Defensoria Pública é uma Instituição relativamente

[53] PINHEIRO, Ivan Antônio. *O ministério público enquanto poder executivo*. ed. 41 v. 10 no. 5, set-out 2004. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/19876/000448583.pdf?sequence=1> Acesso em: 06/10/2013.

nova e que não possui infraestrutura suficiente para atender a imensa demanda que lhe é imposta.

Ora, em primeiro lugar, é incomparável a estrutura organizacional duas instituições aqui tratadas, até mesmo pela previsão da instituição do Ministério Público nos ordenamentos jurídicos desde os primórdios do direito.

Entende-se, sim, pela competência comum do Ministério Público e da Defensoria Pública, uma vez que a Constituição reservou às duas instituições a tutela de direitos dos necessitados, àquela, no entanto, só quando se tratar de direitos indisponíveis, e esta para todos os casos daqueles que necessitem de assistência judiciária gratuita para fazer valer o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ainda em posição contrária às idéias deste trabalho, o Promotor de Justiça Flávio Jordão Hamacher, com atuação à época na Comarca de Ouro Preto-MG, publicou artigo no sítio eletrônico da Associação Mineira do Ministério Público, artigo onde preconiza ser ilegal a conduta do Ministério Público para defender direitos individuais indisponíveis, sendo o tema específica de seu trabalho o direito à saúde.

O Promotor, em seu artigo, trabalha tanto com argumentos jurídicos como políticos institucionais; e tratam estes últimos da falta de estrutura da instituição para tamanha demanda, além de tratar do tema da usurpação da competência da Defensoria Pública:

> Todavia, não basta a previsão genérica da Constituição Federal para atribuir a legitimidade ativa ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis. É indispensável a existência de lei ordinária atribuindo legitimidade processual ao Ministério Público.
> É o que acontece em diversas áreas de atuação do Ministério Público na defesa destes direitos. O Ministério Público tem legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis da criança e do adolescente em virtude de disposição expressa do art. 201, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; em relação aos idosos, em virtude do disposto no art. 74, II e III, da Lei 10.741/2003; legitimidade para o ajuizamento de ação de investigação de paternidade em virtude do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei 8.560/1992, dentre outros.
> [...]
> Na área cível, a defesa de direitos individuais (disponíveis e indisponíveis) deve, em regra, ser feita pela própria parte, através de advogado ou da Defensoria Pública. Assim como não queremos a interferência da Defensoria Pública em áreas de atuação típica do Ministério Público (defesa da sociedade em juízo, através de ações coletivas), também não devemos interferir na área de atuação própria da Defensoria Pública, que é o órgão público vocacionado e estruturado para atender demandas individuais da população necessitada.
> Ademais, falta estrutura do Ministério Público para o atendimento indiscriminado das demandas individuais relacionadas ao direito à saúde,

> demandas que somente vem crescendo em quantidade, conforme atualmente tem-se debatido quando se discute a judicialização do direito à saúde (a recente audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal é um bom exemplo). É um risco querer abrir novas frentes de atuação sem estar devidamente preparado para tanto, o que pode frustrar expectativas da sociedade e criar descrédito à instituição. A atuação insuficiente na área de controle externo da atividade policial, atividade expressamente atribuída ao Ministério Público pela Constituição Federal (art. 129, VII), ao contrário da atuação como parte na defesa de direito individual à saúde, é um alarme para este risco. Recuar quando preciso pode ser um avanço.

E Conclui:

> **1.** O Ministério Público tem atribuição para a defesa do direito individual à saúde, independentemente da qualidade da parte, na esfera administrativa, de forma geral, e na esfera judicial, como *custos legis*.
> **2.** O Ministério Público tem legitimidade processual para atuar na defesa de direito individual à saúde nas hipóteses em que há expressa previsão legal a respeito, dentre elas quando o titular do direito é criança ou adolescente ou idoso.
> **3.** A atuação do Ministério Público como parte na defesa de direito individual à saúde, nas hipóteses em que não há expressa previsão legal a respeito, carece de amparo legal e contraria a estruturação do Ministério Público realizada pela Constituição Federal de 1988.[54]

Não é, no entanto, o que entendemos neste trabalho e nem o que a jurisprudência tem entendido, como já fora demonstrado.

Como solução alternativa para outras situações, semelhantes a esta, Pedro Lenza, em sua obra Direito Contitucional Esquematizado reservou um subtítulo para tratar da "Lei 'ainda constitucional', ou 'inconstitucionalidade progressiva', ou 'declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade'"[55].

O tema trata da questão da efetividade da instalação da Defensoria Pública, dos prazos em dobro para recurso e da legitimidade do Ministério Público para propor a Ação Civil "ex delicto" prevista no artigo 68 do Código de Processo Penal.

Assim, como solução para os problemas causados devido à hipossuficiência da Instituição, o ilustre doutrinador considera mais adequada a utilização da construção teórica da corte alemã, grifando:

---

[54] HAMACHER, Flávio Jordão. A atuação do ministério público na defesa do direito individual à saúde. Promotor de Justiça em Ouro Preto. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ammp.org.br%2Finst%2Fartigo%2FArtigo-25.doc&ei=N7hVUqKSA_Wx4AOe3oCoCg&usg=AFQjCNGjo5IN0kTpnTtAguTNLng4Mj-wAw&sig2=Bnd4MYzHJkix4HfENUuqKQ.> Acesso em: 12/10/2013.

