

O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo (*)

NELSON NERY JUNIOR
Procurador de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1. Disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor e outras normas sobre a tutela processual dos interesses difusos e coletivos. 2. Os direitos tuteláveis pelo Ministério Público. 3. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. 4. Ações cabíveis. 5. Ações coletivas. 6. "Class action". 7. Legitimidade para a propositura das ações coletivas. 8. Litisconsórcio e legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento das ações coletivas. 9. Assunção da titularidade ativa pelo Ministério Público. 10. Conclusões.

1. Disposições Processuais do Código de Defesa do Consumidor e outras normas sobre a tutela processual dos interesses difusos e coletivos. O Código regula as denominadas relações de consumo, havidas entre fornecedor (art. 3.º, caput) e consumidor (art. 2.º), tendo por objeto a aquisição de produto (art. 3.º, § 1.º) ou a utilização de serviço (art. 3.º § 2.º), para destinação final do consumidor. São considerados consumidores, também, as vítimas do acidente de consumo (art. 17), as pessoas expostas às práticas comerciais (práticas abusivas, publicidade) e contratuais (art. 29), bem como a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2.º, parágrafo único).

No particular, portanto, ficam revogadas as leis materiais e processuais que forem incompatíveis com o sistema do CDC. O art. 90 manda aplicar às ações ajuizadas com base no Código, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e o Código de Processo Civil, quando houver omissão do CDC. A revogação desses outros diplomas pelo advento do CDC, é pois, pela especialidade.

Os sistemas processuais do CDC e da LACP são interligados, sendo aplicáveis indistintamente um ao outro reciprocamente, conforme determinam os arts. 90 do CDC e 21 da LACP, este último introduzido pelo art. 117 do CDC. Há, por assim

dizer, perfeita interação entre os dois sistemas, que se completam e podem ser aplicados às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP⁽¹⁾.

Essa integração alargou as hipóteses de ação civil pública tratadas na Lei n.º 7.347/85, que, por força do art. 83 do CDC, não mais se restringem às ações de indenização por danos causados ao meio ambiente, etc. Para a defesa daqueles direitos, é cabível toda e qualquer ação, como, por exemplo, a ação de invalidação de contrato administrativo que ofenda o meio ambiente.

2. Os direitos tuteláveis pelo Ministério Público. O art. 1.º do CDC diz que suas disposições são de ordem pública e interesse social. Isto quer dizer, em primeiro lugar, que toda a matéria constante do CDC deve ser examinada pelo Juiz ex officio, independentemente de pedido da parte, valendo-se frisar que sobre ela não ocorre a preclusão, circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o tribunal, inclusive, decidir com **reformatio in pejus permitida**, já que se trata de questão de ordem pública⁽²⁾. A característica de as normas do CDC serem de interesse social, faz com que seja obrigatória a participação do Ministério Público nas ações propostas com base no Código, a fim de exercer o mister institucional e constitucional de velar pelos interesses sociais (art. 127, caput, CF).

A defesa do consumidor pode ser exercida de modo individual ou coletivo. A defesa individual é exercida pelo que afirma ser titular do direito material invocado em juízo. A defesa coletiva do consumidor, para a qual se encontra legitimado o Ministério Público (art. 82)⁽³⁾, pode ter por objetivo pretensão à tutela de direito difuso, coletivo e individual homogêneo, cujas definições estão no art. 81, parágrafo único.

3. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Observamos o erro metodológico utilizado por doutrina e jurisprudência para qualificação de um direito como sendo difuso, coletivo ou individual. Correntemente vê-se a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares seria individual. A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial⁽⁴⁾.

Da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o "Bateau Mouche IV", que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, poderia ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que teriam interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia, a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação a dotá-la de mais segurança (direito coletivo), bem como

(1) Nelson Nery Junior, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 2.ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, págs. 612 e segs.

(2) Nelson Nery Junior, Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos, Ed. RT, São Paulo, 1990, n.º 3.10, pág. 199.

