

# AÇÃO CIVIL PÚBLICA

---

## AÇÃO CIVIL PÚBLICA A TUTELA JURÍDICA CONSAGRADA E O USO ABUSIVO EM DISCUSSÃO

MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ

Mestranda em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS  
Professora Universitária da PUCRS e UNISINOS

**SUMÁRIO:** Introdução — 1. A tutela coletiva consagrada: 1.1 A facilitação do acesso à Justiça; 1.2 O problema da legitimação; 1.3 O tratamento da coisa julgada — 2. A tutela abusiva em discussão: 2.1 A tutela dos interesses individuais homogêneos; 2.2 A extensão dos poderes do juiz na reparação de danos — 3. Conclusão.

### **Introdução**

Tradicional que foi na tutela específica dos interesses individuais, o Estado moderno, que se pretende formado nas bases de uma democracia social, há muito deixou de ter a responsabilidade única de regulação de relações interpessoais. A sociedade hodierna, com mais intensidade após a II Guerra Mundial, apresenta-se, sob o signo da massificação, como uma sociedade coletiva, caracterizada, mais especialmente, por uma coletivização dos interesses de seus integrantes. A busca é por uma organização comunitária, representativa, em que prevalece a visão do coletivo em detrimento das ações individuais.

Esta manifestação coletiva é resultado não só da verificação de uma maior força coercitiva nos comportamentos tomados em grupo, como da própria identificação social pela visão coletiva, fenômeno incrementado pela comunicação de massa desenvolvida em meados deste século. Hoje, tem-se como fenômeno de estudo não o adquirente específico de determinado produto, mas a categoria dos consumidores. Da mesma forma, e mais especificamente no âmbito contratual, preocupam mais os contratos de massa que a disciplina de relações intersubjetivas excepcionais.

Reflexo desta realidade está no estudo jurídico e sociológico crescente dos microssistemas e da organização social por grupos de interesses. Fenômenos jurídicos de caráter macro, ainda que ocasionem efeitos individualmente avaliáveis (não indivisíveis), são analisados em razão de suas conseqüências efetivas a coletividades bem determinadas. Em matéria de reparação de danos, fala-se nas vítimas de Chernobyl, nos portadores de AIDS por transfusão sanguínea, nas vítimas de consumo da Talidomida.

Diferente tratamento não escapa à seara jurídica em relação à própria organização da Ciência do Direito como um sistema. A visão de direito subjetivo, essencialmente individualista, nas bases do positivismo do século XIX, abre espaço, aos poucos, para a concepção de interesse jurídico como expressão abrangente desta coletivização do fenômeno social. Bem analisa a situação Ada Pellegrini Grinover, à luz da nova tutela exigida aos chamados interesses difusos e coletivos. “Não é mais suficiente, como o foi outrora, fornecer ao Estado os necessários meios de defesa da ordem pública, e aos indivíduos as salvaguardas indispensáveis ao exercício de suas liberdades. Novos conflitos, metaindividuais, esperam solução na sociedade contemporânea; e exatamente por sua configuração coletiva e de massa são típicos das escolhas políticas e indicam a necessidade de se adotarem novas formas de participação.”<sup>1</sup>

A coletivização dos comportamentos sociais — a ponto de exigir, inclusive, soluções jurídicas compatíveis aos conflitos emanentes desta realidade — não é fenômeno isolado, mas preocupação atual também numa perspectiva comparativista. O desenvolvimento das “class actions” no direito norte-americano nada mais é do que o reflexo de uma necessária sistematização processual desta visão de coletividade. Ou, mais ainda, reflexo da assim chamada “supra-individualidade danosa” do processo moderno de produção e comercialização.<sup>2</sup>

Não se furtou o direito oriundo da *common law* ao oferecimento de ações públicas que demonstrassem a insuficiência do sistema jurídico vigente para a reparação de insatisfações coletivas — pelo menos, quanto à possibilidade de reconhecimento judicial do problema (questão da facilitação do acesso à Justiça). Por isso, a profusão, nas décadas de 60 e 70, das “public interest actions” ou das “class actions”, justamente quando começa uma maior manifestação pela preservação ambiental e de consumo nos Estados Unidos.

Se, por um lado, as “public interest actions” serviram, a exemplo da ação popular do direito brasileiro, para uma disciplina mais ampla de proteção a bens de interesse social — e como exemplo tem-se a “citizen action” (considerada uma categoria específica das “public interest action”) para a tutela ambiental —, as “class actions” justificaram-se pela formação de interesses determinados por categorias ou por membros de uma “classe” propriamente dita. A exigência processual decorreu da necessidade de oferecimento à categoria dos desempregados, dos participantes de sistemas de habitação, dos consumidores, de uma expressão processual genuína para o atendimento de seus interesses específicos.

(1) Ada Pellegrini Grinover. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 12, junho de 1975, p. 113.

(2) A expressão “supra-individualidade danosa” é empregada por Antônio Herman V. Benjamin, no texto “A ‘citizen action’ norte-americana e a tutela ambiental”, publicado na AJURIS, ano XVIII, n. 53, Porto Alegre, novembro de 1991, p. 93, de forma a caracterizar o novo desafio ao ordenamento jurídico moderno de tutela a um dano de “perfil subjetivo multifário”. Ou seja, uma proteção que alcança repercussão transindividual, ainda que passível de atingir “a esfera patrimonial de sujeitos individualizados” (p. 92).

Esta expressão processual adequada, pela criação norte-americana, não apenas representa o reflexo de uma sociedade coletivizada, mas a busca de oferecimento de uma maior facilitação de acesso à Justiça por motivo de economia e justificativa de interesse jurídico. "By virtue of these procedural advantages, class actions may serve two functions. The first is economy: deciding a certain issue in a proceeding that binds all concerned with it avoids relitigation of the same questions in a multitude of suits. The second function of class treatment is that of enforcement of substantive law policies, the very purposes of which may be frustrated by inconsistent adjudication."<sup>3</sup>

Nesta euforia de coletivização, os franceses também legitimaram associações para a defesa dos interesses de consumidores em relação a fatos que lhes causem lesões de forma direta ou indireta. A "Loi Royer", de 27 de dezembro de 1973, teve o escopo de proporcionar uma técnica coletiva de ação judicial, criando, inclusive, diversas formas de controle — como pela intervenção do Ministério Público — para prevenir abusos no direito de ação.<sup>4</sup>

Mais recentemente, o direito francês conheceu a disciplina da Lei 88-14, de 5 de janeiro de 1988, que oferece ampla disciplina processual de defesa de interesses coletivos. A abrangência de tal manifestação processual fica clara na definição conferida por Henry Capitant à expressão "ação coletiva" corrente no vocabulário francês. "Expression parfois proposée pour désigner l'action qui pourrait être ouverte à l'un quelconque des cointéressés (ex: un consommateur) pour faire juger, même à l'égard des autres (par exception à la relativité de la chose jugée) un type de litige caractérisé par la similitude de ses multiples applications potentielles. Exemple: la nocivité d'un produit de consommation (parfois nommée action de groupe ou de classe, action populaire)."<sup>5</sup>

No Brasil, a insatisfação pela falta de uma disciplina ampla de regulamentação dos chamados direitos difusos e coletivos era sentida por processualistas e civilistas com grande ênfase nos centros acadêmicos. Ainda em 1978, reclamava Ada Pellegrini Grinover, em tese aprovada na VII Conferência Nacional da OAB, realizada em Curitiba, da falta de um acompanhamento do ordenamento jurídico a este fenômeno de coletivização manifesto. "É preciso, antes de mais nada, que o processualista tenha coragem intelectual de admitir que hoje afloram no processo situações diversas daquelas que constituíam o suporte dos institutos tradicionais. (...) É preciso proceder, dentro de cada sistema, a uma análise funcional, ressaltando os tipos de provimentos idôneos à sua tutela, de modo a adaptar os mecanismos internos do processo à melhor consecução desses objetivos."<sup>6</sup>

(3) Harvard Law Review (notes). Defendant class actions; Vol. 9, 1977/78, p. 631.

(4) Ada P. Grinover, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 126. Conferir também o artigo de Serge Guinchard, intitulado "L'action de group en procédure civile française" e publicado na Revue Internationale de Droit Comparé, n. 2, 1990, pp. 599-635.

(5) Serge Guinchard, ob. cit., p. 599.

(6) Ada Pellegrini Grinover. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*. A Lei 7.347/85 de 24.7.85. ob. cit..

O ordenamento jurídico brasileiro permaneceu nesta relativa insuficiência processual até 1985, quando criada a Lei da Ação Civil Pública e disciplinadas, com maior discernimento prático, as noções de interesses difusos e coletivos.<sup>7</sup> Até então, o único instrumento processual oferecido era

(7) Sobre a disciplina da Ação Civil Pública no ordenamento jurídico brasileiro e em perspectiva comparativista, conferir:

Diomar Ackel Filho, *Discricionariedade administrativa e ação civil pública*, S. Paulo, RT 657, jul./90, pp. 51-59.; Luiz O. Andorno, *El fondo ad hoc creado en Francia para indemnización de la víctimas del contagio del SIDA por transfusiones sanguíneas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 9, n. 1, Ed. Livraria do Advogado, nov./93, pp. 41-47.; Luís Filipe Colaço Antunes, *Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LX, Coimbra, 1984, pp. 191-201.; Evandro Ferreira de Viana Bandeira, *O ônus da sucumbência da ação civil pública de responsabilidade por dano ecológico promovida pelo Ministério Público*, Revista de Processo, ano 19, n. 73. Ed. RT, S. Paulo, jan.-mar./94, pp. 108-111.; Antônio Herman V. Benjamin, *A 'citizen action' norte-americana e a tutela ambiental*, AJURIS, ano XVIII, n. 53. Porto Alegre, nov./91, pp. 87-113.; Waldirio Bulgarelli, *Os interesses difusos e a proteção ao consumidor*, Revista de Direito Mercantil, ano XXI, n. 46, abr.-jun./82, pp. 87-95. Mauro Cappelletti, *Tutela dos interesses difusos*, AJURIS, ano XII, n. 23. Porto Alegre, mar./85, pp. 169-182.; Mauro Cappelletti, *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*, Revista de Processo, ano 16, n. 61. Ed. RT, S. Paulo, jan./mar. de 1991, pp. 144-160.; Mauro Cappelletti, *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, Revista de Processo, ano 2, n. 5. Ed. RT, S. Paulo, jan./mar. de 1977, p. 128-159.; Fábio Konder Comparato, *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XIII, n. 15/16, nova série, 1974, pp. 89-105.; Vittorio Denti, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Rivista di Diritto Processuale, ano XXIX, II serie, n. 4., Ed. Cedam — Padova, out./dic. di 1974, pp. 533-550.; René Ariel Dotti, *A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos*, Revista de Informação Legislativa, ano 23, n. 90. Brasília, abr./jun. de 1986, pp. 177-204.; Adroaldo Furtado Fabrício, *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*, Direito do Consumidor, n. 7, Ed. RT, S. Paulo, jul./set. de 1993, pp. 30-36.; Lúcia Valle Figueiredo, *Interesses difusos na futura Constituição*, Revista de Direito Público, ano XX, n. 82, Ed. RT, S. Paulo, mar.-jun./87, pp. 111-114.; Carlos Alberto Gherzi, *La contradicción entre la reformulación de la categoría jurídica del daño resarcible y el acceso al daño resarcible en el final del siglo XX*. Estudios de Derecho Comercial, vol. 10, Buenos Aires, 1994, pp. 129-158.; Carlos Alberto Gherzi, *Los proyectos de reforma de los Códigos Civil y Comercial y la sistemática de la "responsabilidad civil"*. La Ley, año LVIII, n. 112, Buenos Aires, 14 de junio de 1994, pp. 1-5.; Ada Pellegrini Grinover, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 12, São Paulo, junho de 1975, pp. 111-144.; Ada Pellegrini Grinover, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi nel sistema brasiliano*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano XXXVIII, n. 1, Ed. Milano-Giuffrè, Milano, marzo, 1984, pp. 66-75.; Ada Pellegrini Grinover, *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*. A Lei 7.347, de 24.7.85. Revista de Processo, ano 11, n. 44. Ed. RT, S. Paulo, out./dez. de 1986, pp. 113-128.; Ada Pellegrini Grinover, *Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor*. Revista Jurídica, ano XXXIX, n. 162, abril de 1991, pp. 5-21.; Ada Pellegrini Grinover, *A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos*. Revista Direito do Consumidor, n. 5, pp. 206-229.; Serge Guinchard, *L'action de group en procédure civile française*. Revue Internationale de Droit Comparé, n. 2, 1990, pp. 599-635.;

a Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965), possibilitando a proteção, em juízo, de alguns interesses difusos, como o meio ambiente e valores estéticos e históricos. A legitimação prevista nesta Lei, no entanto, não atendia ainda às organizações coletivas — em classe —, mas estipulava, tão-somente, legitimação concorrente ao cidadão, com a possibilidade de intervenção do Ministério Público no caso de desistência pelo autor popular ou extinção do processo sem julgamento de mérito.

Harvard Law Review (notes). *Defendant class actions*, n. 91, 1977/78. pp. 630-658.; Serge Guinchard, *Developments in the law: Class actions*, n. 89, 1976, pp. 1.319-1.644.; Mosset Iturraspe e outros. *Daños*, Depalma, Buenos Aires, 1991.; Galeno Lacerda, *Ação civil pública e meio ambiente*, AJURIS, ano XV, n. 47. Porto Alegre, julho de 1988, pp. 7-17.; Paulo Affonso Leme Machado, *Ministério Público, ambiente e patrimônio cultural*, Revista de Informação Legislativa, ano 23, n. 89, Brasília, jan./mar./86, pp. 293-302.; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos, conceito e colocação no quadro geral dos "interesses"*. Revista de Processo, ano 14, n. 55, Ed. RT, S. Paulo, jul.-set./89, pp. 165-179.; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. Ed. RT, S. Paulo, 1989.; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: Instrumento de participação na tutela do bem comum*. Participação e processo. Ed. RT, S. Paulo, 1988, pp. 190-211.; Ives Gandra da Silva Martins, *IPPU e ação civil pública*. Informativo COAD de Direito Imobiliário, ano 1, n. 7, nov./94, pp. 95-98.; Hugo Nigro Mazzili, *Interesses coletivos e difusos*. RT, n. 668. S. Paulo, jun./91, pp. 47-57.; Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo. Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 5.ª ed., Ed. RT, S. Paulo, 1993.; Hugo Nigro Mazzilli, *Interesses coletivos no Código do Consumidor*. Revista de Informação Legislativa, ano 28, n. 111, Brasília, jul./set. de 1991, pp. 313-314.; José Carlos Barbosa Moreira, *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo, ano 16, n. 61, Ed. RT, S. Paulo, jan./mar. de 1991, pp. 187-200.; José Carlos Barbosa Moreira, *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)*. Revista de Processo, ano 17, n. 68, Ed. RT, S. Paulo, out./dez. de 1992, pp. 55-58.; José Carlos Barbosa Moreira, *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*. Revista Forense, ano 77, n. 276, out./dez. de 1981, pp. 1-6.; José Carlos Barbosa Moreira, *Dimensiones sociales del proceso civil. Temas de Direito Processual (Quarta série)*. Ed. Saraiva, S. Paulo, 1989, pp. 23-33.; Néelson Nery Júnior, *A ação civil pública*. AJURIS, ano XI, n. 31, Porto Alegre, jul./84, pp. 114-124.; Néelson Nery Júnior, *Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública*. Revista Justitia, ano 46, n. 126, São Paulo, jul./set. de 1984, pp. 168-189.; Revista do Ministério Público (Procuradoria-Geral de Justiça). *Ação civil pública — Tutela dos interesses difusos*. Edição Especial, Porto Alegre, n. 19, 1986, pp. 1-301.; Angel Landoni Sosa, *Los sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos*. Revista de Processo, ano 8, n. 31. Ed. RT, jul./set. de 1983, pp. 154-177.; Michele Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le "class actions"*. Rivista di Diritto Processuale, ano XXIV, II série, n. 4, otb./dic. di 1969, pp. 609-636.; José Maria Rosa Tesheiner, *Ações coletivas pró-consumidor*. AJURIS, ano XIX, n. 54. Porto Alegre, mar./92, pp. 75-106.; Rogério Lauria Tucci, *Ação civil pública sua abusiva utilização pelo Ministério Público*. AJURIS, ano XIX, n. 56, Porto Alegre, nov./92, pp. 35-55.; Arnoldo Wald, *Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia)*. AJURIS, ano XXI, n. 61, Porto Alegre, julho de 1994, pp. 75-98.; Kazuo Watanabe, *Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense*. Revista de Processo, ano 17, n. 67. Ed. RT, S. Paulo, jul./set. de 1992, pp. 15-25.; Teori Albino Zavascki, *Ministério Público e ação civil pública*. Monografia datilografada, Porto Alegre, 1991.

A verdadeira expressão da coletividade, assim organizada inclusive para a representação em juízo, todavia, só viria com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985). Esta, sim, instrumento processual suficiente para possibilitar um resultado condenatório ao causador de um dano contrário ao interesse coletivo — condenação a fazer, deixar de fazer ou pagar um prejuízo. Cria a Lei da Ação Civil Pública um “plus” à disciplina da Ação Popular que, na correta lição de Barbosa Moreira, possibilita, quando exitosa, ao máximo, uma sentença declaratória ou constitutiva, ainda que “eventualmente, com alguma condenação acessória”.<sup>8</sup>

Fundamental, porém, é a disciplina ampla oferecida pela Lei de Ação Civil Pública à proteção dos interesses coletivos, na verdadeira composição de um “processo de massa”.<sup>9</sup> E aqui se fala, aproveitando a distinção oferecida por Barbosa Moreira, na proteção a interesses coletivos, tanto em relação à composição de litígios “essencialmente coletivos”, como dos “acidentalmente coletivos”. A diferenciação diz respeito à divisibilidade do objeto.

Assim, a Ação Civil Pública pode servir como instrumento processual de tutela da coletividade contra um dano ambiental promovido (“litígio essencialmente coletivo”), tendo em vista a indivisibilidade do objeto e a impossibilidade de satisfazer o interesse de um membro da sociedade sem atingir igualmente o mesmo interesse dos demais, bem como instrumento de tutela de um objeto (interesse) que indiretamente possa ser divisível (litígio acidentalmente coletivo), mas desde que não diga respeito a lesões patrimoniais individualmente consideradas. Nesta hipótese, a ação coletiva pode apenas surgir, nos limites legais, como possibilidade de sistematização coletiva do direito pleiteado, seja para facilitar o acesso à Justiça, seja para conferir mais força coercitiva à demanda (proteção aos interesses individuais homogêneos).

Conforme tal perspectiva, como instrumento, de ordem pública e processual, hábil a fornecer uma adequação do Processo Civil brasileiro e do Direito Público numa visão ampla à nova necessidade coletiva de tutela, é que se passa a analisar a Ação Civil Pública. Primeiramente, como fonte consagrada de oferecimento de uma tutela coletiva abrangente, principalmente, a partir das disposições complementares previstas na Constituição Federal de 1988 e nas Leis 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 8.078/90 (Código do Consumidor); em seguida, como fonte ainda latente de discussões quanto à sua abrangência, tendo em vista a facilidade de deturpação no uso do instituto para fins abusivos relativamente às determinações legais.

## 1. A tutela coletiva consagrada

Imprescindível, num primeiro momento, verificar-se a abrangência de significado que comporta a expressão “tutela coletiva”. De fato, como bem lembrado por Barbosa Moreira, incansável doutrinador da matéria, não se

<sup>(8)</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 189.

<sup>(9)</sup> A expressão “processo de massa” é empregada por Ada Pellegrini Grinover no texto *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 116.

trata de uma pluralidade de ações aglutinadas num mesmo processo que tenha por finalidade satisfazer o interesse individual de cada uma das partes autonomamente.<sup>10</sup> O litígio, com certeza, interessa a uma pluralidade de sujeitos. Mas aqui, distinguem-se as ações coletivas porque permitem a discussão cognitiva por apenas uma pessoa, ainda que no interesse de uma coletividade.

A tutela coletiva, portanto, pode abranger tanto os bens considerados indivisíveis como os divisíveis, observada a distinção feita por Barbosa Moreira e utilizada ainda na parte introdutória deste trabalho. Todavia, para efeitos de observação da aplicação da Lei da Ação Civil Pública fala-se de uma tutela mais específica, que trabalhe as noções de direitos difusos e coletivos no âmbito restrito de tutela dos bens considerados indivisíveis. O destaque à matéria é conferido por Ada Pellegrini Grinover em nota distintiva do instituto processual previsto no ordenamento jurídico brasileiro em relação às “class actions” do direito norte-americano. “Indivíduos pessoalmente prejudicados, quer no campo das lesões ao meio ambiente, quer naquele dos consumidores, terão portanto que valer-se das ações individuais comuns, servindo-se das vias ordinárias ou dos juizados de pequenas causas”.<sup>11</sup>

A visualização desta indivisibilidade do objeto da tutela coletiva é precisa no magistério de Mauro Cappelletti, tendo em vista a própria dificuldade de abandono da visão privatística de direito subjetivo para a adoção de uma concepção de interesse. Afirma o jurista que devemos situar o estudo dos interesses no campo intermediário entre o que se possa considerar público e privado — afastando o paradigma de dicotomia absoluta apoiado sobre esta divisão.<sup>12</sup> Trata-se, em verdade, na perfeita interpretação de Cappelletti, de um “interesse fragmentado”. Referindo-se mais especificamente aos interesses de caráter difuso, afirma o jurista italiano, em relação aos titulares do interesse, que estes se compõem como “grupo ou categoria não organizada; o indivíduo sofre a conseqüência de caráter, neste caso, difuso ou fragmentado de seu interesse pessoal”.<sup>13</sup>

<sup>(10)</sup> Barbosa Moreira, *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 187.

