

DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: REFLEXÃO SOBRE SUAS CARACTERÍSTICAS*

Andréa Helena Blumm Ferreira

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o direito positivo preocupou-se com a defesa dos direitos individuais. Essa concepção clássica do Direito foi, ainda, acentuada no século XIX, tendo em vista a eclosão da Revolução Francesa e a afirmação do ideal liberal-individualista desta.

Porém, após a Segunda Guerra Mundial, quando começou a ser configurada uma nova sociedade, marcada pela produção e pelo consumo em massa, os paradigmas jurídicos clássicos deixaram de responder às questões postas pela ampliação dos conflitos.

Nesse contexto, adquiriu-se a consciência da necessidade de que, primeiramente, a nova realidade social fosse reconhecida pelo Direito e de que, juntamente a isso, fossem criados instrumentos jurídico-processuais aptos à defesa de direitos relacionados a essa nova realidade social, quais sejam, os que suplantam a esfera individual.

Sendo assim, juristas brasileiros, engajados na tarefa de providenciar a efetiva tutela dos direitos transindividuais, idealizaram um novo instrumento para tanto, a ação civil pública, que, por ter objeto mais amplo do que a ação popular e estar respaldada em mecanismos garantes de uma eficaz atuação, como o inquérito civil, ganhou relevo no cenário jurídico.

Não bastasse a grande evolução que a ação civil pública representou, o sistema jurídico brasileiro, em relação à matéria, ainda foi favorecido com o advento da Constituição Federal. Seguiram-lhe leis ordinárias que trouxeram grandes contribuições para a defesa dos direitos transindividuais, entre elas, o Código de Defesa do Consumidor.

Diante da ampla integração entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, foi implementado um verdadeiro processo civil coletivo

* Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público Federal e Territórios para a participação na IV Seleção de Monografias dos alunos dessa entidade. Orientador: Professor Doutor Hector Valverde Santana.

que, também, encontra suporte em princípios e regras constitucionais aplicados à tutela jurisdicional coletiva.

No texto do Código de Defesa do Consumidor, relevante em tantos aspectos, encontram-se definidas as categorias de direitos transindividuais que serão protegidas coletivamente em juízo. E, sobre essa diferenciação, erige-se a disciplina das ações coletivas.

O ponto de partida para que direitos possam ser tutelados pela via das ações coletivas é a identificação destes. Não basta, porém, a identificação da característica de transindividualidade do direito, deve ser promovida, também, a sua exata classificação em uma das três categorias que o Código de Defesa do Consumidor prevê – direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos –, uma vez que a disciplina da prestação jurisdicional não é idêntica para as três. Portanto, é objetivo do presente trabalho proceder ao exame das categorias dos direitos transindividuais, sob o enfoque doutrinário e legal. Como forma de restringir o tema e, ao mesmo tempo, ter acesso a material de pesquisa e a variadas decisões, a pesquisa restringe-se ao âmbito do Direito do Consumidor.

Referido exame não se pode apartar de uma visão questionadora a respeito dos institutos jurídicos empregados para regular a proteção jurisdicional dos direitos transindividuais. Busca-se, com isso, verificar a adequação de tais institutos aos fenômenos de massa que esses direitos representam. E não somente os institutos legais devem ser avaliados, mas, também, os pareceres dos juristas sobre o tema. Estão eles preparados para explicar os conflitos que suplantam a esfera individual?

A fim de se analisarem essas questões, o trabalho será estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, será narrado o contexto social em que emergiu a necessidade do reconhecimento de direitos transindividuais e da elaboração de instrumentos para sua tutela. Em seguida, serão abordados os diplomas legais que buscavam harmonizar o ordenamento jurídico brasileiro a essa realidade.

Serão estudadas, no segundo capítulo, as características dos direitos transindividuais de forma atenta e detalhada e as teorias que visam a diferenciar as três categorias destes, quais sejam, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Por fim, no terceiro capítulo, serão analisadas decisões que envolvem o reconhecimento dos direitos transindividuais no Superior Tribunal de Justiça e no

Tribunal de Justiça do Distrito Federal com o intuito de avaliar como essa matéria, que recebeu importância tão recentemente pelo legislador, está sendo tratada pelos órgãos judiciais.

2 A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS – A INTEGRAÇÃO DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As ações coletivas são, além de um instrumento ou um direito público subjetivo pelo qual se reclama a prestação jurisdicional para a defesa de distintas categorias de direitos, o resultado de dedicados estudos dirigidos à solução da questão da defesa de direitos que ultrapassam a esfera individual e que, portanto, careciam de adequada tutela jurisdicional.

As transformações por que passou o mundo fizeram aflorar novas questões, notadamente, a da necessidade de elaborar-se um instrumento hábil para a tutela dos direitos transindividuais.¹ Nesse contexto, Édis Milaré² ensina que a sociedade contemporânea emergiu de profundas e, muitas vezes, alarmantes transformações, promovidas em todos os setores – social, econômico, político, etc. –, que

[...] não significaram apenas desenvolvimento e progresso, mas trouxeram consigo a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros e todos os problemas e convulsões inerentes a esses fenômenos sociais.

Numa sociedade como essa – uma sociedade de massa – há que existir igualmente um processo civil de massa. (Sublinhas nossas).

Nessa esteira, como bem observa Arruda Alvim³, o consumo em si passou a ser um “bem” para a sociedade, mas, por sua vez, trouxe dois tipos de problemas:

¹ Os direitos transindividuais são os comuns a uma coletividade, a um grupo, a uma categoria ou, vale acrescentar, a uma multidão de pessoas indefinidas, dos quais “[...] ninguém é titular exclusivo, mas, ao mesmo tempo, todos os membros daqueles são seus titulares”. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 13.

² MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

³ ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução

a) o consumidor merecia maior proteção, direitos, em frente do produtor, já que os códigos tradicionais de direito privado nada lhe outorgavam; e a sociedade, como um todo, passou a ser considerada consumidora, de forma que se fez necessário um instrumental de tratamento coletivo; b) o meio ambiente foi lesionado pelo avanço do sistema econômico instalado, o qual também requer tratamento coletivo.

Com efeito, atividades econômicas, promovidas em ritmo ainda mais acelerado e com vistas a auferir lucros cada vez mais vultosos, podem causar lesão tanto a somente um indivíduo – v.g., somente um produto, por seu vício, causa acidente e, por conseguinte, fere uma pessoa – como a um grande grupo de pessoas, de modo que não se podem precisar quantas são. Na seara do consumo, podem-se citar as seguintes hipóteses de danos que atingem inúmeras pessoas: venda de produto alimentar deteriorado, cláusula abusiva em contrato de compra e venda, publicidade enganosa, entre outras. Além disso, há, como observado por Arruda Alvim⁴, lesão a outros bens, como o meio ambiente, de interesse de todos. Por essa larga abrangência dos fatos, que envolvem até mesmo multidões, fala-se em fenômeno de massa.

A consequência que Antônio Herman V. Benjamin⁵ extrai da massificação dos conflitos é a publicização do litígio dos diretamente envolvidos, de forma a levar para “o âmbito do público aquilo que anteriormente era monopólio do privado”.⁶

O autor continua:

Tais conflitos começam, então, a ser encarados sob o plano de seu ajuntamento (quantitativo e também qualitativo) e não mais sob a ótica de sua fragmentação subjetiva. Assim, conflitos que, pelo prisma individual, são economicamente menores, tornam-se, numa visão global de agregação, extensivos, relevantes, qualitativamente distintos e merecedores de tutela especial, mesmo que, para tanto, sucumbam partes ou a totalidade dos princípios de gerência do

ao lado do direito material. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, p. 93, jun. 1992a.

⁴ *Idem, ibidem*, p. 93.

⁵ No que concerne ao Direito do Consumidor, vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor, seguindo essa tendência, expressamente declara suas normas como de ordem pública e de interesse social, a teor de seu art. 1º, *in verbis*: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias” (sublinhas nossas).

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação*

processo, respeitados, é claro, os limites constitucionais. Nesse sentido, pode-se dizer que a massificação é o cenário onde se dá a queda, transformação e renascimento do Direito Processual.⁷

A massificação foi um fenômeno que surgiu com a Revolução Industrial e adquiriu força no fim da Segunda Guerra Mundial. No continente europeu, a “ascensão das massas” já era detectável na década de 20, a qual veio acompanhada pela notável turbulência social. As massas ascenderam da marginalização social, principalmente por causa da Revolução Industrial, e “[...] iniciaram um processo para forçar a entrada nos quadros melhores da civilização, com o que se colocou de um lado a insuficiência do aparato estatal e bem assim do sistema tradicional”⁸. Porém, na América Latina, tal fenômeno teve seu início uma ou duas décadas depois da Segunda Guerra Mundial, dado o descompasso do desenvolvimento do capitalismo nessa região, e veio acompanhado pela aglutinação nos grandes centros, principalmente no Brasil⁹.

A essa época, o sistema jurídico, diante da sua concepção clássica, estava voltado à defesa do indivíduo, considerado isoladamente, ou seja, abordava questões de cunho estritamente individual, querelas do tipo “credor *versus* devedor”. Logo, os direitos tutelados eram somente aqueles cujas partes eram identificadas, ao passo que os direitos que perpassam o âmbito do individual e do identificável careciam de meios adequados de tutela.

Tanto o direito processual quanto o direito material eram insatisfatórios para a solução dos conflitos emergentes da nova ordem mundial. Era necessário que as novas realidades fossem reconhecidas pelo Direito, isto é, que elas passassem a ser consideradas bens jurídicos propriamente ditos (modificação do direito material), como também que fossem criados instrumentos processuais eficientes para real defesa destas (inovações no direito processual)¹⁰.

Nesse contexto, destaca-se a célebre indagação de Cappelletti: “A quem pertence o ar que respiro?” E o autor segue:

O antigo ideal da iniciativa processual monopolística centralizada nas mãos de um único sujeito, a quem o direito subjetivo ‘pertence’, se revela impotente diante de direitos que pertencem, ao mesmo tempo,

Civil Pública: Lei 7.347/89 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 79.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 79.

⁸ ALVIM, Arruda. *Op. cit.*, 1992a, p. 78, sublinhas do autor.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 79.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 84.

a todos e a ninguém. Pois bem, é mesmo a luta por estes direitos – a luta, continuando o exemplo a pouco dado, do ar não poluído – que exprime uma das maiores exigências dos sistemas jurídicos contemporâneos¹¹.

Acresce-se ao óbice do sistema jurídico o fato de que os interesses e os bens da coletividade, por serem regidos pelos princípios da indivisibilidade dos benefícios – a utilidade do bem não é divisível entre os que dele gozam, logo, não há falar em apropriação com exclusividade de tal bem – e da não-exclusão dos beneficiários – ninguém é excluído do gozo dos benefícios desse bem, salvo se todos o sejam igualmente –, dão ensejo à figura do “carona”, que, sem esforço pessoal, é beneficiado, reflexa e gratuitamente, por atividade alheia. Como tais interesses têm como característica “ser de todos e não ser de ninguém”, o cidadão tende a deixar que terceiros – usualmente a vítima direta¹² – busquem a tutela desses bens, caso estejam sendo ameaçados ou danificados¹³. Ademais, deve ser levado em consideração o óbice criado pelo largo número de sujeitos titulares do bem comunal. Isso porque “[...] quanto mais extenso, numeroso e heterogêneo o universo dos tutelados, quanto mais fluido o bem-base, mais difícil sua proteção judicial pelas vias processuais tradicionais”¹⁴. Segundo Benjamin, uma maior abrangência subjetiva enseja enfraquecimento do compromisso dos sujeitos para com a defesa concreta dos bens comunais; nas palavras do autor, o comportamento do infrator, por exemplo, repercute mais fortemente num pequeno grupo do que em um agrupamento mais amplo¹⁵.

A conclusão a que chega Benjamin é da necessidade de personificação, ou seja, organização ou institucionalização, a fim de se estimular a defesa de interesses transindividuais. Assim, a titularidade para o resguardo de tais interesses estaria individualizada em alguém: no Estado – União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas – ou em entes privados – associações ou indivíduo isolado¹⁶. Aliás, essa é a orientação que a Lei da Ação Civil Pública adota.

¹¹ CAPPELETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, p. 135, jan./mar. 1977.

¹² O exemplo fornecido por Benjamin (*Op. cit.*, p. 85) diz respeito à poluição de um lago: apesar de ser ofensa a bem de todos, a poluição é vista como um problema daqueles que, ao tentarem fazer uso direto das águas do lago, vêem seu exercício prejudicado.

¹³ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 86.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 86.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 86.

Um grande empecilho à “personificação”, porém, era a disposição do art. 6º do Código de Processo Civil, que consagra o tradicional princípio da obrigatoria coincidência entre os sujeitos da relação material e os do processo.¹⁷ De acordo com esse diploma legal, somente é permitida a defesa em nome próprio de direito alheio, isto é, a substituição processual, quando há expressa autorização legal. Porém, esse instituto não era empregado na defesa dos direitos transindividuais.¹⁸

No período anterior à elaboração da Lei da Ação Civil Pública, não havia outro instrumento direcionado à defesa dos direitos transindividuais além da ação popular constitucional, e essa se mostrava insuficiente para a tutela de grande gama desses direitos. Quanto ao mandado de segurança, esclareceu José Carlos Barbosa Moreira que o art. 1º, § 2º, da Lei n. 1.533/51 – ainda hoje com a mesma redação –, ao dispor “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”¹⁹, dava margem ao entendimento, doutrinário e jurisprudencial, de que o mandado de segurança era instrumento de proteção contra ato que afetasse de maneira individualizada a esfera jurídica de alguém.

¹⁷ Dispõe o art. 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

¹⁸ Embora fosse sugerida a “personificação”, havia quem sustentasse que a defesa dos interesses difusos por associações e outros corpos intermediários não se tratava de legitimação extraordinária, mas sim, ordinária. Maiores detalhes: (WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 85 e ss.). Ocorre que tal posicionamento carecia de apoio, daí que o art. 6º do Código de Processo Civil continuava a ser um óbice para a efetiva defesa dos interesses transindividuais em juízo.

Posteriormente, ergueu-se no Brasil a teoria de que a legitimação para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo era autônoma. Essa teoria alemã afasta a dicotomia clássica entre legitimação ordinária e extraordinária e esclarece que a legitimação para a tutela de mencionados interesses decorre, simplesmente, de opção do legislador. Dita opção, no entanto, era o que faltava no período anterior à edição da Lei de Ação Civil Pública.

Como não havia autorização da substituição processual para a tutela dos direitos transindividuais nem uma “opção” do legislador para tanto, era necessário sustentar a legitimação ordinária de certos “corpos intermediários”. Mas isso não era reconhecido na prática. Daí que os direitos transindividuais ficavam sem respaldo de instrumentos jurídicos.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: *Ajuris*, Porto Alegre. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 11. n. 32, p. 87-89, nov. 1984 (sublinhas nossas).

Por sua vez, a ação popular constitucional, como o único instrumento de defesa dos direitos transindividuais,²⁰ no período anterior à edição da Lei n. 7.347/85, mostrava-se insuficiente para atender à demanda atinente a todos estes.

Esse ponto de vista encontra-se respaldado, em primeiro lugar, no fato de que a ação popular tinha um rol muito restrito de direitos sob sua tutela. Com efeito, antes da edição da Lei n. 7.347/85, a ação popular, regulada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, tinha como escopo apenas a proteção ao patrimônio público, em conformidade com o art. 1º da mencionada lei. O § 1º, cuja redação foi determinada pela Lei n. 6.513/77, já oferecia a dimensão desse termo e, nesse contexto, versava que “consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direito de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.” A tutela de outros bens que não estes, por meio da ação popular, requeria, ao menos, densa argumentação nesse sentido.

Ademais, a legitimação ativa da ação popular foi deferida unicamente ao cidadão, pessoa física. A luta individual, em defesa de direitos transindividuais, mostra-se insatisfatória, conforme o parecer de Rodolfo de Camargo Mancuso²¹, que registra, com base no magistério de Lucia Valle Figueiredo, Abilene Rezende e José Carlos Barbosa Moreira, a preocupação doutrinária com o fato de o cidadão ser o único legitimado ativo na ação popular, já que este entra em confronto com a Administração Pública e com adversários de grande poder político e econômico.

Da mesma forma, a luta do indivíduo isolado mediante outros instrumentos que não a ação popular não se mostra satisfatória. Nesse sentido, sustenta Ada Pellegrini Grinover, com respaldo no ensinamento de Trocker, no seguinte trecho:

²⁰ No *Seminário sobre Tutela dos Interesses Coletivos*, promovido em 24 de novembro de 1982, na Faculdade de Direito da USP, declarou Ada Pellegrini Grinover:

“Chega-se, enfim, a outro grupo de interesses metaindividuais, ou seja [*sic*] aos interesses difusos propriamente ditos. E nesse plano se verifica que o ordenamento brasileiro contempla expressamente um único instrumento, que pode servir à sua tutela e que tem sido usado com essa finalidade: a ação popular constitucional.

A fora essa hipótese, que só em medida limitada serve à tutela de interesses difusos, o sistema brasileiro não vem oferecendo outras garantias, pelo menos de modo explícito”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no sistema brasileiro*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984b. p. 44, sublinhas nossas.

²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. Vol. 1, 5ª ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86-87.

É evidente que diante de violações de massa, [sic] o indivíduo, singularmente lesado, se encontra em situação inadequada para reclamar contra o prejuízo pessoalmente sofrido. As razões são óbvias: em primeiro lugar, pode até ignorar seus direitos, por tratar-se de campo novo e praticamente desconhecido; sua pretensão individual pode, ainda, ser por demais limitada; e as custas do processo podem ser desproporcionais a seu prejuízo econômico. Não se pode olvidar, de outro lado, o aspecto psicológico de quem se sente desarmado e em condições de inferioridade perante adversários poderosos, cujas retorsões pode temer; nem se pode deixar de lado a preocupação para com possíveis transações econômicas, inoportunas exatamente na medida em que o conflito é pseudo-individual, envolvendo interesses de grupos e categorias.²²

Enfrentou esse assunto Mauro Cappelletti²³. Ao tratar do acesso à justiça como movimento de reforma, assevera que se deve tomar consciência das necessidades, dos problemas e das expectativas sociais básicas às quais um instituto jurídico visa a dar resposta. Quanto ao processo civil, haveria três obstáculos a superar. Para o presente trabalho, é relevante o denominado obstáculo organizacional. Este reflete os traços relativos à (falta de) proteção dos direitos difusos e coletivos, que tomaram força com os fenômenos de massa. Diz que o indivíduo isolado é, em regra, incapaz de vindicá-los efetivamente, já que, por serem difusos ou coletivos, a única proteção realmente efetiva será a que reflita o caráter de “coletivo” ou de “classe” do direito. Cappelletti²⁴ aponta que a ilustração mais óbvia desse caso é a do consumidor isolado de mercadoria produzida em cadeia e distribuída em grandes quantidades. A ele, inevitavelmente, faltam suficiente motivação, informação e poder para iniciar e sustentar um processo contra o poderoso produtor. Caso superadas essas barreiras – o que é improvável –, há outro problema levantado pelo professor: “[...] o resultado seria totalmente inadequado para desencorajar o transgressor de massa de prosseguir nas lucrativas atividades danosas; o litigante individual seria o ‘titular’ de insignificante fragmento do dano em questão”²⁵. Daí, continua, surge a chamada pobreza organizacional, que, se não superada, torna de todo ineficiente a proteção judicial.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984a, p. 33, sublinhas da autora.

²³ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 326, ano 90, p. 121-130, abr./jun. 1994.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 122.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 122.

Em continuação, Antônio Augusto M. de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Júnior apresentam, ainda, mais um argumento que demonstra a inadequação em se conferir apenas ao particular a proteção dos interesses transindividuais. Diz respeito àquela situação em que o dano causado está tão diluído e é tão pequeno para cada indivíduo que dificilmente será apreciado ou determinado isoladamente. Ademais, como o dano que cada um sofreu é ínfimo, dificilmente será ajuizada ação a fim de repará-lo, o que decorre da insuficiência e da inadequação de instrumentos processuais para tanto. De acordo com os autores,

[...] o particular fatalmente se sentirá desestimulado a recorrer ao Judiciário, não só em face da dificuldade de sustentar uma demanda nem sempre rápida e barata, onde a prova pericial é quase sempre imprescindível, como pelos riscos de uma possível sucumbência; se o fizer, será para pleitear a reparação apenas daquela parcela do dano global (difuso) que sofreu.²⁶

Por outro lado, a sociedade, como um todo, tem uma sensação de injustiça, visto que, efetivamente, o causador do dano obteve algum benefício em detrimento do direito de cada um. Tal benefício pode ser, v.g., o significativo lucro auferido pela prática de ato que causou prejuízo de pequena monta a um grande grupo de pessoas.²⁷

Tendo em vista todas essas considerações, Ferraz, Milaré e Nery Júnior²⁸ concluem que todo o “esforço de adaptação” no sentido de tentar proteger, de forma idônea, a grande maioria dos direitos transindividuais com o arsenal jurídico existente antes da edição da Lei da Ação Civil Pública não passava de medida

²⁶ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 61.

²⁷ Vale transcrever o exemplo fornecido por Cappelletti:

“Um caso americano recentemente decidido – e, sobretudo, mal decidido – pela Suprema Corte dos Estados Unidos é significativo. Um certo Sr. Eisen tinha recebido um dano de 70 dólares por um comportamento ilegítimo de certos agentes da Bolsa, comportamento que, no curso de alguns anos, tinha igualmente danificado, por alguns poucos dólares, outros cem milhões de pessoas, dos quais 2.250.000 perfeitamente identificáveis por nome e endereço. Se qualquer um dos prejudicados tivesse querido agir por conta própria pelas vias judiciais, pedindo somente o ressarcimento do dano pessoalmente recebido, o resultado prático seria que ninguém, na realidade, teria agido, e o comportamento ilegítimo seria privado de sanção. À conclusão diversa, evidentemente, se chega, admitindo, em casos como este, a ação de classe, com a possibilidade, no caso específico, de reclamar o ressarcimento pelos 2.250.000 prejudicados identificados, e, eventualmente, também um *fluid recovery* pelos outros quatro milhões de prejudicados não identificáveis ou de difícil identificação” (CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, 1977, p. 153).

²⁸ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, 1984, p. 73.

paliativa. Dessa forma, pugnavam, à época, pela criação de instrumentos jurídicos mais adequados à tutela dos direitos transindividuais.

2.2 BREVE RETROSPECTO SOBRE A ELABORAÇÃO DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Visto o cenário em que se pauta a reformulação do Direito Processual a fim de se tutelarem, de maneira adequada, os direitos transindividuais, faz-se necessário apresentar, brevemente, as propostas que constituíram projeto de lei no sentido de se aprovar a Lei da Ação Civil Pública.

2.2.1 PROJETO BIERRENBACH – PROJETO DE LEI N. 3.034/84

Narra Grinover²⁹ que, em fins de 1982, a Associação Paulista dos Magistrados, o Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado e o Instituto Pimenta Bueno do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo organizaram um seminário sobre a tutela dos direitos transindividuais, coordenado por ela e pelo Desembargador José Alberto Weiss de Andrade. Por ocasião do encerramento, Weiss de Andrade, em nome da Associação Paulista de Magistrados, lançou convite no sentido de se constituir um grupo de juristas que apresentasse um anteprojeto de lei relativo à proteção dos direitos difusos. Acatado o convite, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira constituíram tal grupo e apresentaram o anteprojeto à associação, que foi aprovado em 1983.

Em julho de 1983, esse trabalho foi apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual, realizado em Porto Alegre, oportunidade em que foi relatado por José Carlos Barbosa Moreira, que, em parecer favorável, ofereceu as primeiras sugestões ao seu aprimoramento. Em seguida, deu-se a aprovação do projeto por aclamação, após as manifestações de Galeno Lacerda, Calmon de Passos e Ovídio Baptista da Silva.

Em continuação, o anteprojeto foi relatado e debatido na Associação dos Advogados de São Paulo, na Associação Paulista do Ministério Público, no III Curso Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente e na Comissão Especial do Meio Ambiente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, 1984b, p. 3.

Avaliadas as contribuições dadas nesses eventos, algumas delas foram incorporadas ao texto do anteprojeto.

Por iniciativa do Deputado Flávio Bierrenbach, foi apresentado o anteprojeto em tela, o qual foi transformado no Projeto n. 3.034/84 na Câmara dos Deputados.

A despeito de elaborado por juristas notáveis, informa Celso Antonio Pacheco Fiorillo³⁰ que o projeto não estava completo. De forma sintética, expõe algumas falhas constantes do Projeto.³¹

2.2.2 PROJETO DO EXECUTIVO – PROJETO DE LEI N. 4.984/85

A seu turno, os Promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Júnior, membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, retomaram a discussão do anteprojeto original e nele incluíram novas sugestões, alterando-o.

³⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/89 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 169.

³¹ “Destarte, bastaria analisar o que estabelece o Art. 1º do Projeto Bierrenbach para restar evidenciado que o mesmo se relacionava a propósito do Art. 14, Parágrafo Único, da Lei 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente estendendo, pura e simplesmente, a legitimação ativa do Ministério Público às Associações Cívicas, vale dizer, às Associações de Classe. Por outro lado, a matéria contida no Art. 2º era totalmente estranha ao objeto do mesmo projeto na medida em que regulava o instituto da assistência no Processo Penal diante de lei que efetivamente tratava de Ação Civil Pública. Outrossim não constava o foro competente para o ajuizamento da ação civil, necessário conforme se tem observado das ações civis propostas em que a competência funcional para o julgamento da causa tem evitado problemas que poderiam surgir a respeito da competência, uma vez que seria aplicável a regra geral do Código de Processo Civil onde incidiria o Art. 94 (a ação deveria ser proposta no foro do domicílio do réu, ou seja, incidiria a regra de competência territorial olvidando-se o projeto de que o juiz do lugar onde o dano poderia e *rectius*, se} verificar teria melhores condições para julgar a causa, levando-se em conta a própria natureza de suas funções junto àquela comunidade). Poderiam ocorrer, como de fato ocorrem, hipóteses como a de uma empresa poluidora que, por exemplo, estivesse sediada em São Paulo, mas poluindo cidades do Estado do Paraná (no caso a empresa teria que ser demandada em São Paulo com a natural consequência de impedir a melhor aplicação da lei) situação que o projeto deveria necessariamente ter enfrentado.

Por outro lado, não existia previsão para a Ação Cautelar, muito embora observasse que (Art. 6º, § 1º) quando a ação fosse de preceito cominatório para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Art. 287 do Código de Processo Civil), o juiz poderia conceder mandado liminar” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Op. cit.*, 1995, p. 169).

Tal trabalho foi apresentado em São Lourenço e foi enviado ao Ministro da Justiça Ibraim Abi-Ackel bem depois da apresentação, na Câmara dos Deputados, do Projeto Bierrenbach. Encampado pelo Ministro da Justiça, o trabalho foi apresentado no Congresso como Projeto do Executivo – Projeto de Lei n. 4.984/85, na Câmara, e n. 20/85, no Senado –, o que lhe conferiu trâmite mais célere. Sendo assim, promovidos vetos pelo então Presidente da República, José Sarney, o Projeto foi aprovado. Elaborada estava, portanto, a Lei n. 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública.³²

Contudo, os vetos do Executivo sobre lei que disciplinava importante instrumento para a defesa dos direitos transindividuais foram encarados com perplexidade, o que consistia prenúncio da necessidade de se modificar a Lei n. 7.347/85, de forma a ampliar sua eficácia.

Hugo Nigro Mazzilli³³ se desincumbiu de promover o cotejo entre os dois projetos de lei, o que, de fato, evidenciou a superioridade do Projeto do Executivo relativamente ao de Bierrenbach. Relevante mostra-se esse estudo, pois revela a disciplina da ação civil pública que preponderou e que ora é o conteúdo da Lei n. 7.347/85.

A primeira diferença trazida a lume pelo autor diz respeito à expressão “ação civil pública”, que foi mencionada, tão-somente, pelo projeto do Executivo. A escolha dos promotores paulistas por tal designação é estranhada por Mazzilli³⁴: dado que aqueles sustentavam que a ação civil pública era “[...] o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional”, não havia razão para que a mesma expressão fosse utilizada para referir-se à ação coletiva para a qual, além do Ministério Público, existiam outros legitimados.

Outra diferença é que o Projeto do Executivo tinha objeto mais amplo. Nesse aspecto, admitiu a proteção do meio ambiente, do patrimônio cultural, do consumidor e de “outros interesses difusos”. Sobre o último, incidiu veto presidencial, o que foi superado com o advento do Código de Defesa do Consumidor (art. 110)³⁵.

Em continuação, Mazzilli³⁶ expõe que, no Projeto do Executivo, foi prevista uma atuação mais ampla do Ministério Público na defesa dos direitos

³² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Op. cit.*, 1995, p. 170-171.

³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed., rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110 e ss.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 110.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 110-111.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 111.

transindividuais, uma vez que lhe foram atribuídos instrumentos investigatórios pré-processuais – o inquérito civil –, os quais lhe asseguraram papel preeminente na promoção da ação judicial. A relevância da atuação desse órgão no oferecimento de ações civis públicas ocorreu, portanto, de forma natural. Em matéria cível, não se cogitava da legitimação exclusiva do Ministério Público, pois não havia razão para tanto.³⁷

Mazzilli confirma o inquestionável avanço do Projeto do Executivo no sentido de ter previsto o inquérito civil a cargo do Ministério Público. Essa inovação, haja vista sua importância, encontra-se no bojo da Constituição Federal de 1988.³⁸

³⁷ Grinover, co-autora do Projeto Bierrenbach, não se inclinava por deferir a legitimidade ativa ao Ministério Público. Assim, sustentava, com respaldo em denso estudo de Cappelletti, a “[...] inadequação do MP [Ministério Público] como titular de ações de caráter coletivo: em primeiro lugar, pela própria índole de sua função, que o tornaria inidôneo a defender interesses de grupos, de comunidades, de classes; depois, por sua ligação ao Poder Executivo; enfim, por sua falta de especialização em campos tão pouco tradicionais. GRINOVER, Ada *Op. cit.*, 1984b, p. 39.