(3) A remissão constante do art. 82 é ao art. 81, parágrafo único, e não ao art. 100, parágrafo único, como incorretamente constou do texto publicado no DOU.

(4) Nelson Nery Junior, Código, cit., pág. 619.

(*) Tese apresentada no "Congresso Nacional do Ministério Público" realizado em Salvador — BA, de 1.º a 4 de setembro de 1992.

ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)

É difuso o direito ou interesse que atinge número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente factual, enquanto que seriam coletivos aqueles outros interesses e direitos pertencentes a grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica base. Assim, a indeterminação dos titulares seria a característica básica dos interesses difusos, enquanto que a determinabilidade acusaria de coletivo o direito ou interesse. Ambos seriam de natureza indivisível.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles cujos titulares são perfeitamente individualizáveis, detentores de direito divisível. O que une esses titulares a ponto de propiciar a defesa coletiva desses direitos individuais, é a origem comum do pedido que pretendem fazer em juízo. Em suma, a ação para a tutela desses interesses individuais homogêneos nada mais é do que a *class action* brasileira (art. 91 e segs. do CDC).

O Ministério Público tem legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 129, n.º III, CF). Quanto aos individuais homogêneos, a legitimação do *parquet* para defendê-los está nos arts. 127, *caput* e 129, n.º IX, ambos da CF e art. 1.º do CDC. Relativamente aos direitos individuais *puros*, ou individuais em sentido estrito, não homogêneos, não há razão para o Ministério Público defendê-los em juízo.

4. Ações cabíveis. Pelo art. 83 do Código, são admissíveis todas as ações e providências necessárias a fazerem valer os direitos previstos no CDC. Assim, podem ser ajuizadas ações de conhecimento de qualquer espécie (meramente declaratórias, condenatórias, constitutivas positivas e negativas), de execução, cautelares e mandamentais. O mesmo sistema vale para as ações movidas com base na LACP, já que o art. 83 do CDC a elas se aplica por expressa disposição dos arts. 90 e 117 do CDC, havendo este último acrescentado o art. 21 à LACP mandando aplicar a seu sistema o Título III (Defesa do Consumidor em Juízo) do CDC.

O Ministério Público pode, inclusive, impetrar mandado de segurança para a defesa dos direitos previstos no CDC, pois o art. 5.º, n.º LXIX, da Constituição Federal, garante a utilização da via do *mandamus* quando houver ofensa a *Direito* por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Esse direito violado pode ser individual, coletivo ou difuso, de sorte que, estando o Ministério Público legitimado para agir em juízo na defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 129, n.º III, CF) e individuais homogêneos (arts. 127, *caput* e 129, n.º IX, CF e arts. 1.º e 82 do CDC), tem, *ipso facto*, legitimação para impetrar ordem de mandado de segurança.

Havendo necessidade de ajuizar-se ação cautelar, o Ministério Público poderá fazê-lo, por exemplo, para retirar de circulação, liminarmente, publicidade enganosa ou abusiva ou proibir a comercialização de produto altamente perigoso ou nocivo à vida, saúde ou segurança do consumidor.

O Ministério Público está legitimado, inclusive, para o ajuizamento das ações para a tutela de direitos coletivos (art. 81, parágrafo único, n.º II) e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, n.º III), conforme expressa autorização do art. 82 do Código. Essa autorização se encontra em perfeita consonância com o mandamento constitucional do art. 129, n.º IX, que confere à lei a possibilidade de cometer outras funções ao Ministério Público, que sejam compatíveis com sua finalidade institucional. E a defesa do consumidor, por meio da ação coletiva — quer para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos —, é

questão de interesse social, por expressa disposição do art. 1.º do CDC, interesse social esse cuja proteção é objetivo institucional do Ministério Público, segundo o art. 127, *caput*, da Constituição Federal. Está, portanto, na Carta Magna, a legitimação do Ministério Público para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os direitos individuais *puros* não podem ser defendidos pelo Ministério Público. Apenas os individuais homogêneos, assim entendidos os que têm origem comum.