<sup>(11)</sup> Ada P. Grinover, *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*, p. 115.

<sup>(12)</sup> O estudo dos “interesses” adquire, no âmbito do Direito Público, um plano intermediário pela própria função assumida pelo Estado de tutela aos cidadãos. O Estado passa de uma função de prestador de serviços por excelência, para outra de tutela de interesses relevantes em que divide a responsabilidade com órgãos do setor privado, seja quanto a reparação de prejuízo, seja quanto à tutela específica dos interesses ou direitos transindividuais. Fala-se de uma nova classe de direitos — mais apropriadamente, “interesses” — em que não há uma conotação clássica do paradigma “público x privado”, mas uma superação desta dicotomia. Tanto assim, que o Estado continua a ter o dever de tutelar os interesses difusos e coletivos (no sentido de oferecer uma proteção, inclusive legislativa, efetiva), ainda que possam estes advir de fragmentos de direitos que poderiam ser caracterizados como oriundos de uma seara estritamente privada. Neste sentido, conferir artigo de Lúcia Valle Figueiredo, *ob. cit.*, p. 112. Igualmente o trabalho do jurista italiano Mauro Cappelletti, intitulado *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, *ob. cit.*

<sup>(13)</sup> Mauro Cappelletti, *idem*, p. 133.

Distinção interessante, em consequência, diz respeito ao uso das Ações Civis Públicas no Âmbito dos direitos dos consumidores. Até que ponto pode se dizer que há uma tutela específica coletiva dos chamados interesses coletivos e difusos em matéria de consumo tendo-se em vista um objeto de proteção de caráter indivisível? Para responder à indagação, primeiramente, cumpre uma distinção doutrinária entre as duas expressões — interesses difusos e coletivos —, geralmente trabalhadas como sinônimos de feição complementar.

Até o momento tem-se tratado de ações coletivas para distinguir um campo da tutela processual específica de fenômenos de massa — desta chamada coletivização do direito. Talvez mais precisa fosse a expressão “tutela metaindividual” ou “tutela transindividual”.<sup>14</sup> No entanto, distinção há — e fundamental — entre as noções de interesses coletivos e interesses difusos. Do primeiro conceito fazem parte interesses comuns de um grupo de pessoas que possuem uma relação-base entre si. Desta ligação existente entre os indivíduos é que se distingue o grupo como microsistema, que apresenta um interesse próprio, único, mas relativo a todos. É este objeto de ligação que une as pessoas em torno de um interesse comum, coletivo. Tem-se tal característica, por exemplo, entre os acionistas de uma sociedade, os participantes de determinada categoria, os condôminos.

Na hipótese dos interesses difusos, ao contrário, desaparece esta relação-base para que os indivíduos vejam-se reunidos por circunstâncias acessórias, “acidentais e mutáveis”.<sup>15</sup> É a categoria dos consumidores, por exemplo, que assim considerada está em relação ao consumo específico de determinado produto nocivo à saúde.

Mais ainda, pode se dizer que a categoria dos interesses difusos desperta a atenção para a relativa insuficiência da pretensão individualizada do sujeito de direito se não apreciada numa coletividade. É que não há um direito subjetivamente constituído, mas “fragmentos” de um interesse mais vasto que atinge a toda uma coletividade. “O indivíduo isolado é impotente”, já destacava Cappelletti.<sup>16</sup>

Qual o limite, portanto, de aplicação da Ação Civil Pública para a tutela coletiva destes chamados interesses coletivos e difusos, especialmente em relação à proteção das relações de consumo quando há a possibilidade de indenização por prejuízos materiais individualmente considerados? A resposta aparece de forma clara na própria finalidade esboçada pela lei, ao referir-se a uma reparação também de âmbito coletivo.

De fato, proporciona a Lei da Ação Civil Pública a possibilidade de uma condenação pecuniária ao causador do prejuízo, mas tendo-se em vista uma lesão de ordem coletiva, ainda que individualmente possa ser considerada. É o caso, exemplificando, da interposição desta tutela coletiva para evitar a comercialização de um produto nocivo à saúde. Ou ainda, para

<sup>(14)</sup> A reserva à expressão “metaindividual” é feita por Ada P. Grinover no texto *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 114.

<sup>(15)</sup> Ada Pellegrini Grinover, *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*, p. 114.

<sup>(16)</sup> Mauro Cappelletti. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*, p. 154.

reprimir a veiculação de publicidade considerada abusiva (art. 37 do Código de Defesa do Consumidor), porque abusada foi a confiança do receptor da informação pela tentativa de venda de determinado produto ou imagem.

Já na hipótese de lesões especificamente individuais, ou que assim possam ser identificadas porque divisível o bem jurídico tutelado, ainda que se trate de um interesse manifesto por mais de uma pessoa, não se fala em tutela coletiva para efeito de reparação. A tutela coletiva, conforme expressa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (art. 81) e na própria Constituição Federal (art. 129, inc. III), é possível quando manifestar interesses transindividuais de natureza indivisível. Ou seja, interesses cuja reparação representa a satisfação de toda uma coletividade, e não apenas de um único sujeito. De forma mais aprimorada, estas questões são analisadas na segunda parte deste trabalho, em que se trata da tutela específica dos chamados interesses individuais homogêneos por meio da utilização de Ações Cíveis Públicas.

A discussão pode ser alcançada igualmente sob o prisma dos efeitos condenatórios da Ação Cível Pública relativamente aos interesses difusos e coletivos. Uma vez que não prevê a Lei a possibilidade de rateio do produto de uma eventual condenação de pagar entre os indivíduos lesados, difícil torna-se a reparação individualizada. Ao contrário das 'class actions' do direito norte-americano, em que há a possibilidade de uma reparação individualizada — por meio da técnica do 'fluid recovery' —, no direito brasileiro a utilização da Ação Cível Pública para a matéria de consumo, por exemplo, vê-se limitada às ações preventivas<sup>17</sup> que visem uma tutela condenatória a fazer ou deixar de fazer alguma coisa — salvo no campo da indenização coletiva para a promoção de contrapropaganda (por manifestação abusiva ou enganosa por meio da publicidade de massa).

Nas demais áreas de tutela, como meio ambiente, bens de valor estético, turístico e paisagístico, entre outros interesses de natureza difusa ou coletiva, igualmente vê-se limitada a aplicação da Lei de Ação Cível Pública aos bens de natureza indivisível, não só por manifesta disposição legal, mas em razão da possibilidade de condenação pela participação pecuniária apenas a um fundo de investimento na recuperação de um bem lesado. Não há reparação individualizada. O que existe, na hipótese de uma condenação ao pagamento de determinada quantia, é a contribuição a um fundo especialmente criado pela Lei 7.347/85, com destinação específica à recuperação do bem jurídico tutelado que tenha sido lesado conforme reconhecimento judicial.

Feitas tais observações, passa-se, portanto, ao exame de alguns pontos já consagrados no direito brasileiro em relação à proteção de interesses coletivos e difusos, especialmente tratados pela Lei da Ação Cível Pública.

### *1.1 A facilitação do acesso à Justiça*

A tutela coletiva, conforme manifestação doutrinária prevalente, é considerada uma forma de facilitação ampla do acesso à Justiça. Neste sentido é pautado o ensinamento de Mauro Cappelletti, especificamente quando tal

<sup>(17)</sup> Rodolfo de C. Mancuso, *Ação Cível Pública*, p. 183.

tutela é acolhida pelo Direito Processual interno e reproduzida de forma abrangente, inclusive como princípio constitucional, pelo oferecimento de instrumentos de defesa coletiva em juízo. A garantia de uma tutela coletiva e a sua conseqüente consagração são ainda pontos fundamentais para que se possa assegurar o próprio direito constitucional de acesso à Justiça. “Deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo, que eu gostaria de definir como ‘social’ ou ‘coletivo’, conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para a salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos grupos e ‘corpos intermediários’ que também reclamam acesso à Justiça para a tutela de seus interesses”.<sup>18</sup>

A facilitação de acesso começa pela possibilidade de oferecimento de uma maior economia às partes lesadas. Sem dúvida, é explicitamente menos oneroso à pessoa prejudicada ingressar coletivamente na proteção de interesse coletivo ou difuso do que tentar mesma busca de tutela de forma individualizada. Imagine-se o ônus facilmente constatável na apuração de um dano ambiental pela necessidade de realização de perícia para a verificação de responsabilidade por determinada lesão. A proteção ao bem jurídico tutelado fica, efetivamente, sem eficácia se não oferecida uma forma processual de defesa por meio de um instituto coletivo de reparação.

Contribui igualmente para esta facilitação a associação das formas de tutela coletiva a um outro instituto de economia processual: a isenção de custas processuais e honorários de perito e, ainda que na hipótese de improcedência da ação, a não condenação em honorários advocatícios. É medida que busca não inibir a formação de ‘corpos intermediários’ de defesa de interesses coletivos e difusos.

Tal possibilidade de alcance aos instrumentos processuais de defesa em juízo, todavia, não quer dizer arbitrariedade. Repete a Lei da Ação Civil Pública, por isso, os dispositivos de controle da Lei da Ação Popular ao também prever a punição à lide temerária com a condenação em honorários advocatícios na hipótese de uma pretensão infundada (art. 17, *caput*). “À evidência, quer-se desestimular as iniciativas sem seriedade, maliciosas, mal intencionadas nascidas de mero capricho ou do desejo de intimidar ou pôr em situação incômoda perante a opinião pública autoridades pouco dispostas a satisfazer pretensões ilegítimas.”<sup>19</sup>

Por outro lado, há também uma facilitação no acesso à Justiça por um aspecto psicológico próprio às ações coletivas: a possibilidade de propositura de uma ação que individualmente não justificaria a demanda porque o prejuízo não se constituiria vultoso suficiente para instigar a procura jurisdicional. “Revela a possibilidade de uma soma eventualmente seja maior, isto é, tenha uma significação jurídico-social maior do que aquela que poderíamos atribuir-lhe se nos limitássemos a adicionar as várias parcelas umas as outras”.<sup>20</sup> Ou, na perfeita figuração de Barbosa Moreira, evita que

<sup>(18)</sup> Mauro Cappelletti. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 154.

<sup>(19)</sup> Ada P. Grinover. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*, p. 118.

<sup>(20)</sup> José C. Barbosa Moreira. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 189.

o lesado sinte-se desaparelhado, à semelhança da batalha travada entre "o gigante e um Davi desarmado de funda".<sup>21</sup>

Em razão disso, para a consagração do princípio de acesso à Justiça de forma concreta — com o oferecimento de uma tutela processual específica —, tem sido fundamental igualmente a oportunidade de formação dos chamados 'corpos intermediários' ou dos 'grupos espontâneos' "que surgem inevitavelmente com novas tarefas, cada vez mais importantes".<sup>22</sup> São estes, justamente, aqueles grupos de indivíduos formados espontaneamente na sociedade que passam a constituir novas categorias de defesa coletiva de interesses determinados, tendo em vista o reconhecimento quanto à existência de fontes diferenciadas e originais de interesses difusos e coletivos. A vantagem de legitimação destes corpos intermediários está no fato de que emergem da própria sociedade, supondo-se por eles melhor conhecidos os interesses merecedores de uma tutela específica.

