

A AÇÃO COLETIVA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Carlos Alberto ÁLVARO DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: I. *Considerações propedêuticas:* 1. *Introdução*, 2. *Os interesses supraindividuais na nova Constituição*, 3. *O Código de Defesa do Consumidor*; II. *Compreensão dos “interesses” ou direitos lato sensu coletivos:* 1. *Interesse individual e interesse público*, 2. *Interesse e direito*, 3. *Direitos lato sensu coletivos*; III. *O âmbito da tutela coletiva:* 1. *A efetividade e os meios processuais de tutela*. 2. *A tutela sancionatória no âmbito coletivo*, 3. *O alcance da ação coletiva de responsabilidade civil.*

I. CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

1. *Introdução*

A análise do sistema jurídico brasileiro semelhante, aliás, ao direito europeu-continental evidencia a adoção de modelo de cunho nitidamente liberal e individualista.

Amoldando-se às novas necessidades da sociedade de massas, o direito processual civil vem, contudo, colocando no centro de suas cogitações o exame das pretensões *coletivas*. Abandonada a antiga ótica da ideologia liberal, o processo deixa de ser examinado como assunto de interesse direto e pessoal de duas partes, a respeito de seus direitos individuais, para abranger também matérias de grande importância política e intenso interesse social, envolvendo elevado número de pessoas.¹

Desta forma, busca-se superar o rígido dualismo entre Estado e indivíduo, enquanto possíveis sujeitos da ação processual, relativizando-se a oposição entre o interesse individual privado e o interesse público. Dentro dessa perspectiva, a tradicional dicotomia *público-*

¹ No direito norte-americano, registrando esse empenho, Abram Chayes, embora com certa impropriedade por ele mesmo reconhecida, denomina-o de litígio de “direito público”, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, em *Harvard Law Review*, 89 (1976): 1281-1316.

privado parece hoje suplantada pela realidade em que vivemos, que é de uma sociedade de massa, de consumo de massa, de trocas de massa, de turismo de massa, de litígios ou litigiosidade de massa. Contata-se, assim, com sensibilidade, que “a realidade é muito mais complexa, mais articulada do que a simplística dicotomia tradicional”, assumindo, na verdade, configuração totalmente nova tanto a “necessidade de tutela” quanto o “acesso à justiça”, diante da imprescindibilidade de alargamento e invocação de novos instrumentos, novos conceitos e novas estruturas.²

Nesse contexto, os organismos intermediários, assim como os “terceiros” legitimados a agir, são de fato portadores de interesses supraindividuais ou coletivos, os quais, embora de regra estruturalmente coligados a determinado interesse pessoal privado ou público, não se identificam com um ou outro, exigindo adequada proteção jurisdicional.

Mesmo em sistemas como o brasileiro, já afeito de longa data ao jurisdicional dos atos da administração, fácil é conceber quanto poderá contribuir essa abertura, se bem empregada, para mais intensa participação política.

E isto porque a ampliação da legitimidade ativa, atribuída também a associações e entidades privadas —que assumam como finalidade institucional a defesa dos interesses e direitos da coletividade—, e a repercussão *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, somadas ao conhecimento pelo juiz de questões envolvendo tradicionalmente decisões de cunho político, representará certamente fundamental mudança na concepção do processo e, além disso, articulada possibilidade de interferência do cidadão comum na escolha e execução de políticas de seu interesse.³ Pense-se, *v.g.*, em demandas coletivas envolvendo o ambiente, a saúde pública, a defesa das minorias contra a discriminação religiosa, social ou racial, os abusos do desenvolvimento urbano, ou os direitos do consumidor.⁴

² Assim, por todos, M. Cappelletti, *Appunti sulla Tutela Giurisdizionale di Interessi Collettivi o Diffusi*, em *Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi (Atti del Convegno di Studio*, Pavia, 11-12 giugno 1974), Cedam, Padova, 1976, pp. 191-198.

³ A respeito da problemática dos interesses difusos e coletivos, na perspectiva da participação política, veja Vittorio Denti, relatório introdutório, no Congresso citado na nota 2, *supra*, *ob. citata*, pp. 7-14. Também Vincenzo Vigoriti, *Interessi Collettivi e Processo (La Legittimazione ad Agire)*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 3-16.

⁴ Como bem anota Hans Smit, “La Procédure Civile Comme Instrument de Réforme Sociale”, em *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1976, pp. 449-460,

Quanto a este último, é de notar que a defesa do consumidor, mais precisamente a proteção do consumidor do produto final, é importante na medida em que os fornecedores são mais fortes e estão muitíssimo melhor informados e organizados do que a massa dos consumidores. Basta pensar, por exemplo, no emprego de métodos de propaganda duvidosa e nas condições comerciais unilaterais. Além disso, a força do produtor tende a se reforçar pela concentração cada vez maior das empresas e de acordos ou comportamentos limitadores da concorrência.⁵

Para encerrar este tópico, nada melhor do que reproduzir o interessante confronto formulado por Abram Chayes, sob a ótica do direito norte-americano, entre o modelo da demanda por ele denominada de direito público e os pressupostos e características essenciais do conceito tradicional de processo:⁶

1) O escopo do processo (*lawsuit*) não é dado exteriormente e sim formado primariamente pelo tribunal e partes.

2) A estrutura de partes não é rigidamente bilateral, mas expandida e amorfa.

3) A investigação dos fatos ao invés de ser histórica e adjudicativa mostra-se predicativa e legislativa.

4) O remédio (*relief*) não é concebido como compensação por falta passada, em forma logicamente derivada da responsabilidade substantiva e confirmado no seu impacto em relação às partes imediatas; em vez disso, olha para o futuro, sendo elaborado *ad hoc*, em linhas corretivas flexíveis e tolerantes, frequentemente tendo conseqüências importantes para muitas pessoas, inclusive ausentes.

5) O remédio não é imposto, mas negociado.

6) A sentença (*decree*) não termina o envolvimento judicial no caso: a administração do litígio exige continuada participação do tribunal.

7) O juiz não se exhibe passivo, com função limitada de análise e declaração das regras legais do governo; ele é ativo, com responsabilidade não só de valorização aceitável dos fatos, como também de organizar e adaptar a demanda para assegurar resultado justo e viável.

esp. p. 459, as pretensões do consumidor e em matéria de meio-ambiente, ao serem traduzidas no plano jurídico, buscam claramente formular e realizar uma política social, constituindo fenômeno social importante.

⁵ *Cfr.*, a respeito, Eike von Hippel, "Defesa do Consumidor", em *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 273 (1978: 5-37, esp. pp. 5-6.

⁶ Abram Chayes, "The Role of the Judge...", *cit.*, p. 1302.

8) A matéria objeto do processo não constitui disputa entre indivíduos a respeito de direitos privados, mas reclamação (*grievance*) acerca do funcionamento da política pública.

2. Os interesses supraindividuais na nova Constituição

À visão social acima mencionada, impõe-se reconhecer, não se mostrou alheia a nova Constituição brasileira.

