

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — DIREITO DE CONSUMIDORES — LEGITIMIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

JUIZO DE DIREITO DA 13ª VARA CÍVEL DE BRASÍLIA

Autor: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Ré: Viação Aérea Riograndense — VARIG

Juiz de Direito: JORGE HAGE SOBRINHO

SENTENÇA

(A decisão transcrita transitou em julgado.)

Vistos etc...

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS ajuizou Ação Civil Pública, contra **VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE S/A — VARIG**, dizendo que a Ré, em manifesto desrespeito aos direitos dos consumidores coletivamente considerados, vem, de longa data, praticando abusos e irregularidades graves, violentando a legislação e a normatização estabelecida pelo Poder Público. Entre tais abusos e ilegalidades, enumera: “a — cancelamento de reservas confirmadas; b — atrasos constantes de vôos; c — cancelamento de vôos sem prévia comunicação aos passageiros; d — violação, danos, atrasos na entrega e extravio de bagagens; e — negligência; f — discriminação de passageiros; g — tratamento grosseiro e deseducado por parte de seus empregados a passageiros; h — alteração unilateral de horários de vôos sem prévia comunicação aos usuários; i — cobrança ilegal e indevida de diferenças de preços de passagens aéreas, como condição para o embarque de passageiros; j — recusa de endosso de bilhetes para outras companhias; k — informações imprecisas e inadequadas aos passageiros; l — interrupção de atendimento a passageiros em aeroportos; m — “overbooking” (venda de passagens e confirmação de reservas acima da capacidade das aeronaves), dentre outras”. Enumera diversos casos concretos, que denomina de “casos-exemplos”, retratando situações de passageiros específicos, que formularam reclamações

junto à fiscalização do D.A.C. em vários aeroportos do país, relativamente a diferentes vôos da Companhia — Ré, e que refletem queixas de naturezas diversas, dentre as antes mencionadas. Diz que tais abusos e irregularidades estão comprovados com a documentação que acompanha a Inicial, obtida junto ao D.A.C. Além disso, faz juntar cópias de um depoimento tomado, na própria Promotoria, de uma passageira, e outro, de um aeroviário.

Por fim, invoca dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, particularmente os Arts. 14 e 20, para caracterizar como “impróprios ao consumo”, os serviços fornecidos pela empresa, o que a torna *responsável*, “por perdas e danos, inclusive danos morais aos consumidores coletivamente considerados que com ela contrataram o transporte aéreo respectivo”. Refere-se, nesse passo, ao “cabimento de indenização pelo dano moral suportado pelos consumidores lesados pela Ré, cumulativamente com indenização do dano patrimonial (prejuízos sofridos direta ou indiretamente), eis que inquestionável o sentimento de revolta... dos seus passageiros, em face dos abusos e ilegalidades narrados nesta Ação Civil Pública” (fls. 16). Ao formular o pedido, todavia, *limitou-se o Autor a requerer a condenação da Ré “ao pagamento de indenização e ressarcimento de perdas e danos morais causados aos consumidores vítimas dos abusos e ilegalidades retro-descritas* (condenação genérica — Lei nº 8.078/90, art. 95), sendo que a liquidação e execução observarão o dispostos nos Arts. 98 e segs. do mesmo codex” (fls. 17).

Determinada a publicação do Edital, a fls. 132, sua prova veio a fls. 211.

Citada, a Ré ofereceu Contestação, a fls. 139 e segs., acompanhada, também, de documentos, além de insurgir-se contra, o valor, atribuído à causa, em peça própria, autos apensos, onde já proferida Decisão que manteve o valor constante da Inicial.

Na Contestação, a empresa-Ré argüi, em “preliminar”, ausência de Condição da Ação (Art. 267, inciso VI/C.P.C.), ao fundamento de *que inexistente o traço de homogeneidade indispensável entre os interesses alegadamente contrariados*, o que acarreta a *illegitimidade Ativa do Ministério Público*, que não pode patrocinar *interesses individuais disponíveis*, não se prestando a isso, tampouco, o instrumento processual da Ação Civil Pública. Em erudita peça de resposta, colaciona e analisa extensas contribuições doutrinárias e jurisprudenciais atinentes à “questio iuris”, detendo-se, ao final, no exame meritório dos fatos trazidos a Juízo pelo Autor, não antes de registrar sua dificuldade “em promover sua defesa, diante da multiplicidade de situações descritas na Inicial (o que) dá o tom da heterogeneidade dos interesses individuais em conflito”. Menciona, ainda, o caso de uma das passageiras que, embora arrolada na Inicial, “não está de acordo com a Ação... e está sendo obrigada a ter um direito... contra sua vontade”, conforme manifestou em correspondência dirigida à empresa. Conclui alegando não haver ficado provada a responsabilidade da Ré pelos fatos argüidos, nem sequer a efetiva existência dos mesmos, acoiando, ainda, de “impreciso” e “pouco claro” o relato da Inicial. Pede a extinção sem julgamento do mérito ou o julgamento de improcedência.