Esta garantia de acesso pelo incentivo à formação de grupos intermediários tomou força já na Lei 7.347/85 ao permitir a legitimação, para a defesa de interesses coletivos e difusos, de entidades da Administração Pública e de outras associações constituídas há pelo menos um ano ou criadas para a defesa de bens especificamente tutelados (meio ambiente, consumidor, bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Mas especial possibilidade de concretização efetiva da tutela coletiva consubstancia-se na Constituição Federal de 1988 com a extensão do objeto da Ação Civil Pública também a outros interesses difusos e coletivos verificados no corpo social — expressão incorporada à Lei 7.347 (inc. IV do art. 1.º) pela Lei 8.078/90.

Passou-se a ter não só uma maior possibilidade de acesso à Justiça pelo sistema de representação em juízo por associações, como tornou-se constitucionalmente ampliada a tutela com a própria extensão do objeto da Ação Civil Pública, a ponto de atingir hoje, por exemplo, interesses difusos e coletivos próprios a crianças e adolescentes (Lei 8.069/90).

Discussão atual, portanto, refere-se à validade da legitimação destes "corpos intermediários" e à força de representação que possa a eles ser conferida. Especialmente, quando se passa a indagar o papel do Ministério Público na titularidade específica ou concorrente — conforme pretendido em determinada legislação —, quanto à matéria de interesse coletivo ou difuso.

No que diz respeito à facilitação do acesso à Justiça, todavia, não há o que se discutir. Efetivamente, há uma abertura significativa nas noções clássicas conferidas pelo direito processual e material, ao se possibilitar a defesa, em juízo, de interesses difusos e coletivos por associações privadas ou públicas que tenham, de preferência, conhecimento da matéria indagada — questão da "representação adequada" a seguir vista.

## 1.2 O problema da legitimação

A garantia de oferecimento de uma tutela efetiva aos chamados interesses coletivos e difusos passa necessariamente por uma avaliação do

(21) José C. Barbosa Moreira. *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*, p. 5.

(22) Ada P. Grinover. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 116.

instituto da legitimação processual ou da própria titularidade de um direito de ingresso em juízo. Há este anseio de mudança, fundamentalmente, porque diversa passa a ser a concepção do objeto pretendido. Não há mais um direito subjetivo, mas um interesse de natureza difusa ou coletiva.

Importa, desta forma, analisar o fato de que não se trata mais do direito de um indivíduo específico, mas do direito de uma multiplicidade de pessoas. E que esta tutela, assim como não individualizado é o direito ou interesse, merece igualmente uma representação adequada em juízo. Ou seja, merece uma garantia efetiva de defesa judicial.

Com a forma de representação coletiva trazida pela Ação Popular, a partir da atuação de um único sujeito em nome da coletividade, o direito brasileiro conheceu uma das formas de legitimação para a realização desta tutela específica. Na época (1965) e pelas décadas seguintes, a fórmula foi elogiada sobremaneira como uma das alternativas mais sensíveis de atendimento às necessidades práticas dos indivíduos que constatassem uma lesão ao patrimônio público, incipiente que era um entendimento ainda mais amplo sobre os conceitos de interesse difuso e coletivo. Dizia Barbosa Moreira, ainda em 1981, que “em termos genéricos, não parece difícil demonstrar que a solução da *legitimatío* concorrente e ‘disjuntiva’ se harmoniza com a sistemática do direito brasileiro”.<sup>23</sup>

A solução, todavia, que propugnava a intervenção do Ministério Público apenas como custos *legis* ou na hipótese de desistência da ação pelo autor ou sua improcedência em primeiro grau, mostrou-se insuficiente na prática. Insuficiência esta que decorreu não tanto da falta de legitimação ao Ministério Público, mas sim da não extensão desta legitimação aos chamados “corpos intermediários”. Na mesma oportunidade já citada, Barbosa Moreira referia-se, em tom quase pessimista, a uma “escassa” probabilidade de abertura deste sistema representativo dos interesses coletivos às pessoas jurídicas.

Com a Lei da Ação Civil Pública, em complementação, vê-se efetivada a garantia da tutela coletiva de forma mais ampla. Em especial, recebe o instituto da legitimação processual uma compatibilidade suficiente à defesa dos interesses coletivos e difusos ao permitir a representação — aqui entendida *lato sensu* — da coletividade pelo Ministério Público, por entidades da Administração Pública e por associações de caráter privado, de forma concorrente quanto à titularidade da ação, mas com a obrigatoriedade de intervenção do *Parquet* ao menos como custos *legis*.

Permitiu, assim, a Lei 7.347/85 não só uma quebra de barreiras em relação à atuação dos “corpos intermediários” no processo de tutela dos interesses coletivos, como possibilitou um equilíbrio contra a atuação abusiva de associações não adequadas à representação de tais interesses pela intervenção obrigatória do Ministério Público. Começava, com essa iniciativa, o processo civil brasileiro a encontrar garantias efetivas de realização da tutela coletiva de forma ampla nas prerrogativas já defendidas pelo jurista uruguaio Angel Sosa. “En efecto, ya no seran suficientes las meras declaraciones teóricas contenidas en normas programáticas. Ya no alcanzará con que el legislador estableza — como lo ha hecho en nuestro país — la responsabilidad

(23) José C. Barbosa Moreira. *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*, p. 4.

de uma determinada repartición administrativa en la defensa de los intereses colectivos o difusos protegidos sino que se reclama la posibilidad concreta de exigir judicialmente la tutela de tales intereses".<sup>24</sup>

Optou a Lei da Ação Civil Pública, conforme já exposto, pela chamada "representação adequada", que, na perfeita conceituação de Cappelletti, corresponde à "parte ideológica (indivíduo ou associação) que leva a juízo um certo interesse meta-individual",<sup>25</sup> sendo adequadamente representativa da classe inteira a que aquele interesse diga respeito. No caso específico da Ação Civil Pública, esta representação corresponde à legitimação conferida às associações.

Ainda sobre a matéria, interessante tratamento à "representatividade adequada" pode ser conferido no direito norte-americano, especialmente em relação às "class action". Nestas, há a possibilidade de legitimação de um indivíduo para que represente interesses de uma multiplicidade de pessoas, mesmo que ausente uma autorização específica do Ministério Público (do "attorney general", por exemplo). O controle da adequação de representação, no caso, é feito pelo próprio magistrado, numa espécie de saneamento do processo ainda na fase inicial de cognição.

Tendo em vista o especial tratamento conferido à relevância da função do Ministério Público como órgão auxiliar da Justiça, essencial é a análise da importância de sua participação nos processos de Ação Civil Pública. Não como *custos legis*, mas na tarefa constitucional de "titular supremo" desta ação coletiva. E aqui se aborda, mais especificamente, a eficácia desta legitimação nos moldes previstos na Lei e em confronto com a mesma legitimação conferida aos "corpos intermediários".

As críticas mais severas à atuação do Ministério Público como autor de ações coletivas eram reservadas à estrita ligação da entidade com o Poder Público e a uma certa falta de autonomia em razão desta dependência organizacional. Superada tal dificuldade e reconhecida a autonomia funcional e financeira da autarquia, não havia porque persistir esta impossibilidade de legitimação do *Parquet*, pelo menos no direito brasileiro. E assim, efetivamente, reconheceu o legislador de 1985 como também o de 1988. A Constituição Federal vigente é explícita ao determinar entre as prerrogativas do Ministério Público as de promover o inquérito civil e a Ação Civil Pública para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Persistindo uma legitimação concorrente entre o Ministério Público e os chamados "corpos intermediários" resta, portanto, avaliar o aproveitamento desta combinação de defesa dos interesses coletivos entre a iniciativa privada e o controle público. Cappelletti, em que pese discordar — ou, pelo menos, não concordar integralmente com a legitimação de uma entidade pública para a promoção da tutela coletiva —, acredita numa solução composta e refere-se ao exemplo do direito sueco como um dos mais bem sucedidos — combinação do "ombudsman" com associações de caráter privado.<sup>26</sup>

<sup>(24)</sup> Angel Sosa, ob. cit., p. 159.

<sup>(25)</sup> Mauro Cappelletti. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 155.

<sup>(26)</sup> Neste sentido as manifestações críticas de Cappelletti bem reveladas nos textos *Tutela dos interesses difusos e Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*.

Tirante o aspecto da autonomia do Ministério Público, a crítica à legitimação desta entidade estaria ainda reservada à falta de especialização do órgão em matéria de interesses coletivos — aspecto que, ao menos no direito brasileiro, tem sido superado por uma especialização buscada pela própria entidade, a partir da destinação específica de profissionais para o estudo exclusivo em determinadas áreas.<sup>27</sup> É, por isso, que Cappelletti afirma não ser “mau” quando uma lei autoriza “também” o Ministério Público para agir na tutela de interesses difusos. “Mas não creio boa, acho uma péssima solução a atribuição ao Ministério Público do monopólio da titularidade para agir em juízo”.<sup>28</sup>

Num outro extremo, à luz da experiência brasileira, Barbosa Moreira louva a combinação processual oferecida, mas reconhece — por meio da apresentação de dados estatísticos — um permanente predomínio de atuação do Ministério Público em relação à atividade positiva das associações. Conforme números apresentados pelo professor, no Rio de Janeiro, para cada dez Ações Cíveis Públicas propostas pela iniciativa privada há 95 oriundas do Ministério Público. O crédito para a ocorrência de tal situação é destinado, em parte, a uma revitalização da atuação do Parquet no Brasil e, por outro lado, a uma falta de “propensão associativa”<sup>29</sup> da sociedade brasileira.

Um terceiro fator, todavia, parece ser igualmente possível. A constatação de que realmente esta legitimação conferida ao Ministério Público possa constituir fator de monopólio ou, ao menos, de inibição à ação das associações do âmbito privado. Embora não sejam conhecidos estudos conclusivos a respeito do tema, sem dúvida é de se exigir um controle efetivo da própria ação do Ministério Público (haja vista que somente a associação autora pode ser condenada em honorários advocatícios quando alegar pretensão manifestamente infundada — art. 17 da Lei 7.347/85), a fim de que a propositura de Ações Cíveis Públicas não representem apenas uma busca de promoção profissional. E neste sentido reserva-se à segunda parte do presente trabalho uma análise, ainda que superficial, sobre a tendência abusiva de uso das Ações Cíveis Públicas pelo Ministério Público, com especial referência à tentativa jurisprudencial de se reconhecer a ilegitimidade do Ministério Público quando determinada Ação Civil Pública venha travestida de ação direta de inconstitucionalidade ou tenha a finalidade única de tutela específica a interesse individual.