Em primeiro lugar, o constituinte de 1988, em postura deliberada e bastante significativa, assegurou o acesso à jurisdição a qualquer demanda envolvendo lesão ou ameaça a direito, dispensando qualquer adjetivação (art. 5º, XXXV).⁷ Basta a comparação com o texto revogado, contido no art. 153, § 4º, da Carta de 1967 (redação da EC Nº 1/69), que admitia a tutela jurisdicional tão-somente para a proteção dos direitos *individuais*, para de pronto perceber-se o exato alcance da alteração.⁸

O notável instrumento consubstanciado no mandado de segurança, antes restrito aos direitos individuais, pode agora ser empregado também em caráter coletivo (art. 5º, LXIX). De outro lado, foi alargado o âmbito da ação popular e possibilitado o seu emprego para tutela não só de direitos de natureza estritamente pública, como também de direitos de cunho nitidamente difuso, a exemplo da proteção do ambiente e do patrimônio histórico e cultural. E a Constituição basta-se com a lesividade do ato como pressuposto de tal tipo de tutela, dispensando o requisito da ilegalidade (art. 5º, LXXIII).

Alçou-se, além disso, a nível constitucional a ação civil pública, veículo fundamental para a proteção dos interesses e direitos difusos e coletivos, de modo a ultrapassar as hipóteses consignadas originariamente no art. 1º da Lei nº 7.347, de 24.7.1985,⁹ com vistas a

⁷ O ponto, aliás, não passou despercebido à doutrina nacional, de que é exemplo a manifestação de Lúcia Valle Figueiredo, em *Direitos Difusos e Coletivos*, São Paulo, RT, 1989, p. 37.

⁸ O texto constitucional brasileiro, note-se revela superioridade em relação a outros ordenamentos, em que, de forma mais restritiva, a tutela é assegurada para a defesa dos próprios direitos e interesses do autor. Tal é o caso do art. 24, caput, da Constituição Italiana e do art. 19, alínea 4ª, da Lei Fundamental de Bonn. Sobre isso e a interpretação construtiva das doutrinas italiana e alemã a respeito, ver Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione (Problemi di Diritto Tedesco e Italiano)*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 215-219.

⁹ Este dispositivo, como se sabe, restringe expressamente o acesso apenas aos interesses e direitos difusos respeitantes ao ambiente, consumidores e bens e di-

abranger “outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). Note-se que a legitimação do Ministério Público, estabelecida constitucionalmente, “não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei” (art. 129, § 1º).

Por sinal, em tema de legitimação, impõe-se o registro da louvável inovação introduzida pelo art. 5º, XXI, outorgando legitimidade às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.¹⁰

De sua vez, o inciso XXXIII do art. 5º introduziu novidade de considerável alcance prático, no domínio dos direitos coletivos. Segundo este dispositivo, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

No plano substancial, é importante ressaltar, antes de nada, a inscrição na Constituição do princípio fundamental de proteção de valores supraindividuais, a exemplo da cidadania,¹¹ da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, proclamando-se igualmente o desiderato da construção de sociedade livre, justa e solidária, com promoção do bem de todos, sem discriminação de qualquer espécie (arts. 1º, II, III e IV, 3º, I e IV), restringindo-se do mesmo passo o uso da propriedade à sua função social (art. 5º, XXIII). Esses valores impõem, naturalmente, limites à atividade empresarial, o que se mostra de suma importância em tema de proteção dos direitos do consumidor.

reitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A doutrina, porém, propugnava por uma interpretação extensiva da norma. Vide, por todos, Ada Pellegrini Grinover, “Azioni Collettive e Tutela dell’Ambiente e dei Consumatori (La legge brasiliana 24 luglio 1985, n. 7.347)”, em *Rivista di Diritto Processuale* 41 (1986): 101-116, esp. pp. 111-112.

¹⁰ Deve ser destacado, a esse respeito, o correto enfoque dado ao problema por acórdão unânime da 2ª Câm. Cív. do TJRS (AC Nº 588062892, j. em 14.12.1988, rel. Des. Mário Rocha Lopes, em RJTJRS, 138 (1990): 160-165), reconhecendo legitimidade ativa a associação de moradores de bairro próximo, para ação civil pública em defesa do ambiente, em litígio concernente a localização de usina para tratamento de lixo urbano.

¹¹ Como bem ressalta Lúcia Valle Figueiredo, *Direitos Difusos e Coletivos*, cit., p. 23, “O vetor cidadania reforça —sem sombra de dúvida— a idéia do direito coletivo ou difuso. Deveras, o cidadão é aquele que participa de sua coletividade. Defende seus interesses individuais, mas não só. É o cidadão quem deve e pode fiscalizar a Administração Pública por meio da ação popular. É o cidadão quem pode pedir informações de interesse coletivo”.

Aliás, a própria rubrica do Cap. I do Tít. II da Constituição menciona significativamente direitos fundamentais individuais e *coletivos*.

Várias hipóteses integram esta última categoria na nova ordem constitucional. Exemplificativamente podem ser apontados o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput), com reparação dos danos a ele causados (art. 225, § 3º), o respeito ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, com garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182), a responsabilidade civil objetiva por danos nucleares (art. 21, XXIII, c),¹² e a preservação da continuidade e da unidade histórico-cultural do ambiente urbano (art. 18, § 4º).

No campo específico dos direitos do consumidor, como bem anota José Afonso da Silva, mostrou-se tímida a nova Constituição.¹³ De forma por demais sintética, remeteu ao legislador infraconstitucional a tarefa de prover sobre a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII),¹⁴ determinando o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a elaboração, pelo Congresso Nacional, dentro em cento e vinte dias de sua promulgação, de Código de Defesa do Consumidor.

Vale ressaltar, ainda, que o art. 170, V, elevou a “defesa do consumidor” à condição de princípio da ordem econômica, atribuindo o art. 24, VIII, competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor.

3. O Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, baixado pela Lei nº 8.078, de 11.9.90, resultou de iniciativa do Conselho Nacional de Defesa

¹² Sobre a temática da responsabilidade nuclear a nível constitucional e, também, quanto ao influxo da nova ordem no campo do direito privado, consulte-se Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição de 1988*, São Paulo, RT, 1990, pp. 198-207, *passim*.

¹³ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., revista e ampliada, São Paulo, RT, 1989, p. 232. Informa o escritor, *op. e loc. cit.*, nota 65, que a Constituição Portuguesa de 1976 foi a primeira a acolher normas de proteção do consumidor, de maneira bastante avançada (art. 110), nela se inspirando a Constituição Espanhola de 1978 (art. 51).

¹⁴ Não sem alguma razão, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *A Ordem Econômica e Financeira e a Nova Constituição*, Rio de Janeiro, Aide, 1989, pp. 11-13, critica essa postura, pois “o que se quer dizer é que a lei ordinária, menos

do Consumidor, anterior mesmo à promulgação da Constituição vigente, então sob a presidência de Flávio Flores da Cunha Bierrenbach. A comissão responsável compunha-se dos Professores Ada Pellegrini Grinover (coordenadora), José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari e pelo Dr. Daniel Roberto Fink, contando com a assessoria dos Drs. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubbo, Néelson Nery Júnior e Regis Bonvicino.

A Lei nº 8.078, com algumas modificações, obedeceu às diretrizes básicas estabelecidas no anteprojeto. Em tema de responsabilidade civil, cumpre ressaltar constituir direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, inciso IV). A solidariedade pela reparação da ofensa encontra-se estatuída, em caráter geral, no parágrafo único do art. 7º. Regula-se no art. 12 a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, não só quanto à reparação dos danos causados por defeitos, como também por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.¹⁵ Os vícios de qualidade ou quantidade de produtos de consumo, duráveis ou não, também responsabilizam os fornecedores, nos termos dos arts. 18 e 19.

