

A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS*

Mauro Cappelletti*

Resumo:¹ O artigo analisa a tutela dos direitos difusos, em período no qual se discutiam direitos inerentes, como os difusos, coletivos e homogêneos, em preparação à futura Lei da Ação Civil que seria promulgada em 1985 e que completa 40 anos.

* O artigo é fruto de conferência proferida em Italiano e traduzida, ocorrida no Plenário da Assembleia Legislativa, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, no dia 27 de novembro de 1984, durante o período de discussão do projeto e da futura Lei da Ação Civil, de nº 7.347/1985, promulgada em 24 de julho de 2025, e que está completando 4 décadas; bem como em comemoração ao primeiro aniversário de instalação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Junto com a palestra intitulada “Acesso à Justiça”, a presente integrou suplemento especial da Revista do MPRS, v. 1, n. 18, p. 1-51, 1985.

** Jurista Italiano, Doutor Honoris Causa pela Universidad de Aix-Marsella III (França), Professor de Direito Processual da Universidade de Macerata, da Universidade de Stanford e visitante em Harvard, Berkeley, Paris I y Cambridge, Fundador do Instituto de Direito Comparado (Florença) e membro do Instituto Universitário Europeu, autor de obras como “Processo e Ideologia” e “Justiça e Sociedade”. Mauro Cappelletti faleceu no dia 1º de novembro de 2004, aos 76 anos de idade, em Fiesole, na Itália.

¹ Adequação às normas editoriais, resumo, sumário e palavras-chave produzidas por Michael Schneider Flach, Promotor de Justiça. Especialista em Direito Penal Contemporâneo, Mestre e Doutor em Ciências Criminais. Pós-Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Coimbra e Instituto Jurídico). Professor do Curso Preparatório às Carreiras Jurídicas e da Pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Diretor da Revista Ministério Público do RS. Associado Fundador do Instituto Eduardo Correia (IEDC: Ciências Criminais, Direito Constitucional e Filosofia do Direito, América e Europa). Autor do Livro: *Direito Penal, Constituição e Proporcionalidade* (Disponível em: <<https://editorial.tirant.com/br/libro/direito-penal-constituicao-e-proporcionalidade-michael-schneider-flach-9788594775603?busqueda=flach&>>>).

Palavras-chave: Direitos difusos. Direitos coletivos. Tutela de direitos. Acesso à justiça. Lei da ação civil pública.

Sumário: 1 Introdução; 2 A Tutela dos Interesses Difusos; 3 Considerações Finais.

La protección de los derechos difusos

Resumen: Este artículo analiza la protección de los derechos difusos en un período en que los derechos inherentes, como el difuso, el colectivo y el homogéneo, se discutían en preparación de la futura Ley de Acción Civil, que se promulgaría en 1985 y que ya cumple 40 años.

Palabras-clave: Derechos difusos. Derechos colectivos. Protección de derechos. Acceso a la justicia. Ley de acción civil pública.

Índice: 1. Introducción. 2. La protección de los intereses difusos. 3. Consideraciones finales.

1 Introdução

Ontem, vimos como uma filosofia político-jurídica moderna, libertária, aberta socialmente e realista é levada a concentrar-se sobre a temática do acesso, sobre a análise científica dos obstáculos que se opõem à realização do ideal que está na base do pensamento ético, jurídico e político do mundo moderno. Ideal da igual dignidade de todas as pessoas e, por conseguinte, da igualdade de todos perante a lei. Assim, a temática do acesso é, em nosso tempo, uma nova empostação do pensamento jurídico, baseado no que chamei “a perspectiva do consumidor”.

Mas, também, necessariamente, um programa de reforma, ou seja, busca de modos mais eficazes para superar os obstáculos que se opõem ao acesso ao direito e à Justiça. E enquanto programa de reforma, o método comparatístico é obviamente essencial, pois funciona como um laboratório, fonte de experimentação, de inspiração, de prova e reprova, como diria Galileu Galilei.