Ainda em relação ao problema da legitimação, observa-se a possibilidade de uma representação em juízo de caráter publicista, arraigada, em parte, à própria associação da defesa do interesse coletivo ou difuso com a idéia de defesa de interesse público propriamente dito. A forma aparece na solução brasileira pela Ação Civil Pública quando se vêem legitimadas entidades da Administração Pública para o exercício efetivo da tutela em juízo.

Elogiada, nesta seara, no entanto, é a solução sueca oferecida ao tema, pela hipótese de criação de um “ombudsman” dos consumidores. Este

(27) A referência é feita pelo prof. Nelson Nery Júnior no texto *A ação civil pública*, pp. 121-122.

(28) Mauro Cappelletti. *Tutela dos interesses difusos*, p. 176.

(29) José C. Barbosa Moreira. *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos*, p. 57.

ombudsman”, conforme o modelo escandinavo de representação da sociedade, em verdade, faz parte de um conselho de especialistas que controla os abusos cometidos na área de consumo, cabendo-lhe, inclusive, atuar em nome da coletividade na defesa de interesses difusos e coletivos. No mesmo sentido, buscam os países estabelecerem órgãos públicos com alta especialização para o controle, inclusive judicial, da matéria.<sup>30</sup>

### 1.3 O tratamento da coisa julgada

Paralelamente ao tratamento dispensado ao instituto da legitimação processual, não se poderia falar em consagração de uma tutela coletiva ampla sem que fosse possível pensar-se também nas conseqüências efetivas (reflexos) desta tutela, de forma a alcançar à coletividade as suas pretensões. Mais especificamente, refletir sobre os resultados objetivos possíveis de serem atingidos a partir da concretização de uma proteção judicial por meio de sentença.

Impossível, portanto, pretender-se uma extensão da tutela judicial, a fim de abranger todos os titulares de interesses difusos e coletivos, sem oportunizar-se uma remodelação do instituto da coisa julgada e uma nova avaliação dos efeitos da sentença. De nada adianta proporcionar um acesso facilitado à Justiça, se não houver correspondência deste acesso à decisão prolatada — e aos efeitos dela decorrentes.

O instituto da coisa julgada em se tratando de ações coletivas e, especialmente, no caso da Ação Civil Pública, deve atender, desta forma, à natureza transindividual dos interesses tutelados. Aqui já se falou que a pretensão coletiva no direito brasileiro trabalha essencialmente com a prestação de tutela a um objeto de titularidade indivisível, que pertence a todos e a ninguém de forma específica. Mas que existe na sociedade de forma fragmentada, seja a partir de uma relação-base existente entre os titulares do interesse (coletivo), seja pela inexistência de uma vinculação prévia (difuso).

Esta indivisibilidade é, portanto, o ponto de partida para a análise do alcance necessário à coisa julgada em matéria de tutela coletiva. Bem lembra Cappelletti, que a parte que comparece a juízo não age sobretudo por si, “mas para a coletividade; é a coletividade inteira que deve ser reintegrada no gozo de seu ‘direito coletivo’”.<sup>31</sup>

Interessa, assim, num primeiro momento, estabelecer os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas e, especialmente, na disciplina da Ação Civil Pública, conforme as previsões das Leis 7.347/85 e 8.078/90. De fato, existe uma distinção em relação ao tratamento dispensado às ações de cunho individual, porque nas ações coletivas não há a discussão sobre determinado direito subjetivo apenas, mas, ao contrário, um litígio que envolve, de forma acidental ou essencial, interesses de uma coletividade.

Em decorrência da legitimação conferida por uma “representatividade adequada”, tem-se que a extensão da coisa julgada — ou seja, a extensão

<sup>(30)</sup> Mauro Cappelletti. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 141.

<sup>(31)</sup> Idem, p. 152.

da impossibilidade de renovação da ação coletiva proposta — depende da verificação da possibilidade de prejuízo às partes que não comparecem em juízo pela falta de uma representação compatível. Esta análise, todavia, não é aleatória; ao contrário, tem limites objetivos previstos por uma técnica específica: da sentença *secundum eventum litis* (conforme a conclusão da sentença).

A técnica da sentença *secundum eventum litis* não aparece tão bem desenhada no direito brasileiro como no direito norte-americano, pela própria diferenciação na adoção do sistema da representatividade adequada. Não há um controle judicial desta representação, que possa deixar a cargo do juiz o exame da adequação no caso concreto. Esta responsabilidade, ao contrário, fica a cargo de uma técnica legislativa, em face dos critérios objetivos estabelecidos na própria lei.

Ainda assim, conforme preceitua Grinover, pode-se falar na existência de um regime específico de coisa julgada, que se pretende à semelhança da sentença *secundum eventum litis*, ao menos quando se trata da hipótese de insuficiência de provas nos autos. Esta opção por um regime misto de tratamento da coisa julgada e de seus efeitos — conforme a conclusão da sentença —, oportuniza a possibilidade de que terceiros não devidamente representados no feito não se vejam prejudicados por uma decisão abrangente e de efeitos *erga omnes* em razão da tutela coletiva.

O tratamento processual segue uma lógica inafastável. Se, por um lado, exige-se um tratamento processual que alcance efeitos de caráter coletivo, por outro, é igualmente imprescindível que se ofereça uma proteção específica a terceiros atingidos que não possam exercer de forma ampla uma intervenção no processo. Na preservação de um direito ao contraditório e à defesa, adotou, por isso, a Lei da Ação Civil Pública a extensão do regime da coisa julgada apenas a demandas coletivas que sejam favoráveis a terceiros que não tomaram parte no processo. Essa é a grande novidade, introduzida já na Lei 7.347/85, mas melhor sistematizada pelo Código de Defesa do Consumidor, permitindo que não sejam prejudicados eventuais direitos subjetivos de terceiros pela rejeição de uma ação coletiva proposta.

Importante, contudo, que se analise o regime da coisa julgada nas ações coletivas a partir das peculiaridades apresentadas em relação aos interesses difusos e coletivos. Em se tratando de interesses difusos, a Lei da Ação Civil Pública, de leitura conjunta obrigatória ao Código de Defesa do Consumidor,<sup>32</sup> adota o regime da coisa julgada *erga omnes*. Decorre tal disposição da própria finalidade da ação coletiva proposta, que visa atingir a uma prestação fragmentada na sociedade, haja vista que os titulares dos interesses manifestos são diversos indivíduos não organizados em grupos ou categorias — ou seja, dispersos e indeterminados. A sentença, portanto, alcança a todos, igualmente, de forma indeterminada.

Esta regra apresenta, porém, exceção no que diz respeito à decisão que se manifestar pela improcedência da ação coletiva por insuficiência de provas. Nesta hipótese não há coisa julgada, sendo possível a renovação da ação, em caráter coletivo, desde que sejam apresentadas novas provas ao caso.

(32) José Maria Tesheiner, ob. cit., p. 76.

Já o efeito *secundum eventum litis*, também em caráter de exceção, vai se manifestar, como visto, em relação aos reflexos da coisa julgada que possam atingir terceiros. E, aqui, criam-se duas possibilidades. A primeira, quando há procedência da ação coletiva e exista, ou não, uma ação individual (possivelmente de caráter indenizatório) proposta por um dos titulares da pretensão abrangida. Porque benéfica a ação coletiva, esta estende seus efeitos de forma ampla, para que seja abrangida a pretensão individual do sujeito de direito. Realiza-se a coisa julgada, e a pessoa beneficiada pode proceder à liquidação individualmente nos termos previstos nos arts. 97 e 99 do Código de Defesa do Consumidor.

Numa segunda possibilidade, tem-se a hipótese de improcedência da ação coletiva. Frente ao efeito *erga omnes* atingido pela sentença, não cabe uma renovação da ação coletiva, conforme a previsão da Lei 8.078/90. Todavia, não resta prejudicada a iniciativa individual dos titulares do interesse difuso manifesto. A coisa julgada *erga omnes*, por efeito do § 1.º do art. 103 da Lei citada, não atinge a prestação individualizada, que pode ser pleiteada pelo sujeito interessado (não obstante existirem opiniões contrárias, sustentando a impossibilidade de que se possa pleitear individualmente um interesse genuinamente difuso).

Com relação a interesses coletivos, conforme a previsão do mesmo art. 103 em seu inc. II, o efeito da coisa julgada opera-se *ultra partes*. Ou seja, no limite das pessoas abrangidas pela representação, ainda que não haja uma autorização específica (dispensada por se tratar de tutela de um objeto indivisível). A disciplina tem razão de ser, tendo em vista o fato de que o conteúdo da tutela de interesses coletivos trata de um objeto indivisível, cujos titulares estão identificados por uma relação jurídica base — são todos consumidores de um mesmo produto nocivo, condôminos, mutuários de determinado sistema de habitação.

Ressalvada a diferença na abrangência, os efeitos da coisa julgada operam-se tal qual a disciplina reservada aos interesses de caráter difuso. Ou seja, *ultra partes* em relação à impossibilidade de renovação da ação coletiva quando declarada a sua procedência ou improcedência. Na hipótese de insuficiência de provas, não se opera o efeito da coisa julgada, possibilitada a interposição de nova ação coletiva. Assim como já referido, quando improcedente a ação coletiva, não ficam prejudicadas as iniciativas individuais pretendidas.

Uma última observação ainda é necessária com relação à exclusão da litispendência entre as ações coletivas e as ações individualmente propostas (art. 104 da Lei 8.078/85, ressalvados os equívocos cometidos na elaboração do texto<sup>33</sup>). Como regra, não há mesma identidade de partes, objeto e causa de pedir. Por isso, restam duas alternativas ao consumidor (e, aqui, podendo ingressar-se na seara dos interesses individuais homogêneos): prosseguir na ação individual, ficando excluído de uma extensão do julgado na ação coletiva; ou desistir da ação proposta individualmente, nos termos daquele artigo, e

<sup>(33)</sup> Sobre os equívocos de remissão feitos no texto do art. 104, conferir as opiniões de Tesheiner (ob. cit.) e Grinover (*Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor*).

sujeitar-se aos efeitos da ação coletiva — o que lhe oferece maiores benefícios pelo fato de que, mesmo improcedente a ação coletiva, pode demandar novamente pela solicitação de prosseguimento do feito individual suspenso. “A suspensão do processo individual não tem limites temporais, perdurando pelo tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença coletiva.”<sup>34</sup>

Não se concebe, portanto, falar numa tutela coletiva sem que haja a consagração de alguns institutos processuais de garantia efetiva ao titular de um interesse difuso ou coletivo. Pelo mesmo motivo, não se imagina que esse tratamento da coisa julgada esteja restrito apenas à matéria de consumo, tendo em vista a sua previsão na Lei 8.078/90. Há hoje um aproveitamento conjunto dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, não cabendo uma leitura em separado — o que é invocado, inclusive, por dispositivo legal, no art. 117 do Código de Consumo.