Em regramento de largo alcance prático e social, dispõe o novo estatuto, de forma inovadora, que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida, não só individualmente mas também de forma coletiva, seja para proteção de interesses ou direitos *difusos*, de interesses ou direitos coletivos, ou de interesses ou direitos *individuais homogêneos* (art. 81, *caput*, e respectivo parágrafo único, incisos I a III). Antes, entre os direitos básicos do consumidor, alinhara o Código “o acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados” (art. 6º, inciso VII).

estável que a norma constitucional e com eficácia inferior à desta, é que estruturará a garantia aludida, tornando mais abrangente e efetiva a defesa do consumidor ou a desenhando e a regulando de forma restritiva, tornando a aludida defesa um quase nada de efeito prático”.

¹⁵ Sobre o dever de informar do fabricante, torna-se imprescindível a consulta ao bem elaborado ensaio de Vera Maria Jacob de Fradera, “O dever de informar do fabricante”, em *Revista dos Tribunais*, 656 (1990): 53-71.

Em perspectiva puramente processual, tema que mais de perto interessa aqui investigar, o novo diploma nada fica a dever aos estatutos similares de outros povos, superando-os mesmo em alguns pontos significativos.

Assim, por exemplo, não se admite no países europeus a defesa dos interesses individuais com caráter coletivo, alternativa porém expressamente facultada no art. 81, parágrafo único, III, comb. com os arts. 91 a 100 da lei brasileira. Esta orientação, herdou-a nosso sistema principalmente dos Estados Unidos, onde se desenvolveu o instituto da chamada *class action* (rule 23, *Federal Rules on civil procedure*, 1966), que encontra equivalente na *relator action* e nas *representatives proceedings*, do Reino Unido e da Austrália, e no *recours collectif*, previsto no artigo 999 e segs. do Code de Procédure Civile de Quebec, de 19 de janeiro de 1979.¹⁶

Em sede de legitimação ativa, a lei brasileira apresenta igualmente maior amplitude englobando, concorrentemente, as diversas soluções adotadas em outros países.¹⁷

Como constitui desiderato fundamental deste trabalho a determinação do alcance da ação coletiva de responsabilidade civil por danos causados ao consumidor parece útil desenvolvê-lo, em primeiro lugar, com a análise dos diversos tipos de interesses ou direitos que podem dar lugar à ação coletiva. Procurar-se-á assentar, ao depois, o objeto da tutela não-individual, para então atingir-se o cerne da problemática, com o estabelecimento da inteligência e extensão das ações contidas no parágrafo único do art. 81 e, inclusive, de sua indetidade ou não com outras espécies de tutela coletiva, como a ação civil pública.

II. COMPREENSÃO DOS “INTERESSES” OU DIREITOS LATO SENSU COLETIVOS

1. *Interesse individual e interesse público*

Quando se pensa em direito coletivo *lato sensu*, em primeira e intuitiva aproximação alude-se a situação de vantagem comum a plu-

¹⁶ Sobre o ponto, N. J. Mazon, “Recours Collectif: Réalité Québécoise et Projet Français”, em *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987, p. 373.

¹⁷ Ver, na perspectiva de direito comparado, M. Cappelletti e B. Garth, *Access to Justice*, book I, “A World Survey”, ed. M. Cappelletti & B. Garth, Giuffrè & Sijthoff, 1978, pp. 35-48 (trad. bras. *cit.*, pp. 49-67). Excelente estudo da “class

ralidade determinada ou indeterminada e, inclusive, a uma generalidade de pessoas, em princípio interessadas na obtenção do mesmo bem jurídico.

E é bem possível que o próprio interesse individual ou comum, à base desta situação de vantagem, venha a ser *transcendido* em nível qualitativamente distinto, superando o do indivíduo ou da sua maioria e até mesmo o do grupo. Compreende-se que assim seja em razão de que tais situações poderão, eventualmente, entender-se no tempo, compreendendo não só as gerações presentes como as futuras. Em outros casos, constatar-se-á excepcional abrangência espacial, ou mesmo possível conflito entre o interesse individual ou do grupo e o interesse superior e dominante da comunidade.

Já se vê que o conceito se afasta de outras situações jurídicas mais facilmente identificáveis, como aquelas de cunho individual ou público.

O interesse individual, percebe-se sem grande esforço, constitui típico indicativo do liberalismo de uma sociedade extremamente egoísta, a vislumbrar no sucesso pessoal a forma mais acabada de realização do homem, sem nenhuma preocupação solidária com o outro. Ele se exerce *pelo* e *para* o indivíduo.¹⁸

Exercício “pelo” indivíduo significa, em termos processuais, pertencer apenas ao sujeito do direito a legitimidade para pleitar, em nome próprio, o direito que afirma ter, fórmula consagrada no art. 6º do Código de Processo Civil. O interesse “para” o indivíduo dimensiona a fronteira da fruição, atribuída exclusivamente ao seu portador, significando em última análise a satisfação das particulares necessidades deste. Permanecendo na esfera puramente pessoal, o interesse individual não se mostra capaz de transcender, em tais casos, os efeitos da lesão da categoria em que se enquadra.¹⁹

action” e do sistema brasileiro encontra-se na obra de José Rogério Cruz e Tucci, *Class action e Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990, *passim*. Também de proveito as considerações, nessa matéria, contidas no trabalho de Thierry Bourgoigne e Jules Stuick, “La Représentation Jurisdictionnelle des Intérêts Collectifs”, em *L'Evolution du Droit Judiciaire au Travers de Contentieux Économique, Social et Familial*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 597-632.

¹⁸ Como bem anota Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses Difusos (conceito e legitimação para agir)*, São Paulo, 1988, p. 37.

¹⁹ Assim, G. Vignocchi, “Il Problema della Tutela degli Interessi Diffusi nel Quadro di Enti, Raggruppamenti e Ordinamenti a Sfondo Economico”, em *Rilevanza e Tutela degli Interessi Diffusi: Modi e Forme de Individuazione e Protezione degli Interessi della Collettività (Atti del XXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione)* (Varenna, 22-24 settembre 1977), Milano, Giuffrè, 1978, p. 232.