Réplica a fls. 177, onde o Ministério Público rebate toda a argumentação posta em preliminar, trancrevendo, por seu turno, doutrina e jurisprudência que entende em seu favor. Ao final, diz que a Ré “em nenhum momento da Contestação se insurgiu contra o mérito”, silenciando sobre os fatos.

Intimado para manifestar-se sobre outras provas a produzir, o Autor entendeu estar a matéria dos autos “a dispensar outras pro-

vas”, sendo que a Ré requereu prova testemunhal, constante de uma passageira, um fiscal do D.A.C. e um aeroviário, dois dos quais, mediante precatória.

RELATADOS, DECIDO.

O processo não pode prosseguir, devendo, de logo, receber Sentença, na forma do Art. 329 do C.P.C..

As questões postas pela Ré, em preliminar, merecem apreciação detida. Trata-se de matéria polêmica, sobre a qual doutrina e jurisprudência ainda não encontraram pacificação. É natural que assim seja, vez que a tendência a coletivização do processo, acentuada nos últimos anos, a partir da Lei da Ação Civil Pública, da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, vem sacudindo e abalando as velhas e tradicionais estruturas do Processo Civil, assentadas no conceito individualista e intersubjetivo das demandas do tipo “Tício x Caio”.

Não se prestigiam, aqui, tais orientações conservadoras, apegadas a uma tradição que não mais atende as necessidades da sociedade atual. Nem por isso, todavia, se há de dar curso a qualquer pretensão de caráter coletivo, estimulando a novidade pela novidade, ou a coletivização do processo unicamente porque.. isso simplifique o trabalho do Judiciário ou reduza o custo para os Autores. Nem, tampouco, se há de autorizar a substituição processual pelo Ministério Público, em qualquer caso, sem a análise refletida e cuidadosa da pretensão, em face das suas funções institucionais e constitucionais. O exame e a apreciação serena de cada caso que se apresente, constitui método insubstituível, quando se trata da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, vagos e, mais ainda, novos, como são os de “interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos”.

No caso concreto destes autos, não se pode reconhecer razão a Ré, quando alega que os fatos aqui relatados não se prestam a caracterização de qualquer das espécies de interesses coletivos (“lato sensu”) difusos, coletivos (“stricto sensu”), ou individuais homo-

gêneos. Segundo ela, os fatos relatados revelam “interesses individuais de consumidores, que não guardam qualquer homogeneidade”, situando-se, assim, “fora do alcance da Ação Civil Pública”, e, mais ainda, da possibilidade de de legitimação do Ministério Público.

Ora, não é bem assim. Um mesmo fato pode gerar pretensões as mais diversas, assentadas em interesses individuais simples, individuais homogêneos, coletivos ou difusos, tudo a depender da espécie de tutela jurisdicional que venha a ser requerida pelo Autor. Se, com fundamento nos fatos descritos nestes autos, cada uma das pessoas diretamente por eles afetada pleitear ressarcimento individual dos seus danos materiais ou morais, ter-se-á, aí, o ensejo de uma Ação Individual Indenizatória. Se, o PROCON ou uma associação civil ajuíza pleito semelhante, mas em sede de processo coletivo, como substituto processual (não se discutindo agora a questão da unidade ou pluralidade fática que deu origem aos danos) ter-se-á uma Ação Coletiva, igualmente Indenizatória. Já se, de outro lado, uma das entidades legitimadas para tanto, resolve ajuizar Ação de Obrigação de Fazer ou Não Fazer (Cominatória), objetivando evitar a ocorrência de novos fatos semelhantes, no futuro (o que provavelmente iria repetir-se, se não tomada qualquer providência), está-se diante; evidentemente, da proteção de interesses coletivos “*stricto sensu*,” e quiçá no seu mais alto grau — interesses difusos.

Como se vê, a questão não é tão simples assim, descabendo afirmar-se que tal ou qual fato somente pode ensejar tal ou qual espécie de interesse, direito, pretensão ou ação. (Nessa mesma linha de entendimento, confirmam-se as lições de Nelson Nery Júnior, in *Rev. de Direito do Consumidor*, nº 1, pág. 202).

Tampouco tem razão a Ré, ao pretender afastar, de plano, a possibilidade de legitimação do Ministério Público, em tese, em qualquer ação envolvendo “interesses disponíveis”. Também, as coisas não são bem assim. As diferenças do 147% (cento e quarenta e sete por cento) da previdência constituíam, certamente, direito disponível, como disponível, é também, o direito de pagar ou não pagar determinados reajustes de mensalidades, exi-

gidos por escolas particulares ou planos de saúde. Nem por isso, todavia, é correto negar legitimação ao Ministério Público, para o ajuizamento de ações envolvendo tais interesses. É que estes, embora disponíveis no plano individual, assumem dimensões, abrangência e relevância tais, na sociedade como um todo, que sofrem uma mutação qualitativa, transmutando-se de interesses individuais, para assumirem a nota de uma outra categoria — a de interesses sociais. Como tal, aliás, estão eles contemplados, autonomamente, no *caput* do Art. 127 da C.F./88, como algo claramente distinto dos interesses “individuais indisponíveis”. É ao Ministério Público, por força daquela norma, incumbe a defesa de ambos, além da defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Para assumir tal dimensão, entretanto, os interesses originariamente individuais devem preencher certos requisitos, relacionados a aspectos *quantitativos* e *qualitativos* (número de pessoas atingidas e natureza do direito ofendido ou ameaçado).