A pretensão é justamente a de oferecer a maior possibilidade de efetiva garantia de uma tutela coletiva — o que se obtém por uma integração das duas Leis mencionadas. Não cabe, por isso, que neste trabalho se fuja do desenvolvimento de uma análise das discussões ainda latentes quanto à concessão de uma tutela mais ampla e da possibilidade de um uso abusivo das Ações Cíveis Públicas em razão desta maior abertura de proteção conferida pelo direito processual e pelo direito público como um todo. Especificamente, quanto à relação entre a Ação Civil Pública e os chamados interesses individuais homogêneos e quanto à extensão dos poderes do juiz na reparação de danos em processos de ordem coletiva.

## 2. A tutela abusiva em discussão

Sem dúvida, a consagração de alguns institutos processuais como o da legitimação e o da extensão da coisa julgada é fator preponderante para a efetivação de uma tutela coletiva e para a garantia de uma facilitação de acesso à Justiça. Não obstante estas primeiras conquistas para a proteção dos chamados direitos ou interesses coletivos — aqui entendidos *lato sensu* como aqueles direitos ou interesses de toda uma coletividade —, permanece a apropriação das tentativas de oferecimento de uma tutela efetiva, especialmente na busca de uma atenuação das diferenças processuais constatadas na prática judiciária.

Não por acaso, tem sido conferido à doutrina e à jurisprudência o papel auxiliar fundamental de interpretação das Leis 7.347/85 e 8.078/90, no sentido de conformá-las ao verdadeiro espírito de coletivização ou de socialização do processo civil brasileiro. Mais ainda, na busca de uma realização ao que Cappelletti ousou denominar de “revolução processual em curso”,<sup>35</sup> pela necessidade de elaborar-se uma superação da divisão “público-privado” e partir-se para a constatação de que existem interesses intermediários a esta distinção, notoriamente caracterizados por uma transindividualidade.

Esta revolução, como se vê, tímida em seu desenvolvimento, gera ainda restrições legais que valem a pena ser enfrentadas. Fala-se, hoje, numa ampla

<sup>(34)</sup> Ada P. Grinover, *idem*, p. 18.

<sup>(35)</sup> Mauro Cappelletti. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 129.

aceitação do Código de Defesa do Consumidor, inclusive para o reconhecimento de algumas garantias de ordem pública essenciais a efetivação de uma tutela coletiva segura. Por outro lado, continua-se a ver um esforço constante dos doutrinadores da matéria para que se proceda a uma leitura conjunta daquele Código aos preceitos da Lei da Ação Civil Pública. Supostamente, porque, na prática, não é este o procedimento que impera.

Exemplo claro desta timidez em relação ao reconhecimento amplo da tutela coletiva está no próprio fato de só recentemente, ainda após a edição da Lei da Ação Civil Pública, ter sido aceita a proteção de qualquer interesse difuso e coletivo por esta ação. A extensão, prevista no Projeto de Lei 3.034/84, apresentado pelo deputado Flávio Bierrenbach — e, por isso, conhecido como projeto Bierrenbach —, e substituído por outro de autoria do Ministro da Justiça da época, Ibrahim Abi-Ackel, foi vetada pelo Presidente da República, certamente, por constituir-se numa inovação ainda muito ousada para a época.<sup>36</sup>

Só a partir da Constituição Federal vê-se a extensão de uso da Ação Civil Pública a qualquer interesse coletivo ou difuso, por obra das disposições do art. 129, que trata da legitimação do Ministério Público para promover a ação e o inquérito civil a ela necessários. Uma extensão efetiva ao texto da Lei 7.347/85, todavia, verifica-se apenas com a possibilidade de edição do Código de Defesa do Consumidor e a previsão específica do art. 110. Ou ainda, pela edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no art. 201, inc. V, igualmente prevendo, entre as responsabilidades do Ministério Público, a de promover o inquérito civil e a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relativos à infância e a adolescência.

Não obstante tais inovações, ainda se vê com certa reserva, no âmbito de oferecimento de uma tutela coletiva, a utilização da Ação Civil Pública. Especificamente, no que diz respeito ao seu alcance — pelo objeto de tutela — aos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos. Em consequência, igualmente, uma certa reserva no reconhecimento de uma nova extensão dos poderes do juiz na possibilidade de reparação efetiva dos danos causados.

## 2.1 A tutela dos interesses individuais homogêneos

O sistema da *Common Law* há muito oferece uma tutela coletiva aos chamados interesses individuais homogêneos — assim denominados pela doutrina brasileira. Por meio das “class actions for damages” ou das “mass tort cases”, o Direito norte-americano desenvolveu pioneiramente a possibilidade de defesa em juízo de demandas coletivas, assim entendidas em razão do agrupamento proporcionado a diversas ações que poderiam ser propostas individualmente. Há, nesta hipótese de proteção, a circunstância trabalhada por Barbosa Moreira dos chamados “litígios acidentalmente coletivos”.<sup>37</sup>

<sup>(36)</sup> Sobre o veto à extensão da Ação Civil Pública “a outros interesses difusos e coletivos”, conferir o texto de Ada P. Grinover *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*, p. 113.

<sup>(37)</sup> Conferir a divisão oferecida por Barbosa Moreira em *litígios essencialmente coletivos e litígios acidentalmente coletivos*, na introdução deste trabalho.

Fala-se, nestes casos, de uma oportunidade de aproveitamento do patrocínio de uma causa coletivamente, ainda que a busca por uma pretensão judicial pudesse se dar de forma individualizada. A vantagem está justamente no oferecimento de uma maior oportunidade de ingresso em juízo, que talvez não ocorresse se não houvesse o patrocínio coletivo da causa. É a hipótese, exemplificando, de uma lesão que só atinge um vulto expressivo para o ingresso em juízo quando tomada coletivamente, porque o prejuízo individualizado não estimula a procura por uma tutela judicial.

Não se fala, por conseqüência, em interesses fragmentados na sociedade, porque não identificados individualmente. Em matéria de interesses individuais homogêneos há efetivamente esta individualização, fundamentalmente, porque há um objeto de pretensão (bem jurídico tutelado) divisível — a visualização de um verdadeiro direito subjetivo, assim pretendido conforme as manifestações privativísticas do Direito. O que ocorre a este direito individual é a sua possibilidade de manifestação como fenômeno de massa, a proporcionar uma proteção que se pretenda também coletiva.

Quando o interesse ou direito individual existe como fenômeno de massa, a requerer um tratamento coletivo, abre-se, portanto, no direito contemporâneo a necessidade de oferecimento de uma tutela também socializadora, que atenda esta expectativa de realização da pretensão material. Para que exista como fenômeno de massa, porém, é preciso verificar as circunstâncias especiais que caracterizam os direitos individuais homogêneos.

A primeira, por óbvio, é o elemento citado da homogeneidade. Ou seja, uma tônica constante em relação as prestações individualmente consideradas que permite que as mesmas possam ser analisadas conjuntamente. Assim, na hipótese de uma lesão grave ao meio ambiente, decorrendo disso prejuízo efetivo a propriedades particulares, ocasionada pelo despejo de detritos poluentes na água (que banha propriedades vizinhas) por uma certa empresa. Sem dúvida, é latente a relação entre os interesses dos atingidos, não desprezada igualmente a necessidade de uma tutela coletiva ao próprio meio ambiente.

Em seguida, vê-se que esta defesa coletiva tem por escopo também a facilitação do acesso à Justiça. É basicamente por duas premissas: por economia processual, vantagem óbvia num processo coletivo; e por conferência de maior significação jurídico-social, na medida em que existe um maior número de lesados por determinada atitude coletivamente contestada.

Barbosa Moreira comenta com precisão a justificativa existente para o emprego da técnica da ação coletiva ao afirmar que somente este tipo de tutela — coletiva — proporciona uma solução razoável ao fenômeno jurídico que se apresenta com a marca de impacto de massa. “Há um paladino, um campeão da causa coletiva, que torna a iniciativa de provocar o pronunciamento do Juiz a respeito não apenas do seu caso particular, senão de todo aquele fenômeno considerado globalmente. Nada impede, entretanto, que estabeleçamos a divisão: cada um tem direito a tanto, ou não tem direito; uns podem ter, outros podem não ter”.<sup>38</sup>

(38) Barbosa Moreira. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 189.

Partindo-se desta concepção de proteção a um interesse jurídico divisível — porque passível de individualização —, indaga-se sobre a possibilidade de compatibilizar-se o procedimento da Ação Civil Pública com o Código de Defesa do Consumidor, a fim de estender-se a defesa dos interesses individuais homogêneos àquele tipo específico de ação coletiva. A discussão é relativamente recente e ainda não oferece conclusões terminativas, razão pela qual, procura-se neste trabalho apenas estimular o debate, sem demonstrar qualquer pretensão de encerramento do tema.

Os adeptos de uma adequação completa e obrigatória entre os dispositivos da Lei da Ação Civil e do Código de Defesa do Consumidor justificam, com base nesta interrelação, a possibilidade de extensão da Lei 7.347/85 também aos chamados interesses individuais homogêneos. A solução estaria prevista no próprio Código, nos arts. 90 e 117, ao determinarem a aplicação recíproca dos diplomas legais. Kazuo Watanabe chega mesmo a defender de forma ampla e genérica a utilização da Lei da Ação Civil Pública para a defesa de tais direitos.<sup>39</sup>

A impossibilidade de uma eventual aplicação desta ação coletiva estaria limitada à própria natureza do interesse tutelado. Impõe-se, como visto, para efeito de caracterização da homogeneidade de interesses individuais um impacto de massa, ou seja, uma relevância de ordem coletiva. “Não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público” — titular por excelência que é, embora não único, das Ações Cíveis Públicas — “tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social, sob pena de amesquinamento da relevância institucional do *Parquet*, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa da ‘ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (art. 127, CF)”.<sup>40</sup>

Existente que seja, ao menos, uma razão específica de interesse social, bastante é o motivo para a busca de uma tutela coletiva, ainda que se tratando de direitos que possam se apresentar cindidos (porque divisíveis), e não meramente fragmentados na sociedade. Para doutrinadores como Watanabe, pode-se hoje considerar existente a concepção de reparação de danos das “class action” no direito brasileiro por meio da utilização da Lei de Ação Civil Pública para a tutela de interesses individuais homogêneos.

Ada Pellegrini Grinover, seguindo mesma orientação, visualiza dois momentos distintos na abrangência da Lei da Ação Civil Pública em razão de seu objeto de tutela. Quando da edição da Lei 7.347/85, manifesta seria a oportunidade de utilização desta ação coletiva para a defesa dos interesses de ordem difusa ou coletiva. A partir do Código de Defesa do Consumidor, todavia, ter-se-ia uma nova concepção de abrangência, que englobasse também a hipótese dos “litígios acidentalmente coletivos”, ou seja, dos interesses individuais homogêneos.<sup>41</sup> A impossibilidade de oportunização de uma reparação dos danos pessoalmente sofridos — em litígios de relevância

<sup>(39)</sup> Kazuo Watanabe, ob. cit., p. 15.