5. Ações coletivas. O consumidor pode mover qualquer ação individual para prevenir ou reparar lesão a direito seu garantido pelo Código. Essas pretensões envolvem a discussão de direito individual não homogêneo, vale dizer, de direito individual puro, em sentido estrito.

Além das ações individuais, o Código garante a defesa dos direitos nele previstos por meio das denominadas ações coletivas. As pretensões que caracterizam o direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo, podem ser exercidas coletivamente, por meio das ações coletivas.

Como as normas de direito do consumo são de interesse social (art. 1.º), o Ministério Público atuará obrigatoriamente nas ações que não foram por ele propostas (art. 127, *caput*, CF).

6. "Class Action". Pelos arts. 81, parágrafo único, n.º III e 91 e seguintes, o Código instituiu no sistema processual brasileiro a *class action*, a exemplo da ação de classe da regra n.º 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* do direito norteamericano.

Pode ser ajuizada por qualquer dos co-legitimados do art. 82, inclusive pelo Ministério Público que, se não a tiver proposto, intervirá no processo como fiscal da lei (art. 92).

Ajuizada a ação, expedir-se-á edital para conhecimento de terceiros, a fim de que os consumidores possam intervir no processo como litisconsortes (art. 94). Os consumidores que não quiserem intervir, abrindo mão de seu direito de indenização, poderão omitir-se, já que seu direito individual homogêneo é divisível e disponível. Numa primeira fase, o Juiz proferirá sentença condenatória, genérica, reconhecendo a responsabilidade do fornecedor pela indenização coletiva.

Transitada em julgado a sentença, poderá haver execução coletiva, para a qual podem habilitar-se os consumidores lesados que não hajam intervido na fase de conhecimento. Para isto é preciso que seja expedido novo edital, depois do trânsito em julgado da sentença.

A liquidação da sentença condenatória na *class action* é de suma importância, pois é nela que se fixará o *quantum debeatur*, o montante da indenização. Cada consumidor individualmente deverá comprovar a extensão de seu prejuízo a fim de que seja possível a execução da sentença condenatória.

7. Legitimidade para a propositura das ações coletivas. O Código legitimou as entidades mencionadas no art. 82, à propositura das ações coletivas na defesa dos direitos previstos no CDC. A novidade em termos de legitimação, em comparação com o antigo sistema da LACP, é que o Código concedeu personalidade judiciária aos entes oficiais que têm como finalidade a defesa e proteção do consumidor, legitimando-os para agirem em juízo. Sob essa nova sistemática, os PROCONs têm legitimação para a causa e poderão ajuizar ações judiciais coletivas na defesa do consumidor (art. 82, n.º III).

Essa legitimação é concorrente e disjuntiva⁽⁵⁾. Isto significa que cada um dos co-legitimados pode, sozinho, promover a ação coletiva, sem que seja necessária anuência ou autorização dos demais co-legitimados. O eventual litisconsórcio que se formar entre eles será facultativo e obedecerá o regime desse tipo de cumulação subjetiva de ações, de acordo com as regras do CPC.

As associações civis que tenham como finalidade estatutária a defesa do consumidor, poderão agir em juízo por meio das ações coletivas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os sindicatos não mais são controlados pelo governo, de sorte que têm natureza e personalidade jurídicas de associação⁽⁶⁾, podendo, igualmente, mover ações coletivas para a defesa dos direitos previstos no CDC, observados os demais requisitos legais para que se reconheça essa legitimidade.

Tanto os sindicatos, quanto as associações têm legitimidade para impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5.º, n.º LXX, b, CF). É de notar-se que as associações e os sindicatos podem, inclusive, agir no interesse individual dos integrantes da categoria, conforme autorização do art. 5.º, n.º XXI e 8.º, n.º III, CF, e art. 3.º, caput, da Lei n.º 8.073/90.