[55] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 15ª ed. p. 284.

> [...] a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar. [56]

Não obstante a citação feita acima, entendemos que o Ministério Público será sempre competente para defender em juízo os direitos individuais indisponíveis, uma vez que tal função lhe foi reservada pela própria Constituição. Este, aliás, se adaptou às necessidades da sociedade justamente para que fizesse valer os direitos fundamentais, obtidos às custas de longos períodos de instabilidade social. E não lhe caberia outro papel melhor senão aquele de defensor daquilo que a humanidade tanto se esforçou para alcançar: os direitos fundamentais.

[56] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 15ª ed. p. 286.

8 CONCLUSÃO

Por todo o acima exposto, conclui-se pela legitimidade do Ministério Público para defender em juízo, através da Ação Civil Pública, os direitos individuais indisponíveis dos indivíduos que se encontrem em território brasileiro, uma vez que esta missão lhe foi conferida pela própria Constituição.

Afinal, o surgimento do Estado (lato senso), só se deu com a finalidade de assegurar àqueles que estão sob sua custódia os direitos mais indispensáveis à própria vida, como a saúde e a liberdade.

Lado outro, não se pode deixar caiam no esquecimento as grandes lutas e conquistas sociais que tiveram de acontecer para que nos fosse proporcionado o uso e gozo dos direitos fundamentais. Ora, não há que se falar em discricionariedade do Poder Público quando se trata de direitos fundamentais, já que o ordenamento jurídico veda a disponibilidade de tais direitos por seu próprio titular.

A imposição feita pela Carta Magna, no sentido de proteção dos direitos individuais indisponíveis, abarca todas as esferas do Poder, vale dizer, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo que o Ministério Público atua acionando o Poder Judiciário para que, diversas vezes determine que os demais poderes (em especial o Executivo) assegure a todos a efetividade do cumprimento de seus direitos.

A omissão do Poder Público não pode se impor a tudo aquilo conquistado com tanta luta, já que, afinal, o Estado Democrático de Direito se caracteriza pela submissão às suas próprias leis, que deverão ser rigorosamente obedecidas, ressaltando que os Direitos Fundamentais, estão previstos na Carta-Mãe do ordenamento jurídico: a Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ações Constitucionais*. Organizador: Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivm. 2007.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 34ª ed. São Paulo: Globo. 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02/10/2013.

BRASIL. STF. *RE n. 248.869/SP*. Rel. Min. Maurício Corrêa. [sem grifos no original]. O ECA define, em seu artigo 27, a indisponibilidade do direito discutido no acórdão. BRASIL. *ECA*. Op. cit.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 17ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

CAVALCANTE FILHO, João trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 05/10/2013.

COLOMBO, Cristiano. *Direito Civil Parte Geral*. Série Concursos. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 4ª ed. 2001.

HAMACHER, Flávio Jordão. A atuação do ministério público na defesa do direito individual à saúde. Promotor de Justiça em Ouro Preto. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ammp.org.br%2Finst%2Fartigo%2FArtigo-25.doc&ei=N7hVUqKSA_Wx4AOe3oCoCg&usg=AFQjCNGjo5IN0kTpnTtAguTNLng4Mj-wAw&sig2=Bnd4MYzHJkix4HfENUuqKQ.> Acesso em: 12/10/2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ação Civil Pública – Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual – Legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr. 2001. Disponível em:<http://jus.com.br/artigos/25151/os-interesses-metaindividuais-trabalhistas-e-a-sua-defesa-em-juizo-pelo-sindicato/3> Acesso em: 03/10/2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

LUCIA VALLE FIGUEIREDO. Professora Titular de Direito Administrativo da PUC/SP. Professora de Direito Urbanístico e Ambiental e Curso de Pós-Graduação da PUC/SP. Juíza Aposentada do TRF da 3ª Região. Revista de Direito Administrativo nº208, abril-junho/1997, p. 35. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/esgotamento/a_defesa_dos_direitos_difusos_coletivos.pdf.> Acesso em: 15/10/2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 11ª ed. Cidade: Revista dos Tribunais. 2009.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Joaçaba: Espaço Jurídico., v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010.

MARTINS, Ives Gandra, REZEK, Francisco; Mazzili, Hugo Nigro. *Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses* Difusos em Juízo. 12ª ed., p. 47. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3485/o-ministerio-publico-e-a-defesa-dos-interesses-individuais-homogeneos#ixzz2drsKwqQv> Acesso em: 05/10/2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método. 7ª ed. 2011.

PINHEIRO, Ivan Antônio. *O ministério público enquanto poder executivo*. ed. 41 v. 10 no. 5, set-out 2004. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/19876/000448583.pdf?sequence=1> Acesso em: 06/10/2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 35ª ed. 2011.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. A História do Ministério Público no Brasil. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/ouvidorias/94-institucional/ministerio-publico/128-a-historia-do-ministerio-publico-no-brasil> Acesso em: 10/10/2013.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

TÍTULO: A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DE DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

Nova Lima, 12 de novembro de 2013.

RAÍSSA MORAIS LARA MARTINS