<sup>(40)</sup> Idem, p. 16.

<sup>(41)</sup> Ada P. Grinover. *A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos*, p. 209.

social — teria levado a essa abertura do sistema processual brasileiro, a possibilitar hoje uma adaptação da experiência jurídica nacional as “*class actions for damages*” do direito norte-americano.

O problema de aceitação desta concorrente doutrinária está justamente na dificuldade de adaptação de uma nova concepção de reparação de danos à previsão normativa da Lei 7.347/85 — neste ponto, não alterada pelo Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que na Lei de Ação Civil Pública ainda vê-se limitada esta possibilidade de reparação do dano causado à indenização sob forma coletiva, e não individualizada. A hipótese é restringida pela contribuição, de caráter indenizatório, a um fundo para reconstituição dos bens lesados quando há uma possibilidade de reparação individualizada.

Há, todavia, quem prefira discutir esta extensão do objeto de tutela da Ação Civil Pública pela justificativa de legitimação do Ministério Público. Neste particular, bem reconhece José Maria Rosa Tesheiner que a ação coletiva prevista no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, caracterizada como de caráter indenizatório, não pode ser proposta pelo Ministério Público, poia a mera “soma de interesses individuais não resulta interesse público”,<sup>42</sup> este sim relevante para justificar uma atuação do *Parquet*.

O que não exclui da apreciação do Ministério Público — e do alcance da Ação Civil Pública —, no entanto, interesses individuais homogêneos que demonstrem essencial relevância pública. Tal qual na interposição de ação cominatória para obrigar o fornecedor a substituir produto defeituoso que ponha em risco a saúde dos consumidores ou na propositura de liquidação de sentença penal condenatória quando os titulares do direito à reparação do dano forem pobres. Nestes casos, argumenta Tesheiner, há uma excepcionalidade de adaptação da Ação Civil Pública à defesa dos interesses individuais homogêneos.

Por esta segunda corrente mais restritiva têm-se inclinado os tribunais brasileiros, em questionamentos recentes quanto à legitimidade do Ministério Público — e, igualmente, das associações representativas — para a interposição das Ações Cíveis Públicas quando se trata da tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. Ives Gandra Martins chega mesmo a afirmar que não dispõe o Ministério Público de autorização pela Constituição Federal para a proteção dos direitos individuais quando disponíveis, quanto mais por meio de Ação Civil Pública. A insurgência do professor paulista é manifesta em artigo crítico contra a atuação do Ministério Público de São Paulo, que tem buscado promover a defesa judicial dos contribuintes sujeitos à cobrança municipal do IPTU por meio da utilização da Ação Civil Pública. Apoiado por decisões de todo o país, Ives Gandra defende que “a inconstitucionalidade do veículo utilizado é flagrante, manifesta, inequívoca, incontestável, não se justificando a sua admissibilidade. Em outras palavras, dois homens isoladamente (promotor e juiz) não podem, via ação civil, paralisar a prestação de serviços públicos de interesse da comunidade, porque decidiram tornar indisponíveis direitos disponíveis do cidadão”.<sup>43</sup>

<sup>(42)</sup> José Maria R. Tesheiner, ob. cit., p. 82.

<sup>(43)</sup> Ives Gandra Martins, ob. cit., p. 96

Em matéria de utilização da Ação Civil Pública para a defesa de interesses individuais homogêneos já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que é cabível o instrumento processual de defesa — e legitimado, portanto, o Ministério Público — no âmbito de aplicação do art. 127 da Constituição Federal de 1988; ou seja, para a defesa de “interesses sociais”, que assim atingem o interesse de um público amplo. Razão essa que levou a 1.ª Câmara Cível do TJRS, nos autos da Apelação Cível 592.027.841, a decidir que a “defesa dos interesses individuais homogêneos pressupõe uma pluralidade de pessoas que os tenham de uma origem comum. Tratando-se de lesão ao patrimônio de apenas um indivíduo, falece ao Ministério Público legitimidade para propor esse tipo de ação”.

A possibilidade de um uso abusivo da Ação Civil Pública para a tutela de direitos disponíveis — ainda que resultantes de um fenômeno de massa — tem provocado a manifestação de diversos autores no sentido de constatarem uma patologia flagrante na utilização de tal instrumento processual. Em especial, quando tomada em substituição a ação direta de inconstitucionalidade. “O uso generalizado e indiscriminado das Ações Cíveis Públicas, como outrora do *habeas corpus*, dos interditos possessórios e do próprio mandado de segurança, pode constituir séria ameaça à ordem jurídica e ensejar um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada, que é nocivo ao desenvolvimento do país”.<sup>44</sup>

Relativamente aos interesses individuais homogêneos, a utilização da Ação Civil Pública como meio de tutela específica não encontra guarida quando intentada para a defesa dos interesses nitidamente privados. Para Arnaldo Wald e Rogério Lauria Tucci, o uso regular das Ações Cíveis Públicas justifica-se com base num respaldo legal específico, insuficientemente considerada a regulação genérica do art. 117 do Código de Defesa do Consumidor. Só são aplicáveis à defesa de interesses individuais homogêneos quando a aplicação decorra de determinação expressamente prevista pelo legislador — o que ocorreria, excepcionalmente, nos três primeiros incisos do art. 1.º da Lei da Ação Civil Pública.<sup>45</sup>

Como regra, na primeira concepção, ou como excepcionalidade, na argumentação seguinte, o fato é que se permite hodiernamente sustentar o cabimento da Ação Civil Pública para a proteção específica de direitos individuais homogêneos, seja em razão da interrelação perfeita entre as Leis 7.347/85 e 8.078/90, seja devido a uma interpretação do próprio instituto de legitimação ativa do Ministério Público para o caso. Em ambas as hipóteses, porém, o que se vê é uma imprescindibilidade do elemento de relevância pública a justificar a aplicação da tutela coletiva pela interposição da Ação Civil Pública.

Não há porque, em consequência, não se admitir uma abertura em relação a abrangência do objeto de tutela da Ação Civil Pública. Na medida em que se reconhece uma relevância pública a determinado interesse de ordem coletiva, ainda que divisível seja o objeto de tutela, a finalidade do processo é a de oferecer instrumental suficiente para a configuração de uma efetiva proteção judicial. Nem mesmo pode se pensar em excluir a aplicação

(44) Arnaldo Wald, ob. cit., p. 79.

(45) Idem, p. 92.

da Ação Civil Pública, existindo a necessidade para tanto, em razão da não adaptação do procedimento de reparação à hipótese de indenização por danos pessoalmente sofridos.

É Grinover que resolve a suposta incompatibilidade entre a possibilidade de reparação prevista no procedimento da Ação Civil Pública e a indenização para interesses individuais homogêneos. Não há uma substituição permanente da vontade dos titulares dos interesses individuais em questão por entes públicos — Ministério Público, por exemplo. Mas uma substituição processual para efeito de obtenção de uma sentença condenatória genérica, quando se fizer esta hipótese (de reparação de um prejuízo). De fato, isto ocorre pelo reconhecimento de que a finalidade da ação coletiva — e, em especial, da Ação Civil Pública — é a de fornecer uma solução global, *erga omnes* no caso de direitos individuais homogêneos.

Todavia, porque possível a verificação de uma parcela individual do direito pleiteado a um dos interessados, abre-se a oportunidade de liquidação e execução da sentença genérica pela vítima do prejuízo de forma direta. A distinção das demais formas de execução por título judicial, no procedimento coletivo, o instante de liquidação abre a possibilidade ampla de cognição a respeito do prejuízo individualmente sofrido e da existência de um nexo manifesto deste dano particular ao “dano globalmente causado”.<sup>46</sup> É esta, por sinal, a disciplina do Código de Defesa do Consumidor pela leitura conjunta dos arts. 95 a 100 — e vê-se que não há uma exclusão da possibilidade de promover-se também a liquidação coletiva da sentença em benefício da reparação do dano global causado.

Na linha defendida pelos autores do anteprojeto do Código, é latente a defesa de uma adequação do procedimento da Lei 7.347/85 aos interesses individuais homogêneos. E, fundamentalmente, porque se busca reconhecer uma verdadeira adaptação do alcance das “class actions for damages” do direito norte-americano à processualística brasileira.

## 2.2 A extensão dos poderes do juiz na reparação dos danos

O tema referente a extensão dos poderes do juiz em matéria de reparação de danos de abrangência social é tratado por Cappelletti, tendo por base uma nova tarefa judicial: a de reintegração da coletividade no gozo de seu direito coletivo.<sup>47</sup> Não se parte mais de uma função privativística do magistrado no processo. A abrangência de uma sentença de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* exige igualmente uma redefinição do papel exercido pelo juiz na condução do litígio.

Isto reflete uma concepção diversificada dos limites objetivos da sentença em ação coletiva. Importa no reconhecimento de que não tem o juiz a função única de verificar o dano efetivamente causado a determinados indivíduos. A sentença, além disso, terá como limite objetivo o dano considerado globalmente, ou seja, o prejuízo que possa repercutir em toda a sociedade. “Se de fato o juiz devesse, por exemplo, limitar-se a condenar a indústria poluente a ressarcir só o dano advindo a qualquer autor, uma

<sup>(46)</sup> Ada P. Grinover, ob. cit., p. 219.

<sup>(47)</sup> Mauro Cappelletti, ob. cit., p. 152.

tal demanda teria raramente um efeito determinante: normalmente, o comportamento poluente continuaria imperturbado, porque o dano a compensar ao autor esporádico seria sempre mais inferior aos custos necessários para evitar qualquer comportamento.”<sup>48</sup>

De outra parte, vê-se hoje o juiz autorizado a trabalhar com uma nova categoria de dano e, conseqüentemente, de responsabilidade civil. Fala-se, portanto, no dano coletivo. Mas não apenas no dano causado a uma coletividade em razão de sua abrangência materialmente identificada — como o dano ao meio ambiente, por exemplo. Aqui, identifica-se também a categoria de dano coletivo naquele prejuízo causado por meio de fatos que vulneraram a confiança e credibilidade no mercado, como no prejuízo gerado pela atividade de uma empresa que não atende “las reglas standard del mercado”.<sup>49</sup>

Tem-se, portanto, não apenas um dano ambiental, mas um dano de consumo, um dano decorrente da atividade econômica do Estado, um dano causado pela falta de assistência à criança e ao adolescente, um dano oriundo da violação do patrimônio público em seu aspecto artístico, estético, turístico, cultural. Enfim, um dano de ordem social, que importa numa reparação de igual caráter social. Mas que não impeça a possibilidade concomitante de uma reparação individual quando se tratar de um bem de tutela divisível.