A distinção se torna ainda mais facilmente perceptível na perspectiva do interesse *público*. Como se sabe, em extremo oposto ao indivíduo encontra-se o Estado, o mais perfeito modelo conhecido de autoridade e de poder, fundamentalmente representativo do aparato existente em todo ordenamento jurídico, de cunho essencialmente organizatório e repressivo. Esse é o campo por excelência do direito público, cuja esfera típica de atuação concentra-se na própria organização do Estado e no complexo normativo que a cimenta e anima.²⁰

Todavia, quando se busca uma definição de interesse público não é muito operativo identificá-lo, pura e simplesmente, com o interesse estatal, ante a insuficiência exibida, para tal fim, pelo critério subjetivo. Como acertadamente anotou Alessandro Pizzorusso, “appare evidente come il far derivare il carattere pubblico dell’interesse dalla corrispondente qualità del suo titolare e dire che pubblici sono gli interessi dello Stato e degli altri enti pubblici dà luogo ad un ragionamento circolare, potendosi almeno altrettanto validamente ricavare questa qualità da tale carattere”.²¹

Também se mostra insuficiente o critério objetivo, segundo o qual o interesse público serviria para a realização da convivência harmoniosa entre os cidadãos. É isto pela inafastável variabilidade deste conteúdo no tempo e no espaço. Basta meditar sobre as diversas expressões assumidas, segundo as conveniências do momento ou do lugar, pelo “personagem” interesse público: interesse geral, coletivo, social, nacional, comum, bem público, ordem pública etc. Preferível, portanto, cuidar de interesses públicos concretos e determinados, visto como, no singular, a expressão “interesse público” não corresponde a nenhuma realidade direta ou univocamente definível.²²

De forma sintética e resumida, pode-se dizer, portanto, que os interesses públicos constituem-se de finalidades concretas a serem realizadas sobretudo pelos órgãos e entes públicos, a evidenciar a existência, num ordenamento de base pluralista, de tantos interesses públicos quanto as comunidades em seu âmbito existentes.²³

²⁰ Cfr. Salvatore Pugliatti, “Diritto pubblico e privato”, em *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, XII/696-746, esp. pp. 736-740.

²¹ Alessandro Pizzorusso, “Interesse Pubblico e Interessi Pubblici”, em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 26 (1972): 57-87, esp. pp. 65-66.

²² Cfr. Pizzorusso, “Interesse Pubblico”, *cit.*, pp. 59-63, 66; Luis Felipe Colaço Antunes, *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: para uma Legitimação Procedimental*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 35-38.

²³ Cfr. Colaço, *A Tutela*, *cit.*, p. 38.

Mas além do vago contorno retratado pela expressão “interesses públicos”, afigura-se infrutífera, por outro lado, a tentativa de classificar o fenômeno coletivo em termos públicos ou privados, visto ser extremamente incerta a própria distinção.

Releva notar, em primeiro lugar, que mesmo em plano puramente teórico ainda não se estabeleceram, de forma cabal, os critérios para que determinado interesse deva ser classificado, de uma vez para sempre e para qualquer finalidade, como público ou privado. Do ponto de vista pragmático, a experiência mostra que certos interesses, entendidos em alguns momentos como de pertinência rigorosamente pública, podem ser tutelados e defendidos somente (ou também) por sujeitos privados, às vezes como se fossem interesses meramente privados (v.g., tutela do ambiente ou da saúde).²⁴

2. Interesse e direito

Postas esas premissas, antes de se passar a examinar os critérios

distintivos das situações jurídicas coletivas em sentido lato, convém tecer algumas considerações sobre a indistinta menção a interesse ou direito, empregada no Código. Com efeito: o parágrafo único do art. 81, em seus três incisos, tanto menciona “interesses ou direitos difusos”, “interesses ou direitos coletivos”, quanto “interesses ou direitos individuais homogêneos”. Recorde-se, porém, que o art. 6º, com melhor técnica, refere-se apenas a direitos básicos do consumidor, e não a interesses o udireitos.

A posição tradicional distingue perfeitamente interesse e direito argumentando que se apresentam como *direitos* os *interesses* do indivíduo, quando se consubstanciam nas manifestações permitidas de sua vontade autônoma. Se, porém, o interesse particular do indivíduo, embora protegido de modo reflexo, é tutelado por preceito estatuído no interesse geral, não se caracterizará como direito porque não estará ao alcance do interessado a faculdade de compelir o infrator a observar a norma, e nem mesmo disporá da possibilidade de buscar a liberação de seu dever. Essa mesma doutrina afirma

²⁴ Assim, V. Vigoriti, *Interessi Collettivi e Processo (La Legittimazione ad Agire)*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 34, o qual pondera ainda, acertadamente, que o problema dos interesses coletivos não se resolve em termos de público ou privado, constituindo-se em questão mais complexa, cuja solução depende de uma série de condições relativas e contingentes, servindo a tradicional dicotomia no máximo como ponto de referência.

que “Se o interesse do particular ligado ao interesse difuso pode ser por ele instado à administração pública ou defendido em ação popular, diz-se que é interesse legítimo”.²⁵

A distinção, cumpre desde logo ressaltar, refoge totalmente ao modelo jurídico brasileiro, em muito distanciado, por exemplo, do italiano, em que os interesses legítimos devem, em regra, buscar proteção junto à justiça administrativa, tutelados os direitos subjetivos tão somente no âmbito da chamada jurisdição ordinária.²⁶

Daí, a conhecida lição de Liebman, buscando exatamente determinar os critérios delimitativos das diversas jurisdições especiais do sistema italiano, no sentido de que “La situazione soggettiva che trova nella legge la protezione più piena è quella del *diritto soggettivo*, che ricorre quando l’interesse del soggetto è riconosciuto come esclusivamente proprio del suo titolare ed è come tale direttamente garantito dalla norma giuridica”. Cuida-se tão só de interesse legítimo quando “l’interesse di un soggetto trova protezione nella legge solo indirettamente, perchè si trova a coincidre con un interesse pubblico che la legge intende tutelare nel disciplinare l’esercizio del potere dell’organo amministrativo”.²⁷

Todavia, como entre nós bem se acentuou, a distinção repousa em aspecto puramente *quantitativo*, e portanto *acidental* - o da maior ou menor preeminência do interesse individual como objeto da tutela normativa. Além do mais, em tal espécie de ordenamento, os interesses legítimos, como quer que se situem em face de outras posições jurídicas de vantagem, gozam de proteção jurisdicional não menos eficaz do que a dispensada aos direitos subjetivos como tais reconhecidos pela técnica que ali se utiliza, residindo a diferença basicamente na atribuição da cognição a órgãos distintos, *mas investidos, todos eles, de jurisdição*.²⁸

Na verdade, conduzindo-se o exame do problema a plano mais substancial, pode-se afirmar que a tentativa de colocar o discrimine entre direito subjetivo e interesse legítimo na possibilidade ou não

²⁵ Trata-se, por exemplo, da posição de Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 10ª ed., Rio, Forense, 1988, p. 128, nº 60.

²⁶ Mas é interessante notar que Chiovenda já se referia a “diritti collettivi (o diritti civili generali), i quali sono così diffusi sopra un numero indeterminato di persone, che non si individualizzano in nessuna di queste in particolare...”, em *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., Napoli, Jovene, 1928, p. 33.

²⁷ E. T. Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, I, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1973, nº 10, p. 17.

²⁸ *Cfr.* a aguda observação de José Carlos Barbosa Moreira, em *Direito Aplicado (Acórdãos e Votos)*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 118-119.

de eficaz proteção jurisdicional, culmina em amesquinhar o surgimento de valores intrinsecamente diversos da ordem tradicional, inseridos além do mais em visão totalmente reformulada do sistema de direitos.