Feitas tais ressalvas, porém, no plano das teses sustentadas, na peça de resposta, forçoso é reconhecer que, no caso concreto, a razão está com a Ré, e o presente processo é de ser extinto sem julgamento do mérito, por ausência de Condição de Ação. É que o Ministério Público não tem legitimidade para o ajuizamento desta ação, nos termos em que a mesma foi proposta. E não tem, por duas razões.

1ª — Registre-se, prefacialmente que, muito embora os fatos relatados não fossem, de si, imprestáveis para embasar uma ação coletiva, visando a proteção de interesses efetivamente coletivos (Ação de Obrigação de Fazer ou Não Fazer, por exemplo) e capaz de prevenir ocorrências semelhantes, evitando danos futuros a pessoas indeterminadas, não é isso o que foi pedido na Inicial. Ao contrário, o pedido é expressa e exclusivamente de condenação da Ré a pagar indenização e ressarcimento aos consumidores que já foram vítimas dos abusos e ofensas relatados na Inicial. Trata-se, assim, do típico pedido condenatório coletivo “de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”, nos termos do Art. 91 do C.D.C.. Assim posto, assim tem que ser examinado e julgado.

Nesses termos, colhe-se com facilidade do relato da Inicial que os interesses disponíveis aqui postos, ficam longe de preencher os requisitos de abrangência, dimensão e relevância social acima apontados. A todas as luzes, não há comparação possível, sob esse ângulo, entre os interesses de duas ou três dezenas de passageiros de avião que têm reclamações (conquanto justíssimas que possam ser) contra uma empresa aérea e, de outro lado, os milhares ou milhões de brasileiros atingidos pela usurpação dos 147% (cento e quarenta e sete por cento) da previdência ou pela escorcha das mensalidades escolares e dos planos de saúde.

Em tais condições, e havendo que apreciar a pretensão contida na Inicial, nos exatos termos em que ela foi posta (como ação civil coletiva, de caráter condenatório, de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos pelas vítimas), é inevitável o reconhecimento de que se trata de interesses individuais disponíveis, e sem relevância e abrangência suficientes para serem alçados à categoria mais nobre de “interesses sociais”.

2ª — Os interesses individuais aqui postos não revelam verdadeira “origem comum”, apta a imprimir-lhes a marca de “interesses homogêneos”.

No que pertine a esta exigência, constante do inciso II, do parágrafo único do Art. 81, vale, também, ser ressalvado que não é imperioso, para o preenchimento desse requisito, que os interesses decorram de “uma unidade factual e temporal” rígida conforme bem adverte Kazuo Watanabe. Todavia, essa flexibilização do conceito não pode ir ao ponto de apanhar fatos inteiramente isolados no tempo e no espaço, na espécie, na natureza, nos agentes e nas ações, como ocorre com os fatos descritos nesta Inicial. Os exemplos fornecidos pelo próprio mestre citado, às páginas 506 dos comentários ao C.D.C, ajudam a perceber a diferença entre o que tem ele em mente e o que se tem nestes autos. Reporta-se o doutrinador às “vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa, em repetidos dias”. Ora, aí se tem, realmente, um único fato originário — *uma publicidade enganosa* — e o que varia é somente a época

e os órgãos de sua *veiculação*. No segundo exemplo, do mesmo mestre, refere-se ele a “um produto nocivo à saúde, adquirido por vários consumidores, em largo espaço de tempo e em várias regiões”, aí, também, se tem claramente *um único produto nocivo* à saúde, variando apenas a ocasião e o local da compra, o que é, obviamente, de pouca relevância. O caso dos autos é inteiramente distinto. Aqui se tem, *uma multiplicidade de fatos*, de acontecimentos diversos, de ocorrências distintas, a descaracterizar, por inteiro, o conceito de “origem comum” posto no art. 81 como essencial para a definição do que sejam “interesses homogêneos”. Aqui não há *um FATO*, *um ATO* provocador do dano, e sim, uma pluralidade de fatos autônomos. Não prospera, tampouco, o último esforço produzido pelo Autor (meritório esforço, reconheça-se) para sustentar a pretensão: “uma mesma situação-base: o contrato de transporte aéreo firmado com a Ré” (fls. 178). Ora, não há um contrato de transporte, unificando os consumidores; e nem seria esse o ato ou fato lesivo necessário, e sim as infrações a ele, ainda que único fosse, e não é.