Vimos, ontem, como a grande temática do acesso se concentra em vários tipos de obstáculos, e o modo de superá-los. O obstáculo causado pela pobreza, sobretudo. Pobreza econômica do indivíduo e ainda do grupo, e da população, com todas as trágicas consequências da pobreza econômica, a qual termina por ser, também, pobreza cultural, social e jurídica. Obstáculos, igualmente, resultantes da complexidade do sistema jurídico, da distância do governante em relação ao governado, dos abusos que exigem remédio jurisdicional, abusos individuais, mas sempre mais abusos dos centros de poder econômico e político, no confronto de sujeitos que, amiúde, não dispõem de instrumentos válidos de proteção. Daí, o fenômeno central dos estudos de sociologia e psicologia social, o fenômeno do sentimento de alienação do cidadão frente aos obstáculos institucionais e legais.

Resulta a busca imperativa e ingente de métodos idôneos para tornar o direito e a Justiça mais humanos, mais próximos, mais simples e acessíveis. O tema de meu discurso de hoje se insere nesse grande quadro, nesse movimento que chamamos do acesso à Justiça: o problema da proteção dos interesses ditos difusos, os embaraços que se opõem a tal proteção e o modo de superá-los.

2 A tutela dos direitos difusos

O que são os chamados interesses difusos? Para entender perfeitamente o tema, é preciso, antes de tudo, abandonar os esquemas dogmáticos e puristas. É necessário entender a questão social, primeiro. Pois a questão social está na base dos interesses difusos. Só a partir daí se podem compreender os aspectos propriamente jurídicos. Acima de tudo compreendendo o problema social e a sua nova, mas já enorme e crescente, importância na sociedade contemporânea. Então, compreenderemos por que este tema tem sido negligenciado e obscurecido pelos juristas.

Examinemos, antes de tudo, o problema social dos interesses difusos. Qual é a primeira característica da sociedade moderna, contemporânea? Acredito que a essa pergunta se pode responder que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo fenômeno, muito específico, de massa – fenômeno de massa.

Do ponto de vista econômico, olhemos a economia da sociedade industrial: tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente, de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo. A empresa, industrial ou comercial, e toda e qualquer empresa econômica, é, cada vez mais, vasta, a tal ponto que, hoje, um típico aspecto de nosso mundo é o das empresas multinacionais.

O problema social reflete o mesmo fenômeno. Intervenção global do Estado na economia, em direção ao Estado de welfare, o Estado promocional, que impõe, inquire, consulta, intervenções de todo tipo. Seja o Estado de *welfare* seja o Estado do assim chamado socialismo real. Isso significa que o ato de uma pessoa ou de uma empresa, de um grupo, envolve efeitos, produz efeitos que atingem uma quantidade enorme de pessoas e de categorias.

As consequências dessa característica da sociedade contemporânea são óbvias, todo o dia as testemunhamos. O problema, por exemplo, da poluição. É suficiente uma emissão de fumaça, ou dejetos industriais, de parte de uma fábrica, para que um rio, um lago, um trecho de mar, ou de ar, sofra consequências negativas. A poluição é uma típica consequência, negativa, da espécie de produção que caracteriza nossa sociedade industrial, pós-industrial, contemporânea.

O consumo: basta que um produto apresente um defeito mínimo e já milhares ou milhões de consumidores sofrerão um dano. O produtor, causante de tal prejuízo, não é somente violador de um direito individual, não está em confronto com uma ou outra pessoa, ou no máximo duas, três, cinco outras pessoas, mas é tipicamente produtor de um dano de massa.

Basta pensar na fraude publicitária. Ah, a publicidade! Típica, outra típica manifestação da nossa sociedade contemporânea. O fenômeno da publicidade, ainda uma vez de massa, que atinge massas, multidões, de todo um país, um grande país como o vosso, um continente, como a América, todo o mundo. Se temos uma fraude publicitária, uma publicidade de má fé, induzindo ao engano, o dano será de massa, e se expandirá sobre milhões de pessoas.

Adulteração de alimentos. O mesmo problema típico. A poluição da água, do ar. Sempre um ato ou uma cadeia de atos que produz efeito ou consequências que se difundem e atingem incalculável quantidade de pessoas.

Outro fenômeno típico da nossa sociedade é a explosão das cidades, das metrópoles, com todas as espécies de abusos e vícios, deturpação de belezas naturais, que são a consequência negativa dessa sociedade na qual, hoje, vivemos.