O Juiz poderá, nos casos em que o Código especifica, dispensar o requisito da pré-constituição da associação ou sindicato ("instituídos há pelo menos um ano"), pois há situações em que a associação se forma *ex post factum*. A dispensa da pré-constituição é válida para todas as ações ajuizadas com base no CDC e na LACP, exceto para o mandado de segurança coletivo, pois o art. 5.º, n.º LXX, CF exige expressamente o requisito da pré-constituição das associações e sindicatos para que possam fazer uso da ação constitucional, não podendo a lei infraconstitucional dispor de forma diversa.

Nunca é demais lembrar que os institutos do processo civil ortodoxo não mais atendem à necessidade de hoje, no campo dos direitos difusos e coletivos. Criada para solucionar lides de natureza individual, a legitimidade para a causa como condição da ação, está a merecer outra construção dogmática, que deverá levar em consideração o fim a que se destina essa legitimação: a defesa, em juízo, de direitos meta ou supra-individuais.

De consequência, não cabe nesta sede falar-se na dicotomia clássica da legitimação em ordinária e extraordinária, mas sim da superação dessa divisão, como já está ocorrendo na Alemanha, onde a doutrina mais moderna fala em legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozebführungsbefugnis*)⁽⁷⁾ e não mais em substituição processual⁽⁸⁾ para qualificar essa legitimação do Ministé-

(5) Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Junior, Código, cit., págs. 511, 541 e 639, respectivamente.

(6) Nelson Nery Junior, MP: interesses coletivos e a nova ordem constitucional, in "O Estado de São Paulo", de 23.4.89, pág. 50.

(7) A doutrina alemã vem distinguindo os casos de substituição processual determinados pela lei das hipóteses de ações de classe. Na substituição processual o substituto busca defender direito alheio de titular determinado, enquanto que nas ações coletivas o objetivo dessa legitimação extraordinária é outro, razão pela qual essas ações têm de ter estrutura diversa do regime da substituição processual. Nessa linha de raciocínio, falando de legitimidade processual autônoma (*selbständige Prozebführungsbefugnis*), Reinhard Urbanczyk, *Zur Verbandsklage im Zivilprozeß*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, pág. 42; Walther Hadding, *Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts*, in *JZ (Juristen Zeitung)*, 1970, pág. 305; Walter Herbst, *Die Bedeutung des Rechtsschutzanspruchs für die moderne zivilprozeßrechtliche Lehre*, Dissertação, Bonn, 1973, págs. 438 e segs.

(8) Entendendo que a legitimação para a tutela dos direitos difusos e coletivos é caso de substituição processual, Walter J. Habscheid, *Zur Problematik der Verbandsklage im Deutschen Recht*, in "Festschrift für Georgios T. Rammos", Athen, 1979, pág. 284; Karl August Bettermann, *Zur Verbandsklage*, in *ZP (Zeitschrift für Zivilprozeß — Revista de Direito Processual Civil)*, vol. 85 (1972), pág. 133. O fenômeno da substituição

rio Público e associações para virem a juízo na defesa dos direitos difusos e coletivos⁽⁹⁾.

8. Litisconsórcio e legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento das ações coletivas. O Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação individual em nome do consumidor lesado, para pleitear a prevenção ou reparação do direito individual não homogêneo. Tem-na, contudo, para ajuizar as ações coletivas, para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (*class action*) tratados coletivamente (art. 81, parágrafo único e art. 82).

O § 5.º do art. 5.º da Lei n.º 7.347/85 (LACP), acrescentado pelo art. 113 do CDC, aplicável às ações propostas com base no Código por força dos arts. 21 da LACP e 90 do CDC, permite o litisconsórcio entre o Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Isto significa que o Ministério Público estadual pode promover ação civil pública na Justiça Federal, sendo a recíproca verdadeira, pois ao Ministério Público da União é facultada a propositura de ação civil pública na justiça estadual.

Na verdade não se trata de litisconsórcio puro, mas sim de representação da instituição do Ministério Público, que é una e indivisível⁽¹⁰⁾. O art. 128, CF diz que o Ministério Público compreende: "I — o Ministério Público da União; II — os Ministérios Públicos dos Estados", em franca alusão à unidade e indivisibilidade da instituição. Quando o art. 5.º da LACP, bem como o art. 82 do CDC, falam em estar legitimado o Ministério Público, estão considerando a instituição como um todo, não havendo necessidade de mencionar-se a divisão administrativa do *parquet*, feita a título de facilitação do exercício de seus misteres constitucionais.