Foram críticos desse posicionamento os autores do Projeto do Executivo, que, ainda, entendiam pela ampla legitimação ativa. Esta incluiria o Ministério Público – este obrigatoriamente –, bem como associações e qualquer particular. Defendiam que tal estudo de Cappelletti não se aplicava ao Ministério Público Brasileiro, mas, tão-somente, ao *Parquet* na Itália. Dessa forma, rebateram os argumentos contrários à legitimação do Ministério Público, quais sejam, inadequação psicológica do Ministério Público; ligação com Executivo; falta de especialização; e falta de aparelhamento. (FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, 1984, p. 62-72).

A seu turno, Mazzilli revela que Cappelletti, declaradamente, excluiu da conclusão de que o Ministério Público era inadequado como legitimado ativo em ações coletivas o Ministério Público no Brasil. A fim de sustentá-lo, cita trecho de Cappelletti:

“Não vou falar deste País, porque verdadeiramente uma das coisas mais surpreendentes constatadas nesta minha visita é a característica única do Ministério Público brasileiro – normalmente, em todos os demais países que conheço, França, Alemanha, Itália etc., o Ministério Público tende a ser um organismo burocratizado e, portanto, muito lento, sem motivação bastante para assumir outra e grave atribuição, sobretudo no campo penal, como é essa dos novos conflitos mencionados, no campo econômico e social”. (CAPPELLETTI, Mauro *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro, *op. cit.*, 2005, p. 287).

Pelo que atualmente se constata, de fato, seria um grande equívoco não se considerar o Ministério Público legitimado para ajuizar ação civil pública, uma vez que o *Parquet* tem-se mostrado o legitimado ao ajuizamento da ação civil pública mais atuante. Um levantamento realizado no período de 1987 a 1996 no foro central da Comarca do Rio de Janeiro demonstrou que mais de 60% das ações civis públicas tinham sido ajuizadas pelo Ministério Público (CARNEIRO *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 288). Dados mais recentes relativos ao Estado de São Paulo mostram que 92,85% das ações civis públicas em andamento foram propostas pelo *Parquet* (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 288).

³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 112.

O Projeto do Executivo eliminou a possibilidade de ação penal privada subsidiária, que constava do projeto originário. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 80, conferiu às associações civis e aos demais co-legitimados à ação coletiva se não oferecida denúncia no prazo legal. Ainda, o Projeto do Executivo previu novo crime, consubstanciado nas condutas de recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil quando requisitados pelo Ministério Público (art. 10 da Lei n. 7.347/85)³⁹.

De forma sintética, Mazzilli⁴⁰ ainda informa que o projeto do Executivo estabeleceu a competência absoluta para o processo e o julgamento das ações civis públicas; fez expressa alusão à ação cautelar; dobrou o prazo de carência para considerar legitimadas as associações.

Por fim, o autor critica o Projeto do Executivo quanto ao seguinte tópico: sistema de sucessão processual. Conforme sustenta, tal matéria havia sido tratada de forma mais adequada no Projeto Bierrenbach, inspirado, no particular, na Lei da Ação Popular – Lei n. 4.717/65.⁴¹

2.3 LEGISLAÇÃO POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

2.3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Cumprе, primeiramente, observar que a Constituição Federal de 1969, sob cuja égide a Lei da Ação Civil Pública foi editada, garantia o acesso à Justiça àqueles cujos conflitos eram interindividuais ou entre grupos bem delimitados e restritos de pessoas, característicos de uma sociedade predominantemente agrária e artesanal. Seu artigo 153, § 4º, enunciava: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (sublinha nossa). O legislador ordinário, porém, ignorou esse óbice ao editar a Lei n. 7.347/85.⁴²

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 coaduna-se com o contexto em que se pugna por um processo de massa. Versa, em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não mais se restringindo ao direito individual. Ademais, em seu preâmbulo, declara que

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 112-113.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 112-113.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 113.

⁴² MILARÉ, Édís, *Op. cit.*, 1990, p. 6.

o Estado Democrático Brasileiro destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.⁴³

A Constituição Federal de 1988 foi o primeiro diploma normativo a promover mudanças na matéria disciplinada pela Lei n. 7.347/85. A ação civil pública foi elevada ao patamar constitucional pelo art. 129, inciso III. O mesmo dispositivo legal apresenta grande relevância para o presente estudo. Certo é que a Constituição Federal trouxe inovações – como a legitimidade das associações para representar seus associados quando autorizada em lei (art. 5º, inciso XXI) e a do sindicato pela defesa dos direitos coletivos ou individuais da categoria em questões judiciais ou administrativas (art. 8º) –, porém se focará no art. 129, III, da Carta Maior.

José Geraldo Brito Filomeno⁴⁴ relata que, ao menos no âmbito das Promotorias de Justiça do Consumidor, as ações civis públicas, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, diziam respeito à tutela dos direitos difusos. Afirma que os temas maiores da tutela do consumidor no sentido material estavam subdivididos em seis macro-temas, quais sejam, saúde, segurança, qualidade, quantidade/volume, publicidade/oferta e práticas comerciais (abusivas). O autor aponta que a Constituição Federal de 1988 foi o primeiro documento legislativo a tratar, além dos interesses difusos, dos interesses coletivos, ao estatuir, no art. 129, inciso III, que uma das funções do Ministério Público é a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”⁴⁵. Com isso, os interesses coletivos também passaram a ser tutelados pela ação civil pública.

Entretanto, esse não é o parecer de João Batista de Almeida⁴⁶. O doutrinador explica que, em 1985, apesar de a Lei da Ação Civil Pública não se ter preocupado em definir as expressões “interesses difusos” e “interesses coletivos”, sabia-se que a lei referia-se a tais interesses, em primeiro lugar, pela natureza dos bens tutelados e, em segundo lugar, pelo texto do inciso vetado (inciso IV do art. 1º), que previa a proteção de “outros interesses difusos ou coletivos” (sem sublinha no original), além dos elencados naquele artigo.

Cabem, aqui, duas observações quanto a esse último parecer. Almeida⁴⁷ não se fez claro ao mencionar a “natureza dos bens tutelados” por não desenvolver

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 6.

⁴⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. Ação civil pública consumerista. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2a. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 426-431.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 430, sublinha do autor.

⁴⁶ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 32.

esse raciocínio a fim de sustentar sua posição. Ademais, o segundo argumento elaborado pelo autor não se sustenta, uma vez que o texto do dispositivo vetado (inciso IV do art. 1º) não continha a expressão “coletivos”. Estava, tão-somente, assim redigido: “outros interesses difusos”.

Por outro lado, o primeiro argumento de Almeida é defensável da seguinte forma: uma vez que não havia determinação na Lei da Ação Civil Pública sobre as categorias dos direitos passíveis de tutela, também os direitos coletivos e individuais homogêneos foram, por meio dela, defendidos. Realmente, a “natureza dos bens tutelados” permite que sejam formulados diversos tipos de pedidos, de forma a se configurarem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos como hoje são conhecidos – essa diferenciação será tratada no capítulo seguinte. Até mesmo os casos apresentados por Filomeno⁴⁸ são prova de que as outras categorias de direitos, além do difuso, foram tuteladas. No macro-tema “segurança”, Filomeno⁴⁹ expõe o caso da ação civil pública que veio reclamar o *recall* dos veículos cujas rodas de liga-leve eram fabricadas em desacordo com as normas estabelecidas pelo Contran. Tal caso não diz respeito a direitos difusos, pois determináveis os beneficiados com a procedência desse pedido. Da mesma forma, não se trata de direito difuso o pedido de instalação de centenas de milhares de linhas telefônicas constantes de planos de expansão da Telesp, caso que pertence ao macro-tema “práticas abusivas”⁵⁰.

Pode-se interpretar, portanto, a contribuição da Constituição Federal de 1988, nesse aspecto, como a positivação do termo “interesses coletivos”, cujo conceito já estava sendo trabalhado por teóricos antes mesmo da edição da Lei da Ação Civil Pública.

2.3.2 LEIS EM GERAL

Após a edição da Lei n. 7.347/85, outras leis vieram a regular a defesa dos direitos transindividuais, as quais, por conseguinte, fizeram menção a essa lei. Elas são: Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989 (ação civil pública para a proteção das pessoas portadoras de deficiência), Lei n. 7.913, de 07 de dezembro de 1989 (ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários); Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e

⁴⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, 2002, p. 426 e ss.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 426.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 428.

do Adolescente, cujo art. 224 autoriza a aplicação, no que couber, das disposições da Lei n. 7.347/85); Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor, que terá exame mais detalhado no ponto que tem pertinência ao presente trabalho); Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro, e Lei Complementar n. 75, de 20 de maio, ambas de 1993 (disciplinaram as funções do Ministério Público, inclusive, quanto às ações civis públicas), Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração à ordem econômica e à economia popular), Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade, que estabeleceu como objeto da ação civil pública a defesa da ordem urbanística).⁵¹

Outras leis vieram a alterar o regime da Lei n. 7.347/85. Nesse sentido, a Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, estabeleceu a necessidade de prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público para a apreciação do requerimento de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública; e a Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, conteve os efeitos da coisa julgada da sentença em ação civil pública ao local de competência do órgão prolator. Também nessa esteira devem ser citadas as Medidas Provisórias n. 1.984-25/00, 2.102-26/00 e 2.180-35/01, que vedam o acesso coletivo à justiça em relação a matérias “em que o governo federal não tinha interesse em ver resolvidas, como questões tributárias ou atinentes ao fundo de garantia por tempo de serviço”⁵². Cumpre esclarecer que as alterações trazidas pelas citadas leis e pelas medidas provisórias foram consideradas retrógradas pelos autores que delas tratam⁵³.

Nesse diapasão, Mazzilli ⁵⁴revela desgosto em relação à matéria contida na Medida Provisória n. 2.088-35/00. Entende que, por meio desta, o presidente da República atentou contra o livre exercício do Ministério Público, pois tentava intimidar os membros deste, ameaçando-os com a possibilidade de responsabilização pessoal e com a reconvenção em ação civil pública de improbidade. O próprio governo federal, porém, recuou em relação a tal disposição, o que causou a extinção da já ajuizada ADI n. 2.384-5/DF, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade de tal medida provisória.

⁵¹ Parágrafo de acordo com as obras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 4), p. 198; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 113.

⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 114.

⁵³ *Idem, ibidem*, 2005; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, 2002.

⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 114.

Mais recentemente, foi editada a Lei n. 10.628/02, que objetiva conferir foro por prerrogativa de função até mesmo a autoridades que deixaram de ter qualquer⁵⁵.

2.3.2.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI N. 8.078/90

O Código de Defesa do Consumidor suprimiu muitos dos empecilhos que se apresentavam na defesa do consumidor em juízo. Aliás, foi além e estabeleceu uma verdadeira correlação entre o direito processual e o material preexistente, qual seja, o direito comercial. Disciplinou práticas abusivas, introduziu a responsabilidade pelo fato do produto, garantiu proteção penal ao consumidor, como também cuidou do sistema geral de ações coletivas⁵⁶.

Nessa esteira, há que se destacar a ampla integração do CDC com a Lei n. 7.347/85, tendo em vista as disposições do art. 90⁵⁷ daquele e do art. 21 desta⁵⁸, o qual, aliás, foi acrescentado à lei pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor. Ambos dispositivos legais fazem referência ao Título III da Lei n. 8.078, que disciplina a defesa do consumidor em juízo.

Tal integração foi o que trouxe a disciplina das ações coletivas. O processo adequado para a defesa dos direitos transindividuais, então, foi elaborado e colocado à disposição da sociedade. Não se trata, exatamente, de ações nominadas, mas, sim, de uma larga modalidade de ações – as ações coletivas – que, de acordo com o Título III do Código de Defesa do Consumidor e com a Lei da Ação Civil Pública, visam a resguardar direitos que ultrapassam a esfera individual. O arsenal jurídico passou a contar com instrumentos relevantes nessa tarefa.

No referido título estão os dispositivos em que o presente trabalho se centra: o art. 81, seu parágrafo único e incisos. A partir da análise destes, constata-se o seguinte: o Código de Defesa do Consumidor destacou mais uma categoria de direitos tutelados pela ação coletiva, qual seja, a dos direitos individuais

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 114.

⁵⁶ ALVIM, Arruda. *Op. cit.*, 1992a, p. 85.

⁵⁷ Dispõe o art. 90 do CDC: “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

⁵⁸ Versa o art. 21 da Lei n. 7.347/85: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

homogêneos, bem como cuidou de definir todas as categorias de direitos defendidos por meio da dita ação: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Cumpra aclarar que o Código de Defesa do Consumidor foi quem reconheceu, propriamente, a categoria de direitos individuais homogêneos. Embora tal categoria de direitos, invariavelmente, acabasse sendo protegida em ação civil pública – como no caso do *recall* e da hipótese prevista na Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que já possibilitava a utilização da ação civil pública para “obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado” (art. 1º), na proporção do prejuízo destes⁵⁹ –, ela não era objeto de profundos estudos, de forma que foi consagrada somente pelo Código de Defesa do Consumidor. Anteriormente, tentavam-se enquadrar os direitos individuais homogêneos nas categorias já conhecidas – direitos difusos ou coletivos –, já que aqueles não eram facilmente compreendidos, ou melhor, visualizados.⁶⁰

Tendo em vista o destaque e a definição dos direitos individuais homogêneos pelo Código de Defesa do Consumidor, pode-se dizer que este foi quem promoveu a proteção de tais direitos de forma definitiva.

No tocante aos direitos coletivos, há que se adiantar a seguinte observação – que será atentamente trabalhada no segundo capítulo: o Código de Defesa do Consumidor ampliou o entendimento do que seriam esses direitos relativamente ao que propunha a corrente majoritária anterior à sua edição. Sinteticamente, a ampliação refere-se aos direitos coletivos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por uma relação jurídica de base. Dessa forma, direitos coletivos não mais se referem tão-somente à hipótese em que há vínculo entre os membros de um grupo, categoria ou classe.

À primeira vista, o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que descreve cada um dos direitos tutelados pela ação coletiva, parece estabelecer de forma clara e suficiente a definição destes. Ele, porém, não o faz: inúmeras dificuldades enfrentadas na prática forense o comprovam. Sendo assim, estudiosos da matéria

⁵⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58.

⁶⁰ Ronaldo Cunha Campos chega a desnaturar os interesses difusos – caracterizados como indivisíveis (o que será matéria de posterior análise) –, a fim de enquadrar interesses individuais homogêneos naquela categoria, a ver:

“No que concerne a interesses difusos, possível que se relacionem a objeto divisível, a nosso sentir. Os consumidores de um determinado produto podem sofrer prejuízo em virtude de defeito de fabricação. Estes consumidores constituem grupo de difícil identificação e apresentam o interesse comum na obtenção de ressarcimento do dano sofrido” (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995, p. 49.)

tentam traçar critérios mais nítidos de diferenciação entre tais direitos, o que será objeto de análise do capítulo seguinte.

3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS TUTELADOS PELAS AÇÕES COLETIVAS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código de Defesa do Consumidor faz referência, nos incisos do art. 81, parágrafo único, a direitos ou interesses. A diferença entre esses termos é, por um lado, bem desenvolvida por uns autores, como Rodolfo de Camargo Mancuso⁶¹, por outro, é rechaçada, como o faz Kazuo Watanabe.⁶² Como nessa pesquisa não se pretende definir “direito” ou “interesse”, mas as três categorias em que estes podem-se apresentar, utilizar-se-á a palavra “direito” para se fazer referência a ambos, quando houver espaço para fazê-lo, ou seja, quando não se tratar de citação ou de referência a texto que empregue o termo “interesse”.

Outro aspecto que não se deve deixar de elucidar concerne aos termos referentes ao direito que suplanta a esfera individual, quais sejam, direitos “metaindividuais”, “transindividuais” ou “coletivos”. Em realidade, todos estes abarcam as categorias dos direitos que são objeto deste estudo. Logo, aqui pouco importa o aprofundamento sobre o tema. Adota-se um desses termos a fim de tornar este trabalho homogêneo; o mais adequado parece ser “transindividuais”.⁶³

⁶¹ Diz Mancuso que “os interesses individuais estão na base do conceito de ‘direito subjetivo’; este resulta da fusão entre o interesse individual e a proteção estatal que o chancela e garante, nos casos em que aquele interesse corresponde aos valores ‘escolhidos’ como os mais relevantes em determinada coletividade. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 51.

⁶² Explica Watanabe que os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos. Explica que “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”. WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev. ampl. Atualizado conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 800.

⁶³ Ensina José Luís Bolzan de Moraes que “o prefixo *trans* permite, assim, que possamos apreender a idéia de que os interesses ora debatidos, apesar de comuns(nitários), tocam imediata e individualmente [...] cada componente desta coletividade, ao passo que a consagração do prefixo *meta* importa uma perspectiva de algo que esteja alheio e acima do indivíduo, sem tocá-lo de forma alguma.

No momento do estudo da teoria de Barbosa Moreira, será mantida a terminologia por ele adotada, qual seja, “interesses essencialmente coletivos” e “interesses acidentalmente coletivos”.

Nos tópicos seguintes, será analisado o esforço dogmático em conceituar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Primeiramente, será estudado cada um dos direitos transindividuais a partir de suas características.

Em seguida, tratar-se-á das propostas metodológicas que têm por escopo classificar o direito posto em juízo em uma das categorias de direitos transindividuais versadas no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, serão examinadas, com maior profundidade, a titularidade desses direitos e a indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos, características essas que se submetem a uma série de indagações.

3.2 DIREITOS DIFUSOS

Os direitos difusos são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, da seguinte maneira: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Ao estudar os interesses difusos, Mancuso⁶⁴ elencou as seguintes características básicas daqueles: a) indeterminação dos sujeitos; b) indivisibilidade do objeto; c) intensa conflituosidade; e d) duração efêmera, contingencial. Tais características serão tomadas como norte para o desenvolvimento do presente tópico. Demais ensinamentos servirão para sedimentá-lo.

Diz a doutrina que os titulares dos direitos difusos são indeterminados ou de difícil determinação, de forma que incabível a apropriação de tais direitos, com exclusividade, por somente uma pessoa ou um grupo definido de pessoas.

Mancuso atribui essa indeterminação, em parte, ao fato de não haver um vínculo jurídico que agregue os sujeitos de tais direitos. Assim, explica que

Parece-nos que esta passagem do singular para o coletivo não se faz aniquilando o indivíduo mas, inserindo-o numa dimensão comunitária”. MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 126.

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 2004, p. 93.

os sujeitos somente se unem de forma ocasional, “[...] em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto [...], por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza, etc.”⁶⁵

Com efeito, o art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dos titulares de tais direitos, versa que estes são “pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Atente-se para a observação de Arruda Alvim⁶⁶ de que as circunstâncias de fato não são rigorosamente idênticas, mas são circunstâncias juridicamente equivalentes, como também iguais do ponto de vista do direito, identificáveis nas linhas mestras e fundamentais pelos legitimados às ações coletivas elencados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor. A publicidade enganosa, por exemplo, pode ser veiculada por vários órgãos de imprensa e em diversos dias e variados horários, e, não obstante, é a circunstância de fato que unirá os titulares de direito difuso.

Não há, como no caso dos direitos coletivos, previsão de relação jurídica que os una – o que será visto adiante –, mas sim de circunstâncias de fato que o façam. Cumpre frisar que tais circunstâncias de fato são o que permite que se fale em direitos difusos, pois são a origem destes. Justamente pelo fato de originá-los, unem os titulares da categoria sob exame.

Decorre disso que qualquer vínculo jurídico existente entre titulares de direitos difusos ou entre eles e a parte contrária não será levado em consideração para a caracterização desses direitos. Em outras palavras, a relação jurídica que possa existir é de somenos importância para a caracterização do direito difuso, uma vez que o que importa, no particular, são as circunstâncias de fato que atinjam um indeterminado número de pessoas.

Tome-se como exemplo o direito da proteção contra publicidade enganosa, um típico direito difuso. Suponha-se que uma empresa que ofereça curso de inglês anuncie que o material didático é cedido por ela, o que, em realidade, não ocorre. Estão afetadas por essa publicidade enganosa tanto as pessoas que se interessarão por tal curso e irão, ainda, contratar seus serviços como aquelas que já têm relação contratual com a mencionada empresa, quais sejam, os alunos. Constata-se que o que importa não é a existência, ou não, da relação jurídica base, seja entre os lesados, seja entre cada um destes e a parte contrária, mas o fato que os une, *in casu*, a publicidade enganosa e que, ao mesmo tempo, é origem dos direitos difusos.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 95.

⁶⁶ ALVIM, ARRUDA. Da defesa do consumidor em juízo. In: *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, p. 66, out./dez. 1992b.

Cabe frisar que, não raras vezes, a união fática entre titulares de direitos difusos é imprecisa, mas não inexistente. Entende dessa forma Mazzilli, nestes termos: os titulares dos direitos difusos “[...] compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso”⁶⁷. No mesmo sentido, José Marcelo Menezes Vigliar assevera: “[...] Nota-se que não se exige nem mesmo muita precisão no vínculo fático que une os interessados [...]”⁶⁸.

E continua:

Outro bom exemplo, para que se possa fixar o conceito de interesse difuso, é o da propaganda enganosa, que prejudica (também por presunção absoluta) o consumidor, veiculada pela televisão, ou outro meio de comunicação de massa nos chamados “horários nobres”, que venha a atingir pessoas indeterminadas, sem que esses interessados nada possam fazer para evitar o assédio, tendo com único fato a união o acesso a tal propaganda, naquela emissora, naquele determinado momento^{69, 70}.

Como o vínculo entre os lesados mostra-se, em muitos casos, extremamente tênue, autores afirmam que este inexistente. Não é raro encontrar conceitos como o seguinte: “[...] interesse difuso é conceituado como o existente entre pessoas que não possuem qualquer vínculo jurídico ou fático, constituindo-se num grupo, de certa forma, indeterminável de pessoas”⁷¹. Afirmarções como a transcrita podem levar a crer que entre as pessoas não pode haver qualquer vínculo, seja jurídico, seja fático, o que não procede. O vínculo jurídico pode existir, mas não será critério para se caracterizar certo direito como difuso; sua existência, simplesmente, não importa para o direito difuso. Já o vínculo fático, necessariamente presente, corresponde às circunstâncias de fato que serão, ao mesmo tempo, origem do direito difuso e motivo de aproximação entre as pessoas. Ele, sim, será elemento caracterizador do direito difuso. Visto que, muitas vezes, é tênue – como no exemplo da publicidade

⁶⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 50, sublinhas do autor.

⁶⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001b, p. 71, sublinhas nossas.

⁶⁹ Na verdade, como já dito, não é necessário que a publicidade ocorra ao mesmo momento. Ela pode ter sido veiculada em vários locais e em dias e horários distintos. Mesmo assim, constitui o “vínculo fático” dos interesses difusos.

⁷⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Op. cit.*, 2001b, p. 71-72, sublinhas nossas.

⁷¹ GARRIDO, Renata Lorenzetti. Legitimidade ativa das associações para propositura de ações coletivas. *In: Revista de Direito do Consumidor*, 1995, p. 92, sublinhas nossas.

enganosa –, dizem que é inexistente. Porém, por mais tênue que seja o vínculo fático, ele existe.

Vistas as considerações sobre o vínculo fático que une os titulares dos direitos difusos, ainda há que se questionar a titularidade de tais direitos.

Primeiramente, cumpre rever os ditames do sistema jurídico brasileiro. Pela sua concepção eminentemente individualista, ele leva em consideração que os titulares de direitos são determinados, haja vista a consagração do direito subjetivo, cujo titular é plenamente identificado e detentor de personalidade jurídica. Segundo Mancuso, o direito subjetivo é a fusão entre o interesse individual – este conceituado pelo autor como o “[...] interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário [...]”⁷² – e a proteção estatal que o chancela e garante, tendo em vista que corresponde aos valores escolhidos como os mais relevantes em determinada coletividade⁷³. O sistema processual brasileiro como concebido segue esta concepção de que o titular de direito é somente o sujeito identificado, o qual é apto a pleitear a defesa de seu direito em juízo, pelo tradicional princípio da obrigatória coincidência entre os sujeitos da relação material e os da processual, insculpido no art. 6º do Código de Processo Civil.

Antonio Gidi⁷⁴ apresenta interessante parecer sobre a titularidade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seu ponto de vista parte da idéia de que todos eles são verdadeiros direitos subjetivos, daí direitos subjetivos difusos, direitos subjetivos coletivos e direitos subjetivos individuais homogêneos.

O autor relata que as teorias que diferenciam o direito subjetivo do interesse superindividual, ou seja, direito transindividual, têm ainda carga do ranço individualista do século XIX, ou seja, inadmitem a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual, dada a indivisibilidade de seu objeto e a “imprecisa” determinação de sua titularidade – como será visto, o autor não a entende imprecisa⁷⁵. Com respaldo nos ensinamentos de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, pugna pela reformulação do conceito tradicional de direito subjetivo, ainda eminentemente individualista, de modo que este se coadune com a sociedade atual e com os conflitos de massa, e, por conseguinte, uma coletividade de indivíduos possa vir a ser sujeito de direito⁷⁶.

⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 2004, p. 50, sublinhas nossas.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 51.

⁷⁴ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 17.

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 18.

Nesse contexto, Gidi⁷⁷ afirma que os titulares dos “direitos subjetivos” difusos, coletivos e individuais homogêneos têm, sim, um único titular e muito bem determinado, mas que não é o indivíduo. O titular é uma comunidade, no caso dos difusos; uma coletividade, no caso dos direitos coletivos; e um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado, no caso dos individuais homogêneos.

Ao analisar o art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, Gidi⁷⁸ o entende inadequado e tecnicamente impreciso, já que aponta como titulares dos direitos difusos pessoas indeterminadas. A doutrina segue os dizeres do Código. Já o art. 81, parágrafo único, inciso II, que considera como titulares do direito coletivo grupo, categoria ou classe de pessoas, seria, para o autor, técnico e preciso.

O magistério de Gidi cumpre uma importante missão no que respeita aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: encara-os como devem ser encarados, ou seja, como verdadeiros fenômenos de massa. E por que não o fazer? Por que considerar que os titulares de direitos difusos são indivíduos indeterminados? Em outras palavras, por que atrelar tal direito à esfera individual? Justamente pelo fato de que cada pessoa beneficiada não é sequer determinável, não seria mais acertado entender que os direitos difusos pertencem a toda uma comunidade, e que cada pessoa beneficiada pela proteção do direito difuso somente aufer o benefício em questão na qualidade de integrante da comunidade?

Interessante é perceber que alguns autores que defendem que os titulares de direitos difusos são pessoas indeterminadas são os mesmos que tanto escreveram sobre os fenômenos de massa e sobre a necessidade de se estruturar um processo civil de massa. Porém, o art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor mostra-se, ainda, vinculado à idéia de que titular de direito é pessoa física ou jurídica, detém personalidade jurídica. A comunidade “titular” de direito difuso ainda não é considerada “pessoa”. Poderia, então, ter direitos? O Direito Brasileiro, como se apresenta atualmente, não parece solucionar essa questão.

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor em dois momentos possibilita que se aceite a comunidade como titular de direitos. Um deles refere-se ao art. 103, § 1º, in verbis: “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe” (sublinhas nossas). Esclarece-se que o inciso I do art. 103 diz respeito aos direitos difusos⁷⁹. Por correspondência, o termo “coletividade”

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 23.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 23.

⁷⁹ Dispõe o art. 103: “Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

do art. 103, § 1º, refere-se a tais direitos, já que “grupo”, “categoria” e “classe” são termos expressamente relacionados a direitos coletivos (art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor). Daí, o reconhecimento de uma “coletividade” no que diz respeito aos direitos difusos. Coletividade esta de “pessoas indeterminadas”.

O segundo momento – e este é ainda mais claro no que diz respeito à proteção de direitos da coletividade – diz respeito ao art. 2º, parágrafo único, do Código. De acordo com esse diploma legal: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” Diante dessa disposição, não seria o caso de se considerar a coletividade de pessoas indetermináveis o titular de direitos difusos, já que esta é, por equiparação, consumidor?

Na tarefa de tecer comentários sobre o art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, Filomeno sustenta que o que esse dispositivo tem em mira é

[...] a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores⁸⁰.

Caso já provocado o dano, assevera o autor que se conferem à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter, dos responsáveis, a justa e mais completa reparação. Nesse momento, menciona o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, por este referir-se à defesa do consumidor em juízo.

Ocorre que, posteriormente, ao definir interesses difusos, escreve que estes “[...] pertencem a um número indeterminado de titulares [...]”⁸¹, o que não se harmoniza com a idéia da universalidade como titular do direito difuso.

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.”

⁸⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., rev. ampl. atualizado conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 38, sublinhas do autor.

⁸¹ *Idem*, *ibidem*, p. 40.

Maria Antonieta Zanardo Donato⁸² interpreta o art. 2º, parágrafo único, juntamente com o art. 81, parágrafo único, inciso III, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que a autora centra-se no caso dos direitos individuais homogêneos. Por isso, seus ensinamentos serão expostos no item 2.4, que se refere a esses direitos. Porém, adianta-se, há como se estenderem tais ensinamentos às demais categorias de direitos – difusos e coletivos.