Não pretendo expender um juízo social, ou sociológico, negativo, em relação à economia de massa, à sociedade de massa. O que desejo destacar é que, ao lado de inúmeros aspectos positivos, somam-se, também, aspectos negativos. E esses aspectos negativos são difusos, não atingem tanto um indivíduo como massas de pessoas.

Qual a razão sociológica da emergência desse novo tema, totalmente desconhecido há trinta, quarenta ou cinquenta anos? O tema da proteção contra esses efeitos difusos radica no surgimento de interesses que não são individuais, privados, mas envolvem grupos, categorias, massas, classes da sociedade.

Como já disse, tipicamente o interesse dos consumidores. Trata-se de interesse fragmentado. Por que fragmentado? Porque qualquer um de nós tem um fragmento do interesse difuso dos consumidores.

Outro exemplo de interesse dessa natureza não precisa necessariamente ligar-se a problemas econômicos, como o dos consumidores, e nesse sentido re-firo o problema social da estética, das belezas naturais. Mas podemos apontar outro problema social, como o de certas minorias, minorias raciais, por exemplo, no qual a possibilidade de intervenção legislativa ou de tipos diversos envolve vastas categorias de pessoas. E os efeitos dessa intervenção podem gerar benefícios ou malefícios, que se difundirão por toda a categoria interessada. Dei o exemplo da minoria racial. Poderia falar de outras minorias, como os anciões, os jovens etc. Tipicamente, em que o Estado deve intervir para resguardar os direitos de vastas categorias sociais.

A intervenção estatal, todavia, pode trazer igualmente aspectos negativos. É o caso de um imposto, uma taxa, inconstitucional, lesiva do interesse não apenas de uma, duas ou algumas categorias de pessoas.

Por conseguinte, do problema social nasce a exigência de uma resposta jurídica. Quando surge o problema social o direito logo deve intervir, deve tratar de resolvê-lo, ou de colaborar na resolução do mesmo. Esse é o direito realista, não um direito abstrato, dogmático, direito das nuvens.

Qual é o problema jurídico que corresponde ao problema social característico da sociedade contemporânea?

Não posso dizer que em outras épocas não existissem exigências de intervenção do mesmo tipo, intervenções difusas. Mas o que desejo enfatizar é que hoje esse problema emerge com uma importância extraordinária, sem precedentes na História do homem. O problema jurídico é muito simples. Como proteger essa categoria, essa massa, esses interesses difusos (do consumidor, do meio ambiente etc., etc.)?

Certo, uma primeira resposta é óbvia: o legislador pode aprovar leis de direito substancial que protejam o consumidor, o ambiente, as minorias raciais, *civil rights*, direitos civis etc. Aí esta apenas um primeiro passo, não mais.

Porque especificamente o interesse difuso necessita de uma proteção judiciária, processual, sempre que violado. Não basta que exista uma lei de direito material que exija lealdade, por exemplo, em matéria publicitária. Não basta isso. É preciso antes uma proteção adequada no caso de fraude publicitária.

Agora, pois, eis nosso problema jurídico, jurídico judiciário, jurídico processual. A questão do acesso à Justiça, neste campo. Temos aqui um problema, porque o direito processual tradicional trabalha em cima de dois conceitos, que remontam à “*summa divisio*” encontrável em Justiniano, e antes ainda em Ulpiano, a “*summa divisio*” entre direito privado e direito público. Essa divisão máxima se reflete nos dois tipos tradicionais de solução dos problemas da proteção legal.

Primeiro tipo: a solução privatística. Podemos chamá-la a solução proprietária, *proprietary*. Qual o seu significado? Significa a solução tradicional, individualística, privatística, a qual afirma que aquele que possui o direito, o titular do direito, o proprietário, o credor, pode agir pela tutela do direito violado. Esta a concepção tradicional, sobretudo do processo civil. Ou seja, a legislação para agir é de quem se afirma titular do direito que faz valer em Juízo, direito em relação ao qual ele solicita a tutela *in iudicio*.