Tal tipo de enfoque despreza, sobretudo, a linha de evolução do próprio conceito de direito subjetivo, que vem perdendo, nos dias atuais, o seu preciso contorno e definição histórica, para se tornar juízo de fato ético, ou juízo de fato sociológico, e, além disso, “conceito operativo de relação entre o sujeito e o ordenamento jurídico, uma relação de tensão entre as duas polaridades fundamentais da experiência jurídica”.²⁹

Compreende-se, pois, escapar a discussão dessa temática ao esquema tradicional, que vislumbra como exclusivo ponto de referência a alternativa *interesses gerais-interesses individuais*, só cuidando das conseqüentes figuras subjetivas representadas pela autoridade administrativa, ligada ao interesse público, e pelo direito subjetivo, manejado pelo indivíduo.³⁰

De mais a mais, a jurisdição brasileira é muito mais aberta ao exame de qualquer tipo de pretensão, acolhendo não só os direitos subjetivos como os chamados “interesses legítimos”, a todos concedendo proteção de igual natureza e intensidade.³¹ Mesmo no campo das situações jurídicas difusas e coletivas, conta o direito brasileiro com instrumentos precisos de proteção, haja vista, v.g., a Lei nº 7.347, de 24.7.1985 —atualmente tutelando com ampla abrangência qualquer “interesse difuso ou coletivo”— e o próprio Código de Defesa do Consumidor, com o arrolamento de entes legitimados a reclamá-las perante o Judiciário, tudo a plenamente evidenciar a existência de satisfatória tutela jurídica.

Em linha conclusiva, mostra-se inadequado, como acentua com razão J. J. Calmon de Passos, “pela carga de ambigüidade que acarreta, falar-se de ‘interesse’ merecedor de proteção jurídica sem que se veja nisso a configuração de um *direito*, e direito subjetivo em sentido lato”. Nem por serem transindividuais, coletivos, ou sociais,

²⁹ Assim, Vittorio Frosini, “Le Trasformazioni Sociali ed il Diritto Soggettivo”, em *Rivista Internazionale di Filosofia delle Diritto*, 1968, p. 115, *apud*. Colaço, *A Tutela dos Interesses Difusos*, *cit.*, p. 55, nota 77.

³⁰ Como bem coloca Adolfo di Majo, *La Tutela Civile dei Diritti*, Milano, Giuffrè (1987), p. 29.

³¹ No Brasil, o sistema jurídico é diferente ao europeu-continental, e o nosso processo civil é mais vasto, abrangendo o campo do direito público e o controle da administração. *Cfr.* Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *Alienação da Coisa Litigiosa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 152, com bibliografia.

bem ressalta o jurisconsulto, esses interesses deixam de ser conteúdo de direitos, inclusive em sua dimensão subjetiva, traduzindo a dualidade de terminologia (interesses, no transindividual, direito, no individual), o remanescente conservador da noção clássica de direito subjetivo.³²

3. *Direitos lato sensu coletivos*

Como já foi mencionado, o parágrafo único do art. 81 assenta determinados requisitos para a propositura de ação coletiva em defesa do consumidor.

Do ponto de vista processual, o exame desses requisitos oferece extrema relevância, na medida em que de sua existência dependerá a adequação da demanda judicial coletiva. Realmente, se o autor da ação deixar de demonstrar com a inicial a existência, em tese, de direito *difuso, coletivo* ou *individual homogêneo* —dentro das coordenadas traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor—, não terá evidenciado, como se fazia de mister, a necessária correlação entre o provimento desejado (de natureza coletiva) e a situação desfavorável nela retratada. Nessa hipótese, estará configurada a ausência de um dos indicadores do interesse processual, devendo o juiz, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Civil, extinguir o processo sem julgamento do mérito, por carência de ação (arts. 267, VI, e 329).³³

Ao ocupar-se da defesa a título coletivo dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, o Código atribui (art. 81, p. único, incisos I e II), firmemente, aos direitos difusos e coletivos, estritamente considerados, a nota conceitual comum da *transindividualidade* (aspecto subjetivo) e da *indivisibilidade* (aspecto objetivo).

Semelhantes situações de vantagem enquadram-se como transindividuais porque, por natureza, correspondem a interesses não-individuais, transcendentais ao próprio interesse ou direito do sujeito singular. Em tais hipóteses, cada um dos membros da coletividade

³² Calmon de Passos, J. J., *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data (Constituição e Processo)*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, pp. 10-11.

³³ Sobre a adequação como indicador idôneo do interesse de agir, ver amplo desenvolvimento das idéias de Liebman em Cândido R. Dinamarco, *Execução Civil (A Execução na Teoria Geral do Direito Processual Civil)*, I, 2ª ed. revista e aumentada, São Paulo, RT, 1987, nº 20, pp. 222-231.

apresenta-se com titular apenas e enquanto membro da coletividade.³⁴

Não compartilham elas, assim, do fenômeno da titularidade individual (própria ao interesse individual homogêneo), senão que se ostentam comuns a pluralidade de sujeitos indeterminados, ou determináveis de maneira muito difícil.³⁵ A tutela, em casos tais, bem se salientou em sede doutrinária, “não pode mais ter por base a titularidade, mas a relevância em si do interesse, isto é, o fato de sua relevância social”.³⁶

Por isso, costuma-se desenhar o conceito de indivisibilidade na perspectiva de que a satisfação de um dos titulares acarreta, em regra, necessariamente a de toda coletividade ou grupo, assim como denota ofensa a todos os seus membros a lesão de um dos componentes da coletividade.³⁷ Em outras palavras, semelhante concepção encontra-se amarrada, como ponto de referência, a um bem “insuscetível de divisão (mesmo ideal) em ‘quotas’ atribuíveis, individualmente a cada qual dos interessados”.³⁸

Todavía, nada impede que em certas situações especiais, além da ofensa ao bem coletivamente considerado, o mesmo fato ou atividade acarrete lesão distinta a um ou a diversos bens, cuja titularidade pertença aos integrantes da coletividade ou do grupo, e que este dano específico se torne insuscetível de ser recomposto com o ressarcimento coletivo.³⁹ Em casos tais, deverá o prejudicado exercer

³⁴ Ou, como afirma M. Cappelletti, “Formazioni Sociali e Interessi di Gruppo Davanti alla Giustizia Civile”, em *Rivista di Diritto Processuale*, 30 (1975): 361-402, esp. p. 372, do interesses coletivos “nessuno è ‘titolare’, allo stesso tempo che tutti, o tutti i membri di un dato gruppo, classe, o categoria, ne sono titolari”. E formula a pergunta tantas vezes reproduzida: “A chi appartiene l’aria che respiro?”.

³⁵ Como bem coloca Andrea Proto Pisani, “Appunti Preliminari per uno Studio sulla Tutela Giurisdizionale degli Interessi Collettivi (o piu Esatamente: Superindividuali) Innanzi al Giudice Civile Ordinario”, em *Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi*, cit., pp. 263-268, esp. p. 264.

³⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses Difusos*, cit., p. 65.

³⁷ A idéia parece ter se originado das considerações desenvolvidas por Proto Pisani, *Appunti Preliminari*, cit., p. 264, ao limitar o objeto do seu estudo às situações supraindividuais, caracterizadas pelo requisito da indivisibilidade, “nel senso che l’adempimento o l’inadempimento giova o nuoce a tutti i cointeressati i cui bisogni possono e debeno essere soddisfatti attraverso un unico bene (l’oggetto della prestazione dell’obbligo)”.

³⁸ Cfr. Barbosa Moreira, “A Legitimação para a Defesa dos ‘Interesses Difusos’ no Direito Brasileiro”, em *Temas*, cit., pp. 183-192, esp. 184.