A título de esclarecimento, vale ressaltar que o que foi sustentado sobre o vínculo fático existente entre os “titulares” de direito difuso deve ser mantido. No caso de se entender que a coletividade é o titular de direito difuso – e esse parecer mostra-se mais acertado –, o vínculo fático ocorrerá entre as pessoas que a integram, as quais são beneficiadas com a proteção ao direito difuso, já que não se concebe a idéia de coletividade apartada de seus integrantes. As pessoas são, portanto, beneficiadas por integrar a coletividade, e não por deter a titularidade do direito difuso.

Passa-se, por ora, ao exame da segunda característica dos direitos difusos enumerada por Mancuso⁸³, retrocitada, qual seja, a indivisibilidade do objeto.

O conceito em que se respalda grande parte dos doutrinadores⁸⁴ foi elaborado por Barbosa Moreira. A nota de indivisibilidade dos direitos difusos é uma “[...] espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”⁸⁵.

Por sua vez, diz Mancuso que

[...] o sucesso da ação [o autor está tratando de ação popular impetrada contra a instalação de um aeroporto supersônico] compensará todos os envolvidos, e não somente aquele que se tenha investido em paladino da comunidade; do mesmo modo, o fracasso da investida judicial frustrará, a um tempo, os autores da ação e os cidadãos que perfilhavam o mesmo entendimento. Daí, essa nota da indivisibilidade⁸⁶.

⁸² DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 140 e ss.

⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 2004, p. 98-100.

⁸⁴ Citam esse ensinamento de Barbosa Moreira: Bedaque (2003, p. 39), Dinamarco (2001, p. 53), Grinover (1984a, p. 31), Mancuso (2004, p. 98), Mendes (2002, p. 211), Vigliar (2001a, p. 54) e Watanabe (1984, p. 89).

⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1984, p. 82.

⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 2004, p. 98-99, sublinhas do autor.

Dessa forma, Vigliar explica que não é possível que cada um renuncie a sua parcela ideal do interesse difuso, visto que “[...] a presunção legal e a natureza desse interesse tornarão tal manifestação desprovida de qualquer eficácia”⁸⁷. Afirmar que a proteção a interesses difusos aproveitará a todos, mesmo àqueles que renunciarem à parcela incomensurável de seu interesse⁸⁸.

Outros autores desenvolveram conceitos distintos do acima transcrito e abordam o tema de forma um pouco distinta. Mazzilli⁸⁹ identifica a indivisibilidade dos direitos difusos com o fato de este não poder ser quantificável ou dividido (como o próprio nome indica) entre os membros da coletividade. Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho⁹⁰ entende que a indivisibilidade do direito significa que não se pode identificar o quinhão de que é titular cada integrante do grupo (apesar de falar em “grupo”, o autor trata, além dos direitos coletivos, dos direitos difusos). Filomeno, com enfoque na divisibilidade dos direitos individuais homogêneos, entende-a como a “[...] variação da extensão dos prejuízos advindos da causa comum [...]”⁹¹, *a contrario sensu*, a indivisibilidade seria a uniformidade da extensão dos prejuízos causados a cada titular de direito difuso (ou coletivo, que também é indivisível).

Todos os mencionados pareceres acima são de grande valia para o reconhecimento dos direitos difusos (e, adianta-se, dos coletivos). Cumpre observar que esses distintos pontos de vista sobre a indivisibilidade levam a uma certa instabilidade na identificação, no caso concreto, dos direitos transindividuais. De antemão, afirma-se que tal instabilidade ocorre com mais frequência em relação aos direitos coletivos e individuais homogêneos. Não se constata o mesmo em relação aos direitos difusos.

Como a conceituação de indivisibilidade é sobremaneira relevante para a caracterização dos direitos transindividuais, ela será estudada de forma mais detalhada posteriormente.

Acrescenta-se, apenas, que, dado o caráter de indivisibilidade dos direitos difusos (e coletivos), a Lei da Ação Civil Pública prevê, em seu art. 13, a reversão para um fundo da indenização para a reconstituição de bens lesados. Quando

⁸⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85 e legislação posterior; ação civil pública para a defesa da pessoa portadora de deficiência, da criança e do adolescente, do consumidor e do patrimônio público e combate à improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2001a, p. 46.

⁸⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 46.

⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro *Op. cit.*, 2005, p. 51.

⁹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei n. 7.347, de 24.7.85)*. 4ª ed., rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34.

⁹¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, 2002, p. 432.

possível a determinação dos valores devidos a título de indenização a cada vítima, isto é, no caso de direitos individuais homogêneos, será procedida a habilitação, por parte das vítimas, para que recebam o que lhes é de direito. Em se tratando de direitos individuais homogêneos, somente se não ocorrer, no prazo de um ano, a habilitação das vítimas ou da insuficiência de habilitações – avaliadas diante da gravidade do dano –, o produto da indenização reverterá para o fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública (art. 100 e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor).

A terceira característica dos direitos difusos apontada por Mancuso⁹² é a intensa conflituosidade ou litigiosidade interna, em conformidade com a maioria doutrinária na Itália.

Explica Grinover⁹³ que, por se tratarem de interesses de massa, os interesses difusos caracterizam-se por uma conflituosidade também de massa, que não se refere ao contraste indivíduo *versus* autoridade, mas que é típica das escolhas políticas. A conflituosidade instaura-se, então, entre grupos – interesses de um contra interesses de outro. A doutrinadora exemplifica:

O interesse à contenção dos custos de produção e dos preços contrapõe-se ao interesse à criação de novos postos de trabalho, à duração dos bens colocados no comércio, etc. O interesse à preservação das belezas naturais contrapõe-se ao interesse da indústria edílica, ou à destinação de áreas verdes a outras finalidades; o interesse ao transporte automobilístico não poluente e barato contrapõe-se ao interesse por um determinado tipo de combustível; o interesse à informação correta e completa contrapõe-se ao interesse político em manter um mínimo de controle sobre os meios de comunicação de massa, etc.⁹⁴

Como asseverado acima, o campo é o das escolhas políticas, em que as alternativas são ilimitadas.

Mancuso⁹⁵ justifica a litigiosidade interna no fato de que, no nível dos interesses – e não dos direitos subjetivos –, todas as posições, por mais contrastantes, parecem sustentáveis, visto que os interesses difusos são fluidos, desagregados, disseminados entre segmentos sociais mais ou menos extensos e, ainda, não têm parâmetro jurídico, mas derivam de situações de fato.

⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 2004, p. 100-106.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, 1984b, p. 31.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 31.

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 2004, p. 103.

A quarta e última característica dos direitos difusos exposta por Mancuso⁹⁶ é a duração efêmera, contingencial, destes, ou seja, a transição ou mutação no tempo e no espaço dos direitos difusos. Obtempera o autor⁹⁷ que, como os direitos difusos não se pautam em um vínculo jurídico básico, mas a situações de fato, eles mudam de acordo com estas.

José Celso de Mello Filho assim se pronuncia sobre o assunto, a saber:

Na real verdade, a complexidade desses múltiplos interesses não permite sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos não comportam rol exaustivo. A cada momento e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna pós-industrial, evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo grupo social, cuja tutela se impõe como necessária. Os interesses difusos, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns, mais evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural⁹⁸.

A natureza efêmera dos interesses difusos impõe que ele seja tutelado prontamente, antes que se altere a situação de fato que o ensejou. É mais fácil visualizá-lo por meio de exemplo; portanto, expõe-se o elaborado por Mancuso: “[...] uma vez construída a hidrelétrica de Itaipu, não mais aproveita a oposição de interesses difusos de cunho ecológico, visando à preservação das belezas naturais da região, comprometidas com o advento da obra”⁹⁹. A partir daí, outros interesses difusos substituirão os anteriores, de forma a acompanhar a modificação da situação de fato. Novos interesses difusos podem surgir com vistas ao “[...] fomento da piscicultura nas águas represadas, ou à preservação da pureza dessas águas”¹⁰⁰.

Decorrem do caráter fugaz dos interesses difusos, segundo aquele doutrinador, ao menos, duas consequências: a preocupação de o Direito moderno oferecer sucedâneos ressarcitórios, uma vez que a lesão a tais interesses, muitas vezes, afigura-se irreparável; e a inaptidão da sede legislativa para ampará-los, a qual, a princípio, seria a indicada, dado que esses interesses implicam verdadeiras escolhas políticas. Nesse último caso, diz Mancuso que cumpre ao juiz assumir novo papel a fim de proteger os interesses difusos. Nesse contexto, deve solucionar o caso concreto com respaldo na criatividade, em conhecimentos parajurídicos, na justiça e na equidade, mormente porque, várias vezes, não haverá texto legal

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 106-110.

⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 106.

⁹⁸ MELLO FILHO, José Celso de. *apud* VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Op. cit.*, 2001a, p. 49.

⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 2004, p. 107.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 107.

perfeitamente aplicável à espécie. Ademais, devido ao caráter efêmero dos interesses difusos, o Direito deve elaborar novos instrumentos para seu resguardo, como a tutela de urgência¹⁰¹.

José Luís Bolzan de Moraes¹⁰² acrescenta, em relação aos ensinamentos de Mancuso, outras características concernentes aos direitos difusos. Elas são: titularidade aberta, inapropriabilidade individual exclusiva, indisponibilidade e inexistência de vínculo jurídico entre os sujeitos. A titularidade aberta é apontada pelo autor como consequência da indeterminação dos sujeitos, de forma tal que sequer se poderia definir quem é o responsável por promover a tutela dos direitos difusos. A inapropriabilidade individual exclusiva pode ser entendida como consequência do caráter indivisível dos interesses em comento. Ela seria, porém, somente uma perspectiva diferente da apropriabilidade inclusiva. Em outras palavras, no lugar de dizer que todos se beneficiam com a proteção do interesse difuso, dado seu caráter indivisível, Moraes¹⁰³ afirma que não há como ocorrer a apropriabilidade exclusiva de tais interesses por uma só pessoa, tendo em vista aquele mesmo caráter. A seu turno, a indisponibilidade não foi bem desenvolvida no trabalho do autor. Em relação a esta, ele se limitou a dizer que era uma consequência da afetação indeterminada positiva ou negativamente do direito. Por fim, vale esclarecer que a inexistência de vínculo jurídico entre os sujeitos já foi objeto de crítica neste trabalho, uma vez que é possível que haja vínculo jurídico entre os titulares de interesses difusos; ele somente não é um critério de identificação destes.

Constata-se que, apesar de se apresentarem diferentes as características apresentadas por Moraes e Mancuso, o estudo dos direitos difusos se circunscreve, basicamente, às mesmas características. Optou-se pelo desenvolvimento desse tópico segundo o estudo de Mancuso, pois as características que apresenta estão bem delimitadas, de forma que demonstram, de maneira concisa, as peculiaridades dos direitos difusos.

3.3 DIREITOS COLETIVOS

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 81, parágrafo único, inciso II, que se entendem por interesses ou direitos coletivos “[...] para efeitos

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 108-109.

¹⁰² MORAIS, José Luís Bolzan de. *Op. cit.*, 1996, p. 141.

¹⁰³ *Idem, ibidem*, p. 142.

deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Constata-se, de plano, um ponto de semelhança entre os direitos sob comento e os direitos difusos, já analisados. É ele a indivisibilidade. Esta deve ser entendida da mesma forma em que exposta no item 2.2. Entretanto, no que diz respeito aos direitos coletivos, a indivisibilidade está restrita ao âmbito do grupo, da categoria ou da classe titular de tais direitos.

Característica dos direitos coletivos é o fato de que seus titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas, por uma relação jurídica, entre si ou com a parte contrária. Na hipótese de haver vínculo entre as pessoas, estas possuem um grau de organização maior do que na hipótese em que o vínculo dá-se com a parte contrária, caso em que as pessoas não se identificam a ponto de formarem um grupo coeso.

Como sinteticamente mencionado no item 1.3.2.1, o Código de Defesa do Consumidor ampliou o conceito de direitos coletivos relativamente ao que propunha a corrente majoritária anterior à sua edição, pois acrescentou, como também pertencentes a tal categoria, os direitos coletivos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Os direitos coletivos, antes da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, eram considerados aqueles “[...] interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega”¹⁰⁴. Dessa forma, os direitos coletivos eram tão-somente os que tinham como característica principal o fenômeno associativo. Édis Milaré, em *Ação civil pública na nova ordem constitucional*, anterior à edição do Código de Defesa do Consumidor, ao diferenciar direitos coletivos de direitos difusos, faz a seguinte afirmação:

[...] embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil [...] tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada mas determinável de pessoas. Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico dos interesses coletivos e ausentes [*sic*] nos interesses difusos¹⁰⁵.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, 1984a, p. 30.

¹⁰⁵ MILARÉ, Édis. *Op. cit.*, 1990, p. 27.

Porém, mesmo após o advento da Lei n. 8.078/90, alguns autores continuaram a sustentar que os direitos coletivos tinham como característica o vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo, categoria ou classe titulares desses direitos. Tal é o caso de Mancuso¹⁰⁶ e de Moraes¹⁰⁷, por exemplo.

Deve-se notar que a relação jurídica base que une as pessoas entre si ou com a parte contrária, como estabelece o Código de Defesa do Consumidor, serve como definição, ou melhor, delimitação, do grupo, categoria ou classe titular de direitos coletivos. Segundo Watanabe¹⁰⁸, ela é anterior à lesão ou à ameaça de lesão e não se confunde com a origem de tais direitos.

Já no que se refere aos direitos difusos, entende-se que a origem desses direitos coincide com as circunstâncias de fato que unem os indivíduos da coletividade titular, como sustentado no item 2.2.

No que diz respeito à titularidade dos direitos coletivos, aponta-se a estipulação do Código de Defesa do Consumidor: o titular é grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.¹⁰⁹ Apesar da clara disposição do Código, muitos autores entendem que os titulares dos direitos coletivos são as pessoas (ligadas entre si ou com a parte contrária). Em última análise, como as pessoas fazem parte do grupo titular

¹⁰⁶ Diz Mancuso: “Os interesses coletivos valem-se dos grupos como veículo para sua exteriorização; um grupo pressupõe um mínimo de coesão, de organização, de estrutura” (2004, p. 59). Mais adiante: “Sem um mínimo de organização, os interesses não podem se ‘coletivizar’, não podem se aglutinar de forma coesa e eficaz no seio de um grupo determinado” (2004, p. 60). E, ainda: “É o *quantum satis* para se compreender quais são as notas fundamentais que caracterizam como ‘coletivo’ um dado interesse: a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo uma situação jurídica diferenciada” (2004, p. 62).

O professor, porém, no *Manual do consumidor em juízo*, traz a hipótese de pessoas ligadas com a parte contrária por relação jurídica, com respaldo nos ensinamentos de Kazuo Watanabe (MANCUSO, 2001, p. 24).

¹⁰⁷ Moraes assevera:

“Para a caracterização destes [interesses coletivos] pressupõe-se a delimitação do número de interessados com a existência de um vínculo jurídico que une os membros desta comunidade para que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida.

O que se percebe desde logo é que, embora coletivos, tais interesses têm uma titularidade perfeitamente visível, pois identificada com os membros de um determinado grupo, unidos por um laço jurídico. Neste espectro podemos, então, situar, exemplificativamente, a sociedade mercantil, o condomínio, a família, o sindicato, os órgãos profissionais, entre outros, como grupos de indivíduos nos quais expressam-se tais interesses” (1996, p. 128, sublinha do autor).

¹⁰⁸ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 2004, p. 803-804.

¹⁰⁹ Aqui também entende-se aplicável o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, que equipara a coletividade de pessoas a consumidor.

beneficiado pela procedência da ação por ele ajuizada, elas são naturalmente beneficiadas e, por isso, confundidas com o titular, uma vez que o grupo encontra nestas a sua concretização.

Muitos autores, ao descreverem as características dos direitos coletivos, afirmam que as pessoas integrantes do grupo, categoria ou classe são determinadas ou, ao menos, determináveis.¹¹⁰ Outros escrevem que o próprio grupo, categoria ou classe é determinado ou determinável.¹¹¹

No que concerne aos direitos coletivos, o Código de Defesa do Consumidor traz, expressamente, que os titulares são grupo, categoria ou classe. Estes três são determinados, ao passo que as pessoas que serão beneficiadas com a procedência do pedido são determinadas ou determináveis, pois são todas aquelas que fazem parte do grupo, da categoria ou da classe, sem qualquer distinção. O que importa, em realidade, é se as pessoas fazem parte, ou não, do grupo titular de direitos

¹¹⁰ Diz Mazzilli: “[...] os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica” (2005, p. 53, sublinhas do autor); segundo Vigliar: “Os interesses coletivos, contudo, daqueles [difusos] se afastam diante da existência de uma relação jurídica-base a unir todos os interessados, bem assim pela possibilidade de determinação deles (são determináveis até mesmo pela própria existência de uma relação jurídica a uni-los, o que facilita, em muitos casos, a individuação dos interessados, como se dá, v.g., num sindicato de classe)” (2001b, p. 77, sublinhas do autor); para Carvalho Filho: “Os indivíduos, nessa categoria [interesses coletivos], não precisam ser determinados, mas são determináveis” (2004, p. 34, sublinhas do autor); assevera Arruda Alvim: “Diferem, todavia, definitivamente, no aspecto subjetivo, porquanto se, no caso dos interesses e direitos difusos a titularidade é atribuível a ‘pessoas indeterminadas’, aqui, essa titularidade material é atribuída ao grupo, à categoria ou à classe; atribuída, portanto, a pessoas determináveis, ao menos” (1992b, p. 60); nas palavras de Mendes: “O primeiro aspecto, subjetivo, diz respeito à transindividualidade, ou seja, está além do indivíduo, no sentido de que não lhe pertence com exclusividade, mas, sim, a uma pluralidade de pessoas, que poderão, conforme sejam os interesses e os direitos difusos ou coletivos, ser, respectivamente, indeterminadas ou determinadas [...]” (2002, p. 209); conforme os ensinamentos de Moraes: “[...] o outro traço próprio aos interesses coletivos, qual seja, a determinação dos elementos componentes do grupo, se reflete da própria existência desta amarra jurídica, a qual, por si mesma, limita a participação na comunidade aos elementos identificados com aquele laço de união” (1996, p. 131); por sua vez, declara Milaré: “[...] tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros [interesses difusos] pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos [interesses coletivos] se relacionam a uma parcela também indeterminada mas determinável de pessoas [...]” (1990, p. 27, sublinhas do autor); por fim, cumpre destacar os ensinamentos de Watanabe: “Nas duas modalidades de interesses ou direitos ‘coletivos’, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos ‘difusos’ é a determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une [...], seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária [...]” (2004, p. 805).

¹¹¹ Filomeno, ao formular um exemplo de direito coletivo, diz que, com a procedência do pedido, “[...] o efeito beneficiará não mais uma coletividade indeterminada, que potencialmente estaria sujeita a experimentar prejuízos,

coletivos, que tem de ser determinado para que se delimite a abrangência da coisa julgada.

A dificuldade em se aceitar o posicionamento que acima se sustenta é a de que, não raras vezes, o grupo, a categoria ou a classe não é muito bem definido, de forma que chega a parecer um artifício frágil, ou sem critério, reconhecê-lo como titular de direitos coletivos. Por exemplo, grupos podem ser os alunos do mesmo colégio, mesmo que não haja qualquer organização ou vínculo jurídico entre eles. Eles têm, tão-somente, relação jurídica base com o colégio, que, no caso, é a parte contrária.

Ademais, há vezes em que um direito coletivo é pleiteado em juízo por um grupo organizado, v.g., uma associação, mas o grupo titular não se restringe àquele. Em outras palavras, o grupo titular do direito coletivo abrange um maior número de pessoas do que o grupo organizado. Exemplifica-se: se uma ação coletiva que visa à defesa de direito coletivo é proposta por uma associação, e o pedido é julgado procedente, a coisa julgada beneficiará o grupo de consumidores em sua integralidade, e não somente os associados à autora. Em outras palavras, beneficiará todos os membros do grupo titular, mesmo que alguns não sejam associados à autora. Isso se explica pelo caráter de indivisibilidade do direito coletivo, que não dá brecha a distinções entre os integrantes do titular. Se este for mais abrangente que a associação autora, outras pessoas que não os associados serão beneficiadas pela procedência do pedido. O que importa é a situação dos indivíduos como membros do grupo consumidor (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor), e não como associados.

Lembre-se de que o Direito do Trabalho já está familiarizado com a ficção jurídica denominada categoria – o que pode servir como respaldo para a aceitação de que os titulares de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são coletividade¹¹², grupo, categoria, classe e conjunto de vítimas, como sustenta Gidi¹¹³, e não pessoas determinadas, determináveis ou indeterminadas. No Direito

mas sim um grupo ou classe determinada, que mantém com o mesmo fornecedor uma relação jurídica-base” (2002, p. 431, sublinhas do autor); segundo Garrido, “Interesse coletivo é aquele que está aglutinado ao redor de um tema e atinge uma categoria determinável de indivíduos [...]” (1995, p. 92); Mancuso, como característica dos interesses coletivos, aponta “[...] a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores [...]” (2004, p. 62).

¹¹² Gidi (1995, p. 23) se utiliza dos termos comunidade para se referir ao titular do direito difuso, coletividade para o do direito coletivo e conjunto de vítimas para o dos direitos individuais homogêneos. Nesta pesquisa, adotam-se os seguintes termos: coletividade, para o titular dos difusos, grupo, categoria ou classe, para o dos coletivos, e, também, conjunto de vítimas para o dos direitos individuais homogêneos.

¹¹³ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, 1995, p. 23.

do Trabalho, o reconhecimento do direito de uma certa categoria beneficia os empregados ou os empregadores que dela fazem parte. O conceito de categoria adotado pelo Brasil é o de “[...] conjunto de pessoas que têm interesses profissionais ou econômicos em comum, decorrentes de identidade de condições ligadas ao trabalho”¹¹⁴. Ademais, cumpre salientar que a categoria não detém personalidade jurídica, pois não emite declaração de vontade¹¹⁵. Como ensina Amauri Mascaro Nascimento¹¹⁶, no âmbito do Direito Processual do Trabalho, as partes, no processo individual, são pessoas individualmente consideradas que agem no interesse próprio para a solução de um conflito de natureza individual, ao passo que, no processo coletivo, as partes são grupos – econômicos e profissionais – abstratamente considerados, representados por organizações para a solução de conflitos de natureza coletiva.

O grupo, a categoria e a classe, titulares de direitos coletivos no regime do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, são ficções jurídicas, assim como a categoria em Direito do Trabalho, pois ainda não se lhes reconheceu personalidade jurídica. Servem, portanto, como mera ficção jurídica abstrata a fim de se determinar a condição em que as pessoas devem-se encaixar para obter o benefício advindo da proteção de direito coletivo. Todas as pessoas integrantes do grupo, categoria ou classe, estes sempre determinados – mas não se diga o mesmo das pessoas –, estarão em identidade de condição em relação à matéria examinada em juízo.

Sendo assim, explica Mascaro que os efeitos da sentença no processo individual limitam-se às partes da relação jurídica processual, ao passo que os da sentença normativa, isto é, a sentença prolatada em dissídio coletivo, “[...] alcançam mesmo aqueles que não foram parte do processo, desde que passem a pertencer a uma categoria, bem como cessam os seus efeitos para aqueles que, pertencendo à categoria por ocasião do pronunciamento, dela se afastam [...]”¹¹⁷

Vale a pena relembrar o magistério de Gidi¹¹⁸: o titular do direito coletivo é uma coletividade. Por isso, segundo o autor, técnico e preciso o inciso II do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que atribui a titularidade do direito coletivo ao grupo, categoria ou classe de pessoas.

¹¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19a. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 720, sublinhas nossas.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 721.

¹¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 21a. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 641.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 641, sublinhas nossas.

¹¹⁸ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, 1995, p. 23.

Em relação à abrangência subjetiva dos direitos coletivos em comparação com os difusos, pode-se dizer que, nos direitos coletivos, ela é restrita a um grupo, categoria ou classe, enquanto, nos direitos difusos, é imensurável, sem contornos definidos. Isso por causa da relação jurídica base existente no caso dos direitos coletivos. Dentro de cada âmbito, todas as pessoas merecem o mesmo tratamento, sem qualquer tipo de diferenciação.

Indaga-se: já que o Código de Defesa do Consumidor reconheceu que o titular de direitos coletivos é grupo, categoria ou classe – e estes, como visto, não são somente aqueles coesos, como associações e sindicatos –, por que não o faria a respeito de direitos difusos, de forma a reconhecer a coletividade – ou comunidade¹¹⁹ ou, ainda, universalidade¹²⁰ – como titular desses interesses? Será pela possibilidade de determinação dos integrantes do grupo titular de interesses coletivos? Em realidade, justamente pela indeterminação dos interessados na defesa dos direitos difusos, o enfoque nesse direito deve-se desprender dos indivíduos e ressaltar a natureza de fenômeno de massa que representa.

À continuação, cuida-se da conflituosidade. Diz Mancuso¹²¹ que, se a litigiosidade interna existe nos direitos coletivos, é menos intensa e de outra natureza. São estes os fundamentos do doutrinador:

[...] a) os interesses coletivos são organizados e aglutinados junto a grupos sociais definidos, ou, por assim dizer, categorizados; b) nos interesses coletivos, a representação é de tipo convencional ou institucional (*'ente esponenziale di un gruppo non occasionale'*, diz a doutrina italiana), de sorte que a área conflituosa torna-se mais circunscrita: somente um grupo determinado e qualificado pela pertinência temática (família, sindicato, associação, comuna) é portador legitimado desses interesses. Ao passo que, nos interesses difusos, a indeterminação dos sujeitos e a mobilidade e fluidez do objeto ampliam ao infinito a área conflituosa¹²².

Tal posicionamento merece somente um reparo no que diz respeito à representação dos interesses coletivos, a fim de se adequá-lo à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o que já foi afirmado em outra oportunidade, nem sempre o grupo titular desses interesses está organizado, pois a relação jurídica também pode-se estabelecer entre cada pessoa e a parte contrária.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*.

¹²⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, 2004.

¹²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 2004, p. 106.

¹²² *Idem, ibidem*, p. 106.

Por outro lado, tem razão o doutrinador por entender que a área conflituosa é mais circunscrita, pois os interesses ou direitos coletivos são pertencentes a grupo, categoria ou classe determinados, os quais são menos abrangentes que a idéia de coletividade (titular dos interesses difusos).

3.4 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Estabelece o art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor que os interesses ou direitos individuais homogêneos são “os decorrentes de origem comum”. O legislador não se empenhou em listar as características destes como o fez com os interesses coletivos e difusos. Sendo assim, a doutrina tem grande relevância na caracterização dos direitos individuais homogêneos.

Primeiramente, diz-se que esses direitos são divisíveis, tendo em vista que representam a reunião, em juízo, de direitos individuais de origem comum. Em outras palavras, os direitos individuais homogêneos são formados a partir do tratamento coletivo de direitos essencialmente individuais, o que é possível pela origem comum destes. Eis a primeira diferença entre os direitos individuais homogêneos e os difusos e coletivos: a divisibilidade daqueles.

Levando em consideração o aspecto coletivo dos direitos individuais homogêneos, Donato¹²³ ensina que um consumidor não será jamais lesado em seu “direito individual homogêneo”, mas em seu direito individual ou subjetivo. Isto porque os direitos individuais homogêneos só podem ser assim considerados quando confrontados com outros direitos. A autora dá a significação do conceito de “homogêneo”, pelo Aurélio, qual seja, característica daquilo “cuja partes todas são da mesma natureza”. Sendo assim, diz a autora, não há falar em direito individual homogêneo. “Só podem ser homogêneos os direitos que são individuais, eis que decorrem da mesma origem”¹²⁴.

Essa origem comum é uma situação fática que atinge várias pessoas e que, ao final, possibilita que seja ajuizada ação coletiva a fim de se reparar o prejuízo causado a todas elas. Assim não se toma como base um liame jurídico entre tais pessoas a fim de se identificarem os titulares, ou melhor, as pessoas pertencentes ao grupo titular de interesses individuais homogêneos. Por outro lado, o fato de estarem essas pessoas unidas juridicamente entre si ou com a parte contrária não

¹²³ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Op. cit.*, 1994, p. 180.

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 181, sublinha da autora.

é capaz de desnaturar tais interesses, de forma a passarem a ser enquadrados na categoria dos interesses coletivos. O que importa à caracterização dos interesses em comento é, além do fato de serem a reunião de direitos individuais, a origem fática comum, e não eventuais relações jurídicas entre as pessoas. Aliás, a mesma questão surge em sede dos interesses difusos, o que já foi debatido no tópico 2.2.

Nessa esteira, afirmações como a de Vigliar – “Demais, esses interesses originam-se não de uma idêntica relação jurídica, mas sim de circunstâncias fáticas. Não há, portanto, relação jurídica-base (ou básica) a unir os interessados”¹²⁵ – devem ser entendidas com cautela. Em realidade, pode, sim, haver relação jurídica que una os interessados ou estes com a parte contrária, porém ela não será tomada como um critério de identificação dos interesses individuais homogêneos.

Comunga dessa opinião Mazzilli, que apresenta o seguinte exemplo:

[...] suponhamos os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente entre os consumidores [e, cumpre acrescentar, com a parte contrária, ou seja, o comerciante], mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si [...], mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o defeito em série (interesses individuais homogêneos). Neste caso, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida¹²⁶.

E se todas as pessoas que fizessem parte da mesma associação – e, por isso, estivessem ligadas por liame jurídico – comprassem veículos na mesma concessionária, de forma a obter significativo desconto, e alguns veículos desses associados apresentassem defeitos? A reparação desse prejuízo não seria caso de interesses individuais homogêneos? Naturalmente que sim, mesmo que as pessoas estejam unidas, entre si, por relação jurídica. Reitera-se: o que importa é a origem comum – e, a título de complementação, a divisibilidade do direito.