O outro modelo, outro tipo, é a concepção publicística, estatal. Isto é, a que diz: quando um direito não é de caráter privado, mas de caráter público, pertencendo ao Estado a parte pública, está legitimado a agir, a requerer tutela

in iudicio, tem acesso à Justiça, a parte pública. Caso da França e dos países de influência francesa, e legitimado estará o *Ministère public*; da Alemanha e dos países que adotaram o sistema do *Staatanwalt*, literalmente o advogado do Estado; dos países da Europa Oriental, legitimada a *Prokuratura*; em outros a legitimação é de algo similar ao Ministério Público.

Devo dizer, todavia, um Ministério Público sem o caráter de independência e de separação da magistratura peculiar ao Ministério Público brasileiro.

Pois bem. As soluções tradicionais são duas: direito privado (o titular do direito pede a tutela); direito público (normalmente o Ministério Público). Nos países de *commom law* será o *Attorney General* ou *District Attorney*, a parte pública, o representante do Estado, advogado do Estado, como apropriadamente dizem os tedescos. São os dois modelos tradicionais.

Exemplifiquemos, tomando o Direito Penal. Historicamente, o Direito Penal não se revestia de caráter público. Era a vítima do delito que, à feição do direito privado, podia agir em Juízo. Houve, contudo, uma constante publicização do Direito Penal. O crime é considerado hoje em quase todos os países não mais uma violação de direito individual, mas a violação de um direito que interessa diretamente ao Estado. Daí a criação, em muitos países, do que se denominou monopólio do exercício da ação penal, através do Ministério Público.

O interesse difuso, na medida em que a lei substantiva o transforma em direito, não é privado, nem público. Nem completamente privado, nem completamente público. Pensemos no ar que respiramos. O ar que respiramos não é meu, nem seu, é de todos e de ninguém, ao mesmo tempo. Não é de um indivíduo, nem do Estado. É algo distinto, *sui generis*, coletivo. Pensemos, ainda uma vez, no fenômeno do consumidor.

Quando uma lesão é produzida em forma massiva, de massa, não apenas eu sendo consumidor, mas muitos, muitos outros sendo consumidores também, o meu direito, minha lesão, não passa de um fragmento do dano total.

Eis o ponto, jurídico, de partida. Interesses difusos, interesses fragmentários, não são totalmente privados, nem inteiramente públicos. Aquilo que denominei, parafraseando Pirandello, interesses em busca de autor (*interessi in cerca di autore*), porque não têm um proprietário, um titular, são difusos. Em busca de autor, por quê? Ora, porque se não encontrar autor, não terá tutela legal.

Mesmo se o legislador mais aberto a esse fenômeno, mesmo o mais progressista, mais avançado, se limitar a estabelecer que tais interesses são direitos substanciais, sem alterar também o campo da tutela, ou seja, sem investir desse direito um “autor” que possa legitimar-se a pedir a proteção legal será um legislador frustrado, limitado a operar no campo do direito material, sem eficácia.

Trata-se de uma “*new property*”, um novo tipo de propriedade, um novo tipo de direito, “*new property*” que pede não só uma nova legislação substancial, mas uma nova modalidade de proteção.

Por qual razão os dois tipos tradicionais de proteção mostram-se inadequados? É claro que o modelo individualista, privatístico é inadequado porque, *verbi gratia*, se eu sou um consumidor, de acordo com esse modelo posso demandar exclusivamente o meu dano, meu prejuízo individual, pessoal, que é um fragmento irrisório do dano total.

Primeiro, normalmente não tenho motivação suficiente para demandar em Juízo, porque meu prejuízo individual será de regra pequeno, muito limitado.

Segundo, o efeito de uma decisão que condena o produtor a ressarcir o meu prejuízo é, igualmente, irrisório, pois o dano sofrido por mim é minúsculo, um átomo do dano total. O fabricante seguirá tranquilamente produzindo, em cadeia, em massa, o mesmo artefato. Ainda que me deva indenizar, com dois, dez ou cem dólares, isso será um fragmento mínimo do imenso lucro obtido com a produção que prosseguirá do mesmo modo.

Há também um problema de informação. O indivíduo, como tal, não tem acesso de fato à Justiça, porque estando isolado não será suficientemente informado para agir eficazmente *in iudicio*, contra o produtor de massa. São aspectos relativos ao consumidor.