³⁹ A hipótese é levantada, como argúcia, por Ada Pellegrini Grinover, “As Ações Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores (A Lei nº 7.347, de 25 de julho de 1985)”, em *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 148-164, esp. pp. 150-151.

demanda individual de ressarcimento, podendo ser aforada paralelamente, se atendidos os pressupostos do inciso III do parágrafo único do art. 81, ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos atingidos. Cumpre, porém, advertir que, visto como o dano provocado à “comunidade” é naturalmente maior e mais imediato do que o eventualmente causado ao indivíduo, não se trata tanto de eliminar o prejuízo individual, mas sim de proceder contra o real e potencial agravamento da posição econômica e social do grupo, classe, categoria ou comunidade.⁴⁰

Impende ainda tecer algumas considerações sobre a distinção entre direitos *difusos* e *coletivos*.

A diferença entre aqueles e estes, ainda segundo o novo diploma, habita na maneira como estão ligados entre si os possíveis interessados no seu cumprimento e na sua titularidade.

Os direitos difusos correspondem a “pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, os coletivos a “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (Lei nº 8.078/1990, incisos I e II do parágrafo único do art. 81).

Assim se posicionando, o novo diploma nada mais fez do que se conformar a sugestões de certa forma já estratificadas, na doutrina brasileira.

Em realidade constitui entendimento mais ou menos comum, entre nós, que “coletivos” são os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e somente a elas, quando exista um vínculo jurídico entre os componentes do grupo: a sociedade mercantil, o condomínio, a família, os entes profissionais, o sindicato, dão margem a que surjam interesses comuns, nascidos em função da relação-base que une os membros das respectivas comunidades e que, por não se confundir com os interesses estritamente individuais de cada sujeito, permite sua identificação.

Por interesses propriamente difusos entendem-se aqueles que, não se fundando em vínculo jurídico determinado, baseiam-se em dados de fato, genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: como habitar na mesma região, consumir iguais produtos, viver em determinadas circunstâncias sócio-econômicas, submeter-se a particulares empreendimentos.⁴¹

⁴⁰ *Cfr.*, a sagaz observação de Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione*, *cit.*, p. 207.

⁴¹ Assim, literalmente, Ada P. Grinover, “Ações Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores”, *cit.*, p. 149; antes, J. C. Barbosa Moreira, “A

Quase do mesmo corte é a posição geralmente adotada pela doutrina italiana, que assenta a distinção entre os interesses difusos e coletivos na circunstância de serem estes típicos interesses de grupo, imputáveis à coletividade organizada para a proteção de interesse próprio da categoria envolvida. O critério distintivo, assim, não é fornecido pela organização dos interesses, elemento que pode estar presente (mas não necessariamente) também nos interesses difusos, mas pelo caráter “corporativo”, em sentido próprio, dos interesses mesmos. Ademais, para essa corrente de pensamento os interesses difusos referem-se a bens insuscetíveis de apropriação exclusiva, em relação aos quais a fruição dos indivíduos, ou dos grupos, não é limitada pelo gozo concorrente de outros membros da coletividade.⁴²

Tanto o direito de corte difuso quanto o coletivo, contudo, como se conclui da leitura do art. 82,⁴³ podem ser exercidos pelas mesmas entidades ou pessoas jurídicas. Essa constatação, claro está, não lhes afeta a essencial natureza, *lato sensu* coletiva, visto como continuam a se referir indistintamente a *indeterminado círculo de pessoas*.⁴⁴

As peculiaridades acima assinaladas revelam nitidamente que, em se tratando de direito difuso ou coletivo, os interesses em jogo, comuns a pluralidade indeterminada de pessoas, exatamente pela nota da *indivisibilidade*, não comportam decomposição em feixe de interesses individuais, passíveis de se justapor em entidades singulares, embora análogas.⁴⁵

Já o mesmo não sucede em relação aos interesses *individuais homogêneos*, hipótese configurada no inciso III do mencionado parágrafo único do art. 81.

Neste caso, considera-se também a dimensão coletiva do interesse individual, de modo que abranja a reparação o somatório dos inte-

Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados ‘Interesses Difusos’”, em *Temas de Direito Processual*, primeira série, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 110-123, esp. 111 a 112.

⁴² *Cfr.*, por todos, V. Denti, “Giustizia e Partecipazione Nella Tutela dei Nuovi Diritti”, em *Partecipazione e Processo* (coordenação de Ada P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe), pp. 11-23, esp. 15-16.

⁴³ Segundo esse dispositivo, para os fins do art. 81, parágrafo único (por equívoco o texto legal aponta ao art. 100, parágrafo único), os entes ali indicados legitimam-se para a defesa coletiva tanto dos direitos difusos, quanto dos coletivos e dos individuais homogêneos.

⁴⁴ *Cfr.* Rodolfo Mancuso, *Interesses Difusos*, *cit.*, p. 67, com apoio em sugestão de Vittorio Guccione.

⁴⁵ *Cfr.* Barbosa Moreira, “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos”, em *Temas de Direito Processual*, 3ª Série, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 195-196, que destina a essa categoria a expressão “interesses essencialmente coletivos”.

resses de todos os indivíduos, decorrentes da mesma situação prejudicial. Todavia, constata-se a nota distintiva da origem comum⁴⁶ e da divisibilidade, existindo, pois, a possibilidade de se imputar a reparação⁸, em separado, a cada um dos integrantes do todo.

A homogeneidade reclamada na norma em exame não implica, outrossim, co-titularidade, bastando origem comum, até de natureza meramente de fato. E em face dessa independência, é lícito concluir que, posta em juízo a situação coletiva, desnecessária se torna a instauração de litisconsórcio necessário, dispensada pois a intervenção da totalidade dos prejudicados.

A tal conclusão, em sede meramente exegética, conduz o exame da letra dos arts. 94 e 103, III, da Lei nº 8.078. O primeiro deixa entrever, pelos próprios termos da verba legislativa, ter sido semelhante litisconsórcio concebido como voluntário, ainda mais que, a prevalecer entendimento contrário, mostrar-se-ia de todo inconcebível e mesmo inteiramente dispensável a coisa julgada *erga omnes* estabelecida no segundo.

III. O ÂMBITO DA TUTELA RESSARCITÓRIA COLETIVA

1. *A efetividade e os meios processuais de tutela*

O direito processual dos últimos decênios tem constantemente procurado apurar a sua técnica, preocupado com a efetiva realização das normas de direito material, vale dizer com a *efetividade* do processo. É como se a recomendação de Chiovenda, lançada há quase oitenta anos, e tantas vezes repetida, ganhasse nova vida: “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”.⁴⁷

Aliás, exatamente o presente ambiente sócio-cultural, mais inclinado à realização efetiva dos direitos, proporciona mais acurada tutela da liberdade e dos direitos constitucionalmente relevantes, no-

⁴⁶ Como, v.g., o conjunto dos consumidores destinatários da mesma publicidade enganosa, as vítimas do mesmo produto perigoso ou os signatários da mesma cláusula abusiva.