Por último, se se admitisse, para argumentar, abstrair todas essas questões, restaria ainda outra — a *indeterminabilidade* dos possíveis “ofendidos”, eis que, inexistindo *um* fato ou ato definido, demarcável, situado no tempo e no espaço, a dar origem comum aos danos, poderiam comparecer para a “liquidação e execução” sedizentes ofendidos desde a data da fundação da empresa-Ré, até o final dos seus dias...; isto é, vítimas das irregularidades dos mais diversos vôos da Varig, no passado, no futuro, em qualquer tempo ou lugar...!

Isso fica mais patente ainda, quando se projeta o que haveria de ocorrer ao longo da instrução, caso pudesse o feito prosperar. Qual o *fato* que cumpriria ao Autor provar? Iria ele fazer a prova de um fato, ou de uma série de fatos efetivamente ocorridos? E como ficariam outros fatos semelhantes, que vitimaram outros consumidores, antes ou depois?

Note-se que aqui não se trata daqueloutra espécie de prova, que cabe a cada uma das vítimas, ou seja, a prova *dos seus danos in-*

individuais, a ser feita, esta sim, em sede de execução, após a Sentença Condenatória Genérica. O que aqui se observa é que inexistia um fato a ser objeto da prova comum nesta primeira esfera processual — o Processo de *Conhecimento*; Caberia, então, ao Ministério Público fazer, agora, a *prova de cada um dos fatos isoladamente ocorridos*, em cada Aeroporto, com cada uma das vítimas enumeradas na Inicial? Iria ele provar os fatos ocorridos, por exemplo, com o consumidor JOSÉ ALBERTO, em Rio Branco — AC, em 27.12.94, com LUIS INÁCIO BORGES, em Mossoró — RN, em 08.01.95, com LUIZA CRISTINA, em Boa Vista — RR, em 30.06.95, com MIGUEL ANTÔNIO DA SILVA, na Ponte Aérea Rio — São Paulo, em 01.04.95, com LOURDES FRANÇA, em Cuiabá — MT, em 08.07.95, e assim por diante! Ora, feito isto, o que restaria para ser provado na Liquidação e Execução da Sentença Genérica, nos termos do Art. 97?. Pior que isso, como poderia ser “genérica” tal Sentença, se resultante já da justaposição dos diversos fatos provados, cada um de per si, na instrução?.

A toda evidência, não é esse o espírito do sistema processual das Ações Coletivas no C.D.C., o qual pressupõe, isto sim, uma “condenação genérica” indivisa, global, à qual se seguirão, ou não (na dependência da vontade de cada um das vítimas) as liquidações e execuções individuais, quando, só então, deixa de ser tratado com um todo indivisível o bem jurídico objeto da tutela. Não é outra a lição de *Ada Pellegrini Grinover*: “antes das liquidações e execuções individuais, o bem jurídico objeto da tutela ainda é tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença” (pág. 555, C.D.C. Comentado).

Na hipótese destes autos, porém, caso prosperasse o pedido, jamais se chegaria a uma sentença “aplicável a toda a coletividade, de maneira uniforme”, eis que a mesma teria sido construída, mediante o simples somatório de condenações previamente individualizadas, o que seria, no fundo, uma contrafação de processo coletivo. Tudo isso significa, visto de outro ângulo, que os fatos, as origens, eram, na verdade, autônomos, individuais, e

não “origem comum”, como exige a lei e o bom senso.

Vale observar, ainda a esse respeito, que o Autor, no esforço evidente para enquadrar a pretensão no modelo coletivo, e, por certo, já percebendo as dificuldades que enfrentava (mas no afã de prestar mais um bom serviço à coletividade) procurou caracterizar seu relato, de início, com as tintas do “coletivo”. Assim, falou em “casos-exemplos”. Ora, se eram meros “casos-exemplos”, não poderiam, no final, ser, ao mesmo tempo, os próprios *casos concretos, objeto do próprio pedido indenizatório*. E não se alegue que a liquidação e execução estariam abertos a terceiros (ou para os que viessem a habilitar-se na forma do edital) pois, vistas as coisas desse ângulo, nivelados esses “casos” a outros, eventuais, indeterminados, volta-se à questão anterior, e sequer restaria um “objeto” para o presente processo de conhecimento. Sim, porque se deve ele conduzir a uma sentença condenatória genérica” (logo, ilíquida como é da natureza deste procedimento), inexistiria um fato, ou uma questão fática, sobre a qual esteja a versar o feito, depois que dele se retiram (restando aí apenas à guisa de “casos-exemplos”) os fatos relatados na Inicial.