No que diz respeito, por exemplo, às agressões ao ambiente, às belezas naturais, o fenômeno é ainda mais evidente. Suponhamos a emissão ilegal de fumaça, ou a poluição das águas de um rio, lago, onde vamos passar as férias. Se somente o indivíduo pode agir, o que poderá obter? Lembre-se que a solução tradicional diz caber ação ao vizinho, ao proprietário, e não a quem se vê perturbado, por exemplo, no gozo de férias. No caso em tela, é lógico que apenas um herói terá coragem, resistência, e mesmo fundos para intentar uma ação contra um grande poluidor. Sem falar que este terá normalmente uma força econômica muito superior à do indivíduo singular prejudicado.

Assim, a inadequação da solução privatística, individualística, é clara. Se apenas estiver legitimado o proprietário a demandar em Juízo, a tutela, a proteção, o remédio será normalmente inadequado, insuficiente.

A outra solução tradicional, como dissemos, é a publicística, estatal. Aqui a investigação comparada demonstra que igualmente há inadequação, porque de regra a parte pública, *Ministère public*, *Staatanwalt*, *Attorney General*, etc, é representante de interesses do Estado. E, por isso, menos idônea à proteção desses novos direitos econômicos, sociais etc. Menos idônea por uma infinidade de razões.

Em primeiro lugar, porque essa espécie de interesses exige especialização que o Ministério Público normalmente não possui. Em matéria alimentar, matéria de química, matéria de ambiente, de mercado, de consumo, e assim por diante. A parte pública, em geral, não tem esse tipo de informação. Trata-se de juristas, como nós. Pessoas que cursaram uma Faculdade de Direito, estudaram questões jurídicas, obtiveram láurea ou licenciatura em Direito, e são capazes de interpretar a lei, pelo menos. Mas não possuem esse outro tipo de informação especializada, indispensável para uma eficaz tutela de parte de quem representa interesses difusos.

Além disso, o Ministério Público, a parte pública – 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 demais países que conheço, França, Alemanha, Itália etc., o Ministério Público (repito) 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. Sobretudo, porém, a falta de especialização torna insuficiente a solução publicística.

Observem bem: não digo que seria mau se a lei legitimasse, autorizasse, também, o Ministério Público, para agir em Juízo na tutela dos interesses difusos. Acredito que seria bom se, também, ele pudesse agir nesse campo. Mas não creio boa, acho uma péssima solução, a atribuição ao Ministério Público do monopólio da titularidade para agir em Juízo, em defesa dos interesses difusos, como ocorre em alguns países.

E agora, chegamos a um impasse. Tanto a solução privada, como a pública, são inadequadas. Daí, a novidade emergente em número crescente de países. A consciência da inadequação das duas soluções tradicionais leva à busca de novas soluções. Mencionei apenas três ou quatro.

Primeira solução. Uma solução consistente na criação de organismos públicos, estatais, mas especializados, altamente especializados. Chamemo-los Ministérios Públicos especializados. É um fenômeno que se desenrola à volta do próprio âmbito do Ministério Público. Criação de certos departamentos no seio do Ministério Público, como exemplificativamente, um departamento dedicado à proteção dos consumidores, outro à proteção do ambiente. Ou pura e simples criação de órgãos especializados, públicos, inteiramente novos e autônomos.

Exemplo típico: os países escandinavos, que são a vanguarda neste campo. O Ombudsman dos consumidores. Trata-se não apenas de um jurista, como ocorre com o Ministério Público. O Ombudsman, na Suécia, é composto de cerca de vinte e cinco pessoas, entre juristas, economistas, peritos de mercado,

etc. Sim, um organismo público, porque é um órgão administrativo, porém, especializado, neste caso, na tutela dos consumidores. A Suécia criou esse Ombudsman dos consumidores em 1970. Logo depois, a instituição era introduzida na Dinamarca, Noruega, etc. Ainda na Suécia: criação de outro Ombudsman, sempre um órgão público, administrativo, agora para garantia de igual tratamento entre homens e mulheres, em matéria trabalhista. Novamente um órgão público, administrativo, estatal, mas especializado em matéria típica desses novos interesses emergentes, não ligados a um indivíduo somente mas a categorias, massas. No presente caso, o problema novo da igualdade de tratamento da mulher.