⁴⁷ G. Chiovenda, “Della Azione Nascente da Contrato Preliminare”, publicado originariamente em 1911 na *Rivista di Diritto Commerciale*, e compilado nos *Saggi di Diritto Processuale Civile*, I, Roma, Foro Italiano, 1930, pp. 101-119, esp. 110.

tadamente os sociais, com destaque para a defesa dos direitos difusos e coletivos.

Esta corrente de pensamento, nascida das reais necessidades da sociedade atual, além de se espriar horizontalmente, com vistas a alargar o *objeto* da tutela jurisdicional, tem ao mesmo tempo procurado avançar na averiguação de novos *meios* jurisdicionais, mais eficientes e eficazes, consentâneos com o resguardo do direito em causa.

Daí, o elastecimento inaudito que vem assumindo em nossa época a tutela cautelar, muitas vezes concedida, acertada ou equivocadamente, com caráter satisfativo.

Daí, igualmente, a preferência cada vez maior emprestada aos remédios jurisdicionais, mesmo os de natureza definitiva, não só tendentes a reconduzir a situação litigiosa ao *status quo ante*, isto é, que atuem após a lesão, mas especialmente em relação aos que permitam evitar o aparecimento do dano. Em outras palavras, nem sempre é satisfatória ou adequada a modalidade tradicional de tutela *sancionatória* ou repressiva, consistente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária da restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias de reparação ou de ressarcimento. Em certos casos, impõe-se a disponibilidade de tutela *preventiva*, permitido o emprego de providências judiciais capazes de impedir a lesão, antes mesmo de consumada, seja *ab initio* ou pelo menos nos seus pródomos.⁴⁸

2. A tutela inibitória no âmbito coletivo

Ante tais considerações, não é difícil perceber que, de regra, no âmbito dos direitos difusos e coletivos, a simples técnica ressarcitória se mostrará insuficiente e inadequada em face da natureza do bem a resguardar, insuscetível de sucedâneo em dinheiro.

De que adiantará, *e. g.*, a cominação de pena pecuniária no concernente a produtos e serviços colocados no mercado de consumo atentatórios à saúde da população, se o interesse coletivo ou difuso impõe imediata paralisação do gravame? Nessa matéria, bem se compreende, é melhor prevenir do que remediar, sendo preferível atalhar os ilícitos futuros do que ressarcir os respectivos prejuízos.

⁴⁸ Sobre a instigante problemática mencionada no texto, ver Barbosa Moreira, "Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva", em *Temas de direito processual civil*, segunda série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 21-29.

Por isso, já se proclamou, com inteiro acerto, que se exibem de todo inadequadas, em relação aos bens coletivos, as técnicas de tipo ressarcitório, melhor apropriadas ao ilícito já verificado e excludentes da prevenção dos ilícitos futuros. El acrescenta a mesma fonte que “L'imposizione di modelli di comportamento appare il contenuto necessario di una tutela che salvaguardi anche per l'avvenire la fruizione dei beni di rilevanza collettiva.”⁴⁹

Convém por sinal sublinhar a clara tendência do legislador brasileiro na adoção de providências de caráter tipicamente inibitório, a exemplo do disposto no art. 11 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, com o declarado objetivo de fazer cessar a atividade ilícita.

Igualmente atendendo a esse moderno modelo doutrinário, o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor estabelece acertadamente, para a defesa dos direitos e interesses por ele protegidos, a admissibilidade de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Por sua vez, o art. 84 e respectivos parágrafos privilegiam a tutela específica — colocando em segunda plana o sucedâneo em dinheiro, ou a obtenção de resultado prático equivalente.

Infelizmente vetaram-se os arts. 51, § 3º, 54, § 5º e 83, parágrafo único. Tais dispositivos estatuíam adequado sistema de controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais. Dessa forma, só se contribuiu para a insegurança jurídica, pois é evidente, diante das ponderações anteriores, a insuficiência da disciplina outorgada à matéria pelo § 4º do art. 54, compreensiva apenas de tutela sancionatória.

3. O alcance da ação coletiva de responsabilidade civil

Não se conclua, contudo, da exposição até agora realizada, desempenhe a tutela sancionatória, no domínio dos direitos difusos e coletivos, papel por demais acanhado, ou chegue mesmo a ser inviável. Procurou-se apenas ressaltar que, em regra, tais interesses e direitos estarão melhor protegidos por técnicas de outra natureza, como as de caráter inibitório ou preventivo.⁵⁰

⁴⁹ Vittorio Denti, *Giustizia e Partecipazione*, cit., pp. 20-21.

⁵⁰ Como bem informa, com ampla sustentação bibliográfica, Eike von Hippel, *Defesa do consumidor*, cit., p. 8, “O regime jurídico da responsabilidade do produtor tem tido ultimamente um desenvolvimento considerável e constitui, hoje em dia, um dos problemas internacionais mais atuais do direito de indenizar”.

Na verdade, até certo tempo atrás, constituía moeda corrente, na doutrina do direito material, a impossibilidade de o prejuízo dar lugar à aplicação dos princípios da responsabilidades civil se não fosse “pessoal”, a significar, em princípio, que somente a pessoa prejudicada —e somente ela— poderia demandar a reparação. Hoje, porém, prevalece de modo quase absoluto a tendência de se interpretar como flexibilidade tal caráter pessoal, de modo a não impedir, inclusive em sistemas mais fechados, como o francês, a reparação de danos causados a interesses coletivos.⁵¹

De qualquer modo, não há no sistema jurídico brasileiro a menor dúvida quanto à reparabilidade dos direitos difusos e coletivos, ante os claros termos dos incisos VI e VII do art. 6º da Lei nº 8.078, consagrando o primeiro como direito básico do consumidor a reparação dos danos patrimoniais e morais, sejam individuais, coletivos ou difusos, e o segundo o acesso aos órgãos judiciários, para o mesmo efeito reparatório. E, à evidência, poderá a demanda ser exercida a título coletivo, como claramente resulta da simples leitura dos três incisos do parágrafo único do art. 81.

Pense-se, por exemplo, no célebre acidente do césio em Goiânia. Em casos dessa natureza, não só são ressarcíveis os prejuízos individuais das vítimas,⁵² como também o dano *difuso* causado ao ambiente, enquadrada a espécie como responsabilidade pelo fato do produto, se atendidos os pressupostos do art. 12. O mesmo pode ocorrer em relação a certas formas abusivas de publicidade, capazes de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (§ 2º do art. 37).

Em outras espécies, a organização mais intensa dos interessados e a menor amplitude do alcance dos danos poderá dar lugar à ação a título coletivo para defesa de “interesses o udireitos coletivos”, no sentido do inciso II do parágrafo único do art. 81. Imagine-se, v. g., demanda da associação dos vinicultores de determinada região ou tipo de uva contra o fabricante de inseticida, que, por ausência de informação do fabricante, depois de empregado durante anos, venha a desenvolver fungos de excepcional resistência.

⁵¹ Assim, por todos, na perspectiva do sistema francês, Geneviève Viney, *La Responsabilité: Conditions (Traité de Droit Civil*, sob a direção de Jacques Gheslin), Paris, LGDJ, 1982, nº 288, p. 358.

⁵² Que poderiam ser exigidos a título coletivo, por se tratarem de direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum (*cf.* o inciso III do p. único do art. 81).