Cumpre acrescentar que a origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. O produto nocivo à saúde não é, obrigatoriamente, um só. São vários, adquiridos por diferentes pessoas ao longo de um largo espaço de tempo e em diferentes regiões¹²⁷. Os danos por ele provocados são fatos considerados a origem comum dos interesses individuais homogêneos. Para que se vislumbre a nota de homogeneidade, é necessário que a razão da origem comum

¹²⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Op. cit.*, 2001a, p. 54, sublinhas nossas.

¹²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 54, sublinhas nossas.

¹²⁷ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 2004, p. 806.

sejam situações juridicamente iguais, mesmo que os fatos não sejam estritamente os mesmos.¹²⁸

Embora a situação seja juridicamente igual, a repercussão que causa na esfera jurídica de cada indivíduo pode ser distinta. Dessa forma, as peculiaridades e as circunstâncias agregadas ao caso concreto de direitos individuais homogêneos que extrapolam a homogeneidade não são explicitadas no pedido a título coletivo. O *quantum* a elas referentes deve ser objeto de pedido individual na liquidação da decisão condenatória, conforme o art. 97 do Código de Defesa do Consumidor.¹²⁹ Constatase, portanto, que os aspectos quantitativo e qualitativo, que variam entre os indivíduos, são discutidos no processo de conhecimento como se fossem uniformes, mas, na liquidação, são considerados em suas particularidades. Entretanto, atente-se para a obrigatória observância dos pedidos concedidos pela sentença, uma vez que somente esses podem ser liquidados. Exemplificativamente, caso tenha sido concedido pedido de reparação de danos materiais, não se pode pretender liquidar danos morais que eventualmente tenha sofrido uma pessoa.¹³⁰

Em continuação, cabe abordar a questão da titularidade dos direitos individuais homogêneos. Seriam titulares as pessoas ou o conjunto de pessoas? Raros são os estudiosos que sustentam que o titular é um conjunto de pessoas ou de vítimas. Nesse rol, estão, ao menos, Gidi e Donato. Gidi¹³¹ entende que o titular dos “direitos subjetivos” individuais homogêneos é o conjunto de vítimas indivisivelmente considerado.

Por sua vez, Donato¹³², em interessante estudo sobre o art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, declara que tal dispositivo reconhece à coletividade o direito de ver seus interesses e direitos protegidos, ainda que ela se apresente de forma indeterminável (leia-se: que seus integrantes sejam indetermináveis). Diz a autora que, a partir da equiparação da coletividade – ou o conjunto de vítimas, orientação sustentada neste trabalho – ao consumidor,

¹²⁸ No mesmo sentido, afirma Arruda Alvim: “A defesa coletiva compreende também interesses e direitos individuais homogêneos [...], que são aqueles cujos danos se ostentam com qualidade de ocorrência (= origem) igual, i. e., danos provocados por uma mesma causa ou em razão de origem comum, entendendo-se, por estas expressões, situações que são juridicamente iguais (quanto a terem origem comum e, pois, tendo em vista que o mesmo fato ou fatos causaram lesão), embora diferentes, na medida em que o fato ou fatos lesivos, manifestaram-se como fatos diferenciados no plano empírico, tendo em vista a esfera pessoal de cada uma das vítimas ou sucessores” (1992b, p. 61, sublinhas nossas).

¹²⁹ Versa o art. 97 do CDC: “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

¹³⁰ Parágrafo conforme o magistério de Arruda Alvim (1992b, p. 61 e ss.).

¹³¹ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, 1995, p. 23.

¹³² DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Op. cit.*, 1994, p. 142.

promovida pelo artigo em comento, confere-se aos interesses e direitos da coletividade a proteção conferida aos interesses e direitos individuais. Assim, toda a proteção dirigida aos indivíduos isoladamente poderá ser invocada pela coletividade, em igualdade de posição. Atente-se para o fato de que a autora entende que o art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor refere-se, tão-somente, à coletividade titular de interesses individuais homogêneos.¹³³ Ademais, ensina que a “intervenção nas relações de consumo”, exigida pelo art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, é tanto a decorrente de um negócio jurídico já concretizado pelo consumidor quanto a simples “exposição” deste a uma prática abusiva¹³⁴.

Donato, pelo que foi exposto, visualiza o que muitos autores não visualizam: o titular dos interesses e dos direitos individuais homogêneos, defendidos pela via coletiva – ação civil pública, por exemplo – é a coletividade equiparada ao consumidor, pelo parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Para a autora, os interesses e os direitos são da coletividade. Tanto é assim que esclarece¹³⁵, com respaldo nos ensinamentos de Grinover, que a atuação de qualquer legitimado pelo art. 82 da Lei n. 8.078/90 será no sentido de se obter uma sentença genérica de condenação do réu, responsabilizando-o pelos danos causados, ou seja, a sentença declarará a responsabilidade civil do réu, o dever de indenizar. Somente por meio da liquidação da sentença ocorrerá a individualização da coletividade, quando da habilitação dos interessados.

Por se considerar a coletividade como titular de direitos individuais homogêneos, ressalta-se a dimensão coletiva desses direitos. Evita-se a abordagem clássica extremamente individualista sobre um típico fenômeno de massa que representa tais direitos. Em muitos casos, a relevância da reunião de causas individuais não está somente na facilidade de acesso à justiça de indivíduos isoladamente fracos, na segurança jurídica ou no alívio de processos nos tribunais, mas na significação jurídico-social¹³⁶ que o pleito em massa adquire.

O enfoque dos direitos individuais homogêneos, em sua órbita individual, pode levar a conclusões equivocadas sobre sua tutela mediante ações coletivas. Imagine-se o caso de prejuízo ínfimo a cada interessado, por exemplo, o prejuízo por cobrança de taxa ilegal referente a contrato bancário de dez reais de um número aproximado de duzentas mil pessoas. O Ministério Público ingressa em juízo e

¹³³ Porém, como asseverado nos tópicos 2.2 e 2.3, o art. 2º do CDC também diz respeito à coletividade (direitos difusos) e ao grupo, categoria ou classe (direitos coletivos).

¹³⁴ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Op. cit.*, 1994, p. 192.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, p. 173.

¹³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de processo*,

pede a condenação do banco-réu a fim de que este restitua os valores cobrados a maior. Procedente o pedido – aliás, é árdua a luta do Ministério Público no sentido de ser reconhecida sua legitimidade na defesa dos direitos individuais homogêneos –, e transitada em julgado a decisão, tem início a fase de liquidação relativa aos valores a serem pagos a título de restituição a cada lesado. Ocorre que o valor é tão pequeno que somente um insignificante número de pessoas se habilita para receber sua parcela. Se encarado esse fato de forma individualista, a própria necessidade de se tutelarem direitos individuais homogêneos em casos de prejuízos individuais ínfimos poderia ser questionada. Afinal, as pessoas prejudicadas não se sentem, de fato, motivadas a receber dez reais. Por que pedir a restituição de valores tão irrisórios? A atuação do Ministério Público poderia vir a ser reputada como desarrazada.

Porém, a avaliação que leva em consideração esse caso como fenômeno de massa, ou seja, sua dimensão coletiva, demonstra a importância da tutela de tais interesses: o prejuízo de dez reais para cada indivíduo representa, na realidade, o prejuízo de dois milhões para a coletividade, ou melhor, conjunto de vítimas. Representa, também, o enriquecimento ilícito da empresa, que deve ser combatido. Daí que a tutela de interesses e direitos individuais homogêneos tem, ainda, caráter de repressão e de prevenção da sociedade contra práticas tais¹³⁷. Se não existisse tal instrumento, cada interessado teria que ingressar em juízo a fim de reclamar seus dez reais, o que, provavelmente, não aconteceria, e, por conseguinte, a sociedade teria que tolerar (ou se mobilizar contra) esse tipo de atitude por parte das mais variadas empresas. Abrir-se-ia espaço, assim, à injustiça – mais evidente a partir da análise coletiva – contra a qual não haveria remédio.

Nesse contexto, Nicole L'Heureux expõe três vantagens da ação coletiva que facilita o acesso à justiça aos consumidores que visam a obter a reparação de direitos individuais. A primeira delas é o fato de esta ser um meio eficaz para sobrepujar as dificuldades do pleito do indivíduo isolado, já debatidas anteriormente (item 1.1). A segunda é o fato de que, com tal ação, evita-se o acúmulo de serviço nos tribunais pela grande quantidade de “pequenos processos”, o que, usualmente, é destacado por diversos doutrinadores. Por fim, a terceira – e pouco desenvolvida pelos doutrinadores brasileiros – é que tal ação coletiva “[...] pode ter igualmente o efeito de prevenir uma conduta ilegal similar, no futuro, por outros eventuais demandados, que tiram um proveito injustificado da dispersão geográfica de suas vítimas, e em razão dos montantes ínfimos de cada demanda”¹³⁸.

São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, p. 189, jan./mar. 1991.

¹³⁷ L'HEUREUX, Nicole. Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas. In: *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 10, jan./mar. 1993.

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 10, sublinhas nossas.

Outra vantagem que cabe acrescentar é a da segurança jurídica. Como na seara dos direitos individuais homogêneos há a possibilidade do ajuizamento de várias ações individuais com mesma pretensão, decorrente de situações fáticas idênticas, há, também, o risco de que haja pronunciamentos do Poder Judiciário diferenciados e, até mesmo, antagônicos, o que é causa de descrédito da função judicante e, por conseguinte, da insegurança jurídica para a sociedade. Diferentemente, as ações coletivas podem eliminar ou reduzir drasticamente essas disfunções, uma vez que concentram a resolução das lides no processo coletivo¹³⁹.

O Código de Defesa do Consumidor não deixa de considerar os direitos individuais homogêneos em sua dimensão coletiva, haja vista a disposição do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “Decorrido o prazo de 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”, caso em que o produto da indenização reverterá para o Fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública (parágrafo único deste artigo). Observe-se que, pela leitura desse texto, extrai-se o caráter coletivo dos direitos individuais homogêneos, haja vista a disposição “compatível com a gravidade do dano”. Estaria essa gravidade no plano individual ou no coletivo? Certamente que no coletivo. Note-se que a palavra “dano” não foi nem sequer empregada no plural, mas no singular, considerando o dano geral, a todos. Se tivesse sido empregada no plural – gravidade dos danos – o sentido do dispositivo legal, para efeitos práticos, não mudaria; por outro lado, não estaria sendo tomado em conta o aspecto coletivo do direito.¹⁴⁰

Mais uma vez, então, indaga-se se o titular dos direitos em tela não deveria ser considerado um conjunto de vítimas, como sugere Gidi, ou uma coletividade, de acordo com Donato,¹⁴¹ não só pelo reconhecimento dos direitos que podem emanar de um agrupamento, mas também a bem da caracterização dos direitos individuais homogêneos como verdadeiro fenômeno de massa.

Conforme a disciplina legal, pela abertura da fase de liquidação, em caso de responsabilidade civil, os beneficiados com a procedência do pedido, de acordo com as provas que apresentarem, receberão o *quantum* que lhes cabe. Mas isso não

¹³⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, 2002, p. 37.

¹⁴⁰ Essa é uma questão de perspectiva. Está expresso: gravidade do dano. Não se pensaria, no caso fornecido, em dois milhões? E, caso estivesse expresso “gravidade dos danos”, não se pensaria em dez reais de cada pessoa? E, sendo assim, não se pensaria que os danos são ínfimos? Entendemos que essa abordagem faz diferença para o leitor, mas que não, necessariamente, vá conduzir a diferente forma de cumprimento da norma. Acreditamos que a lei utilizou a forma adequada para se referir ao dano causado pelo(s) ato(s) do réu: evidenciou o caráter coletivo das conseqüências advindas do comportamento ilícito deste.

¹⁴¹ Diferença meramente terminológica.

quer dizer que o legitimado, ao ingressar com ação coletiva, vá pleitear a defesa dos direitos individuais homogêneos em nome de cada um dos lesados (fulano, beltrano, etc.). Vai, isso sim, pleitear em nome do conjunto de consumidores prejudicados.

Os direitos individuais homogêneos existem a partir da reunião, ou melhor, da consideração dos direitos individuais de forma agrupada. Com a proteção dos direitos individuais homogêneos, é natural que as vítimas se beneficiem, pois representam a concretização desse conjunto. Afinal, de nada adianta pensar em um grupo de forma abstrata, isto é, “destacado” de seus integrantes. Aliás, como no ajuizamento da ação de conhecimento as vítimas não precisam estar identificadas – umas podem já estar determinadas, mas outras são, ainda, apenas determináveis –, não seria mais acertado dizer que o titular dos direitos individuais homogêneos é o conjunto, a coletividade, de interessados/vítimas? Essa matéria é digna de reflexão, porém, para tanto, é preciso que se reconheça que paradigmas como “o indivíduo como sujeito de direito” devem ser revistos. A própria lei, *in casu*, o Código de Defesa do Consumidor, regula uma nova categoria de direitos – e não seriam os direitos individuais homogêneos uma categoria distinta dos direitos individuais? –, mas o Direito ainda não adequou seus instrumentos a fim de se explicá-los. O que ocorre é que ainda não foi exercida a devida reflexão sobre a “nova categoria”.

O número de pessoas atingidas para a caracterização dos direitos individuais homogêneos não é previsto no ordenamento jurídico.¹⁴² Relevante é que a lesão tenha certo impacto para a sociedade no seio da qual foi perpetrada. Deve-se, portanto, atuar com bom senso para que o propósito das ações coletivas não seja maculado, ou melhor, para que seja preservada sua significação jurídico-social. Nessa esteira, parece demonstrar preocupação com o caráter de repercussão social da ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos a disposição do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor,¹⁴³⁻¹⁴⁴ que exige publicação no órgão oficial sobre o ajuizamento dessa ação, como se considerasse que o caso não envolvesse

¹⁴² Esclarece-se que a certeza do número de lesados pode nunca chegar a ocorrer se, por exemplo, nem todos eles se habilitarem à liquidação e à execução da indenização que lhes é devida, o que ocasionará a reversão desse valor ao fundo criado pela Lei n. 7.347/85.

¹⁴³ Dispõe o art. 94: “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

¹⁴⁴ Nesse sentido, escreve Watanabe: “[...] Esses mesmos fatos – publicidade enganosa e colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança dos consumidores – podem repercutir, em termos de lesão específica, na esfera jurídica de consumidores determinados. Nessa perspectiva, estaremos diante de ofensa a interesses ou direitos individuais. Se várias forem as vítimas, teremos então os

apenas um número ínfimo de pessoas.¹⁴⁵ Porém, é por causa de posicionamentos como este que a legitimidade do Ministério Público não é reconhecida na defesa dos direitos individuais homogêneos, ou pior, não se considera viável a ação coletiva para a tutela destes.

3.5 CRITÉRIO DE DIFERENCIAÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Um dos trechos mais citados na matéria que se aborda neste trabalho é o de Nelson Nery Junior, seja para acatá-lo, seja para criticá-lo. Cabe, então, a transcrição do parecer deste autor que encabeça uma série de discussões:

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

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

chamados interesses ou direitos individuais homogêneos” (2004, p. 802, sublinhas nossas).

¹⁴⁵ Vigliar demonstra sua indignação pelo disposto no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, o qual pode ensejar uma falta de efetividade ao procedimento especial destinado à defesa dos interesses individuais homogêneos decorrente da presunção de conhecimento a todos da publicação no Diário Oficial. Para maiores detalhes: Vigliar (2003, p. 59 e ss.).

Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes¹⁴⁶.

De acordo com Nery Junior¹⁴⁷, a classificação dos direitos em difusos, coletivos ou individuais deve ser feita a partir do ingresso em juízo com a ação idônea para o que se visa, seja ela individual, seja ela coletiva.

José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴⁸ inicia sua crítica à teoria de Nelson Nery Junior reputando-a “extremamente processualista”. Segundo o autor, o ponto de partida para a diferenciação entre os direitos é a indivisibilidade do objeto, e não o tipo de tutela jurisdicional pretendida. Diz, com respaldo em Barbosa Moreira, que o que caracteriza o direito como difuso ou coletivo é a nota de indivisibilidade: “[...] a satisfação ou a lesão ao interesse de um dos membros do grupo atinge, necessária e obrigatoriamente, a esfera de todos¹⁴⁹.¹⁵⁰ Já os direitos individuais homogêneos são aqueles cuja satisfação ou lesão pode ser concebida individualmente.

Nesse contexto, assevera o autor que não seria a tutela jurisdicional pleiteada o que determinaria o direito deduzido em juízo, mas o tipo de direito que determinaria a espécie de tutela. Assim, explica que, v.g., há tutelas preventivas e reparatórias para todo tipo de direito ou interesse, a escolha por uma ou outra somente depende das circunstâncias do caso. E continua:

Aliás, se não fosse assim, chegaríamos ao absurdo de afirmar que inexistem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos fora do processo. Eles surgiriam apenas com a formulação da tutela jurisdicional. Evidentemente, não está correto o raciocínio, que parte de premissa falsa. O interesse ou direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo, independentemente da existência de um processo. Basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir. De resto, é o que ocorre com qualquer categoria de direito. Caso não se dê a satisfação espontânea, irá o legitimado bater às portas do Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional, ou seja, a proteção àquele interesse meta-individual, preexistente ao processo¹⁵¹.

¹⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. In: *Justitia*, São Paulo, ano 54, v. 160, p. 244-250, out./dez. 1992, p. 245.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 245 e ss.

¹⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 39-40.

¹⁵⁰ Posteriormente, serão estudados os ensinamentos de Barbosa Moreira no que diz respeito com a indivisibilidade do objeto.

¹⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, 2003, p. 40, sublinhas nossas.

Bedaque assume essa posição em relação à diferença entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos porque, em sua tese, dá relevo ao direito material e sua influência no processo. Sustenta que as transformações do direito processual devem-se harmonizar com as ocorridas no plano do direito material. Este, então, determina os institutos daquele, e não o contrário¹⁵². Para o autor, se o direito pode ser exigido de forma individual em juízo, é da categoria dos individuais homogêneos, como o direito de efetuar matrícula em escola sem o pagamento de taxa ilegal¹⁵³.

Em contraposição ao magistério de Bedaque, Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁵⁴ sustenta que a proposta metodológica de Nery Junior não pode ser rotulada de “extremamente processualista”, já que o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor não oferece de forma satisfatória a diferenciação entre os direitos coletivos e difusos, que se assemelham quanto ao caráter indivisível.

Leite acrescenta que o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que inaugura a tutela jurisdicional, parte de critério nitidamente processual ao fornecer a conceituação de cada direito, qual seja, “A defesa coletiva será exercida quando [...]”¹⁵⁵. Em seguida, o autor respalda-se nos ensinamentos de Kazuo Watanabe e de Ada Pellegrini Grinover a fim de sustentar o magistério de Nelson Nery Junior. Watanabe, citado por Leite¹⁵⁶, ensina que a correta distinção entre as categorias de direitos decorre da correta fixação do objeto litigioso do processo, ou seja, do pedido e da causa de pedir, uma vez que esses elementos são os que permitirão que se saiba, com exatidão, se há mera conexidade entre diversas ações coletivas, litispendência ou coisa julgada. Nesses dois últimos casos, haveria óbice ao prosseguimento das ações posteriores. Já Grinover ressalta que o importante para fins de tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo, isto é, o objeto litigioso, que se limita à parcela de lide sociológica que é submetida à Justiça. Em outras palavras, somente a “lide processualizada” interessa ao Poder Judiciário¹⁵⁷.

Visto esse quadro de opiniões, cumpre analisar como ocorreria o reconhecimento dos direitos em juízo. Mais uma vez, recorre-se aos exemplos, o que será citado é de Gidi¹⁵⁸. Considere-se certa publicidade enganosa em que o

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 41.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 40.

¹⁵⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual/legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001, p. 69 e ss.

¹⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 69.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 71.

¹⁵⁷ GRINOVER *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Op. cit.*, 2001, p. 71.

¹⁵⁸ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, 1995, p. 20-21.

anunciante expõe seu produto de modo a induzir os consumidores a pensar que ele pertence a empresa mais destacada no mercado. Desse fato, advêm diversas pretensões e, de acordo com elas, distintas ações – civis, criminais, individuais e coletivas. Tem-se que:

- a) pelo ajuizamento da ação criminal, pretende-se a condenação da empresa nas penas do art. 66 do Código de Defesa do Consumidor;
- b) a empresa concorrente mais destacada no mercado pode ingressar com ação individual para que se retire a publicidade do ar, para que se imponha contrapropaganda e para pedir indenização;
- c) também é possível a propositura de ação coletiva visando à retirada da publicidade do ar, à imposição de contrapropaganda ou à indenização pelo dano causado à inteira comunidade, a ser revertida para o fundo criado pelo art. 13 da Lei n. 7.347/85, dessa vez com o intuito de se proteger toda a coletividade de consumidores;
- d) cabe, ainda, ação coletiva que vise à indenização de consumidores que foram prejudicados com a aquisição do produto, em sede da qual será prolatada sentença genérica, que beneficia todo o conjunto de vítimas, independentemente de sua atuação em juízo;
- e) e, por fim – mas não se diga que se esgotaram todas as possibilidades –, acrescenta-se ao magistério de Gidi a ação individual de cada consumidor lesado, de forma que a sentença, neste processo, beneficiará somente o autor.

No momento do exame do caso levado a juízo, o órgão julgador não avaliará o direito considerado abstratamente, *in casu*, a proteção contra publicidade abusiva. Ele deve observar o pedido formulado e a causa de pedir. Explica-se. Quanto ao pedido, tomem-se como exemplo os itens *c* e *d*. Ambos se referem a ações coletivas que visam a proteger os consumidores contra publicidade enganosa, porém, de formas distintas. A do item *c* trata de direito de toda a coletividade de consumidores, não importando a situação pessoal de cada, ou seja, se algum deles já adquiriu o produto anunciado, se apenas tinha intenção de comprá-lo ou se nunca pensou nisso. A do item *d* concerne à reparação dos prejuízos causados aos consumidores que, por terem sido induzidos pela inverdade da publicidade, adquiriram o produto. Desse modo, é considerada sua situação pessoal, pois serão tutelados os consumidores que foram efetivamente prejudicados com o ato da empresa. Aliás, esses dois pedidos poderiam ter sido formulados em uma mesma demanda. Assim, fica mais evidente a diferenciação entre os dois casos.

No que tange à causa de pedir, deve-se ater aos itens *b* e *c*. Ambos tratam do mesmo pedido, porém, a causa de pedir é distinta. Como o item *b* refere-se à lesão perpetrada contra a empresa, os pedidos dizem respeito a direitos individuais desta, mesmo que tenham repercussão na sociedade, ao passo que o item *c*, que visa a resguardar toda a coletividade de consumidores, diz respeito a direitos difusos, mesmo que privilegie a empresa concorrente. Daí a importância da análise da causa de pedir.

Sendo assim, pode-se afirmar que a proposta metodológica de Nelson Nery Junior deu-se no sentido de estabelecer qual o direito deve sofrer a classificação prevista no Código de Defesa do Consumidor. Ela evita que a classificação ocorra de acordo com a matéria, ou seja, como ele exemplifica, o direito ao meio ambiente como difuso, o do consumidor como coletivo e o de indenização por prejuízos particulares como individual¹⁵⁹. A proposta também serve para que se evite que os direitos abstratos sejam classificados. Isso não retira a existência dos direitos do plano material, sejam eles do indivíduo, sejam eles da coletividade ou de um grupo mais restrito.

Nery Junior, em trabalho mais recente, reformula seus dizeres de modo a deixar sua tese mais clara, a saber: “A pedra de toque que identifica um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo não é propriamente a matéria (meio ambiente, consumidor etc.), mas o tipo de pretensão de direito material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”¹⁶⁰. Em co-autoria com sua esposa, sustenta que a qualificação de um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo é aferida pela causa de pedir e pelo pedido deduzido em juízo. E acrescenta que o tipo de pretensão material e seu fundamento caracterizam a natureza do direito¹⁶¹.

Porém, em realidade, essa proposta é ainda incipiente. Debates mais profundos devem ser promovidos. A proposta não aborda a questão da indivisibilidade dos direitos que, como será visto, é muito controvertida.

Nessa esteira, deve ser vista com restrições a afirmação de Bedaque¹⁶² de que a distinção entre determinadas categorias de direitos não deve ser feita em função do tipo de tutela pleiteada, sob pena de inexistirem, fora do processo, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ademais, como se sustentar

¹⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, 1992, p. 245.

¹⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 610.

¹⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil e extravagante em vigor*. 5ª ed., rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1882-1883.

¹⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, 2003, p. 40.

a existência, fora do processo, dos direitos individuais homogêneos se estes são, justamente, os direitos individuais tratados de forma coletiva? Se não existissem instrumentos processuais como as ações coletivas para a reunião de direitos individuais, existiriam direitos individuais homogêneos?¹⁶³ É correto se afirmar que vítimas foram lesadas em seus direitos individuais homogêneos antes que houvesse o tratamento coletivo a tal direito? Não seria mais exato que se dissesse que elas foram lesionadas em seus direitos individuais pelo mesmo motivo, o que poderia ensejar a defesa destes, em conjunto, em sede de ação coletiva, a título de direitos individuais homogêneos? Nunca é demais lembrar a lição de Donato¹⁶⁴, qual seja, a de que os direitos individuais homogêneos somente podem ser como tais considerados se confrontados com outros direitos, tendo em vista o próprio conceito de “homogêneo”.

3.6 A DIVERGÊNCIA NO CONCEITO DE INDIVISIBILIDADE

Não obstante a formulação de propostas metodológicas satisfatórias na tarefa de se identificarem os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, elas não são completas. Falta-lhes uma análise mais apurada do conceito de indivisibilidade, cuja instabilidade é o ponto nodal da grande problemática na identificação de cada categoria dos direitos transindividuais da forma em que delineados no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

3.6.1 O CONCEITO DE INDIVISIBILIDADE SEGUNDO BARBOSA MOREIRA E OS INTERESSES ESSENCIALMENTE COLETIVOS E OS ACIDENTALMENTE COLETIVOS

O mais famoso conceito de indivisibilidade formulado por estudiosos brasileiros foi o de Barbosa Moreira.¹⁶⁵ Ele é trazido pelo autor em diversas obras

¹⁶³ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Op. cit.*, 1994, p. 180.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 180.

¹⁶⁵ Porém, antes de Barbosa Moreira, já havia uma certa definição do conceito de indivisibilidade. Campos (1995, p. 44-50), ao expor as diversas contribuições no sentido de se conceituarem “direitos coletivos”, afirma que Grasso e Carnelutti entendem que tais direitos têm nota de indivisibilidade, de acordo com a qual, para o primeiro, “[...] as necessidades dos integrantes do grupo apenas se satisfazem em conjunto” (GRASSO *apud* CAMPOS, 1995, p. 47) e, para o segundo, “[...] as necessidades dos integrantes do grupo obtinham satisfação simultânea através do desfrute de um mesmo bem, ou não logravam satisfação alguma” (CARNELUTTI *apud* CAMPOS, 1995, p. 47).

de sua autoria, por exemplo em *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*¹⁶⁶, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*¹⁶⁷ e *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*¹⁶⁸. Referido conceito de indivisibilidade extrai-se da seguinte passagem a respeito dos direitos difusos:

[...] referem-se a um bem (*latissimo sensu*) indivisível, no sentido de insuscetível de divisão (mesmo ideal) em ‘quotas’ atribuíveis individualmente a cada qual dos interessados. Estes se põem numa espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade¹⁶⁹.

Cumprir estudar o raciocínio elaborado por Barbosa Moreira a respeito dos direitos transindividuais. No artigo intitulado *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos* (o autor não diferenciava interesse difuso de interesse coletivo; utilizava ambas as denominações para o que se conhece hoje por interesse difuso), Barbosa Moreira¹⁷⁰ distingue duas espécies de interesses: uma sob a denominação de interesses essencialmente coletivos, outra sob a de interesses acidentalmente coletivos. Ambos se encontram no âmbito dos interesses comuns a uma coletividade de pessoas não necessariamente ligadas por vínculo jurídico bem definido. Tal vínculo, segundo o autor, pode até não existir ou ser extremamente genérico. Os interesses em comento não surgem em função de eventual vínculo, mas de fatos, muitas vezes acidentais e mutáveis. Ademais, “[...] o conjunto dos interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos sumamente difícil, a individualização exata de todos os componentes”¹⁷¹.

A partir daí, Barbosa Moreira¹⁷² estabelece a distinção entre as duas espécies citadas. Os interesses essencialmente coletivos são comuns a uma pluralidade indeterminada, praticamente indeterminável, de pessoas e “[...] não comportam decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas”¹⁷³.

¹⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1984, p. 82.

¹⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. In *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, p. 55-77, jul./set. 1985, p. 57.

¹⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1991, p. 188.

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1984, p. 82, sublinhas do autor.

¹⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1985, p. 55 e ss.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 56.

¹⁷² *Idem, ibidem*, p. 57.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 57.

Logo, de acordo com o autor, há uma “comunhão indivisível” entre todos os interessados, em decorrência da qual não se pode determinar onde acaba a quota de um e inicia a do outro. Portanto, “a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”¹⁷⁴. Esse é o trecho dos ensinamentos de Barbosa Moreira que serve como definição de indivisibilidade para diversos autores.