Inglaterra: o *British Director General of Fair Trading*, ou seja, Diretor-Geral encarregado de fiscalizar a lealdade na produção, a Fairness. Outro organismo público, voltado à tutela do consumidor, contra a fraude e abusos. Tal criação data de 1973.

Mais um exemplo: Estados Unidos – *The Environmental Protection Agency* (E. P. A., como dizem). Essa agência para proteção do ambiente foi criada no último decênio, cerca de 1970.

Quais as vantagens da nova solução?

Consistem, sobretudo, na especialização, na informação. Os órgãos públicos têm competência específica no campo do mercado, do comércio, alimentos, fraudes alimentares, proteção do meio ambiente etc.

A tantas e importantes vantagens, todavia, se juntam algumas desvantagens. Trata-se de fato já demonstrado, de que os órgãos públicos tendem a se burocratizar, à *over regulation*, à excessiva produção de normas. Vivemos, hoje, em um mundo, como dissemos ontem, necessitado de limitar o fenômeno da burocratização, o dirigismo estatal. Sem falar em outro aspecto: os funcionários do órgão público estão sempre em contato tanto com as vítimas dos abusos quanto com os causadores, os agentes dos abusos. Ora, o produtor tem, com frequência, a capacidade de captar, psicologicamente, os integrantes desse organismo especializado. Estudiosos, sobretudo norte-americanos, constataram que há grande risco de que os organismos públicos sejam cooptados, e não apenas psicologicamente, perdendo sua eficácia, sua motivação. De qualquer modo, finalmente, verifica-se que esses órgãos não são suficientemente independentes, diante do poder executivo.

Segundo modelo. É o prevalente na Europa continental. Trata-se do que os alemães denominam *Verbandsklage*, os franceses chamam de *action collective*.

Qual o seu significado?

Certas associações, certos agrupamentos, a exemplo das associações de proteção ambiental, ou das associações de proteção dos consumidores, obtêm

por lei – a legitimação para agir em Juízo. Não apenas para a proteção de direitos dos seus membros, mas para a proteção em geral, coletiva, de todos os consumidores, ou de todos os que estão interessados na proteção do meio ambiente. Ou seja, aquilo que os franceses entendem por *action collective*.

Afirmo que o modelo prevalece na Europa. Devo acrescentar que é também a solução adotada no Japão. Trata-se, em outras palavras, de associações oficialmente autorizadas, legalmente autorizadas, a agirem em Juízo, para tutela de interesses difusos.

Típico exemplo, na França, a *loi Royer*, de 1973. Note-se que sempre retornamos a esse ano. É a “*loi Royer*” célebre exemplo de proteção aos consumidores: certas associações, na França, estão oficialmente autorizadas a agir em Juízo, para tutela dos interesses difusos. 1976, na Alemanha. A lei sobre cláusulas *standards* de contratos que podem funcionar no sentido da violação de certos interesses difusos.

Outros exemplos? Poderia mencionar a Suécia, neste campo, 1983 – recentíssimo!; Dinamarca: uma associação chamada Associação para Conservação da Natureza, oficialmente reconhecida e legitimada para agir em Juízo.

É um fenômeno crescente, sobretudo se considerarmos a França. Aí, agora, temos dezenas de leis que autorizam associações para o exercício da ação judicial. Ligas anti-alcoólicas, associações de mulheres, associações de luta contra o racismo etc., etc.

As vantagens dessa solução são expressivas. A associação concentra as forças de um grupo de pessoas. É o caso da associação para a proteção da natureza, intitulada, em meu país, *Italia nostra*. Parece-me que são 50 mil sócios. Uma potência. Então, supera a fraqueza do indivíduo isolado. É uma união, que multiplica as forças; torna a lide economicamente possível, considerando-se que, às vezes, para o indivíduo a demanda é economicamente impossível; possibilita a apreciação do interesse de todos, de uma só vez, sem que todos precisem recorrer à Justiça. Por outro lado, a possibilidade de maior motivação psicológica, porque as associações são resultado do interesse pela proteção, seja do consumidor, do ambiente ou de minorias raciais etc. O fato de que sejam oficialmente reconhecidas significa, normalmente, que são idôneas, para seriamente defenderem os interesses da sua categoria, da sua classe.