Seja como for, e ainda que se tivesse como viável uma Ação Coletiva na espécie dos autos (o que, decididamente, não é razoável), poderia ela, quiçá, ser ajuizada por algum outro dos substitutos processuais ou legitimados extraordinários — PROCON, Associações etc. — mas não pelo Ministério Público, mercê do insuperável obstáculo anterior. Neste sentido, aliás, a melhor e mais avançada jurisprudência e doutrina, *verbi gratia*: STJ — REsp 38.176-2-MG — Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ — REsp 70.997 — Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; TJDF. Ap. Cível 35.149 — Rel. Des. Nancy Andriighi. *Na doutrina*: HUGO NIGRO MAZZILLI — A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Ed. R.T.; KAZUO WATANABE e ADA P. GRINOVER — Cod. Brasil. de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto — Forense Universitária; RODOLFO C. MANCUSO — Manual do Consumidor em Juízo e Ação Civil Pública; NELSON

NERY JR. Aspectos do Processo Civil no C.D.C., in Rev. Dir. do Consumidor, 1/202; Teori ALBINO ZAVASCHI — o M.P. e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos; in Rev. de Informação legislativa, a. 30, m. 117.

Aqui, como se percebe, não se trata de um opção entre apenas duas alternativas: admitir-se a legitimação do M.P., ou deixar as possíveis vítimas à mercê apenas de suas próprias forças individuais para provocar a jurisdição. Não. O nosso sistema processual e nossa organização social, felizmente, já contemplam alternativas outras para casos como o dos autos. São os órgãos próprios de defesa do consumidor da União, dos Estados, dos Municípios e do D.F., são as entidades e órgãos da Administração Indireta, são as associações para isso voltadas — tudo isso no plano coletivo ou individual. E, ainda, no plano individual, as Defensorias Públicas do D.F, dos Estados e da União. Nunca é demais destacar a importância do sistema de tutela jurisdicional de Defesa do Consumidor, para a efetiva operacionalização dos direitos do cidadão e do seu efetivo acesso a Justiça. E é no próprio interesse da preservação, da credibilidade e

da afirmação desse Sistema, que se impõe ao Judiciário o zelo pela sua correta observância e funcionamento.

Evidente que caberá sempre à Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Consumidor a opção quanto ao ajuizamento, ou não, de cada lide que entender passível de tratamento coletivo sob sua titularidade ativa. E são indiscutíveis os méritos do trabalho até aqui por ela desenvolvido em prol da coletividade de consumidores. A mais perfeita harmonização dos pontos de vista, porém, na interpretação dos conceitos fulcrais da matéria — ainda novos e, em grande parte, indeterminados — só há de vir com o tempo, como ocorre em — qualquer área mais moderna do Direito.

ISTO POSTO, EXTINGO O PROCESSO sem apreciação do mérito, por falta de condição da ação — ilegitimidade ativa — na forma do inciso VI, do Art. 267 do C.P.C.

Após transitar em julgado, dê-se baixa e archive-se.

P.R.I.

Brasília-DF, 07 de novembro de 1996

JORGE HAGE SOBRINHO, Juiz de Direito

COMENTÁRIO

1. É imperioso que se reconheça o grande avanço da posição do consumidor em juízo — até recentemente pulverizada, perante a parte contrária, que não é, como o consumidor comum, um litigante eventual —, postulando uma colocação mais justa do equilíbrio entre as partes, que receba garantia de maior alcance do que aquela assegurada no plano meramente formal. Impunha-se a criação de técnicas novas que, aumentando os apetrechos colocados à disposição do consumidor e conformadas pelo ordenamento jurídico, propiciassem o tratamento coletivo de pretensões individuais que, isoladamente postas, teriam poucas possibilidades de condução justa. Mas a ampliação da abrangência do instrumento coletivo de proteção de interesses não se podia

colocar no contexto do ordenamento jurídico, tal como efetivamente se deu, sem um regramento que suponha, quando em causa direitos subjetivos divisíveis (portanto fora dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível), sejam esses direitos “*agrupados por sua origem comum*” (ADA GRINOVER, *O Processo Civil Contemporâneo*, coordenação de Luiz Guilherme Marinone, Juruá Editora, Curitiba, 1994, ps. 31-34).

2. Existem especialistas que não aceitam sequer a legitimação do Ministério Público para demanda envolvendo interesses individuais, *mesmo homogêneos*. Sirva de exemplo a palavra do emérito PROF. BARBOSA MOREIRA, ao assinalar (*Revista Trimestral de Direito Público*, 3/1993, p. 201):

“Aliás, devo notar que a Constituição, em seu art. 129, inciso III, também quando se refere à ação civil pública, especialmente, só fala em interesses difusos e coletivos.

Desejariam que esses sistemas fossem homogêneos. Aliás, penso que há uma clara tendência, no Direito brasileiro, porque, depois da Lei que instituiu a ação civil pública, vieram o Código de Defesa do Consumidor e também o Estatuto da Criança e do Adolescente, observando-se em todos eles um certo propósito de uniformizar, de tornar homogêneo o tratamento desse tipo de problema. Então, diria que, de lege ferenda, seria desejável que tudo isso obedecesse à mesma sistemática; mas, reconheço que de lege lata, é um pouco difícil afirmar preemptoriamente essa conclusão (...).”