9. Assunção da titularidade ativa pelo Ministério Público. Apenas no caso de desistência infundada da ação por qualquer legitimado (e não somente por associação autora), é que o Ministério Público deverá assumir a titularidade da ação coletiva.

A desistência da ação civil pública pelo Ministério Público é possível, pois não se estará maculando o direito material nela discutido. O que se veda ao substituto processual é a renúncia ao direito ou reconhecimento jurídico do pedido — que envolvem o direito material — e não a renúncia a facultades meramente processuais, que deixam incólume o direito material. Pode o *parquet*, portanto, renunciar ao poder de recorrer e desistir de recurso por ele interposto⁽¹¹⁾.

A indisponibilidade, portanto, atinge somente o direito material e não as facultades processuais do Ministério Público parte. O Ministério Público pode deixar de produzir determinada prova, desistir de prova já requerida, desistir de recurso, renunciar ao poder de recorrer e desistir da ação civil pública. Essa

processual (*Prozeßstandschaft*), cujo termo Chiovenda traduziu, foi identificado por Josef Kohler, em trabalho de direito material sobre o usufruto ("Der Dispositionsnießbrauch", in "Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", vol. 24 (1886), Jena, págs. 187-328, especialmente pág. 319, onde expressamente nomina o instituto de *Prozeßstandschaft* (substituição processual), denominação até hoje utilizada pela doutrina. Sobre a diferença entre legitimação extraordinária (gênero) e substituição processual (espécie), ver Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. I, Ed. RT, São Paulo, 1990, pág. 350 e segs. e 515 e segs.

(9) Nelson Nery Junior, Código, cit., pág. 628/629.

(10) Kazuo Watanabe e Nelson Nery Junior, Código, cit., págs. 515 e 640 e segs.

(11) Nelson Nery Junior, *Recursos no processo civil*, cit., n.º 2.4.1.6, pág. 118. Modificamos, no particular, nossa opinião anterior (Ferraz-Milare-Nery, *Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, cit., n.º 9.2, págs. 42/43).

desistência da ação civil pode ocorrer, por exemplo, quando o Ministério Público verifica que a pretensão deduzida é infundada, quer pela prova produzida supervenientemente à propositura da ação, quer pelo exame dos elementos de convicção constantes dos autos submetidos a seu exame. Estará dispondo do direito processual, mas não do direito material por ele defendido no processo. Se for o caso, poderá repropor a demanda da qual anteriormente desistira, munido de novas provas ou novos elementos de convicção.

10. Conclusões. Depois da exposição de nosso pensamento sobre o papel do Ministério Público na defesa judicial do consumidor, podemos extrair as seguintes conclusões que submetemos ao exame do Excelso Plenário do IX Congresso Nacional do Ministério Público:

1.^a) É obrigatória a participação do MP, como fiscal da lei, em todas as ações cíveis coletivas propostas com base no CDC;

2.^a) O MP tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor;

3.^a) São cabíveis todas as ações para a tutela do consumidor;

4.^a) O MP pode impetrar mandado de segurança para a defesa dos direitos previstos no CDC;

5.^a) A legitimação para a defesa coletiva do consumidor em juízo é concorrente e disjuntiva;

6.^a) A legitimação para a defesa dos direitos difusos e coletivos do consumidor em juízo é ordinária, sendo mais correto falar-se em legitimação autônoma para a condução do processo;

7.^a) Pode o MP estadual ajuizar ação civil pública na defesa do consumidor na justiça federal, sendo igualmente lícito ao MP federal ajuizá-la na justiça estadual. É facultativo o litisconsórcio entre ambos;

8.^a) Apenas no caso de desistência infundada da ação por qualquer co-legitimado é que o MP deverá assumir a titularidade ativa da ação coletiva.