Pode-se afirmar que os interesses essencialmente coletivos são atinentes aos litígios essencialmente coletivos, elaborados pelo mesmo autor em artigo de 1991, intitulado *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. Estes concernem a um número indeterminado e, pelo menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos,¹⁷⁵ ou seja, a uma série que comporta extensão, em princípio indefinida, e não a um grupo definido. Por sua vez, o traço objetivo demonstra que esses litígios têm objeto indivisível. Essa característica não advém da justaposição de litígios menores, reunidos para formar um litígio maior, mas sim da própria natureza do objeto. São estes alguns exemplos fornecidos por Barbosa Moreira¹⁷⁶: a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico e cultural da sociedade e ao consumidor quando se trata de proibição de venda de produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. O autor afirma que tais litígios dizem respeito a algo que assume dimensão coletiva e incindível, cuja conseqüência é o fato de que “[...] é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal”¹⁷⁷. Perceba-se que essa afirmação equivale à retrotranscrita em relação aos interesses essencialmente coletivos.

A seu turno, os interesses acidentalmente coletivos referem-se individualmente a vários membros da coletividade atingida, de forma que não ficam excluídos, a priori, os meios de tutela em proveito de uma parte deles ou de apenas um deles, nem a possibilidade de vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, a derrota de outros. Sua relevância está no fato de que possuem dimensão social em razão do grande número de interessados e das repercussões na comunidade, ou seja, por provocarem impacto de massa¹⁷⁸.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 57.

¹⁷⁵ Barbosa Moreira refere-se aos indivíduos como os titulares dos interesses essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos. Nesse tópico, far-se-á o mesmo, uma vez que são estudados os ensinamentos daquele teórico. Isso não significa que foi abandonada a idéia de que os grupos em geral deveriam ser considerados os titulares dos direitos transindividuais.

¹⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1991, p. 188.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 188.

¹⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1985, p. 57.

Tais interesses teriam relação com os litígios acidentalmente coletivos, abordados no artigo *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. Consoante Barbosa Moreira¹⁷⁹, esses litígios não apresentam as mesmas características que os “essencialmente coletivos”, sobretudo a indivisibilidade do objeto. Aqueles, portanto, podem ser objeto de apreciação individual, como no caso de fraude financeira que causa prejuízo a número elevado de pessoas. Ocorre que, muitas vezes, o fenômeno tem dimensões diferentes quando visto pelo prisma individual e quando visto pelo global. Apesar de ser possível examinar caso por caso de todos os prejudicados, isto é, de forma individual, a soma adquire uma significação jurídico-social maior do que se se limitasse a adicionar as várias parcelas umas às outras. Como esclarece o autor¹⁸⁰, em alguns casos, o dano individual mostra-se sobremaneira ínfimo a fim de compelir um prejudicado a pleitear, isoladamente, reparação em juízo. Conforme sustenta, o fenômeno da reunião dos prejuízos de todas as vítimas tem impacto de massa. Daí o interesse em que um paladino, por meio de ação coletiva, tome a iniciativa de provocar o pronunciamento do juiz a respeito não só de seu caso particular, mas de todo o fenômeno globalmente considerado.¹⁸¹ O autor acrescenta que a solução para casos tais é perfeitamente cindível, ao contrário do que se dá na outra espécie (litígios essencialmente coletivos), em que, como exemplifica, não se conceberia que alguém pudesse ter interesse numa fração da paisagem a ser protegida, pois, nesse caso, o interesse de cada um refere-se ao todo¹⁸².

A partir dessa lição de Barbosa Moreira, muitos autores passaram a vincular os interesses ou os direitos difusos e coletivos aos interesses essencialmente coletivos e os individuais homogêneos aos acidentalmente coletivos.¹⁸³

Faz-se necessário analisar de forma apurada o magistério desses autores. Para Barbosa Moreira, os interesses essencialmente coletivos referem-se a um número indeterminado, pelo menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos. Ademais, tais interesses são indivisíveis por sua natureza, de forma que é impossível satisfazer/lesar o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer/lesar o direito ou o interesse de toda a coletividade. De fato, o interesse ou o direito difuso – como delineado pela Lei n. 8.078/90 – por suas características de indivisibilidade e titularidade conferida à coletividade (que abrange um número indeterminado de pessoas), como abordadas no tópico 2.2,

¹⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1991, p. 188.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 189.

¹⁸¹ O ordenamento jurídico brasileiro concedeu a legitimação para o ajuizamento da ação coletiva aos elencados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que, diferentemente da ação popular, não são pessoas físicas.

¹⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1991, p. 188-189.

¹⁸³ Grinover (2004b, p. 869), Mancuso (*apud* Vigliar, 2003, p. 26-27), Mendes (2002, p. 209 ss.), Theodoro Júnior

parecem ser interesses essencialmente coletivos, na forma em que descritos por Barbosa Moreira.

Já os interesses acidentalmente coletivos referem-se individualmente a cada membro da coletividade, segundo Barbosa Moreira¹⁸⁴. Eles somente são abordados em litígio coletivo a fim de repercutir na sociedade de forma a causar um impacto de massa, pois, em realidade, cada um poderia reivindicar sua parcela em juízo. Isso porque, como explicado pelo autor, o objeto dos litígios acidentalmente coletivos não tem a característica de indivisibilidade dos litígios essencialmente coletivos. As considerações despendidas no tópico 2.4, a respeito dos interesses individuais homogêneos, levam à mesma conclusão de Barbosa Moreira no que tange aos interesses acidentalmente coletivos, qual seja, a de que cada prejudicado poderia pleitear, individualmente, a reparação dos prejuízos que sofreu, já que os direitos individuais homogêneos decorrem do tratamento coletivo de direitos individuais.

Deve-se atentar ao seguinte: Barbosa Moreira¹⁸⁵, em *Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos*, entende que os interesses acidentalmente coletivos estão inseridos no âmbito dos interesses comuns a pessoas que não podem ser exatamente individualizadas. No artigo posterior, *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, o autor diz que os litígios acidentalmente coletivos não têm as mesmas características dos essencialmente coletivos, sendo que uma delas é, exatamente, a indeterminação de seus “titulares”¹⁸⁶. O autor, portanto, parece contradizer-se.

Por um lado, pode-se entender que Barbosa Moreira reformulou sua opinião a respeito do tema a fim de entender que os interesses acidentalmente coletivos têm titulares determinados ou determináveis. Por outro, pode-se afirmar que o autor, inicialmente, quando vislumbrava a tutela a interesses acidentalmente coletivos, imaginava somente casos em que atingidos inúmeros titulares, como o sempre citado exemplo da fraude da agência da Bolsa nos Estados Unidos, casos, portanto, que atingiam um número inimaginável de pessoas. Hoje, porém, o autor

(2001, p. 64), Vigliar (2001b, p. 68), Watanabe (2004, p. 800). Outros autores dizem o mesmo, mas não citam a contribuição de Barbosa Moreira. Alguns deles são: Benjamin, que afirma que “São [os interesses individuais homogêneos], por esse ângulo, acidentalmente supraindividuais” (1995, p. 96, sublinha do autor); e Mancuso (1995, p. 439), ao dizer que “[...] difusos e coletivos são, sem jogo de palavras, essencialmente coletivos, ao passo que individuais homogêneos são apenas episódica ou contingentemente ‘coletivos’, já que o são somente na forma judicial pela qual vêm exercidos.”

¹⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1985, p. 57.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 56.

¹⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1991, p. 188.

provavelmente não o asseveraria, pois, dada a ampla utilização de contratos de massa, há muitas situações em que o número de consumidores lesados pode ser alcançado, daí que estes podem ser facilmente identificados. Em conclusão, não há óbice em se afirmar que os direitos individuais homogêneos, como trazidos pela Lei n. 8.078/90, equivalem aos interesses acidentalmente coletivos, já que ambos se constituem de causas individuais com origem comum.

Visto isso, resta examinar a classificação dos direitos coletivos como interesses essencialmente coletivos. De plano, poder-se-ia sustentá-la visto que seu objeto é indivisível. Porém, Barbosa Moreira, ao descrever os litígios essencialmente coletivos, foi claro ao expor que estes concernem a um número indeterminado e, pelo menos, para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos¹⁸⁷. Por ocasião da análise dos direitos coletivos, no item 2.3, demonstrou-se que muitos autores asseveram que os “titulares” são determinados ou determináveis. Desde já é possível afirmar que não há coincidência entre os conceitos. Ademais, Barbosa Moreira, ao tratar dos interesses essencialmente coletivos, pouca importância deu ao vínculo jurídico que porventura existisse entre os titulares de tal interesse – o vínculo jurídico, aliás, poderia até não existir –, já que esse interesse, segundo o autor, não surge em função do vínculo, mas se prende a dados de fato¹⁸⁸. Por fim, como indício de que Barbosa Moreira não incluía, nos litígios essencialmente coletivos, os direitos que ora são conhecidos como coletivos, apontam-se os exemplos daqueles formulados pelo autor,¹⁸⁹ que são, hoje, ao menos na grande maioria das vezes, classificados como casos de direitos difusos. Não obstante todas essas considerações, os interesses coletivos são identificados com os essencialmente coletivos.

Constata-se, portanto, que a inclusão dos direitos coletivos no rol dos interesses essencialmente coletivos somente não é exata por causa do aspecto subjetivo daqueles. Entretanto, levando-se em consideração que a classificação de interesses ou direitos coletivos como essencialmente coletivos está disseminada, é possível sustentá-la, porém, tão-somente com base no aspecto objetivo daqueles, ou seja, na sua indivisibilidade. Afinal, parece que foi justamente por essa característica que os autores entendem o direito coletivo na forma em que disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor como essencialmente coletivo. Não levam em consideração a titularidade desses direitos, já que a maior contribuição de Barbosa Moreira foi a definição do conceito de indivisibilidade.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 188.

¹⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1985, p. 56.

¹⁸⁹ Os exemplos são: “matéria de proteção do meio ambiente, [...] matéria de defesa da flora e da fauna, [...] matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e

3.6.1.1 A DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS EXERCIDA INDIVIDUALMENTE

Da diferenciação proposta por Barbosa Moreira, como visto, alguns autores identificam os direitos difusos e coletivos com os essencialmente coletivos e os individuais homogêneos com os acidentalmente coletivos. Uns estudos, porém, seguem adiante e chegam à conclusão de que os interesses ou direitos essencialmente coletivos somente são defendidos de forma coletiva, ao passo que os referentes a litígios acidentalmente coletivos podem ser tanto tutelados coletivamente, quanto pela modalidade tradicional, ou seja, pelo pleito individual em juízo.¹⁹⁰

Porém, o próprio Barbosa Moreira diverge dessa conclusão. No artigo intitulado *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*, de 1984, o professor propõe que uma pessoa em juízo possa pleitear a satisfação de interesse que seja, ao mesmo tempo, próprio e alheio, ou seja, do interesse difuso. Para tanto, basta uma atitude hermenêutica mais aberta e sensível às necessidades práticas. Sugere, a partir da indivisibilidade de tais interesses, que seja tomada como referência a solução da primeira parte do art. 892 do Código Civil de 1916,¹⁹¹ relativa a obrigações indivisíveis em caso de pluralidade de credores. Tal solução é a de que cada um destes pode exigir a dívida inteira¹⁹².

como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde” (BARBOSA MOREIRA, 1991, p. 188).

¹⁹⁰ Esse é o posicionamento adotado por Vigliar, que expõe:

“José Carlos Barbosa Moreira, cunhando uma precisa e feliz expressão, afirma, propondo uma classificação, que, se o interesse se qualificar como difuso, ou se se qualificar como coletivo, ele será, então, essencialmente coletivo. Se individual homogêneo, ele será acidentalmente coletivo. Quer o mestre indicar que a defesa dos interesses difusos e dos interesses coletivos somente se faz coletivamente, e a dos individuais homogêneos pode ser feita de forma coletiva, mas também na modalidade tradicional, ou seja, onde o próprio interessado tutela a parcela do seu interesse, ainda que na hipótese outros tantos titulares detenham situações idênticas.

O que diferenciara os acidentalmente coletivos dos essencialmente coletivos é justamente a indivisibilidade, ou, como preferem alguns autores, a incindibilidade, presente nestes e ausentes [*sic*] naqueles.

Afirmar que um interesse é indivisível é afirmar que não é possível atribuir a cada um dos interessados, que integram uma determinada coletividade mais ou menos numerosa, a parcela que lhes cabe daquele interesse considerado. Incindível que é, porque a natureza do interesse/direito não comporta uma divisão entre todos os interessados em cotas reais ou ideais, a defesa somente se opera, somente se verifica, somente se viabiliza, na modalidade coletiva (através do que conhecemos hoje por ação civil pública)” (2001b, p. 68, sublinhas do autor).

¹⁹¹ Diz a primeira parte do art. 892 do Código Civil de 1916: “Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira.” Esse texto foi integralmente repetido no art. 260 do Código Civil de 2002.

¹⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1984, p. 88.

Em seguida, Barbosa Moreira¹⁹³ dá destaque a uma decisão do Juízo de Passo Fundo/RS, de 17.11.1980, que reconheceu a legitimidade ativa de um habitante da cidade para pleitear a condenação da Companhia Rio-Grandense de Saneamento a pôr em funcionamento as instalações destinadas ao tratamento de esgotos sanitários, o que colocava em risco a saúde local.

Já em *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos* (antes da edição da Lei da Ação Civil Pública), Barbosa Moreira¹⁹⁴ esclarece que, no direito brasileiro, existe somente um instrumento específico para a tutela jurisdicional dos interesses coletivos (o autor ainda não fazia distinção entre interesses difusos e coletivos; no caso, ele quer-se referir aos difusos), qual seja, a ação popular. Além dela, diz o autor, servem os remédios comuns: ações de procedimento ordinário, de procedimento sumariíssimo ou de procedimento especial para a defesa de tais interesses.

Em outra passagem, Barbosa Moreira¹⁹⁵ ainda destaca o papel que a ação de nunciação de obra nova pode representar na defesa de interesses difusos por impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura (art. 934, inciso III, do Código de Processo Civil).

Tendo em vista o exposto, pode-se asseverar que Vigliar não tomou a devida cautela ao fazer a seguinte afirmação:

Quer o mestre [Barbosa Moreira] indicar que a defesa dos interesses difusos e dos interesses coletivos somente se faz coletivamente, e a dos individuais homogêneos pode ser feita de forma coletiva, mas também na modalidade tradicional, ou seja, onde o próprio interessado tutela a parcela do seu interesse, ainda que na hipótese outros tantos titulares detenham situações idênticas¹⁹⁶.

Logo, no que diz respeito ao magistério de Barbosa Moreira, não há falar que os interesses difusos e coletivos somente podem ser tutelados por ações coletivas.¹⁹⁷ Porém, adianta-se, bons argumentos têm aqueles que sustentam que o sistema jurídico brasileiro impõe a tutela desses interesses por meio de ação coletiva.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 89.

¹⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1985, p. 64.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 69.

¹⁹⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Op. cit.*, 2001b, p. 68, sublinhas do autor.

¹⁹⁷ Deve-se relembrar que, se os direitos ou os interesses difusos ou coletivos forem defendidos por ação individual, todos os interessados serão beneficiados, e não só o autor da ação, haja vista a natureza indivisível de tais direitos e interesses.

Pedro da Silva Dinamarco¹⁹⁸, atento ao caráter de indivisibilidade do direito ou interesse difuso, esclarece que, em certos casos, uma demanda que vise à defesa de interesse exclusivamente individual do autor pode acabar propiciando a defesa de um interesse difuso. Cita como exemplo o pedido de que sejam adotadas medidas de controle de poluição em uma fábrica vizinha à residência do autor, tendo em vista os males que lhe causam à saúde e ao sossego. A procedência de tal pedido beneficiará todos os demais vizinhos em igual situação.¹⁹⁹ Ressalta essa possibilidade de se defenderem direitos difusos por meio de ação individual quando pertinente, pois seria muito estranho que a ação civil pública viesse a restringir a legitimidade individual (apesar de haver doudas opiniões em sentido contrário²⁰⁰).

É digna de reflexão a forma como Teresa Arruda Alvim²⁰¹ aborda o presente tema. Diz a autora que a vedação da defesa individual de interesses difusos e coletivos somente ocorre se tais interesses não apresentarem dimensão individual. Essa vedação, acrescenta-se a esse entendimento, deve ser compreendida como a ilegitimidade do indivíduo, pois, isoladamente, não poderia estar em juízo formulando proteção ao interesse da coletividade.

A autora fornece exemplos para a visualização do que se acima afirma. Um deles é o da ação individual, nos moldes tradicionais do Código de Processo Civil, que visa à proteção de patrimônio histórico contra a construção de uma obra que estaria afetando uma pessoa. Segundo Teresa Arruda Alvim²⁰², esse direito não possui a chamada dimensão individual, portanto é inarredável e inafastavelmente supra-individual e só tem essa dimensão, de modo que fica descartada sua tutela por meio de ação individual. Outro exemplo é o da ação individual que busca defender a higidez do ar, desta vez com dimensão individual. Diz a autora que um trabalhador de uma fábrica em que, internamente, se respira ar poluído não teria, inicialmente, legitimidade para ingressar em juízo e pleitear a condenação da empresa à utilização de filtro, já que o direito de respirar ar puro dentro da empresa é indivisível e a todos os funcionários pertence – vale dizer, interesse coletivo, pois restrito a determinado grupo. “A coletividade é que *rectius*, é a titular do direito e todos são, simultaneamente e individualmente [*sic*] titulares do direito, integralmente considerado”²⁰³. Porém, de acordo com a autora, como se está em

¹⁹⁸ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Op. cit.*, 2001, p. 64.

¹⁹⁹ Seria improvável o reconhecimento da legitimidade do autor no que tange a esse pedido. Quanto ao direito à indenização, não haveria esse óbice.

²⁰⁰ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Op. cit.*, 2001, p. 65.

²⁰¹ ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, n. 75, p. 273-283, jul./set. 1994.

²⁰² *Idem, ibidem*, p. 275.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 275-276.

face de um direito do trabalhador, denota-se sua dimensão individual. Dessa forma, a higidez do ar é passível, *in casu*, de proteção pelas vias tradicionais²⁰⁴.

Sobre o assunto, Arruda Alvim²⁰⁵ salienta que o art. 81, *caput* e parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, faculta a defesa a título individual e coletivo aos direitos e aos interesses do consumidor, dos àqueles equiparados, das vítimas inseridas nas relações de consumo, como também de toda a coletividade de pessoas (ligadas por circunstâncias de fato) e dos consumidores inseridos em grupos, categorias ou classes.

À continuação, explica Barbosa Moreira que, independentemente de a tutela de um interesse difuso ter sido promovida de forma individual, os efeitos do julgamento e a autoridade da coisa julgada não ficam restritos à órbita jurídica do autor, ou seja, não se submetem à clássica limitação subjetiva, consagrada pelo art. 472 do Código de Processo Civil: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”²⁰⁶. Em outras palavras, a procedência do pleito, mesmo em ação individual, será aproveitada por todos os integrantes da comunidade titular do direito transindividual, pois a essência, a natureza, a característica de indivisibilidade do interesse não permite outro resultado. Sendo assim, por exemplo, não há como controlar a poluição da fábrica de forma a beneficiar tão-somente o autor da ação²⁰⁷.

Não obstante a genialidade dos pareceres sobre a tutela individual de direitos difusos e coletivos, deve-se compreender que, caso seja procedente o pedido, em ação individual, v.g., de instalação de filtros na fábrica, tanto no caso do vizinho a esta quanto no do trabalhador, ele não será considerado, pelo juiz, como direito difuso ou coletivo, respectivamente, mas como individual. Utilizando o termo de Arruda Alvim, o órgão julgador, no exame desses casos, pauta-se na dimensão individual do fenômeno. Se a causa de pedir da ação individual for a lesão à inteira coletividade, ou ao grupo de trabalhadores da fábrica, o autor individual não tem legitimidade para aduzir o pedido de instalação de filtros na fábrica. Verifica-se, então, que a causa de pedir tem importância na caracterização dos direitos pleiteados em juízo. Tendo em vista essas considerações, salienta-se a imprescindibilidade da ação coletiva para a real e efetiva tutela dos direitos transindividuais (cuja proteção não é concedida ao indivíduo, com exceção das hipóteses de cabimento de ação popular). A ação coletiva é instrumento que garante os direitos transindividuais e os

²⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 275.

²⁰⁵ ALVIM, Arruda. *Op. cit.*, 1992b, p. 61.

²⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1985, p. 70.

²⁰⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Op. cit.*, 2001, p. 65.

retira da dependência da adoção – muito improvável – de uma atitude hermenêutica mais aberta por parte dos magistrados²⁰⁸.

3.6.2 A INDIVISIBILIDADE SEGUNDO KAZUO WATANABE

Kazuo Watanabe²⁰⁹, ao tratar da indivisibilidade, faz remissão ao magistério de Barbosa Moreira. O autor, durante sua exposição, elabora vários exemplos e os examina. Deles extrai as características dos direitos.

Ao tratar de direitos difusos, trabalha com os exemplos da publicidade enganosa ou abusiva e com o da colocação no mercado de produtos nocivos à saúde. Nesse último exemplo, Watanabe faz transparecer o conceito de indivisibilidade que adota: o ato do fornecedor atinge todos os consumidores potenciais do produto; logo, “[...] o bem jurídico tutelado é indivisível, pois uma única ofensa é suficiente para a lesão de todos os consumidores, e igualmente a satisfação de um deles, pela retirada do produto do mercado, beneficia ao mesmo tempo todos eles”²¹⁰. Embora Watanabe não tenha feito referência a Barbosa Moreira²¹¹, claro está que o conceito deste foi abraçado por aquele.

Ocorre que a abordagem de Kazuo Watanabe sobre o tema parece se distanciar do conceito preciso de indivisibilidade de Barbosa Moreira e tomar rumo próprio. É a análise que será feita a seguir.

Como visto no item 2.6.2, Watanabe, para a identificação dos direitos, parte do pedido e da causa de pedir da ação coletiva²¹². Atente-se que, por esse entendimento, a tese do autor afasta-se da de Barbosa Moreira, uma vez que a indivisibilidade será auferida na fase processual. De acordo com Watanabe, se o que expõe o autor da ação como causa de pedir, no aspecto ativo, são os direitos difusos ou coletivos, caracterizados pela natureza transindividual e pelo caráter indivisível, e, no aspecto passivo, a violação desses, e, ademais, formula pedido de

²⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1984, p. 89.

²⁰⁹ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 2004, p. 802.

²¹⁰ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 67, p. 16-17, jul./set. 1992; e WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 2004, p. 802.

²¹¹ Watanabe fez referência a Barbosa Moreira no início do comentário aos interesses ou direitos difusos, mas não no trecho transcrito.

²¹² WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 1992, p. 18-19.

tutela coletiva dos direitos transindividuais, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção dos titulares destes²¹³.

Tendo em vista esse raciocínio, o autor examina casos. Um deles é o da ação civil pública que visa a adequar as mensalidades cobradas por escola particular às normas de reajuste fixadas pelo Conselho Estadual de Educação, mais precisamente, pede-se que a ré se limite a cobrar os valores homologados pelo Conselho Estadual de Educação (RE n. 163.231-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.02.97). Watanabe²¹⁴ conclui que, *in casu*, o pedido é de tutela de um bem indivisível de todo o grupo, uma vez que ataca o reajuste de mensalidades, enquanto exigência dirigida globalmente a todos os alunos. Logo, configura-se caso de direito coletivo. Se porventura fosse pleiteada a reparação da repercussão dessa exigência na esfera jurídica particular dos alunos, em outras palavras, a devolução das importâncias indevidamente cobradas, haveria hipótese de direitos individuais homogêneos.

Em outro caso analisado por Watanabe (Ap. Civ. n.º 205.533-1/10, Rel. Des. Euclides de Oliveira, j. 14.09.93), o autor dá o mesmo parecer. Trata-se do pedido de invalidade de reajustes das mensalidades exigidos de filiados a planos de assistência médica e hospitalar. Segundo o autor, está configurada a hipótese de direitos coletivos, uma vez que o ato combatido por meio da ação coletiva diz respeito a todos os contratantes dos planos de saúde, globalmente considerados, ou seja, os reajustes não estão sendo atacados um a um em relação a cada filiado; assim a nota de indivisibilidade do bem jurídico e a sua transindividualidade são inquestionáveis, pois, basta a procedência da demanda coletiva, que é única, para que todos os filiados dos mencionados planos sejam coletivamente beneficiados²¹⁵.

Dessas duas análises promovidas por Watanabe, verifica-se que o autor examina as características dos direitos, quais sejam, a transindividualidade e a indivisibilidade, a partir do ajuizamento da ação coletiva. Assim, em conformidade com o que foi asseverado pelo autor, a indivisibilidade dos direitos coletivos encontra-se configurada na medida em que os atos impugnados em juízo por meio da ação coletiva são globalmente considerados. A ressalva que Watanabe faz, no segundo caso, de não se tratar de impugnação dos reajustes em relação a cada filiado, mas, sim, de impugnação de forma coletiva, sendo os filiados, portanto, globalmente considerados, deixa mais evidente que o autor identifica os direitos na forma em que tutelados pela ação coletiva.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 18-19.

²¹⁴ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 2004, p. 812.

²¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 813.

E em que esse entendimento se distanciaria do de Barbosa Moreira? Primeiramente, cumpre esclarecer que a diferença é muito tênue, mas tem consequências relevantes na diferenciação dos direitos. Relembre-se de que Barbosa Moreira²¹⁶, pela “comunhão indivisível” dos interesses essencialmente coletivos,²¹⁷ ensina que só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, de modo que o processo fica necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade, enquanto, nos casos de interesses acidentalmente coletivos, por se admitir, em princípio, a possibilidade de resultados desiguais para os diversos interessados, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca. Nesse caso, o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, pode estender a aplicação das técnicas da unitariedade: “esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas”²¹⁸.

A análise dos exemplos formulados por Kazuo Watanabe – adequação das mensalidades cobradas por escola particular às normas de reajuste fixadas pelo Conselho Estadual de Educação; e invalidade de reajustes das mensalidades exigidos de filiados a planos de assistência médica e hospitalar –, que toma como base os precisos termos dos ensinamentos de Barbosa Moreira, não conduziria à mesma solução daquele autor. Cabe promover tal análise de acordo com a noção de unitariedade de Barbosa Moreira:

a) Em relação a tais direitos só se concebe resultado uniforme para todos os interessados, de modo que o processo fica necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade? Logicamente que não, pois, como cada interessado pode ingressar em juízo com ação individual, há a possibilidade de decisões contraditórias e, ainda, que alguns interessados sequer pleiteiem esses direitos. Mas, se se restringir a análise à ação coletiva, como o fez Watanabe, o resultado (provisionamento) será, necessariamente, uniforme.

b) A disciplina unitária, nesses casos, deriva de uma necessidade intrínseca? Novamente, a resposta é negativa. Não é necessidade intrínseca o reconhecimento uniforme de tais direitos a cada interessado, apesar de estar sendo afrontado o princípio da igualdade real entre os consumidores.

²¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1985, p. 57-58.

²¹⁷ Watanabe (2004, p. 800) classifica os direitos difusos e coletivos como essencialmente coletivos e os individuais homogêneos como acidentalmente coletivos.

²¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1985, p. 57-58.

c) A aplicação da técnica da unitariedade a tais casos foi a eles simplesmente estendida, tendo em vista que sua natureza admite diferença? Sim. O tratamento coletivo, por meio de ações coletivas, no que diz respeito a tais direitos, não é o único modo de tutelá-los. Assim, a “técnica da unitariedade”, para esses casos, não advém da natureza destes, mas da opção do legislador em englobá-los nesse sistema.

A isso acrescenta-se o que foi dito no tópico 2.6.1.1: para Barbosa Moreira, dada a indivisibilidade de um direito, não importa se sua defesa for pleiteada por ação coletiva ou individual (caso em que se requer uma atitude hermenêutica mais aberta), o benefício advindo com a procedência do pedido será aproveitado por todos aqueles que fazem parte da coletividade titular do direito. Nos casos em comento, se se ingressasse com ação individual, a procedência do pedido aproveitaria, tão-somente, ao autor. Assim, não haveria falar em indivisibilidade desses direitos de acordo com o magistério de Barbosa Moreira.

Mendes, atento a essa diferença de pareceres e seguindo os ensinamentos de Barbosa Moreira, assevera que há equívocos na caracterização dos direitos, uma vez que não se leva em consideração a indivisibilidade destes, mas somente os demais aspectos, como a pluralidade dos interessados, a existência ou a inexistência de relação jurídica base e o pedido comum²¹⁹.

De acordo com o autor, o erro está em se considerar cumprido o requisito da indivisibilidade quando formulado um pedido no sentido de um provimento jurisdicional comum²²⁰.

Nessa esteira, o autor analisa os exemplos referentes a pedido de limitação dos reajustes de mensalidades e de fixação do valor total de anuidade. Como, em ambos, nada impede que um aluno, por ação individual, ou um grupo de estudantes, em litisconsórcio, pleiteie esses direitos em juízo e, por conseguinte, a procedência do pedido somente produz efeitos em relação ao(s) autor(es), os direitos são cindíveis, razão pela qual não podem ser considerados nem difusos nem coletivos pelo simples provimento comum em ação coletiva²²¹.

Esclarece que, em realidade, a indivisibilidade enseja a obrigatoriedade do tratamento transindividual, na medida em que produz efeitos reflexos, de maneira inexorável, a todos os interessados, mesmo que estes não tenham participado do processo²²².

²¹⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, 2002, p. 213.

²²⁰ *Idem, ibidem*, p. 215.

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 214.

²²² *Idem, ibidem*, p. 218.

Tendo em vista essas considerações, é de se reconhecer que as definições de indivisibilidade para Barbosa Moreira e para Kazuo Watanabe não coincidem. Enquanto este leva em consideração o tratamento da causa em sede de ação coletiva e desse âmbito extrai o conceito de indivisibilidade, aquele se pauta na indivisibilidade do direito antes mesmo do ajuizamento de qualquer ação. Aliás, para Barbosa Moreira, configurada a possibilidade de se ajuizar ação individual em que o proveito do provimento será, tão-somente, para o autor, não há falar em indivisibilidade.