3. O caso concreto não exigiria tanto. Seria *tour de force* inútil. Mas não constitui demais assinalar-se o longo caminho percorrido pela legislação brasileira, chegando afinal à conclusão inafastável de que a situação retratada não era mesmo alcançada pelas normas de proteção ao consumidor invocadas na petição inicial, faltando ao Ministério Público, pois, condição para ajuizá-la.

4. Em primeiro lugar foi editada a Lei nº 7.347/85, que tratou dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, concernentes ao ambiente e aos consumidores. Por força da Constituição de 1988 vieram, depois, os preceitos relativos ao mandato de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX) e às ações coletivas de associações (art. 5º, inc. XXI), de sindicatos (art. 8º, inc. III), do Ministério Público (art. 129, inc. II) e dos índios e suas comunidades e organizações (art. 232), sem prejuízo de legitimações outras, a serem estabelecidas em diplomas de natureza infraconstitucional (art. 129, § 1º). Pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), afinal, que ampliou o alcance da ação civil pública, estendendo-a a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e criando uma nova ação coletiva. Essa ação — como assinalam os estudiosos do tema — visa a defesa de *direitos subjetivos divisíveis*, agrupados por sua origem comum, normalmente tratados em separado.

5. Os especialistas costumam fazer a distin-

ção, para que a ação excessiva do Ministério Público não transforme as relações sociais e econômicas num verdadeiro caos, a título de defesa dos interesses que esses diplomas pretendem preservar, banalizando o vigoroso instrumento processual.

6. A própria ilustre processualista ADA GRINOVER, com tendência sabidamente liberalizante em favor da legitimação *ad causam* do Ministério Público, reconhece, com inegável superioridade intelectual, em excerto que ressalta a marca de seu reconhecido talento (*O Processo em Evolução*, p. 454):

“Como já se viu (...), a legitimação do MP tem como fundamento jurídico dispositivos constitucionais e legais, que lhe conferem a titularidade das ações coletivas para defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, coletivamente tratados.

O fundamento político da legitimação do MP às ações coletivas, como dito (...), está na dimensão social dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, estes quando coletivamente tratados.

Mas o MP não é legitimado às ações em defesa de direitos individuais disponíveis, afora a última hipótese acima indicada.

Nos autos, o MP é portador, quando muito, da pretensão de uma parcela da coletividade formada pelos acionistas da sociedade dissolvenda, em contraposição à pretensão de outra parcela da mesma coletividade: ou seja, de um feixe de direitos individuais disponíveis, em contraposição a outro feixe (...). E não se trata, na espécie, de direitos individuais homogêneos, que possam ser coletivamente tratados.”

7. Fazendo eco à advertência, na mesma questão da ilegitimidade detém-se o renomado KAZUO WATANABE, em sua justamente celebrada obra *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*.

8. Para acentuar a falta de legitimidade ativa do Ministério Público, em caso semelhante ao que o caso comentado retrata, basta que se transcreva o seguinte trecho culminante, que expressa escorreita enunciação (ob. citada, p. 514-515):

“(...) Entidades públicas e privadas, inclusive o Ministério Público, não estão legitima-

das para a tutela de interesses individuais agrupados (exclusão feita à hipótese prevista no inc. II do parágrafo único do art. 81 do CPC), mormente em se tratando de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.

Essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inc. III do art. 129, CF, sob pena de transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto do art. 127 e seguintes da Constituição Federal. Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do parquet. Foi a relevância social da tutela a título coletivos dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao MP e a outros entes públicos e privados a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular, mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis.”

9. Outro ilustre jurista, HUGO NIGRO MAZZILLI, em obra modelar e pioneira sobre a tormentosa questão, friza esse mesmo caráter. Sem limitar absolutamente a ação do Ministério Público naquilo que a Constituição lhe atribui, recusa-lhe legitimação, no entanto, para a defesa de interesses, ainda que individuais, mas desde que disponíveis. É o que se extrai de sua obra consagrada (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Ed. Rev. dos Tribunais, 5ª ed., 1993, p. 71):

“Devemos examinar o dispositivo do art. 129, III, da Constituição da República, em harmonia com a destinação institucional do Ministério Público voltado à defesa de interesses ainda que individuais, mas indisponíveis (CF, art. 127, caput).”

10. E em outro trecho destaca, em portentoso painel, o mesmo autor (p. 90-91):

“Estaria, assim, o Ministério Público legitimado a defender qualquer interesse coletivo em sentido lato? Poderia a instituição remover, em última análise, até mesmo a defesa de quaisquer interesses individuais homogêneos? Como antecipamos, a resposta depende do caso concreto.