A Lei da Ação Civil Pública procurou oferecer solução eficaz ao problema pela criação de um fundo de reparação. A partir de uma sentença genérica condenatória ao pagamento de determinada quantia quando necessário — o que não exclui a condenação em fazer ou deixar de fazer algo — permitiu a Lei 7.347/85, justamente, uma extensão dos limites objetivos da sentença judicial, pela possibilidade de uma reparação abrangente do dano, não restrita aos prejuízos individualmente considerados, mas relativa à reparação necessária a toda uma coletividade.<sup>50</sup> O que importa, para efeito de avaliação do prejuízo, é o alcance social do dano causado, e não a soma dos prejuízos verificados a cada indivíduo — e isto independentemente de se tratar de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

Há, portanto, uma extensão manifesta dos próprios poderes do juiz que não se vê mais limitado a um conceito restrito de dano ressarcível. A abrangência da sentença numa ação coletiva depende, hoje, da avaliação efetiva de um prejuízo social, não desconsideradas as lesões individualmente constatadas. E esta garantia processual efetiva é que permite a criatividade no momento de reparação, não mais restrita apenas à indenização por perdas e danos, mas aberta a medidas de indenização *in natura* — como o reflorestamento e a obrigação de conservação de determinada área florestal prejudicada por desmatamento ao longo de um período fixo de tempo, por exemplo.

Uma observação pertinente ainda é possível em relação aos chamados “fundos de garantia”. Ou seja, o oferecimento de um instrumental prévio de reparação que tenda a cobrir uma responsabilidade civil específica

<sup>(48)</sup> Idem, p. 153.

<sup>(49)</sup> Carlos Alberto Ghersi. *Los proyectos de reforma de los Códigos Civil y Comercial y la sistemática de la “responsabilidad civil”*, p. 4.

<sup>(50)</sup> Sobre o assunto conferir a opinião de Hugo Mazzilli no livro *A defesa dos interesses difusos em juízo*, pp. 271-281.

decorrente de determinada lesão a um interesse de ordem coletiva (aqui entendido *lato sensu*). O direito brasileiro ainda não consagrou a medida, tendo adotado a fórmula de criação de fundos de reparação apenas em decorrência de sentenças em ações coletivas.

Numa visão comparativista, contudo, a técnica dos fundos de garantia já apresenta uma proposta de aplicação efetiva. Obviamente, trata-se de hipótese alternativa as ações coletivas, a fim de facilitar, em certas matérias, o próprio acesso à Justiça das pessoas lesadas — em casos, geralmente, por obra de responsabilidade do próprio Estado.

Com bastante evolução, embora só a segunda experiência encontre-se já no campo legislativo, destacam-se as iniciativas doutrinárias argentina, na seara da responsabilidade civil automotor por danos corporais,<sup>51</sup> e francesa,<sup>52</sup> relativamente ao fundo *ad hoc* para financiar a indenização de vítimas de contágio de AIDS (Síndrome da Imuno-Deficiência Adquirida — SIDA). Em ambos os casos, há preocupação na reparação de um prejuízo de ordem social, porque de âmbito coletivo, cuja reparação individual torna-se, por vezes, praticamente impossibilitada. Pelo reconhecimento de uma responsabilidade de reparação do dano, de forma ampla, apenas pela constatação do nexo de causalidade entre o fato concreto e a hipótese determinada em lei, permite o ordenamento jurídico, nesta perspectiva comparativista, a criação de fundo específico. Por meio deste, já é pressuposto que o fato ocorrido — acidente de trânsito, aquisição da AIDS por meio de transfusão sanguínea — deve ser reparado, uma vez constatado apenas o nexo de causalidade.

Isso permite uma nova dimensão à reparação dos danos de caráter coletivo, inclusive para efeito de determinação do conteúdo das indenizações devidas.<sup>53</sup> Em regra, abrangendo os prejuízos efetivamente sofridos, de ordem material ou moral, seja no âmbito coletivo ou individual, excluído o enriquecimento (perdas e danos), que tende a ser objeto de reclamação individual.

É esta dimensão que se deve relevar, da mesma forma, referentemente à atuação do magistrado em Ações Cíveis Públicas.<sup>54</sup> A possibilidade de consideração de todo o prejuízo para efeito de reparação, abrangidas não só as hipóteses individuais verificadas, mas efetivamente o dano coletivo proporcionado à sociedade. Quer-se, em suma, a consolidação, na prática, do chamado “fluid recovery”, do direito norte-americano, ajustado a solução brasileira de reparação coletiva (pelo fundo de recursos), em vista, na medida do possível, de uma reparação efetiva do bem jurídico lesado.

Por fim, ainda no que se refere à extensão do poder jurisdicional em Ações Cíveis Públicas, cumpre uma observação quanto à competência jurisdicional e o alcance da coisa julgada referentemente à atuação do Ministério Público para a interposição de Ação Cível Pública e das Justiças Estadual e Federal para o julgamento das mesmas (extensão jurisdicional do efeito *erga omnes*). Têm os tribunais considerado abusiva a tentativa do

(51) Ver Mosset Iturraspe no livro *Daños*, em especial o capítulo de autoria de Carlos A. Ghersi sobre “fondos de garantía”.

(52) Sobre a experiência francesa, conferir o artigo de Luis O. Andorno, *ob. cit.*

(53) *Idem*, p. 44.

(54) Hugo N. Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 281, em nota de n. 18.

Ministério Público Estadual de dar alcance nacional às demandas decorrentes de danos de extensão igualmente nacionais. Estaria o Ministério Público, neste caso, avocando competência determinada ao Ministério Público Federal. Corroborando tal disposição, decisão do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região em voto esclarecedor do juiz Teori Albino Zavascki, nos autos do Mandado de Segurança 90.04.24815-3/RS. Entende o eminente relator ser “incompatível com os princípios de regência da instituição e do sistema de repartição de atribuições a atuação do Ministério Público Estadual fora de seu estado ou fora da jurisdição estadual”.

Não há, todavia, tranquilidade doutrinária em relação à matéria. Já escreveu Kazuo Watanabe, em análise exemplificativa de interesses coletivos a partir da questão do aumento de 147,06% nos benefícios de pessoas aposentadas, que as demandas coletivas eventualmente propostas em diversos estados constituem verdadeira “repetição” de ações, sendo inquestionável a litispendência. “A autonomia de cada um dos Ministérios Públicos setoriais é apenas administrativa, tendo cada qual uma estrutura e carreira próprias. Em termos institucionais, é a única entidade de âmbito nacional.”<sup>55</sup>

Mesma abusividade tem sido argüida no caso de Ações Cíveis Públicas em que o juiz se atribui jurisdição nacional; ou seja, especialmente, no âmbito de análise da extensão da jurisdição do magistrado. Foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça que inexistente conflito de competência — e muito menos conexão às respectivas causas — entre juízes federais, vinculados a Tribunais Regionais Federais diversos, que julgam causas materialmente conexas em questões de interesses difusos, referentemente a um dano de ordem nacional. A homogeneidade de tratamento será verificada, no caso, quando remetidas as demandas ao Superior Tribunal de Justiça para apreciação. Tal conclusão tem sido relevada, tendo em vista que tanto a Lei da Ação Civil Pública como o Código de Defesa do Consumidor não afastam os princípios de competência e jurisdição genéricos presentes no processo civil brasileiro. Para evitar maiores questionamentos, todavia, tem-se já suscitado a possibilidade de centralização da competência para ações coletivas de âmbito nacional (devido a extensão do dano) em Brasília — o que é, ao menos, polêmico, tendo em vista uma dificuldade maior de acesso à própria jurisdição, quando outro é o escopo da tutela coletiva.

### 3. Conclusão

A sociedade moderna, inspirada pelo signo da massificação cultural, transformou a concepção clássica de Estado Social de Direito — construído à base da noção de direito subjetivo público — noutra, adaptada às novas tendências de coletivização. Já falava Ada Pellegrini Grinover, no final dos anos 70, que “no último quartel do século XX, o retorno à plenitude democrática não pode significar a adoção de esquemas clássicos de liberalismo”.<sup>56</sup> O “Welfare State”, garantidor das liberdades individuais, portanto, obrigatoriamente deve reconhecer as novas necessidades emergentes da sociedade, que agora se apresenta pluralista e organizada em microssistemas.

<sup>(55)</sup> Kazuo Watanabe, ob. cit., p. 20.

<sup>(56)</sup> Ada Pellegrini Grinover. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 111.

Este reconhecimento das novas formas de manifestação social deve ser igualmente acompanhado pelo ordenamento jurídico, sob pena de encontrar-se prejudicado o princípio do acesso à justiça tão prezado nos sistemas de Direito modernos. Não por outro motivo, as ações coletivas, em especial a Ação Civil Pública — conforme apresentada neste trabalho — têm ganhado espaço significativo nos ordenamentos, de forma a garantir uma tutela específica do Estado a interesses de ordem coletiva (aqui, tomada a expressão de forma abrangente). Fala-se não mais em proteção efetiva a direitos individuais, mas em uma tutela eficaz a interesses de coletividades, organizadas a partir de uma relação-jurídica base ou não.

Assim como na experiência demonstrada pelo Direito Comparado — especialmente, por meio das “class actions” do direito norte-americano —, as ações coletivas buscam oferecer uma proteção jurídica a bens de interesse social ou que atinjam uma categoria ou número maior de pessoas. Ou seja, na composição de verdadeiros “processos de massa”. Por isso, a imprescindibilidade de que estas transformações no âmbito do Direito Público alcancem a seara específica do Direito Processual, a fim de que também seja a sociedade servida pelo instrumental necessário à tutela coletiva estatal.

Nesta perspectiva, procurou-se focar alguns institutos e princípios do Direito Público que possibilitam a consagração desta tutela coletiva no direito brasileiro, principalmente a partir da Lei 7.347/85, que criou a Ação Civil Pública. Tais como a questão da facilitação do acesso à Justiça, da legitimação processual e do tratamento dispensado à coisa julgada. Não obstante estas conquistas, procurou-se discutir a possibilidade de abuso no uso da Ação Civil Pública, especialmente quando utilizada para a tutela dos chamados interesses individuais homogêneos, conforme a previsão normativa do atual Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

A título de conclusão, todavia, tem-se que cada vez mais importante passa a ser a necessidade de uma integração doutrinária e jurisprudencial para a determinação dos limites desta tutela coletiva, que tem no Estado o seu maior titular (inclusive, para a própria interposição da Ação Civil Pública, conforme o art. 129 da Constituição Federal). Especialmente, quando da ampliação do uso da Ação Civil Pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, na medida de relevância pública que apresentem. Igualmente, quanto ao reconhecimento de uma maior extensão aos poderes do juiz para efeito de reparar o prejuízo verificado ao bem de ordem coletiva tutelado.

Por fim, sendo o Estado o titular dos interesses de ordem social — consagradas constitucionalmente as garantias a direitos de natureza coletiva — fundamental que haja instrumentos de defesa destes interesses coletivos em juízo, como a Ação Civil Pública, de titularidade extensiva à própria sociedade organizada (o problema da legitimação, como visto), para que também o Estado não se sirva desta possibilidade de tutela para intervir, abusivamente, na parcela de autonomia de organização social da coletividade.