Watanabe, portanto, situa o conceito de indivisibilidade em outro âmbito, qual seja, no processual, a fim de classificar os direitos. Não é possível determinar que a definição de Barbosa Moreira, ou a de Kazuo Watanabe, seja “certa” ou “errada”. São apenas duas formas distintas de se compreender o mesmo fenômeno. Um método não é mais correto do que outro; eles são apenas diferentes.

Entretanto, há que se fazer uma ressalva: a célebre classificação de Barbosa Moreira em interesses essencialmente coletivos e interesses acidentalmente coletivos deve ser preservada nos mesmos moldes em que concebida, mormente quando se faz referência ao nome do autor. Devem-se evitar distorções: o que Kazuo Watanabe considera como direito coletivo não coincide com o que se entenderia por direito coletivo segundo o conceito de indivisibilidade de Barbosa Moreira.

Lembre-se de que, como visto no tópico 2.6.1, Barbosa Moreira, ao elaborar os conceitos de interesses essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos, estava tratando, respectivamente, do que é conhecido hoje por direitos difusos e individuais homogêneos. Os direitos coletivos foram encaixados na primeira categoria justamente por também terem como característica a indivisibilidade. A partir do momento em que os direitos coletivos passam a ser considerados interesses essencialmente coletivos, como idealizados por Barbosa Moreira, devem seguir o conceito elaborado para estes, o qual inclui a indivisibilidade.

Mas, quanto ao magistério de Watanabe, deve-se enfrentar ainda outra questão. No que concerne aos direitos individuais homogêneos, Watanabe sempre menciona os casos em que se ingressa com ação coletiva que visa à reparação de danos individualmente sofridos pelos consumidores²²³. O autor explica que, em caso de direitos individuais homogêneos, toma-se em conta que os consumidores sofreram prejuízos, afinal, o vínculo com a parte contrária decorre da própria lesão suportada²²⁴. Os prejuízos são diferenciados e individualizados, porquanto

²²³ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 2004, p. 806-807.

²²⁴ *Idem, ibidem*, p. 806.

houve ofensa de modo diferente à esfera jurídica de cada um deles, e isso permite a determinação das pessoas atingidas²²⁵.

Ocorre que o autor faz uma afirmação que parece contrariar a sua tese. Diz que os direitos individuais homogêneos, para fins de tutela coletiva, são considerados indivisíveis²²⁶.²²⁷ Em momento anterior, o autor parece indicar que o caráter indivisível dos direitos individuais homogêneos está no processo de conhecimento da demanda coletiva, tendo em vista a condenação genérica neste caso (art. 95 do Código de Defesa do Consumidor).²²⁸ Apesar disso, tal indivisibilidade não interessa ao autor para a caracterização dos direitos individuais homogêneos, o que interessa é a repercussão do ato danoso na esfera jurídica particular dos consumidores. Assim, a liquidação e a execução dos valores devidos demonstrariam a divisibilidade do direito.²²⁹

Dessa forma, nos casos expostos por Watanabe como de direitos coletivos, quais sejam, de adequação das mensalidades cobradas por escola particular às normas de reajuste fixadas pelo Conselho Estadual de Educação e de invalidade de reajustes das mensalidades exigidos de filiados a planos de assistência médica e hospitalar, a sentença não vai servir de título para a promoção de execução. A procedência do pedido vai ser aproveitada, direta e imediatamente, por todos os membros do grupo tutelado, de forma idêntica e sem sujeição dos consumidores

²²⁵ *Idem, ibidem*, p. 804.

²²⁶ Watanabe, comentando a limitação, a uma determinada região, dos efeitos da coisa julgada que protegem direitos transindividuais, afirma que ela “[...] é de todo inadmissível, pois isso equivaleria a subdividir interesses ou direitos que o legislador, para fins de tutela coletiva, considerou indivisíveis, tanto que, no art. 103, I, II e III, do CDC, conferiu limites subjetivos mais amplos à coisa julgada nas demandas coletivas [...]” (1992, p. 19, sublinhas do autor).

²²⁷ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 1992, p. 19.

²²⁸ Esse entendimento encontra-se na seguinte passagem:

“Se o que expõe o autor da demanda coletiva como causa de pedir, no aspecto ativo, são os interesses ou direitos ‘difusos’ ou ‘coletivos’, cujas notas características são as acima ressaltadas, dentre as quais sobressaem a natureza transindividual e o caráter indivisível, e no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos, e formula ele o pedido de tutela coletiva desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos, ‘indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato’, em se tratando dos ‘difusos’ e de todas as pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe ‘ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base’, em se cuidando dos ‘coletivos’. O mesmo se pode dizer em relação a ‘interesses ou direitos individuais homogêneos’, quanto ao processo de conhecimento da demanda coletiva (art. 95, CDC), tanto que a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes*, como às expressas dispõe o art. 103, III, CDC)” (WATANABE, 1992, p. 18-19, sublinhas nossas).

²²⁹ Explica Grinover (2004b, p. 883):

à habilitação. Entendemos que aí está a indivisibilidade sustentada por Watanabe, pois, de outra forma, não a conseguimos visualizar para esses casos.

O que se mostra relevante no debate entre os pontos de vista sobre o conceito de indivisibilidade é que se tome consciência da origem da instabilidade da classificação dos direitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Somente dessa forma será possível orientar o confronto de teses no sentido de se atingir um conceito, uma definição, que atenda às necessidades práticas e que proporcione garantias efetivas à tutela de direitos que fogem ao padrão individualista do tradicional sistema processual civil. Daí a importância de que as teses de cada autor sejam preservadas, ao menos, até que elas contribuam para a elaboração de uma resposta mais satisfatória.

3.6.3 A TENTATIVA DE SE CONCILIAREM OS DOIS PARECERES ANTERIORES

Ainda sobre o conceito de indivisibilidade, há que se abordarem os ensinamentos de Márcio Flávio Mafra Leal²³⁰. Sustenta o autor que os conceitos de transindividualidade e de indivisibilidade não são conceitos uniformemente aplicados às três categorias de interesses ou direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor.²³¹ Segundo ele, a transindividualidade e a indivisibilidade, no que diz respeito aos direitos difusos, devem ser consideradas em seu aspecto material. Dessa forma, não são as mesmas dos direitos coletivos, pois estas são tão-somente processuais.

O autor parte diretamente para a análise de casos concretos para sustentar seus dizeres. Explica:

[...] o direito ao ambiente sadio é materialmente de um titular – comunidade – e qualquer ação judicial ou política pública que vise a implementar esse direito aproveitará a toda essa comunidade

“Nos termos do art. 95, porém, a condenação será genérica: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu e a obrigação de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos causados e não dos prejuízos sofridos.

Isso significa, no campo do Direito Processual, que, antes das liquidações e execuções individuais [...], o bem jurídico objeto de tutela ainda é tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência” (sublinhas da autora).

²³⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

²³¹ Este autor não foi o único a sugerir que a indivisibilidade seja entendida de forma distinta, conforme a

uniformemente, isto é, de maneira transindividual e indivisível. Já em uma ação coletiva que tem por objeto a nulidade de cláusulas contratuais abusivas, cujo réu seja uma empresa de grande atuação no mercado consumidor, será uma ação para a defesa de direitos materialmente individuais, que se tornam transindividuais e indivisíveis por força da extensão da coisa julgada. Assim, a sentença que declarar a nulidade das referidas cláusulas, transitada em julgado, formará coisa julgada para todos os consumidores indistintamente (transindividualidade) e na mesma medida em relação ao direito material (indivisibilidade)²³².

O autor conclui, a respeito dos direitos difusos, que qualquer ação judicial ou política pública que vise a protegê-los vai, de todo modo, aproveitar a toda a comunidade uniformemente, ou seja, de forma transindividual e indivisível. A importância do excerto está, justamente, em que não importa o tipo de ação ou de atividade para a defesa do direito, pelo fato de o direito difuso ser indivisível materialmente, sua proteção aproveitará a todos, sem exceção. Lembre-se do conceito de indivisibilidade de Barbosa Moreira e de seu entendimento a respeito da tutela individual de interesses essencialmente coletivos (itens 2.6.1 e 2.6.1.1). Com efeito, os dois entendimentos se harmonizam.

Já no caso do direito à nulidade de cláusula abusiva – que, de antemão, Leal assevera ser coletivo²³³ –, o autor afirma que esse direito é materialmente individual e, somente por meio da ação coletiva, ele vai receber os aspectos de transindividualidade e de indivisibilidade. Assim, para o autor, esses aspectos são processuais.

Ocorre que Leal não pára por aí. Como o caso de nulidade de cláusula abusiva foi tomado pelo autor como norte para a análise de toda a categoria dos direitos coletivos, ele afirma que a transindividualidade e a indivisibilidade são processuais em todos os direitos coletivos²³⁴.

Constata-se que Leal adota método incoerente para desenvolver a tese que sustenta. A incoerência está em que o autor parte de um caso concreto para extrair sua tese de que a transindividualidade e a indivisibilidade, no que tange aos direitos coletivos, são tão-somente processuais²³⁵. O caso de nulidade de cláusulas abusivas,

classificação em que se enquadra o direito – difuso ou coletivo. Porém, os ensinamentos de Leal serão utilizados para a análise dessa idéia.

²³² LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Op. cit.*, 1998, p. 190, sublinhas do autor.

²³³ *Idem, ibidem*, p. 190.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 190.

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 190.

em realidade, dá ensejo a uma série de discussões. Arriscado, portanto, construir uma tese com base nele. De forma geral, os exemplos generalizadores devem ser evitados, mormente quando se trata de terreno tão instável.

Se se adotar o parecer de Leal, ficariam de fora alguns casos de direitos coletivos, visto que eles são materialmente transindividuais e indivisíveis e, pelos ensinamentos do autor, tais características dos direitos coletivos são tão-somente processuais, ou seja, “[...] decorrem da formação uniforme sobre a classe da coisa julgada e não do direito material em si”²³⁶.

Ademais, a tese de Leal, por adotar dois conceitos distintos de indivisibilidade e de transindividualidade, quebra a sistematização legal no que concerne à diferenciação dos direitos trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. Como seria possível conceber que a lei se utilizou do mesmo termo para designar características diferentes, uma de direito material, outra de direito processual, de acordo com a categoria de direito de que se trata? Essa questão agrava-se no caso em tela, pois os termos empregados são critérios essenciais, imprescindíveis, de diferenciação entre as categorias de direitos, e, nessa tarefa, têm de ser estáveis. Não teria sido mais exato partir da teoria, ou melhor, de conceitos estáveis e uniformemente aplicados, para se identificarem os direitos, no lugar de se generalizar um caso concreto?

Por esses motivos, deve-se reconhecer que são válidas todas as teses que visem a auxiliar na diferenciação dos direitos transindividuais, mas elas têm de obedecer a um certo nível de rigor, como a adoção de conteúdos idênticos para termos idênticos e a rejeição de exemplos generalizadores.

3.6.4 A IDÉIA DE HUGO NIGRO MAZZILLI SOBRE INDIVISIBILIDADE

Mazzilli também trabalha os aspectos dos direitos a partir de exemplos. A fim de se averiguar o conceito de indivisibilidade adotado por esse autor, deve-se analisar os exemplos de direitos difusos e coletivos, de caráter indivisível, por ele fornecidos.

Nessa esteira, Mazzilli explica que a pretensão ao meio ambiente hígido – direito difuso – não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade; também o produto da indenização obtida em razão da degradação do meio ambiente não pode ser repartido entre estes, não apenas porque cada um

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 190, sublinhas do autor.

dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio interesse é indivisível²³⁷. Por essas primeiras considerações, percebe-se que Mazzilli aproxima os conceitos de quantificação e divisibilidade. Isso vem de forma mais clara no exemplo seguinte.

Em relação aos direitos coletivos, Mazzilli oferece o exemplo de pedido de nulidade de cláusula abusiva em contrato de adesão. A sentença de procedência em ação coletiva que o pleiteia não vai conferir bem divisível aos integrantes do grupo lesado. Acrescenta que o interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado por estes de forma não quantificável e, portanto, indivisível, uma vez que a ilegalidade da cláusula não será maior para aqueles que têm mais de um contrato em relação aos que têm somente um, ou seja, a ilegalidade será igual para todos. Conclui que o interesse na anulação de cláusula abusiva é, portanto, interesse coletivo²³⁸.

Nesse último exemplo, fica mais clara a identificação que o autor faz de indivisibilidade com não-quantificação. Em outras palavras, para o autor, o interesse, sendo indivisível, não é quantificável. Realmente, como afirma o autor, o direito à nulidade de cláusula abusiva não é compartilhado de forma quantificável. De fato, não se pode quantificar o direito em ver reconhecida a nulidade de uma cláusula abusiva, diferentemente do que ocorre em caso de prejuízos advindos da observância dessa cláusula. Ocorre que o direito de nulidade de uma cláusula – e tão-somente este, sem se mencionar prejuízos – não é, de qualquer forma, passível de quantificação, porque não tem expressão econômica. Daí que não se pode quantificá-lo mesmo e que, por conseguinte, não será identificado o quinhão desse direito pertencente a cada pessoa, pois não há como determiná-lo, seja considerado em conjunto, seja considerado individualmente.

Nessa esteira, deve-se rechaçar a identificação da indivisibilidade com a não-quantificação. Para separar uma hipótese da outra, cabe a seguinte pergunta: a impossibilidade de quantificação da parcela de cada interessado na nulidade de cláusula abusiva decorre da indivisibilidade desse direito ou do fato de que, na verdade, ele não é passível de quantificação por sua natureza? Tudo o que não se quantifica é indivisível? Realmente, os casos em que não se identificam quinhões são, normalmente, os de direito difuso e coletivo, como a proibição de venda de produtos nocivos à saúde e de circulação desses produtos e a melhora da qualidade do ensino em uma escola, respectivamente. Mas o fato de não haver quantificação da parcela de cada consumidor interessado na nulidade de cláusula abusiva, por si só, seria capaz de enquadrar tal direito na categoria dos coletivos? Definitivamente, não.

²³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, 2005, p. 51-52.

²³⁸ *Idem, ibidem*, p. 53.

Como afirmado por Mazzilli, não há como se reconhecer o quinhão de cada interessado na nulidade de cláusula abusiva pleiteada mediante ação coletiva. Além dessa via, o consumidor tem a possibilidade de impugnar, por meio de ação individual, cláusula abusiva em contrato que tenha firmado. Nesse caso, haveria como se quantificar o direito em comento? Verifica-se que também não há falar em quantificação desse direito na ação individual. Sendo assim, como se entender que a indivisibilidade se refere à impossibilidade de quantificação do direito de cada interessado?

Por fim, o último argumento que demonstra que a tese de Mazzilli não é irrepreensível é o simples fato de que os termos divisível e quantificável (ou indivisível e não quantificável) não se equivalem, não são sinônimos. Assim, a correspondência entre eles não é obrigatória. Quantifica-se o direito à indenização, por exemplo, por danos causados ao meio ambiente, mas este não é divisível entre os membros da coletividade. Não é quantificável o direito de que continuem no cargo, até realização de concurso público, os servidores contratados com afronta do art. 37, inciso II, § 2º, da Constituição Federal, porém, tal direito é divisível²³⁹.

3.6.5 NOSSO POSICIONAMENTO

Vistas quatro formas pelas quais a indivisibilidade é compreendida, cabe expor o posicionamento que se afigura mais adequado. Não é objetivo desta pesquisa determinar a tese que deve reger a diferenciação entre as categorias de direitos transindividuais, mas tão-somente promover o debate entre elas.

No relato do magistério de Leal e de Mazzilli, já foram apontadas as falhas das teses destes. Resta, portanto, a escolha entre a tese de Barbosa Moreira e de seus seguidores, como Mendes, ou a de Kazuo Watanabe e de outros teóricos que defendem o mesmo posicionamento.

Em primeiro lugar, cumpre afastar a hipótese de a divisibilidade dos direitos individuais homogêneos estar situada no processo de conhecimento. Isso porque, a partir da tutela coletiva, os direitos são tratados todos como indivisíveis: os difusos e coletivos, pela sua própria natureza, e os individuais homogêneos, pelo tratamento coletivo de causas individuais.

No caso dos direitos individuais homogêneos, a decisão será, além de indivisível, uniforme, visto que, uma vez proferida, beneficiará, da mesma forma, todos os consumidores que integram o conjunto de vítimas. Não se faz diferenciação

²³⁹ LEITE, Márcio Flávio Mafrá. *Op. cit.*, 2001, p. 72.

no processo de conhecimento. Aliás, o tratamento coletivo de direitos individuais – em que consistem os direitos individuais homogêneos – tem como uma de suas vantagens o fato de se evitar a contradição entre as decisões judiciais.

A indivisibilidade está em que, como o conjunto de vítimas é titular indivisivelmente considerado, nas palavras de Gidi²⁴⁰, todas elas serão abrangidas pela decisão, sem exceção, a não ser que não suspendam suas ações individuais (art. 104 do Código de Defesa do Consumidor). Também aqui é válido que se reconheça que o titular dos direitos individuais homogêneos não é cada vítima, mas o conjunto destas. A decisão dirige-se, portanto, ao conjunto, ou, para quem não entende dessa forma, a todas as vítimas, que sequer estão todas identificadas no processo de conhecimento – é mais fácil a visualização da indivisibilidade a partir do reconhecimento de que a titularidade desses direitos é do conjunto, e não de cada pessoa. Nessa esteira, a decisão vai conferir bem a todos, como dito, indivisível, ou seja, não há como beneficiar uma pessoa e não beneficiar outra. E isso ocorrerá, também, no típico exemplo de reparação dos prejuízos causados a consumidores em sua esfera particular.

Poder-se-ia alegar que o direito de reparação dos consumidores é patentemente divisível – uns podem ser ressarcidos, outros, não – e não goza de uniformidade – o *quantum* varia. Essa alegação é correta, mas não na fase cognitiva das ações coletivas. Nesta, a condenação será genérica, desincumbindo-se, tão-somente, de fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do Código de Defesa do Consumidor). Conclui-se que: a) como não há falar nos valores devidos a cada consumidor, não há, até a prolação da decisão e também nesta (processo de conhecimento), variação dos direitos; e que b) como cada indivíduo que faz parte do conjunto titular não se pode furtar do benefício da decisão, a não ser em caso de não pedir a suspensão do seu processo, há indivisibilidade. Lembre-se de que, *in casu*, o que a decisão irá conferir às vítimas não serão os valores (não haverá o exame de caso por caso), mas a responsabilidade do réu. Independentemente de a vítima entender que o réu deva ser responsabilizado ou de ela pretender a condenação do réu, ela estará sob a autoridade da coisa julgada da sentença de procedência da ação coletiva que visa a resguardar direitos individuais homogêneos.²⁴¹

Apresenta-se este quadro: no processo de conhecimento, todos os direitos são indivisíveis: os direitos difusos e coletivos o são por natureza (art. 81, parágrafo único, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor), ao passo que os individuais homogêneos somente o são pelo tratamento coletivo de direitos individuais. Dessa forma, onde está a indivisibilidade que diferencia os direitos

²⁴⁰ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, 1995, p. 31.

²⁴¹ No item 2.6.2, essa mesma questão foi debatida. Naquela oportunidade, foram expostos os pareceres de Grinover

difusos e coletivos dos individuais homogêneos? Antes ou depois do processo de conhecimento?

Barbosa Moreira (tópico 2.6.1) situa a indivisibilidade antes do ingresso com qualquer tipo de ação, ou seja, no plano material, tendo em vista que a define com base em conceitos como satisfação e lesão (aquela, como contraposição a esta, não deve ser entendida como procedência de pedido em juízo) e que, ainda, assevera que não importa o tipo de ação utilizada para defender direitos indivisíveis, a indivisibilidade promoverá, de qualquer forma, o benefício de todos em casos de procedência do pedido – é o caso de autor pleiteando, isoladamente, a higidez do ar, mediante o exercício da “atitude hermenêutica mais aberta”²⁴².

Por sua vez, Watanabe (tópico 2.6.2) situa a divisibilidade dos direitos individuais homogêneos depois do processo de conhecimento coletivo, quando for promovida a liquidação – fase em que será levada em consideração a repercussão do ato danoso na esfera particular de cada consumidor.

Neste momento, cumpre definir qual o magistério dos acima relatados deve ser adotado. Para tanto, parte-se do dispositivo legal que traz a diferenciação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que versa:

Art. 81[...]

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Pela leitura desse artigo, a indivisibilidade parece estar no plano material, tendo em vista que os incisos I e II estipulam que os direitos difusos e coletivos têm natureza indivisível. Parece que o Código de Defesa do Consumidor abraçou a idéia de indivisibilidade de Barbosa Moreira.

e de Watanabe no sentido da indivisibilidade dos direitos individuais homogêneos no processo coletivo.

²⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1984, p. 89.

Mas essa questão não é de tão simples resolução. Há casos em que o debate de teses é infundável até que se estabeleça um conceito seguro de indivisibilidade. É o caso do pedido de declaração de nulidade de cláusula abusiva em contrato de consumo. Far-se-á a análise do caso de acordo com as duas teses apontadas.²⁴³

Imagine-se que foram estabelecidas cláusulas abusivas em contrato de adesão de plano de saúde pela empresa fornecedora do serviço. Os consumidores que firmaram contrato com essa empresa podem pleitear, por meio de ação individual, a declaração de nulidade das cláusulas abusivas, de forma que, com a procedência do pedido, a decisão somente aproveitará ao autor. Os demais consumidores continuarão submetidos às cláusulas abusivas em seus contratos até que ajuízem ação para declará-las nulas. A declaração de nulidade de cláusula abusiva, no contrato de um consumidor, não enseja a declaração de nulidade de cláusula de mesmo teor no contrato de outros consumidores. O julgado servirá, tão-somente, como precedente²⁴⁴ aos demais casos, não os abrangerá.

Ademais, caso alguns consumidores venham a pleitear, individualmente, a nulidade da mesma cláusula, em contratos idênticos, com a mesma parte ré, pode ser que haja várias decisões judiciais distintas, umas pela procedência, outras pela improcedência do pedido.

Pelo entendimento de Barbosa Moreira sobre indivisibilidade, o direito de declaração de nulidade de cláusula abusiva não seria coletivo, já que a satisfação de um consumidor não gera necessariamente a satisfação dos demais. Assim, se uma ação coletiva pleitear a declaração de nulidade de cláusula abusiva, ela estará tratando, de forma coletiva, de direitos individuais, que não têm a característica da indivisibilidade. Configura-se, portanto, caso de direitos individuais homogêneos.

Aliás, Grinover previu que os casos de direitos individuais homogêneos poderiam não ficar restritos ao caso de reparação de prejuízos causados aos consumidores. Nesse sentido, escreveu ao comentar o art. 91 do Código de Defesa do Consumidor:

Esclareça-se, inicialmente, que a matéria regulada a partir do art. 91 não esgota todo o repertório dos processos coletivos em defesa de interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III,

²⁴³ No que diz respeito aos ensinamentos de Mazzilli e Leal, a questão já está resolvida: o direito de declaração de nulidade de cláusula abusiva é, para ambos, direito coletivo. Também ambos partem dele para extrair os conceitos do direito coletivo, de modo geral.

²⁴⁴ A Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, em *Notícias do Superior Tribunal de Justiça*, de 03.08.01, relata decisão tomada pela Terceira Turma desse Tribunal de anular cláusula de correção das prestações

CDC). É perfeitamente possível que a ação tendente à tutela desses interesses objetive a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente declaratória ou constitutiva, tudo consoante o disposto no art. 83 do CDC²⁴⁵.

Por outro lado, existem fortes argumentos daqueles que entendem que o direito de declaração de nulidade de cláusula abusiva é coletivo.

De acordo com a tese de Watanabe, apesar de todos os direitos serem indivisíveis no processo de conhecimento, os direitos individuais homogêneos são divisíveis, haja vista a liquidação e a execução dos valores atinentes a cada vítima²⁴⁶. O critério desse autor para se avaliar se um direito é divisível é a repercussão do ato danoso na esfera particular de cada vítima, e não se cada uma pode pleitear, individualmente, o pedido formulado em ação coletiva de forma a se beneficiar, sozinha, da procedência deste.

Da mesma forma que no caso exposto por Watanabe, de pedido de limitação das mensalidades escolares aos valores homologados pelo Conselho Estadual de Educação (RE n. 163.231-3/SP), a sentença em ação coletiva que der por procedente o pedido de nulidade de cláusula abusiva levará em consideração todo o grupo de consumidores interessados, globalmente considerados.

Ademais, a indivisibilidade, no caso da limitação da mensalidade, está em que a limitação será imposta a todas as mensalidades, ou seja, não haverá aluno cuja mensalidade ultrapasse o limite estabelecido, e, no caso de nulidade de cláusula abusiva, a indivisibilidade está em que não haverá contrato cuja cláusula, impugnada como abusiva, se mantenha.

de contratos de *leasing* pela variação do dólar, a qual pode favorecer os consumidores brasileiros com contratos vigentes no período da crise cambial de janeiro de 1999. A Ministra destaca a importância do Superior Tribunal de Justiça como tribunal de precedente. Dessa forma, explica que a decisão em comento é um marco histórico. A partir dela, as pessoas que firmaram contratos no período mencionado poderão reivindicar na justiça os direitos de anular a cláusula da variação cambial.

Infelizmente, a Ministra restringe-se a oferecer informações sobre ações individuais que tratam de nulidade de cláusula abusiva. Seria interessante que tivesse sido informada a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva que pedisse a nulidade da cláusula, o que resultaria no alcance de todos os consumidores na mesma situação, tendo em vista o provimento comum que proporciona. Também, em sede dessa ação, poderia ser pedido que não mais fosse estipulada tal cláusula nos futuros contratos, de forma a proteger os potenciais consumidores.

²⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª. ed. rev. ampl. atualizado conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004b, p. 868, sublinhas nossas.

²⁴⁶ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 1992, p. 19.

Em ambos os casos, cada consumidor poderia ter proposto ação individual, seja para pedir a limitação da sua mensalidade, em conformidade com os valores do Conselho Estadual de Educação²⁴⁷, seja para pedir nulidade de cláusula abusiva em seu contrato. E, em ambos os casos, a decisão somente aproveitaria ao autor. Como visto, segundo a lição de Barbosa Moreira, não haveria falar em indivisibilidade, já que não houve a satisfação dos demais interessados. Porém, no magistério de Watanabe, esse aspecto nem sequer é abordado. A divisibilidade, segundo esse autor, advém da repercussão do ato danoso na esfera jurídica particular de cada consumidor e da submissão dos consumidores à habilitação. Watanabe²⁴⁸, ao longo de seus trabalhos, identificou os direitos individuais homogêneos aos casos de indenização das vítimas.

De fato, em ação coletiva, tanto no caso de se pleitear a limitação da mensalidade, quanto no de se pedir a declaração de nulidade de cláusula abusiva, não se estará falando em repercussão na esfera jurídica de cada interessado, de forma que a procedência do pedido vai beneficiar a todos, imediatamente, sem submissão à habilitação. Já no caso de direito à indenização pelos prejuízos individuais, cada vítima irá se habilitar a fim de receber o *quantum* que lhe é devido. Por esses dados, aqueles direitos seriam indivisíveis, ao passo que este seria divisível, de acordo com a lição de Watanabe.

Como se constata, a indivisibilidade, para Watanabe, estaria nas fases posteriores à decisão em ação coletiva. No mesmo sentido, encontra-se Gidi, que esclarece que, no caso de alteração de forma unilateral e arbitrária de cláusula do contrato por uma escola ou uma empresa de assistência médica, poderia haver pleito por meio de ação individual, e a procedência do pedido ficaria circunscrita à esfera do autor. Ademais, as decisões poderiam até ser contraditórias, caso alunos

²⁴⁷ Aliás, diante da possibilidade do pleito individual, o Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público. Este é o texto de voto no RE n. 163.231-3/SP (STF, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.06.2001), *in verbis*:

“Com efeito, esta é uma demanda judicial, definição acaciana sem dúvida. Sendo uma demanda judicial devem as partes, porque o não excepciona a lei, fazer-se representar por advogado, profissional de curso superior, regularmente inscrito nos quadros de seu órgão de classe [...]. O advogado, verdadeiramente, juntamente com o Ministério Público e a Magistratura, compõe e integra o tripé jurisdicional, elemento indispensável a administração da Justiça que é [...].

[...] não pode realmente o *Parquet* exercer o *munus* que a lei concedeu ao advogado, pena de insuportável usurpação e virtual obsolescência da nobre atividade, relegada que estaria ao rol das excentricidades das partes, não se vislumbrando porque alguém – refere-se aqui os não pobres no sentido da lei – iria procurar e pagar um advogado, se pode ter seus interesses superiormente e gratuitamente defendidos por uma instituição do porte do Ministério Público, de indiscutível ascendência moral e festejável nível intelectual.”

²⁴⁸ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, 1992, p. 15 e ss.; 2004, p. 780 e ss.

ou filiados ingressassem com o mesmo pleito em juízo com suas próprias ações. Porém, em sede de ação coletiva, a decisão beneficiará indivisivelmente a todos os interessados²⁴⁹. Outro que parece adotar esse critério é Filomeno, que dá como exemplo de direito coletivo a declaração de nulidade em ação coletiva, pois a procedência desse pedido irá beneficiar todo um grupo ou uma classe determinada que mantém com o mesmo fornecedor uma relação jurídica-base²⁵⁰.