Não se pode recusar que o Ministério Pú-

blico está legitimado à defesa de qualquer interesse transindividual indivisível; contudo, parece-nos que, por sua vocação constitucional, não está o Ministério Público legitimado à defesa em juízo de quaisquer interesses de pequenos grupos determinados de consumidores, atingidos por danos variáveis e individualmente divisíveis, sem maior repercussão na coletividade.

Às vezes, a defesa de interesses de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo. Isto geralmente ocorre em diversas hipóteses, como quando a questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas; quando haja extraordinária dispersão de interessados, a tornar necessária ou, pelo menos, conveniente sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público; quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo, de um sistema econômico, social ou jurídico.

Exemplificativamente, há sério abalo na captação da poupança popular ou na confiança de mercado das empresas, sempre que ocorrem falhas de gravidade no respectivo sistema. Por razões como essas, o Ministério Público é chamado a intervir na defesa de interesses coletivos, em favor de credores em questões falimentares, ou em favor de titulares de valores mobiliários, para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos por eles sofridos.

Na atuação ministerial em defesa dos chamados interesses individuais homogêneos, deve afirmar-se interpretação de caráter finalístico. O art. 129, III, da Constituição, comete ao Ministério Público a defesa de interesses difusos e coletivos. Quanto aos difusos, não há distinguir; por coletivos, entretanto, aí estão os interesses da coletividade como um todo. A defesa dos interesses de meros grupos determinados de pessoas (como consumidores individualmente lesados) só se pode fazer pelo Ministério Público quando isto convenha à coletividade como um todo, como nos exemplos acima invocados: se é extraordinária a dispersão de lesados; se a questão envolve defesa da saúde ou da segurança dos consumidores; se a intervenção

ministerial é necessária para assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social e jurídico. Não se tratando de hipótese semelhante, a defesa de interesses de consumidores individuais deve ser feita por meio de legitimação ordinária, ou, se por substituição processual, por outros órgãos e entidades que não o Ministério Público, sob pena de ferir-se a destinação institucional deste último.”

11. Finalmente, ressalta HUGO NIGRO MAZZILLI (ob. citada, p. 91):

“Em síntese, devemos examinar o dispositivo do art. 129, III, da Constituição da República, em harmonia com a destinação institucional do Ministério Público, votado à defesa de interesses ainda que individuais, mas indisponíveis (CR, art. 127, caput).

Nas hipóteses em que a Defensoria Pública, uma associação, um sindicato ou mesmo o Ministério Público, quando cabível, defendem em juízo os interesses de um ou de alguns lesados determinados, mediante assistência judiciária, representação ou substituição processual (ex.: Lei Complementar Federal nº 40/81, art. 22, XIII; CR, arts. 5º, XXI, 8º, III e 134; CPP, arts. 63 e 68, v.g.), não se trata senão da defesa de interesses individuais ou até coletivos, não difusos.

Estará, porém, o Ministério Público sempre legitimado, pela Lei nº 7.347/85 e pelos arts. 81-2 do CDC, a defender o consumidor considerado de forma global e dispersa, como no exemplo de uma fábrica que coloca no mercado uma série de milhares de produtos com o mesmo defeito; como no caso da propaganda enganosa, abusiva ou irregular, que atinge uma categoria indeterminada de lesados; como na venda de um alimento ou de um medicamento deteriorado, em larga escala.

Também por meio de ação coletiva pode ser buscada a indenização por danos individuais a consumidores determinados que constituam um contingente elevado.”

12. A empresa aérea demandada assinalou, em demonstração *ad rem*, a ausência do requisito do interesse individual homogêneo, ainda uma vez recorrendo às vibrantes observações de ADA GRINOVER (*O Processo em*

Evolução, Ed. Forense Universitária, p. 462-463):

“Exemplifique-se, por amor à clareza: se, numa ação civil pública versando sobre mensalidades escolares, o pedido for de fixação das mensalidades, em geral, de acordo com certos parâmetros, estaremos perante um caso de tutela de interesses difusos ou coletivos, que poderá beneficiar, de maneira igual, todos aqueles que se encontrem na mesma situação; mas se o pedido disser respeito à restituição de parte das mensalidades, tratar-se-á de interesses individuais homogêneos.

Numa ação civil pública de natureza tributária, o pedido de anulação do lançamento de um determinado imposto configurará caso de proteção de interesses coletivos, aplicando-se de forma igual a toda a categoria de contribuintes daquele tributo; mas o pedido de devolução do tributo representará tutela de interesses individuais homogêneos, com diferenças entre a restituição para um ou outro.

No campo das relações de consumo, versará sobre interesses difusos o pedido que vise à retirada de produto nocivo do mercado, beneficiando de maneira igual a todos os consumidores, efetivos ou potenciais; mas o pedido que se consubstancie na reparação aos danos pessoalmente sofridos pelos usuários do produto indicará a defesa de interesses individuais homogêneos, e cada qual será reparado na medida de seu dano.