Convém ressaltar, ainda na perspectiva dos direitos difusos e coletivos, que a lei da ação civil pública (Lei nº 7.347, citada) rege também a ação de responsabilidade por danos causados ao consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, *caput*, e respectivos incisos II e IV).⁵³

De outra parte, segundo o art. 13 do mesmo diploma legal, “havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado” será destinada à reconstituição dos bens lesados. Ainda consoante a Lei nº 7.347, art. 21, “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Ademais, resulta do art. 90 da Lei nº 8.078 a aplicação subsidiária, às ações de defesa do consumidor, das normas da Lei nº 7.347, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar as disposições do Capítulo I do Título III do Código de Defesa do Consumidor.

Registre-se outrossim, a concessão por ambos os diplomas de legitimidade praticamente idêntica para as demandas coletivas *lato sensu*, como dimana do estudo comparativo dos arts. 82 do Código de Defesa do Consumidor e 5º e respectivos parágrafos da Lei da Ação Civil Pública.

Como se verifica, sendo praticamente idênticos os regimes estabelecidos pelas duas leis, com igual objeto e finalidade, só se pode concluir pela indistinção de seu emprego, quando se trate de defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos do consumidor ou das vítimas.

Todavía, cuidando-se de defesa coletiva dos “interesses ou direitos individuais homogêneos” veio o Código a preencher lacuna de indiscutível magnitude. Cuidase, aqui, do veículo apto para a responsabilização pelos danos individualmente sofridos, a ser proposta pelos legitimados do art. 82, em substituição processual⁵⁴ às vítimas ou seus sucessores (Código de Defesa do Consumidor, art. 91).

⁵³ O inciso IV, alerte-se, foi introduzido pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁴ O art. 91 do Código de Defesa do Consumidor não deixa dúvida a respeito, pois acentua que a ação será proposta em nome próprio mas no interesse das vítimas ou sucessores, fórmula com que a doutrina do direito processual costuma qualificar a figura da substituição processual. Ver, por todos, a propósito, Edoardo Garbagnati, *La Sostituzione Processuale*, Milano, Giuffrè, 1943, pp. 257-258. Todavía, trata-se de uma substituição processual *sui generis*, fadada a desaparecer se ocorrer no processo a intervenção do substituído, como litisconsorte ativo, ante o permissivo do art. 94.

Nesta hipótese, evidentemente, inexistente qualquer confusão possível com a ação civil pública, que, por cuidar tão-somente de interesses difusos ou coletivos, não pode compreender a pretensão de ressarcimento dos prejuízos individuais. Lembre-se, aliás, que a indenização prevista na Lei nº 7.347 há de ser utilizada, nos termos do art. 13, para a reconstituição dos bens lesados.⁵⁵

Pode-se mesmo afirmar que a ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, regulada nos arts. 91 a 100 da Lei nº 8.078, pelo que representa em termos práticos, constitui o mais importante instrumento reparatório do novo diploma.

Tal, aliás, a ordem de grandeza outorgada pelo Código a essa espécie de tutela que, segundo o art. 99, em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista pela Lei nº 7.347 e de indenização pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, terão estes últimos preferência no pagamento. Somente não se habilitando as vítimas ou seus sucessores, em número compatível com a gravidade do dano, reverterá o produto da indenização para o fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública (art. 100 e respectivo parágrafo único).⁵⁶

A condenação será genérica, isto é, abrangerá o universo todo do prejuízo provocado pelo fato lesivo, na esfera individual de cada um dos interessados e se limitará, como se depreende de leitura do art. 95, a fixar o *an debeatur* com a responsabilização do demandado ou demandados. Com tal técnica, permite-se, depois do acolhimento do pedido, a liquidação e execução individual do dano, que poderão ser promovidas também pela vítima ou seus sucessores (art. 97).⁵⁷

⁵⁵ Já o havia percebido, antes da edição da Lei nº 8.079, Ada P. Grinover, "Anotações sobre a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985", em *Novas Tendências*, cit., pp. 144-147, esp. 144-145, ao anotar, pelas razões reproduzidas no texto, a impropriedade da ação civil pública para atender o prejuízo individualmente sofrido por cada consumidor.

⁵⁶ Ao que parece, aplicou-se aqui a teoria of fluid recovery, recolhida da experiência do direito norteamericano como deflui de passagem de notável trabalho outrinário publicado (sem indicação de autor) na *Harvard Law Review*, 89 (1976: 1319:1644, esp. p. 1522: "The theory of fluid recovery resembles that of the cy pres doctrine in testamentary interpretation: where funds cannot be delivered precisely to those with primary legal claims, the money should if possible be put to the 'next best' use". Afirma-se a seguir que há comunmente duas versões de fluid recovery: ou o resíduo é distribuído através do mercado, usualmente em forma de carga reduzida para um produto com preço excessivo, ou o dinheiro é dado ao ente estatal para ser usado em projeto no interesse dos membros da classe ou, se tal não é possível, no interesse geral.

⁵⁷ O esquema adotado assemelha-se, como bem lembra Ada P. Grinover, "Ações

Toca-se, aqui, ponto relevante na nova temática dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois, em semelhantes hipóteses, não se cuida de reparar o dano sofrido, mas sim o dano *produzido*. Em outras palavras, não se limita a condenação ao dano suportado pelas partes da causa, mas inclui necessariamente —daí a dimensão *coletiva* da demanda— o dano produzido *na sua globalidade*.⁵⁸

No caso dos dois primeiros incisos do parágrafo único do art. 81, fácil é compreender que assim seja, pela *indivisibilidade* própria aos direitos difusos e coletivos, ali ressaltada, a demonstrar inequivocamente referir-se o ressarcimento exclusivamente ao bem considerado coletivamente. Tanto é assim que os prejuízos pessoais do consumidor ou da vítima só podem ser ressarcidos por meio de ação de cunho individual ou, pelo menos, por meio da ação coletiva fundada no inciso III do mesmo dispositivo. Mas, mesmo esta última demanda, exatamente por ser coletiva, também abarca o dano provocado em sua globalidade, pois a condenação necessariamente importará a soma de todos os prejuízos individuais. Salvo, claro está, quando se produzir também dano difuso ou coletivo, não abarcados estes pelo aforamento da demanda coletiva do inciso III, jungida aos danos exclusivamente individuais.

Cumprе recordar, finalmente, em se tratando de ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, seja a título individual ou coletivo, pouco importa, a observância das normas estatuídas nos dois incisos do art. 101, além das contidas nos Capítulos I e II do Título III do Código de Defesa do Consumidor.

Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores”, *cit.*, p. 159, nota 33, ao das ações individuais subseqüentes à denominada sentença normativa, nas controvérsias coletivas do processo do trabalho (art. 872, da CLT).

⁵⁸ Assim, M. Cappelletti, *Appunti sulla Tutela Giurisdizionale di Interessi Collettivi o Diffusi*, *cit.*, pp. 217-218. A expressão “dano produzido” encontra raízes no contexto das class actions e em particular da fluid class recovery, instituto este qualificado pela individualização elástica dos membros potenciais da class. Sobre isto e as limitações do ordenamento italiano a essa concepção, ver Lorian Zanuttigh, “Legittimazione e Danno nella Costituzione di Parte Civile di Enti Esponenziali”, em *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, IV, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 2743-2779, esp. 2771-2773.