Como visto, tanto o parecer de Barbosa Moreira quanto o de Watanabe mostram-se bastante satisfatórios. A opção por um receberá fortes contra-argumentos do outro. Apresenta-se mais adequada a lição de Barbosa Moreira, porque tem em conta a natureza do direito, independentemente de qualquer processo, e também porque a de Kazuo Watanabe ainda está sujeita a outras indagações. Levando-se em consideração que, segundo Watanabe, a indivisibilidade não é anterior ao ajuizamento da ação coletiva nem está no processo de conhecimento, somente pode estar no momento posterior à decisão. Sendo assim, o que estaria conferindo a indivisibilidade ao direito de nulidade de cláusula abusiva não seria tão-somente o fato de que a decisão de procedência não se submete à liquidação e à execução? A indivisibilidade decorreria da natureza dos direitos ou seria o tratamento coletivo dos direitos individuais que lhes estaria conferindo indivisibilidade? Afinal, que se deve entender pela expressão natureza indivisível trazida pelo Código de Defesa do Consumidor?

Em conclusão, pode-se afirmar que a matéria é novidade no mundo jurídico e, portanto, ainda deve ser submetida a muitos debates no sentido de se elaborarem conceitos que, ao menos, atenuem a instabilidade nesse campo. A diferenciação entre os direitos transindividuais é a base sobre a qual será criado todo um arsenal jurídico; portanto urge que se lhe dediquem estudos.

3.7 A TITULARIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E O QUESTIONAMENTO A RESPEITO DA COISA JULGADA *ERGA OMNES* E *ULTRA PARTES*

Ao tentarem explicar a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* nas ações coletivas, prevista no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor,²⁵¹ os autores

²⁴⁹ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, 1995, p. 28-29.

²⁵⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, 2002, p. 431.

²⁵¹ Dispõe o art. 103: “Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do

divergem. Há quem diga que o efeito *ultra partes* é mais limitado que o *erga omnes*, pois aquele cinge-se a grupo, classe ou categoria, enquanto este não tem tal limitação. Grinover²⁵² entende dessa forma. Mas a autora faz a ressalva de que, com relação aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada *erga omnes* tem o “[...] temperamento de só poder beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, sem prejudicar os terceiros que não tenham intervindo no processo como litisconsortes”²⁵³. Atente-se para que o prejuízo a terceiros acima mencionado refere-se à improcedência do pedido. No caso de procedência, de acordo com Grinover²⁵⁴, a coisa julgada *erga omnes* se estenderá somente às vítimas e a seus sucessores e não a toda uma coletividade ampla.

A seu turno, Gidi²⁵⁵ sustenta que não há diferença entre os termos *erga omnes* e *ultra partes*, afinal, entende que o que indica a extensão do julgado é o que lhes segue no texto da lei, pois, sem isso, não haveria como distinguir os efeitos. Afirma que a coisa julgada *erga omnes* se estenderá para toda a comunidade titular do direito difuso, mas tão-somente a ela, e para todas as vítimas e seus sucessores, no caso de direitos individuais homogêneos. Já a coisa julgada *ultra partes* se estende aos membros da coletividade titular do direito coletivo. O autor assevera que, nesse caso, evitou-se a utilização do termo *erga omnes* porque a coisa julgada não se estenderá a todas as pessoas, indiscriminadamente.

Gidi acrescenta que os incisos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor “[...] poderiam ter sido redigidos de duas formas dogmaticamente indiferentes, no que diz com as expressões latinas empregadas (*erga omnes* ou *ultra partes*), que acarretariam, inelutavelmente, a mesma e uma única interpretação”²⁵⁶. O autor explica que não importaria se, por exemplo, o inciso II estipulasse que a sentença, no caso dos direitos coletivos, faz coisa julgada *erga omnes*, “mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe”, ou *ultra partes*, “mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe”. Afirma que o mesmo ocorre em relação aos incisos I e III

inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.”

²⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. Da coisa julgada. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., rev. ampl. atualizado conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004a, p. 932.

²⁵³ *Idem, ibidem*, p. 933, sublinhas nossas.

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 933.

²⁵⁵ GIDI, Antonio. *Op. cit.*, p. 1995, p. 108 e ss.

²⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 109.

do diploma legal citado. Sendo assim, Gidi não entende que o significado de *erga omnes* seja mais extenso que o de *ultra partes*, como entende Grinover²⁵⁷.

Por fim, Gidi²⁵⁸ opta pelo termo *ultra partes* para explicar a coisa julgada da sentença em ações coletivas, por ser suficientemente técnico e preciso. O termo *erga omnes* é, para o autor, atécnico para explicar a coisa julgada de ações coletivas, uma vez que designa a eficácia natural da sentença.²⁵⁹

Sobre o assunto, também escreve Renato Rocha Braga²⁶⁰, porém o autor questiona a aplicação da coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* nas ações coletivas. Conforme seu entendimento, nas demandas coletivas, a legitimação do autor coletivo é extraordinária; por conseguinte, “[...] a coisa julgada se formará atingindo a coletividade, não por esta se compor de ‘terceiros’, mas, sim, de substituídos”²⁶¹. Dessa forma, não haveria falar em efeito *erga omnes* da coisa julgada em ação coletiva, empregado nessa área com o fim de beneficiar todos os consumidores lesados, inclusive os que não tiveram participação na relação jurídica processual coletiva.

Nesse contexto, Braga ensina que a coisa julgada, na substituição processual, de modo geral, opera-se tanto em face do substituído quanto do substituto.²⁶² Embora aquele não tenha participado do processo, sua esfera jurídica estava sendo

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 110.

²⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 111.

²⁵⁹ Gidi explica a gradação da influência da sentença e da coisa julgada na esfera jurídica de terceiros com base na teoria de Liebman, que leciona que a eficácia da sentença é ato de império do Estado e atinge a todos, indistintamente, sejam eles partes ou terceiros, na mesma intensidade e natureza, ao passo que a coisa julgada somente impõe sua autoridade às partes. Entretanto, Gidi ressalta que o próprio Liebman sustenta que essa última hipótese comporta exceções (1995, p. 11-14).

²⁶⁰ BRAGA, Renato Rocha. *A coisa julgada nas demandas coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 144 e ss.

²⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 115.

²⁶² Cernelutti, porém, ao comentar os casos de substituição processual no Código Civil Italiano, entende que, inicialmente, a eficácia do julgamento somente atinge o substituído. Assim, para que os limites subjetivos da coisa julgada alcancem o substituto, este deve fazer valer, mesmo nessa qualidade, direito próprio. Eis excerto de sua autoria:

“Quando alguém fizer valer em juízo o direito de outro, compreende-se que a eficácia do julgamento (*giudicato*) estende-se ao segundo e não ao primeiro (*supra*, n.º 93). Somente com a condição de que quem atue faça valer assim mesmo o direito próprio, resultará a sentença (diretamente) eficaz também com respeito a ele. Portanto, que a lei reconheça assim mesmo eficácia a respeito de outros à sentença que alguém tenha obtido por si, cabe inferir que a primeira admita a substituição processual de alguém com respeito aos outros. Dessa forma, explica-se a chamada extensão dos demais titulares de uma relação de obrigações solidárias ou indivisíveis, do julgamento recaído no processo conduzido acerca de tal relação por algum deles; tal extensão é proclamada em relação à sentença pronunciada em via de impugnação, no art. 471, ns. 2 e 3 do Código de Procedimento Civil, mas tem que se admitir também para a sentença de primeira instância; todavia, isso não representa, de modo algum,

discutida pelo substituto, mediante expressa autorização legal²⁶³. Logo, após o trânsito em julgado da sentença, o conteúdo imutável desta atingirá o substituído. O autor esclarece que o mesmo ocorre nas demandas coletivas: “os membros da coletividade que foram lesados pelo produto da fábrica A poderão se beneficiar do *decisum*, apesar de nunca terem participado do processo, pois são substituídos”²⁶⁴. Já os que não foram atingidos em sua esfera jurídica pelo evento danoso combatido em juízo não serão abrangidos pelo comando da sentença em ação coletiva, uma vez que esta “[...] nunca regulou qualquer parte de seus direitos”²⁶⁵.

Porém, explica Braga que, se se considerar que a legitimação, nas ações coletivas, é ordinária, todas as pessoas beneficiadas com a sentença de procedência não o são na qualidade de substituídos, mas de terceiros. Nesse sentido, haveria falar em efeito *erga omnes*²⁶⁶.

A respeito do tema, Braga²⁶⁷ afirma somente haver uma conclusão: ou a expressão coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* é imprecisa para o caso das ações coletivas, tendo em vista a adoção do instituto da legitimação extraordinária; ou ela é exata, na medida em que a legitimação do autor coletivo é ordinária, visto que terceiros serão atingidos. Em síntese, consoante o autor, os institutos da coisa legal *erga omnes* e *ultra partes* e o da legitimação extraordinária são inconciliáveis, já que os substituídos não são terceiros, mas titulares do direito.

Contudo, Braga²⁶⁸ entende pela legitimação extraordinária do autor coletivo. Sendo assim, ele aponta que os termos *erga omnes* e *ultra partes*, dispostos no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, são inexatos no regime das ações coletivas e, portanto, não merecem consideração. De qualquer forma, a disciplina da coisa julgada trazida pelo mencionado dispositivo legal permanece intacta: a coisa julgada atinge a todos os que o artigo prevê e na forma que estabelece, porém, não na qualidade de terceiros, mas na de titulares de cada direito.²⁶⁹ Nessa esteira,

uma exceção aos limites subjetivos da coisa julgada (material) atribuídos pelo art. 1.351 do Código Civil, mas que explica exatamente porque cada um dos titulares da relação substitui os outros titulares não-presentes no processo: a prática, pelo contrário, pressentiu essa verdadeira razão, ao falar, se bem que com menos propriedade, de representação entre credores ou devedores solidários” (2000b, p. 74, sublinhas nossas).

²⁶³ BRAGA, Renato Rocha. *Op. cit.*, 2000, p. 115-116.

²⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 116, sublinhas nossas.

²⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 122, sublinhas nossas.

²⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 116.

²⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 122 e ss.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 114 e ss.

²⁶⁹ Como já vem sendo desenvolvido, deve-se novamente sustentar que os titulares são os ajuntamentos – coletividade ou comunidade, grupo, categoria, classe e conjunto de vítimas ou lesados. Escorreita é a lição de Braga, que advertiu que é demasiadamente abstrato o argumento de que os legitimados estão substituindo

o autor assevera que a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, quanto ao espectro de abrangência de atingidos pela decisão, não se afasta da disciplina do Código de Processo Civil²⁷⁰.

Alexandre Freitas Câmara, citado por Braga²⁷¹, apesar de manter-se apegado aos termos *erga omnes* e *ultra partes*, conclui a análise da coisa julgada nas ações coletivas no sentido de que o sistema destas não constitui exceção aos princípios gerais consagrados no Código de Processo Civil. Isso porque o autor entende que, nas demandas coletivas, ocorre substituição processual, instituto que permite que direitos sejam tutelados por terceiros, sendo que tanto o substituto quanto o substituído ficam submetidos à coisa julgada.²⁷²

Não é objetivo do presente trabalho discutir a que título atuam os legitimados relacionados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor,²⁷³ mormente porque essa questão não é a que determina a extensão da coisa julgada nas ações coletivas. O que fixa a abrangência da coisa julgada é, sim, a extensão do titular do direito pleiteado. Assim, no caso dos direitos difusos, a coisa julgada abrange toda a coletividade, ou seja, de forma mais concreta, todas as pessoas que dela façam parte. Quanto aos coletivos, a coisa julgada tem autoridade sobre todo o grupo, classe ou categoria titular, alcançando todas as pessoas que dele façam parte. Em relação aos direitos individuais homogêneos, as vítimas beneficiadas com a procedência do pedido serão todas aquelas que façam parte do conjunto titular, ou seja, as que

a coletividade e que, por conseguinte, seus integrantes são terceiros, de forma que há falar em coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*. Assim, as pessoas auferem benefício com a sentença de procedência em ação civil pública na qualidade de integrantes dos ajuntamentos. Estes se concretizam, ou seja, existem no plano material por aquelas. Reconhecemos que a dificuldade em se considerar os ajuntamentos como titulares de direitos e interesses está em que estes não possuem personalidade jurídica. Esse é o desafio que o ordenamento jurídico tem de enfrentar a fim de reconhecer os fenômenos de massa como tais, e não como simples soma de conflitos individuais.

²⁷⁰ BRAGA, Renato Rocha. *Op. cit.*, 2000, p. 118.

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 118.

²⁷² Afirma Câmara (2004, p. 488) em edição mais recente:

“É de se notar, por fim, que a única diferença entre o sistema da coisa julgada tradicional, regido pelo Código de Processo Civil, e o sistema das demandas coletivas encontra-se na previsão de formação da coisa julgada *secundum eventum litis*. Não há, na extensão *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, qualquer exceção aos princípios gerais. Isso porque, como se sabe, nas demandas coletivas ocorre substituição processual, com o demandante tutelando em juízo interesses que não lhe são próprios. Ora, sabe-se que a coisa julgada que se forma para o substituto processual atinge também o substituído, o que explica a extensão subjetiva da coisa julgada nas hipóteses aqui examinadas”.

²⁷³ Há, por enquanto, três teorias que visam a explicar o tipo de legitimação do autor coletivo: a legitimação extraordinária, a legitimação ordinária e a legitimação autônoma (teoria alemã sustentada por Nelson Nery Junior).

se encontram na situação que confere homogeneidade aos direitos individuais e permite que estes sejam pleiteados mediante ação coletiva.

Quanto à substituição processual, pelos ensinamentos de Braga, vê-se que os termos *erga omnes* e *ultra partes* devem ser desconsiderados, tendo em vista que os substituídos, por serem titulares do direito pleiteado, submetem-se à autoridade da coisa julgada de forma direta.

Em relação à legitimação ordinária,²⁷⁴ há que se esclarecer que a suposta titularidade do legitimado não é capaz de elidir a (também) titularidade da coletividade, do grupo, da categoria, da classe ou do conjunto de vítimas, os quais, por conseguinte, serão abrangidos pela coisa julgada como titulares do direito pleiteado, e não como terceiros. Logo, os titulares seriam tanto o autor coletivo quanto os grupos acima citados.

No caso dos direitos individuais homogêneos, mal se cogita da legitimação ordinária do autor coletivo,²⁷⁵ tendo em vista a determinação dos prejudicados pelo evento danoso, que a maioria dos autores entende por “titulares”.

Já no que se refere à titularidade dos direitos difusos e coletivos, a questão é distinta, uma vez que há uma certa resistência em se considerar que “pessoas indeterminadas” (ou melhor, coletividade) e que grupo, categoria ou classe, os três sem personalidade jurídica, sejam os titulares daqueles direitos. Nessa esteira, é possível afirmar que, mesmo que o autor coletivo seja considerado

²⁷⁴ A idéia da legitimação ordinária no caso dos direitos difusos foi concebida antes da edição da Lei da Ação Civil Pública. Watanabe (1984, p. 85 e ss) sugere que a defesa dos direitos difusos poderia ser promovida por um corpo intermediário que o tivesse como fim institucional, por exemplo, uma associação. Pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica às avessas, o autor elabora a teoria da “consideração da personalidade jurídica” (1984, p. 95), segundo a qual o corpo intermediário seria um mero instrumento para a veiculação dos interesses dos próprios associados, de modo que os interesses daquele se confundem com os destes. Dessa forma, por uma interpretação mais aberta do art. 6º do Código de Processo Civil, os corpos intermediários teriam legitimidade ordinária na tutela dos interesses difusos.

²⁷⁵ Gidi escreve: “Quanto às ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, é posição unânime da doutrina considerá-las caso clássico de legitimidade extraordinária, ainda mesmo aqueles autores que as reputam exemplo de legitimidade ordinária no caso de ação coletiva em defesa de direitos superindividuais (difuso e coletivo)” (1995, p. 42).

Porém, Gidi discorda, já que diz que é regra da substituição processual suprimir a possibilidade de o substituído ir novamente a juízo, e isso não ocorre no caso dos direitos individuais homogêneos, visto que as vítimas podem ajuizar suas ações individuais.

Observe-se, no entanto, que os titulares, na ação coletiva, não são as vítimas, mas o conjunto de vítimas. Aliás, este estudo baseou-se no parecer do próprio Gidi para afirmá-lo. Ocorre que esse autor, no momento de sustentar a legitimação ordinária, passa, de forma consciente, a considerar as vítimas os titulares dos direitos individuais homogêneos (1995, p. 44). Decerto abandonou a coerência...

titular dos direitos difusos e coletivos, dada a indivisibilidade destes, está-se diante de legitimidade semelhante à de um credor pela dívida indivisível inteira, como sugerido por Barbosa Moreira a fim de que um indivíduo pudesse pleitear, isoladamente, a defesa do direito que é, ao mesmo tempo, “próprio” e “alheio”²⁷⁶. De qualquer forma, os grupos (*lato sensu*) ficariam submetidos à autoridade da coisa julgada, diretamente, ou seja, como titulares, apesar de não terem participado do processo.

No que se refere à legitimidade autônoma,²⁷⁷ a análise fica mais simplificada, tendo em vista que os teóricos que a sustentam compreendem que os direitos supra-individuais não têm titulares especificamente individualizados e que, portanto, urge a escolha, por parte do legislador, de alguém que os defenda em juízo. Reconhece-se, portanto, que o direito não é dos legitimados, mas de titulares não “especificamente individualizados”. Assim, estes é que se devem submeter, diretamente, aos efeitos da coisa julgada.

O presente tópico tem a importância de demonstrar que não se faz a devida reflexão sobre quem são os verdadeiros titulares dos direitos transindividuais. O Código de Defesa do Consumidor diz, por um lado, que os titulares dos direitos difusos e coletivos são, respectivamente, pessoas indeterminadas (coletividade, como aqui se sustenta) e grupo, categoria ou classe. Por outro, tenta explicar a submissão destes à coisa julgada por meio da utilização de termos que indicam

²⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1984, p. 88.

²⁷⁷ Assim explica Nelson Nery Junior (1993, p. 93) a legitimação autônoma:

“[...] num trabalho de um colega meu, no curso de doutoramento da Universidade de Frederich Alexander, em Nüremberg, o Professor Richard Gusbanksers publicou um livro chamado *A defesa dos direitos supra-individuais em juízo, em especial da ação coletiva para a proteção da concorrência*, no qual ele examina essa figura e diz o seguinte: ‘Como nós não estamos diante de direito individual, a legitimação para defesa de direitos difusos e coletivos em juízo é uma opção do legislador’. Quer dizer, o direito ali não é de alguém especificamente individualizado. Ou ele é de uma categoria determinável em pessoas, mas por enquanto indeterminada, portanto é um direito coletivo; ou ele tem titulares absolutamente indetermináveis, o direito é difuso.

Então o legislador escolhe alguém para a defesa desses direitos em juízo. Porque ele não precisa escolher alguém para defesa de direito individual. O próprio titular tem legitimação para defendê-lo. Às vezes, o legislador concebe uma legitimação concorrente, o substituto processual. Mas, no caso de direito difuso e direito coletivo, o legislador simplesmente tem a opção de escolher alguém para defesa em juízo desses direitos.

Então dizem os alemães, começando pelo trabalho mais sistematizado de que ‘...’ Houve outros trabalhos, como do Varren, ou do professor Hapichaise, é um professor da Universidade de ‘...’, na Alemanha, e também na Universidade de Zurique, no qual eles tratam da matéria e vão nominar essa figura. Eles a chamam de legitimação autônoma para condução do processo, em alemão, em tradução literal, ‘...’. Então é uma legitimação, não se trata de ordinária ou extraordinária, é uma legitimação autônoma para a condução do processo, por opção do legislador.

a extensão dos efeitos desta a terceiros. O mesmo pode-se dizer com relação aos direitos individuais homogêneos, cujo titular é o conjunto de lesados ou, como também se entende, as próprias vítimas. Daí que se pergunta: os titulares dos direitos são considerados terceiros somente por não terem participado do processo?²⁷⁸

Tendo em vista essas considerações, conclui-se que os efeitos da coisa julgada devem ser analisados não pelo título recebido pelo legitimado (afinal, nem mesmo se sabe se os institutos jurídicos hodiernos podem explicá-lo; a cada dia surge uma nova teoria para tanto), mas pela titularidade dos direitos. Assim, como afirmaram Braga e Câmara, realmente, não há diferença entre a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas e a do Código de Processo Civil; basta que se reconheça a titularidade de ajuntamentos humanos sobre os direitos transindividuais.

4 OS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS EM JUÍZO

Neste último capítulo, tecem-se comentários sobre algumas decisões, votos e jurisprudência com o objetivo de destacar certos pontos desenvolvidos e questionados no capítulo 2, os quais têm lugar na prática forense.

Limitou-se a pesquisa ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios por questões metodológicas – restrição do âmbito de pesquisa – e por serem as decisões de nosso interesse, visto que o primeiro é o tribunal superior em matéria infraconstitucional e que o segundo atua na região de nosso interesse – seus julgados dizem respeito à nossa realidade “mais próxima”.

Agora, se, dizem eles, se tivermos que reduzir essa nova modalidade jurídica à dicotomia clássica, de legitimação ordinária e extraordinária, não teríamos dúvida, [*sic*] em subsumi-la à idéia de legitimação ordinária. Se pudéssemos, dizem eles, que fazer, enquadrar, essa nova categoria no processo civil clássico” (NERY JUNIOR, 1993, p. 93).

²⁷⁸ Carnelutti comenta a respeito dos litígios individuais: “[...] nem sempre faz falta que, para deduzir no processo o litígio entre Tício e Caio, atue no primeiro um e outro por si, a não ser que possam intervir pessoas distintas deles, não é raro que as pessoas sujeitas a coisas julgadas sejam diferentes das que conduziram o processo, este fenômeno engendrou uma série de equívocos e, geralmente, a tendência em acreditar que a coisa julgada se estende, além das partes, a terceiros também, o que deu lugar a que estabeleça uma distinção entre terceiros e terceiros, chamando aos primeiros, terceiros interessados e aos outros terceiros indiferentes, e admitindo que a coisa julgada abrange os primeiros. Tais enganos não se desfazem mais a não ser operando com a distinção entre parte em sentido material (sujeito do litígio) e parte em sentido formal (sujeito do processo; *infra*, n.º 147), e demonstrando que com frequência quem aparece como terceiro não o é, porque o que acontece é que seu litígio foi deduzido no processo por meio da ação de pessoas distintas” (2000a, p. 428).

As decisões escolhidas nem sempre traduzem a jurisprudência do tribunal. São abordadas aquelas que podem ser sujeitas a comentários pertinentes à matéria desenvolvida ao longo deste trabalho monográfico. Não se trata, portanto, de uma análise completa e quantitativa das decisões judiciais, mas de uma análise qualitativa destas.

4.1 O(S) TITULAR(ES) DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Primeiramente, cumpre expor a ementa da decisão que será submetida a comentários, a saber:

O Idec tem legitimidade para promover ação civil pública para defesa dos interesses de seus consorciados, aplicadores em cadernetas de poupança, para definição dos índices de correção dos saldos.

Recurso não conhecido.

(STJ, Quarta Turma, REsp 198.807/SP, Processo n.º 1998/0094076-6, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.08.2001)

A primeira incoerência da decisão, que pode ser percebida de plano, é a utilização da palavra “consorciados”, como referente àqueles que fazem parte da associação. O termo exato seria “associados”. Porém, nos textos dos votos, não se constata tal equívoco, tendo sido empregado o termo exato apontado. Eis os trechos dos votos pertinentes ao comentário:

No voto condutor, lê-se:

Finalmente, observo que se trata de interesses individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, qual seja, contratos de caderneta de poupança com as características básicas comuns, regulados

Em consonância com os ensinamentos de Carnelutti, bastaria que fosse reconhecida a titularidade dos ajuntamentos para que se entendesse que o comando da sentença lhes diz respeito diretamente.

Carnelutti (2000a, 429), catedrático no Direito de linha individualista, ao discorrer sobre o processo corporativo, afirma que nele encontra-se a única hipótese em que, no Direito Italiano, a decisão se prolonga para mais além de um litígio determinado. Tal decisão é a sentença em processo coletivo que estabelece novas condições de trabalho. Segundo o autor, a diferença entre esta e a lei é a que a sentença rege unicamente os conflitos inerentes à categoria representada pelo sindicato que atue no processo.

Ocorre que essa hipótese, também prevista no Direito Brasileiro, não é a mesma da ação coletiva objeto desta pesquisa, a qual se refere a provimento jurisdicional vinculado ao caso concreto em exame, e não a características de comando geral para abranger inúmeros outros casos.

uniformemente por disposições do Estado (art. 81, parágrafo único, III, do CPC [*rectius*, CDC])). Tais interesses podem ser defendidos por ação coletiva (art. 81, III). No caso dos autos, esses requisitos estão atendidos, bem com explicada na petição inicial a relação jurídica básica, comum a todos os que, sendo associados do autor, possam obter eventual sentença favorável, na forma prevista nos arts. 91 e seguintes do CDC. (Sem sublinhas no original)

Já no voto-vista, está declarado:

Quanto à questão de cuidar-se na espécie de direitos individuais homogêneos dos poupadores, não remanesce dúvida, uma vez que [*sic*] sendo comum a origem do direito, o consumo pelos associados da entidade do mesmo produto junto ao mesmo fornecedor, mediante idênticas condições, implementa os requisitos abstratos de aplicação da norma que caracteriza esses direitos. (Sem sublinhas no original)

A seu turno, a segunda imprecisão que merece relevo refere-se à condição das pessoas cujos direitos, em conjunto, são defendidos nessa causa sob o título de direito individuais homogêneos.²⁷⁹

No tópico 2.4, levantou-se o questionamento sobre a titularidade dos direitos individuais homogêneos. Seria ela pertencente às pessoas que poderiam reclamar, individualmente, seu direito ou ao conjunto de vítimas? Parece adequado o último entender.

Independentemente dessa escolha, cumpre esclarecer que os beneficiados pela defesa desses direitos (ou os titulares, para quem assim o entende) são todos aqueles que sofreram lesão ou ameaça de lesão em sua esfera individual em decorrência do mesmo fato, na qualidade de consumidor. A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor não fazem qualquer diferença entre os beneficiados (ou titulares). Não há qualquer tipo de discriminação entre estes, de modo que uns fiquem excluídos e outros abrangidos pela decisão que julga pela procedência do pedido na ação civil pública. Dessa forma, por que foi declinado

²⁷⁹ No caso, não se enfrentará a questão da classificação do direito pleiteado em juízo. De acordo com o conceito de “indivisibilidade” adotado, os direitos em tela podem ser coletivos ou individuais homogêneos. Como no presente trabalho optou-se pelo conceito de natureza indivisível, conforme definição de Barbosa Moreira, o pedido de definição dos índices de correção dos saldos atine a direitos individuais homogêneos dos consumidores: a satisfação de um consumidor não ensejará, necessariamente, a satisfação de todos, se aquele, isoladamente, pleitear o mesmo. Entretanto, há que se defender que o conceito de indivisibilidade deve-se sujeitar a um reexame, haja vista tamanha dificuldade de conceituação. De qualquer forma, para os comentários que ora se fazem, a classificação dos direitos não terá tanta importância.

nos votos e na ementa retrotranscritos que o Idec tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de seus associados?

Conforme estudado no item 2.4., o propósito da ação coletiva é beneficiar todos aqueles que sofreram algum tipo de lesão ou estão ameaçados de sofrê-la, independentemente de haver relação jurídica entre elas ou entre elas e a parte contrária. Lembre-se de que o critério do vínculo jurídico é utilizado para identificação dos direitos coletivos para sua diferenciação em face dos difusos. O critério para a identificação dos direitos individuais homogêneos não se pauta na existência, ou não, de tal vínculo, mas no fato de os direitos serem, na essência, individuais e advirem de origem comum. Logo, se uns indivíduos enquadrarem-se no caso, eles serão beneficiados, não importando seu vínculo, ou a ausência deste, com o legitimado. Reitera-se: toma-se em conta a situação das pessoas na qualidade de consumidoras, e não na de associadas a entidades de defesa do consumidor.

Pergunta-se: então, por que o voto condutor preocupa-se, apesar de entender que os direitos em tela são individuais homogêneos, em deixar claro que foi demonstrada a relação jurídica básica comum a todos? Eis novamente o texto: “No caso dos autos, esses requisitos estão atendidos, bem com explicada na petição inicial a relação jurídica básica, comum a todos os que, sendo associados do autor, possam obter eventual sentença favorável, na forma prevista nos arts. 91 e seguintes do CDC” (sem sublinhas no original).

Mais uma vez, coloca-se a questão da visualização dos titulares dos direitos individuais homogêneos como o conjunto de vítimas. Se o titular dos direitos individuais homogêneos fosse visualizado como o conjunto de vítimas, não seria mais fácil evitar qualquer critério de *discrimen* entre estas? Como se sustentaria a cisão do grupo de vítimas em associados e não associados ao legitimado? O fato de se atribuir a titularidade às vítimas, consideradas individualmente, abre espaço para a errônea diferenciação entre as pessoas. A mentalidade de que todas as vítimas são beneficiadas, sem critério de discriminação por serem integrantes do conjunto titular do direito individual homogêneo, deve também estar presente na fase de liquidação, em caso de responsabilidade civil, quando cada um irá provar o seu crédito.

Em decisão anterior, a mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça abordou essa questão, porém o fez de forma mais acertada, a se ver pela ementa:

Ação civil pública. Associação civil. Legitimidade ativa. Consórcio. A associação civil instituída para a defesa de consumidores tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de tantos quantos, sejam ou não seus associados, celebram contrato de adesão com a administradora ré, para a declaração da nulidade da cláusula

de exclusão de juros e de correção monetária das parcelas a serem restituídas ao consorciado desistente. Precedentes. (Sem sublinhas no original)

Demais questões não incluídas na lide.

Recurso não conhecido.

(STJ, Quarta Turma, REsp 302.192/RJ, Processo n.º 2001/0010246-8, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.06.01).