Se se pudesse estabelecer um paralelo entre a defesa de interesses a título coletivo e o litisconsórcio, dir-se-ia que, no caso dos interesses difusos e coletivos, o litisconsórcio que surge é necessário e unitário, sendo a questão decidida de forma idêntica para todos, dada a individualidade do objeto; enquanto, na hipótese de interesses individuais homogêneos, o litisconsórcio seria facultativo e comum, podendo a lide ser decidida de maneira diversa para cada litisconsorte.”

13. Conquanto a ilustre publicista admita diferenças na prestação jurisdicional em relação a cada um dos interesses individuais, em todos os exemplos existe a presença marcante do requisito da *homogeneidade*, vale dizer,

idêntico fundamento jurídico, conquanto diversa repercussão para o interesse lesado.

14. No caso, tais requisitos não estavam presentes, obviamente, porque conquanto o suposto ressarcimento de perdas e danos morais de pagamento de indenização varie de acordo com a questão de fato relatada pelo autor, não existe um fundamento jurídico único a abranger as questões apresentadas, a proteger os interesses individuais, que não são, por isso mesmo, *agrupados por sua origem comum*.

15. É indescritível que o interesse individual que é protegido no ordenamento jurídico em face de uma suposta discriminação de passageiros, do tratamento grosseiro e deseducado por parte dos empregados da empresa aérea a passageiros, de informações imprecisas e inadequadas a passageiros, de atrasos de entregas e de extravio de bagagens — faltas assinaladas pelo Ministério Público na petição inicial —, não se identificam com os interesses individuais que estariam afrontados em face de cancelamentos de vôos, ou de reservas confirmadas, ou de atrasos, ou recusa de endossos, ou de venda de passagens acima da capacidade das aeronaves.

* * *

16. Mas ainda que houvesse o traço da homogeneidade entre os interesses contrariados, o Ministério Público não tinha mesmo legitimidade, por um segundo relevantíssimo fundamento, para propor a ação civil pública, porque, como se vê da descrição feita na petição inicial, cuidam-se de interesses manifestamente *individuais e disponíveis* de consumidores supostamente lesados e, por igual, sobretudo nesses casos é incabível a iniciativa da instituição, como mostra a sentença comentada, da lavra do ilustre Juiz Dr. JORGE HAGE SOBRINHO. O mesmo HUGO NIGRO MAZZILLI ressalta o não cabimento da ação, em situação que se assemelha com a espécie, por versar *interesses estritamente individuais de consumidores, sem abrangência social e sem características de indisponibilidade*. Vale a pena transcrever o trecho perti-

nente, até mesmo pela ainda pequena assiduidade da situação descrita perante os pretórios nacionais (HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa de Interesses Difusos em Juízo*, 5ª ed., p.87):

“Na defesa do consumidor, a atuação do Ministério Público deverá levar em conta o tipo de interesse e o tipo de pedido na ação civil proposta.

Tratando-se da defesa de interesses difusos, a atuação do Ministério Público sempre será exigível. Já em matéria de interesses coletivos e de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano (mesmo o dano potencial); b) haja acentuada relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico.

Assim, se a defesa de um interesse, ainda que apenas coletivo ou individual homogêneo, convier direta ou indiretamente à coletividade como um todo, não se há de recusar o Ministério Público de assumir sua tutela. Quando, porém, se tratar da defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade nem suficiente abrangência social, pode não se justificar a iniciativa do Ministério Público. Por fim, na defesa de interesses estritamente individuais, de consumidores, raramente se justificará a iniciativa da instituição.”

17. O Ministério Público pretendia legitimar-se para a propositura de ação civil pública na defesa de interesses privados, nitidamente privados e plenamente disponíveis, não agrupados por sua origem comum, sem guardar qualquer homogeneidade entre eles, em detrimento das regras constitucionais e infraconstitucionais disciplinadoras de tal situação (*supra*, 4). A interpretação sistemática de tais regras impunha a conclusão de que o Ministério Público deve atuar na defesa do interesse público e não no interesse privado, manifestado no grupo de pessoas que estaria inconformado com o desempenho da atividade da empresa aérea. A deturpação de uma tal si-

tuação excepcional conduziria a anomalias que a consciência jurídica rejeita.

18. Outro não poderia ser, pois, o desfecho da demanda ajuizada: o patrimônio público e social não se encontrava ameaçado, o mesmo se podendo falar do meio ambiente. Por sua vez, a hipótese em tela não versava sobre interesses difusos ou coletivos, mas sobre interesses mensuráveis, identificados e pertencentes a certo número de pessoas, não agru-

padas por qualquer interesse comum, pelo que não poderiam receber a proteção da Lei nº 7.347 de 24.6.85, resultando daí, sem dessacralizar o vigoroso instrumento processual, que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não tinha legitimação para ajuizar a ação civil pública, como se vê da irretocável sentença comentada.

PEDRO GORDILHO, advogado em Brasília e São Paulo.