Também aqui o direito é colocado na categoria dos individuais homogêneos, segundo trecho do voto condutor:

Os precedentes deste Tribunal são favoráveis à tese acolhida no r. acórdão, sobre a possibilidade de entidade criada para a proteção de interesses ou direitos individuais homogêneos promover ação com o objetivo de efetivar em juízo essa defesa, a benefício tanto de seus associados como de quem, não o sendo, se encontra na mesma situação descrita na petição inicial. No caso, essa abrangência se estende a todos quantos tenham contratado com a administradora ré a sua inscrição em plano de consórcio no qual prevista a cláusula que contraria o disposto na Súmula 35/STJ. (Sem sublinhas no original)

In casu, fica claro que a legitimidade ativa da associação civil promoverá a defesa dos direitos de todos os consumidores – ou melhor, do conjunto completo de consumidores – que estão na mesma situação, qual seja, os que celebraram contratos de adesão com a administradora ré, os quais, supostamente, possuem cláusulas eivadas de nulidade. Atente-se para o fato de que se leva em consideração a situação idêntica das pessoas na qualidade de consumidoras, e não na de associadas ou não à associação autora.

O Superior Tribunal de Justiça tende a reconhecer a legitimidade de associação civil cujo estatuto decline como função a proteção do consumidor para a defesa dos direitos individuais homogêneos de todos os consumidores que, como tais, se encontrem na mesma situação trazida aos autos pela petição inicial, independentemente de vínculo entre estes e a autora. Dessa forma, tal posicionamento mostra-se conforme à disciplina das ações coletivas e à adequada proteção aos consumidores que, hodiernamente, são atingidos em massa.

4.2 A CONDENAÇÃO GENÉRICA E A VISUALIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS EM SUA DIMENSÃO COLETIVA

No capítulo 2, sustentou-se que a condenação genérica em ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos auxilia na visualização desta como um instituto de significação jurídico-social²⁸⁰. Aquilo que pode não ter muita relevância se analisado do ponto de vista individual adquire relevo a partir do enfoque em seu aspecto coletivo. E a condenação genérica permite que esse exercício seja feito.

Pela condenação genérica, é fixada a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do Código de Defesa do Consumidor). Assim, o *quantum* devido a cada beneficiado com a sentença será apurado somente na liquidação, por iniciativa de cada um.

O voto do Revisor na ACP 46.451/97 (TJDFT, Primeira Turma Cível, Des. Rel. Edmundo Minervino, DJ 06.10.1999), ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, afasta a tese do recorrente de que é incabível a condenação genérica – tendo em vista a falta de provas suficientes para tal decisão e, ainda, o não-comparecimento aos autos de qualquer interessado ou prejudicado – com o seguinte argumento: “No que toca à condenação genérica, se não apareceu nenhum consumidor lesado, melhor para a Apelante, pois nada deverá pagar” (sem sublinhas no original).

Ocorre que o MM. desembargador olvidou-se da disposição do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que os legitimados a ingressar com ação coletiva, no caso, com a ação civil pública, poderão promover a liquidação e a execução dos valores devidos no caso de não haver habilitação de interessados em um número compatível com a gravidade do dano no prazo de um ano.

Logo, o disposto no voto do revisor, em primeiro lugar, não é confirmado por expressa disposição legal. Em segundo lugar, deixa de levar em consideração a dimensão coletiva, o aspecto coletivo, das ações coletivas na defesa dos direitos individuais homogêneos. Isso porque essas ações não se prestam somente a satisfazer os interessados, individualmente considerados. O que as permite ir além é a condenação genérica pela fixação da responsabilidade do réu, já que tal decisão prescinde da iniciativa dos beneficiados no intuito de satisfazer seus direitos próprios, individuais, para fazer com que o réu arque com as consequências do ato ilícito por ele praticado. Em suma, pode-se dizer que o entendimento de

²⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 1991, p. 189.

que as ações coletivas visam somente a satisfazer os interessados, as pessoas lesadas em seus direitos individuais, desconsidera o papel dos direitos individuais homogêneos no âmbito coletivo, seja ele como uma forma de repressão, seja como de prevenção²⁸¹, para que a empresa responda em conformidade com a gravidade do dano por ela causado. Dano esse que deve ser considerado no plano coletivo, e não no individual.

Depara-se, novamente, com a questão sobre a titularidade dos direitos individuais homogêneos baseada nos ensinamentos de Gidi e Donato. Como o titular, para esses autores, é o conjunto de vítimas, as medidas adequadas para que a empresa responda por seus atos não se restringem ao ressarcimento de cada uma delas, mas ao todo.

4.3 OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS COMO O TRATAMENTO COLETIVO DE DIREITOS INDIVIDUAIS

No presente tópico, será comentado excerto de voto de acórdão que julga apelação cível em ação civil pública. Esta visa à declaração de nulidade de cláusula que estabelece reajuste monetário pela variação do dólar americano.²⁸²

Diz o excerto de voto:

Com efeito, não se olvida, [*sic*] que o Ministério Público tem a função de amparar interesses individuais homogêneos. Todavia, deve agir defendendo direitos que convenham a toda coletividade.

Na hipótese dos autos, os contratos que o membro do *parquet* busca defender são independentes, não tendo origem comum, vale dizer, podem ser defendidos individualmente pelos prejudicados. Assim, não há falar em direitos individuais homogêneos. (Sem sublinhas no original).

(TJDFT, Primeira Turma Cível, APC 1999.01.1.006191-6, Acórdão n.º 166002, Des. Rel. Valter Xavier, DJ 18.12.2002)

Essa passagem reproduz uma afirmação não rara nos tribunais, qual seja, a de que, como o pedido formulado em ação civil pública pode ser feito por ação

²⁸¹ L'HEUREUX, Nicole. *Op. cit.*, 1993, p. 10.

²⁸² Apesar de ser muito controversa a identificação do direito à nulidade de cláusula abusiva – uns o entendem como direito coletivo, outros, como da categoria dos direitos individuais homogêneos –, o excerto sob análise tem relevo no que diz respeito à resistência que se impõe contra a tese de que os direitos individuais homogêneos são o tratamento coletivo de direitos propriamente individuais.

individual, não há configuração de direitos individuais homogêneos. Ademais, sustenta-se que, pelo fato de os contratos dos consumidores serem independentes, não há origem comum.

Constata-se uma verdadeira resistência no reconhecimento dos direitos individuais homogêneos. Que são os direitos individuais homogêneos senão o tratamento coletivo de direitos essencialmente individuais possibilitado pelo ajuizamento de ação coletiva?

Os direitos individuais homogêneos, como sustenta Donato²⁸³, só existem a partir do confronto de direitos individuais que, por terem origem comum, apresentam homogeneidade. Portanto, não se sustenta que tais direitos tenham natureza indivisível: eles são, de fato, a reunião de causas individuais.

Pela reunião de causas essencialmente individuais, o provimento, no processo de conhecimento, será uniforme e abrangerá todas as vítimas necessariamente, a não ser aquela que esteja litigando individualmente e não suspenda seu processo. Portanto, como visto no tópico 2.6.2, as características de indivisibilidade e transindividualidade encontram-se, também, nos direitos individuais homogêneos, mas, tão-somente, dentro do processo de conhecimento.

Os pareceres acima parecem contraditórios. Porém, não o são. Explica-se: os direitos individuais homogêneos originam-se de direitos individuais – daí dizer-se que sua natureza é divisível –, que, por serem agrupados a fim de serem defendidos coletivamente, passam a ter uma “face” coletiva que não era muito evidente quando as causas individuais estavam dissociadas. E é justamente pela importância que o processo coletivo dá a essa face, que os direitos individuais, nesse processo, não serão examinados em suas diferenças, mas em suas semelhanças, sob o título de direitos individuais homogêneos. Estes são uma nova categoria que reúne os aspectos semelhantes dos direitos individuais, que são a origem destes e, ainda, o aspecto coletivo, marcado pela repercussão do ato danoso, e as vantagens que a reunião de causas oferece. Dessa forma, a decisão judicial decidirá o caso como único, e todas as causas individuais abarcadas submetem-se aos efeitos da coisa julgada dessa sentença (em caso de procedência). Daí a indivisibilidade dos direitos individuais homogêneos no processo coletivo.

O que autoriza essa reunião de causas, e, portanto, o nascimento dos direitos individuais homogêneos, é a origem comum. A independência dos direitos individuais não é óbice à tutela coletiva. Os direitos individuais não têm de ser dependentes para que tenham origem comum. Esta não é, necessariamente, um evento que ocorre ao mesmo tempo e no mesmo local. Ela pode, sim, ser composta

²⁸³ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Op. cit.*, 1994, p. 180.

por várias situações que se equivalham. Em outras palavras, pode ser que não haja somente uma situação fática a ensejar a reunião de causas individuais, mas várias “situações juridicamente iguais”²⁸⁴ que o façam. *In casu*, a origem comum seria a cláusula idêntica nos contratos que têm mesmo objeto firmados pelos consumidores com o mesmo fornecedor – apesar de que, para muitos, não haveria necessidade de se avaliar a origem comum, visto que entendem que o direito de que se trata é coletivo. A cláusula idêntica, supostamente nula de pleno direito, está presente nos contratos de vários consumidores com o mesmo fornecedor. Sendo assim, pode atuar como origem comum juridicamente igual.

Pelo conteúdo do voto, pode-se dizer que os direitos individuais homogêneos não são compreendidos. Por um lado, é um direito que tem aspecto individual – indivíduos vítimas do evento, direitos individuais como substrato, benefícios individuais na procedência do pedido etc. –, por outro, tem aspecto coletivo – relevância maior à causa pela reunião, auxílio no desafogamento dos tribunais etc.

Os direitos individuais homogêneos, se levados em conta seus dois aspectos, não parecem fazer parte da dicotomia direito individual/direito coletivo. Parecem fazer parte de um e de outro âmbito. Dessa forma, o seu exame requer cautela. Não se pode levar em consideração somente um de seus aspectos, sob pena de não serem devidamente visualizados.

O caso em comento foi ainda mais grave: não se reconheceu que os direitos individuais homogêneos são, sim, a reunião de direitos individuais, exatamente aqueles que poderiam ser pleiteados pelos prejudicados, isoladamente, em juízo.

Acredita-se que ainda há um certo despreparo no reconhecimento de direitos individuais homogêneos, que são, ao mesmo tempo, coletivos e individuais. O Código de Defesa do Consumidor os reconheceu. Falta que os profissionais do Direito também o façam.

4.4 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS DIREITOS TUTELADOS EM AÇÕES COLETIVAS

No presente trabalho, deu-se relevância à indivisibilidade como critério de diferenciação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Aliás, grande parte da instabilidade nessa diferenciação provém da instabilidade na conceituação de indivisibilidade. Diante disso, o que se observa no cotidiano dos tribunais, no julgamento das ações coletivas, é a

²⁸⁴ ALVIM, Arruda. *Op. cit.*, 1992b, p. 61.

identificação dos direitos sem a devida observância ao caráter de indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos.

A fim de se elucidar o que acima se expõe, transcreve-se passagem de voto que adota essa técnica:

No caso em exame, o Órgão autor estabeleceu uma cumulação de três demandas. A primeira, visando à nulidade de cláusula inserida em contratos de promessa de compra-e-venda de imóveis que previa juros de 1% ao mês, uma vez que a ré não seria instituição financeira e, assim, somente poderia exigir juros depois de ter adimplido sua obrigação, o que se daria com a entrega da unidade imobiliária. A segunda, com o escopo de condenar a ré a indenizar os consumidores que teriam sido lesados pela aplicação da referida cláusula. A terceira, perseguindo uma obrigação de não-fazer, ou seja, condenar a ré a não inserir nos contratos com ela firmados aquela cláusula de juros.

Em cada uma delas se vislumbra uma natureza distinta do direito.

Com efeito, na pretensão anulatória, está-se diante de direito coletivo, haja vista a ligação única entre os consumidores com a parte contrária, a incorporadora dos imóveis e construtora da obra, caracterizando um grupo determinável de pessoas. Na indenizatória, aflora-se o direito individual homogêneo daqueles consumidores ainda mais determináveis e que sofreram dano com a adoção da cláusula absolutamente nula. E na condenatória em obrigação de não-fazer, o direito difuso é incontestado, uma vez que a pretensão de compelir a alienante a não-inserir [*sic*] nos contratos futuros a cláusula beneficiará um número indeterminado de consumidores, ou seja, todos aqueles que vieram a contratar com ela durante sua existência. (Sem sublinhas no original)

(STJ, Quarta Turma, REsp 105.215/DF, Processo n.º 1996/0053455-1, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18.08.1997, p. 37873)

Pela leitura do fragmento extraído do voto condutor, constata-se que o único critério utilizado para a definição de que direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo é a titularidade. De acordo com o voto, o direito coletivo refere-se à anulação de cláusulas inseridas em contrato de consumo e tem como titular grupo determinável de pessoas, haja vista a ligação dos consumidores com a parte contrária. Por sua vez, o direito individual homogêneo pertence àqueles consumidores “ainda mais determináveis” e que sofreram dano pela adoção de cláusula nula. Por fim, o direito difuso pertence a um número indeterminado de consumidores.

De fato, o direito coletivo tem como titular grupo de pessoas. Porém, como afirmado no item 2.3, o grupo é determinado, *in casu*, é o grupo de consumidores que firmaram o mesmo contrato de promessa de compra e venda com a parte contrária. Já os integrantes do grupo, sim, são determinados ou determináveis.

Ademais, o voto pautou-se na ligação dos consumidores com a parte contrária para concluir que o direito era coletivo. Em primeiro lugar, esse argumento, por si só, não basta para se averiguar a existência do direito coletivo; deve estar presente, também, a indivisibilidade do direito, que, aliás, não foi analisada no voto. Em segundo lugar, as pessoas que sofreram prejuízos e pleiteiam indenização podem estar todas ainda vinculadas à parte contrária, e isso não retiraria o direito do rol dos direitos individuais homogêneos a fim de incluí-lo no dos coletivos, visto que o art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor não estabelece qualquer critério de existência ou inexistência de relação jurídica entre os lesados e a parte contrária.²⁸⁵

Segundo o texto do voto, os direitos individuais homogêneos têm como titulares consumidores “ainda mais determináveis”. Constata-se falta de rigor na conceituação. Em primeiro lugar, o titular dos direitos individuais homogêneos é o conjunto de vítimas, tendo em vista que, além de outros motivos já expostos, os direitos individuais homogêneos apenas existem a partir do tratamento coletivo de direitos individuais. Mas não é totalmente equivocado o parecer de que os titulares dos direitos individuais homogêneos são as vítimas, visto que, em certo ponto de vista, são satisfeitos direitos individuais. Esse entendimento, porém, não se mostra adequado porque obsta ou prejudica a visualização do aspecto coletivo dos direitos individuais homogêneos. Por causa do sistema processual clássico, existe, na mentalidade jurídica, a tendência a se levar em consideração somente o aspecto individual desses direitos. Em segundo lugar, não há como se dizer que as pessoas beneficiadas no caso de direitos individuais homogêneos são “mais determináveis” do que as beneficiadas no caso de direitos coletivos. Se se pleiteia a melhoria da qualidade de ensino de uma escola (direito coletivo), as pessoas beneficiadas são “mais determinadas” do que as que foram prejudicadas pelo consumo de produto nocivo vendido no país inteiro ou as que têm direito à indenização por prejuízos advindos de cláusula abusiva em contrato bancário de instituição financeira que atua no país inteiro (direitos individuais homogêneos). Logo, o grau de determinação das pessoas não é critério preciso para se diferenciar tais direitos.

Constata-se, portanto, que o voto em comento, além de ter-se utilizado de critérios inexatos para a identificação dos direitos em juízo, não examinou a característica da indivisibilidade, mas, tão-somente, o grupo de atingidos. De acordo

²⁸⁵ Como visto no item 2.4, pode, sim, haver relação jurídica entre as pessoas interessadas ou entre essas e a parte contrária.

com esse “método”, então, sempre que o grupo atingido for uma coletividade de pessoas indeterminadas, o direito é difuso; quando o grupo for determinado (no caso, os consumidores que firmaram contrato com a empresa), o direito é coletivo, e, por fim, na hipótese de umas pessoas terem sofrido prejuízo, o direito é da categoria dos individuais homogêneos. Diante disso, conclui-se que essa análise não se revela apurada.

5 CONCLUSÃO

As ações coletivas do sistema jurídico brasileiro, como hoje estão disciplinadas, foram fruto de dedicação e estudo de juristas que voltaram seus esforços à solução de controvérsias que não tinham características concernentes, propriamente, ao indivíduo – e tão-somente a este.

Tais juristas, àquela época, já se encarregavam de descrever os direitos que suplantavam a esfera individual, ou seja, os direitos transindividuais. Simultaneamente a essa tarefa, destacavam a imprescindibilidade da tutela jurídica de tais direitos, obstada pela inadequação tanto do direito material quanto do direito processual à realidade social.

No período anterior à edição da Lei da Ação Civil Pública, como visto, o ordenamento jurídico, pela sua concepção clássica, estava voltado à defesa de questões individuais, com exceção da ação popular. Porém, esta já não se apresentava satisfatória para a defesa da vasta demanda de direitos transindividuais que começaram a ganhar relevo e que requeriam proteção. Uns deles eram os direitos de grupos de consumidores ou da inteira coletividade de pessoas que estavam, simplesmente, à mercê da impetuosa disputa de mercado por grandes empresas.

Enfim, a Lei da Ação Civil Pública deu relevo aos direitos transindividuais, ampliando o rol destes e reconhecendo-os como verdadeiros fenômenos de massa, como também forneceu aos operadores do Direito um forte instrumento para a tutela jurisdicional desses direitos, equipado com a ampla atuação do Ministério Público; com a possibilidade de inquérito civil promovido por este; com a outorga de legitimidade a entes e pessoas jurídicas, o que retirou a árdua incumbência do cidadão de promover, isoladamente, a defesa dos direitos transindividuais; com a previsão de crime nos casos de recusa, retardamento ou omissão de dados indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público; entre outros.

Porém, a evolução do tratamento legal da proteção aos direitos transindividuais não se restringiu à Lei da Ação Civil Pública. Posteriormente a ela,

a Constituição Federal também tratou da matéria com o acréscimo de inovações, como a constitucionalização da ação civil pública e a positivação dos denominados direitos coletivos.

Das leis que seguiram a edição da Lei da Ação Civil Pública, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor, que tornou possível, por seu Título III, uma firme integração com aquela, de modo a proporcionar uma adequada tutela jurisdicional dos direitos transindividuais. Com esse propósito, tais direitos foram delimitados e conceituados em três categorias que gozariam da dita tutela: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. Essa última categoria foi reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Anteriormente, os direitos identificados hoje como tais eram defendidos como pertencentes a uma das outras duas categorias.

Constatou-se, porém, que, apesar das definições trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, não era simples a identificação de um direito como difuso, coletivo, individual homogêneo ou meramente individual.

Nesse contexto, autores tiveram importante papel na tentativa de se traçar a diferenciação entre tais direitos. As características destes direitos foram estudadas e debatidas, de forma que se podem observar pareceres interessantes sobre o tema.

Demonstrou-se que o conceito de indivisibilidade é o ponto nodal da instabilidade na identificação de direitos como difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Foram expostas quatro teorias que procuram explicar a indivisibilidade, das quais duas destacam-se nessa tarefa, quais sejam, a de Barbosa Moreira, cuja multicitada definição data de período anterior à elaboração do Código de Defesa do Consumidor, e a de Kazuo Watanabe, que já possui muitos adeptos. A primeira ressalta a indivisibilidade como atributo da natureza do direito, ao passo que a segunda a situa no plano processual, de forma que ela decorre do provimento que lhe é conferido.

A depender da adoção de uma ou de outra teoria, há direitos que podem ser classificados de formas distintas: o direito de nulidade de cláusula abusiva de contrato de consumo, que foi abordado no trabalho, pode ser entendido, respectivamente, como da categoria de individuais homogêneos ou da de coletivos. Em síntese, os pontos de partida levam a conclusões distintas, mas isso não significa que uma delas esteja, necessariamente, equivocada.

É relevante que o confronto de teses seja promovido com vistas a que se alcance uma definição apropriada de indivisibilidade. Assim, poder-se-á conferir aos direitos a tutela com eles compatível. Porém, o que se observou é que o conceito

de indivisibilidade de Barbosa Moreira está sofrendo uma gradativa eliminação, visto que a classificação dos direitos que esse autor elabora em interesses essencialmente coletivos e em interesses acidentalmente coletivos, calcada no conceito de indivisibilidade também por ele elaborado, está sendo utilizada indistintamente pelos autores que não seguem o mesmo entendimento a respeito da indivisibilidade. O que ocorre é que se faz a adoção da classificação de Barbosa Moreira, mediante referência ao nome do autor, mas retira-se o significado original da tese. Problemático não é o fato de a tese de Barbosa Moreira ser superada, mas que seja deturpada e, dessa forma, não seja devidamente debatida.

Outra questão de grande importância em relação aos direitos transindividuais é a da titularidade. Pelo exame dos pareceres dos autores e das decisões judiciais, percebeu-se que, na grande maioria deles, entende-se que pessoas, indivíduos, são os titulares desses direitos. Tal entendimento é, ainda, herança da concepção clássica do Direito, pela qual são tutelados os direitos dos indivíduos, e não de grupos.

Ressaltou-se, portanto, a necessidade de se considerar que a coletividade seja o titular dos direitos difusos; o grupo, a categoria ou a classe, dos direitos coletivos; e o conjunto de vítimas ou lesados, dos direitos individuais homogêneos. Todos esses grupos não têm personalidade jurídica, daí a dificuldade em se enxergá-los como titulares de direitos diante do entendimento clássico.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, já começou a atuar a fim de se comparar coletividades a consumidores, de forma que os interesses daquelas fossem defendidos como os destes. Porém, são raros os autores que reconhecem essa possibilidade. Quem se destaca nessa tarefa é Donato, mas ainda de forma tímida, pois somente o entende em relação aos direitos individuais homogêneos.

Como há grande resistência em se reconhecer que os titulares dos direitos transindividuais sejam grupos, coletividades, conjuntos de pessoas, a disciplina legal da coisa julgada é toda voltada para o sentido da extensão dos efeitos desta a terceiros, mediante a utilização dos termos *erga omnes* e *ultra partes*. Diferentemente desse entendimento, o presente trabalho ressalta que todas as pessoas de uma coletividade, de um grupo ou de um conjunto de lesados submeter-se-ão diretamente à autoridade da coisa julgada, e não indiretamente, como terceiros, uma vez que representam a concretização dos titulares no plano material.

Nesse sentido, demonstrou-se que os termos *erga omnes* e *ultra partes* não se coadunam à disciplina da coisa julgada nas ações coletivas. Os autores não conseguem chegar a um consenso em relação a eles. Diz-se que demonstram diferença de abrangência subjetiva; diz-se, em oposição, que são sinônimos, pois

o que importa é o âmbito da extensão da coisa julgada. Esse impasse, porém, é irrelevante. O que deve ser esclarecido é que o tratamento dos “indivíduos interessados” – isto é, os membros dos grupos titulares – como “terceiros” não se coaduna com a idéia de direitos transindividuais.

Pela análise das decisões judiciais, constatou-se, primeiramente, que a identificação dos direitos pleiteados em juízo não é promovida de forma esmerada. Uma das decisões submetidas à análise classificou os direitos tão-somente com fundamento na identificação dos titulares, o que, ademais, foi feito com base em critérios não muito precisos. Cumpre apontar que tal decisão examinou o caso do direito à declaração de nulidade de cláusula abusiva, cuja classificação em uma das categorias dos direitos individuais é sobremaneira controvertida. De acordo com o que foi demonstrado no trabalho, o conceito de indivisibilidade que se adota influencia na classificação desse direito. A decisão, porém, nem sequer mencionou tal característica.

Em segundo lugar, a atividade de examinar as decisões judiciais permitiu que se verificasse uma verdadeira resistência no reconhecimento dos direitos individuais homogêneos. Conforme afirmado, os direitos individuais homogêneos têm duplo aspecto: coletivo e individual, o que nega a dicotomia entre esses termos. Dessa feita, ambos aspectos têm de ser levados em consideração, pois não basta a conclusão de que, para um dos aspectos, a tutela dos direitos individuais homogêneos não é relevante. A relevância dessa tutela também deve ser investigada em relação ao outro aspecto, mas isso não quer dizer que ela deva estar presente em ambos os aspectos concomitantemente. O caso trabalhado a fim de se visualizar o que se afirma foi o do pedido de restituição de valores ínfimos. Certamente, pelo aspecto individual, a restituição de pequena quantia não tem relevância suficiente para mover a máquina estatal e nem é esse o interesse das pessoas prejudicadas. Já pelo aspecto coletivo, emerge a grandeza advinda da soma das parcelas individuais, e, ao lado desta, o fato de que alguém obteve ganho ilícito e, portanto, deve responder por isso. Não há como ignorar a relevância do aspecto coletivo diante dos valores irrisórios devidos a cada indivíduo.

Por outro lado, também foi examinada decisão que não reconheceu a origem dos direitos individuais homogêneos em direitos meramente individuais. Certo é que aqueles são transindividuais, mas não se pode olvidar sua origem, portanto, seu aspecto individual.

Por meio desta pesquisa, foi posto em questionamento o tratamento que está sendo despendido aos direitos transindividuais. Grande foi o avanço no reconhecimento dos direitos transindividuais pelo ordenamento jurídico e na formulação de instrumentos jurídicos aptos à tutela destes. Porém, como se

constatou, até hoje há dificuldade na visualização dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que, como fenômenos de massa que são, devem ser tratados como tais.

E dizer que eles são fenômenos de massa significa tanto a publicização dos litígios, que não mais ficam restritos ao âmbito privado, quanto a desvinculação de sua titularidade ao paradigma do indivíduo como sujeito de direito.

No que tange aos direitos difusos e coletivos, dada a sua natureza indivisível e transindividual, mais fácil é visualizar a publicidade dos eventos. A passagem ao âmbito público de direitos anteriormente atinentes ao âmbito privado é mais marcante no que se refere aos direitos individuais homogêneos. Por meio do reconhecimento dessa categoria, direitos individuais adquirem inegável relevância social. A dicotomia privado/público, da mesma forma que a individual/coletivo, merece uma reavaliação.

O Direito hodierno não logra explicar a titularidade dos direitos transindividuais se não promover a quebra do paradigma da pessoa, física ou jurídica, como sujeito de direito. Não seria o caso de se admitir a subjetividade jurídica de grupos, ainda que sem personalidade jurídica?

Esse questionamento que se manifesta por ocasião do estudo das ações coletivas ressalta a conveniência de, em trabalhos futuros, desenvolver-se a análise da titularidade dos direitos transindividuais conjuntamente à tese dos sujeitos coletivos de direito, fruto da reflexão sobre a subjetividade jurídica diante da emergência de novos atores sociais.

Este trabalho monográfico teve como objetivo principal lançar a idéia de uma nova leitura da disciplina dos instrumentos jurídicos que visam à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Direito é dinâmico na medida em que acompanha as transformações sociais e, desse modo, mostra-se apto a satisfazer as demandas da sociedade. O ponto de partida desse dinamismo encontra-se na mente dos juristas que reconhecem a necessidade de mudança e, diante dessa reflexão, pugnam pelo progresso.

6 BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, p. 76-99, jun. 1992a.
- _____. Da defesa do consumidor em juízo. In: *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, p. 48-75, out./dez. 1992b.
- ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, n. 75, p. 273-283, jul./set. 1994.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª. ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/89 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 70-151.
- BRAGA, Renato Rocha. *A coisa julgada nas demandas coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 10. ed. rev. Atualizado segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2004.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.
- _____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 326, ano 90, p. 121-130, abr./jun. 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000a.
- _____. _____. Vol. II. São Paulo: Classic Book, v. II, 2000b.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei n. 7.347, de 24.7.85)*. 4ª. ed., rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Ação civil pública consumerista. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 414-440.
- _____. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª. ed., rev. ampl. atualizado conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 21-58.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/89 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 163-192.
- GARRIDO, Renata Lorenzetti. Legitimidade ativa das associações para propositura de ações coletivas. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89-102, out./dez. 1995.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984a, p. 29-45.
- _____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no sistema brasileiro. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984b, p. 177-186.
- _____. Da coisa julgada. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., rev. ampl. atualizado conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004a, p. 903-947.
- _____. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., rev. ampl.

- atualizado conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004b, p. 854-895.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual/legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.
- L'HEUREUX, Nicole. Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 5-26, jan./mar. 1993.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. Vol. 1, 5ª ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/89 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 438-450.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed., rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: *Ajuris*, Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 11, n. 32, p. 81-92, nov. 1984.
- _____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.
- _____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, p. 55-77, jul./set. 1985.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 21ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 599-622.
- _____. Legitimação para a defesa dos direitos difusos coletivos. In: *II Congresso Nacional de Direito Processual Civil*, 2, 1993. *Anais...* Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS), 1993, p. 91-95.
- _____. O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. *Justitia*, São Paulo, ano 54, v. 160, p. 244-250, out./dez. 1992.
- _____; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil e extravagante em vigor*. 5ª ed., rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 9-28.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, n. 788, p. 57-75, jun. 2001.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública: Lei n.º 7.347/85 e legislação posterior; ação civil pública para a defesa da pessoa portadora de deficiência, da criança e do adolescente, do consumidor e do patrimônio público e combate à improbidade administrativa*. 5ª ed., rev. ampl. com jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001a.
- _____. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos: causa de pedir e pedido, ação civil pública ou coletiva; eficácia do procedimento previsto no CDC*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001b.
- WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da prática forense. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992.
- _____. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., rev. ampl. atualizado conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 780-853.
- _____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 84-97.