Naturalmente, algumas desvantagens existem nessa solução. Em particular, trata-se, sempre, de associações oficialmente reconhecidas. Oficialmente legitimadas e, unicamente, através de lei. Não há espaço para um associar-se espontâneo, *ad hoc*, quando sobrevém uma lesão prevista anteriormente. Aí, existe certa parcela de dificuldade no acesso à Justiça. Entretanto, é uma solução muito mais avançada que aquelas tradicionais.

Um outro modelo novo é o que se afirma, sobretudo, nos Estados Unidos e, também, no Canadá, Austrália e alguns países mais. A *class action*, a ação de classe. Vejam que o próprio nome *classe*, reflete o alargar-se do Juízo, que não é um Juízo de parte individual, mas um Juízo no qual se discute um problema que envolve uma classe, uma categoria de pessoas. O *class actor*, ou *class suitor*, o autor das *class actions*, não necessita de uma autorização precedente, através de lei específica. É uma associação espontânea, que voluntariamente se apresenta em Juízo, dizendo-se, autodenominando-se representante de uma classe, *self actorited*, como dizem nos Estados Unidos, ou seja, *real party in interest*. Além disso, com base em uma reforma da lei processual federal, art. 93, o ressarcimento do dano não se limita ao indivíduo prejudicado, mas alcança todo o dano produzido pelo violador, o responsável pelo dano de massa.

Os riscos da presente solução são grandes, embora tantas vantagens de uma forma tão espontânea e flexível para cobertura, potencialmente, de todos os danos. O perigo está nos abusos. Vai o indivíduo a Juízo e pode, abusivamente, autodenominar-se campeão de toda uma categoria.

Eis um papel novo do juiz. Abordamos um aspecto muito importante: um novo papel do juiz, nas ações de classe. O juiz é responsável pelo controle da admissibilidade da representação, i. é, incumbe ao juiz controlar para que o autodenominado “campeão de toda a categoria” seja, efetivamente, representante legítimo – *adequated representary*. Encargo novo e muito delicado, difícil, para o juiz. Diz a lei norte-americana que o juiz deverá cuidar que o *class suitor* não entre em conluio com a outra parte, pois as consequências desse compromisso, dessa aproximação, poderão se refletir sobre todas as partes interessadas, ausentes do Juízo.

Há uma quarta e última solução. Conhecida em alguns países, inclusive o Brasil: a ação popular. *Quisquis do populo*. Qualquer um pode ir a Juízo para defesa de interesses de certo tipo.

Encontra-se um exemplo ainda nos Estados Unidos: o *Clean Air Act*, de 1970, admite a ação popular quando se trata de poluição do ar. Admite-a, evidentemente, porque todos têm direito ao ar puro. A ruptura com os esquemas tradicionais, aqui, é completa.

Vejam! Com as *class actions*, o autor é um integrante da categoria; não é qualquer um, *quisquis do populo*. Deve ser, como no caso da Itália, alguém lesado pelo fabricante. O *class suitor* é um membro da categoria. Na ação popular, propriamente dita, *quisquis de populo*, qualquer um, pode acorrer a Juízo, prescindindo da exigência de ser titular de um fragmento do direito, cuja tutela é demandada. Abolição absoluta da ideia mesma de legitimação para agir. Todos estão legitimados. O conceito de legitimação desaparece.

Está consignado em vários autores, todos insígnies, que esta será a solução do futuro. Tenho inúmeras dúvidas nesse particular, pois as possibilidades de abuso são gigantescas. Na *class action*, o juiz norte-americano pode controlar, e deve fazê-lo continuamente, a titularidade do *class suitor*. Há de ser um representante sério, capaz, idôneo, de toda a classe. Se entramos no terreno da ação popular, todavia, ninguém exercerá tal controle, porque sequer se cogita do próprio conceito de legitimação para agir. Logo, a possibilidade de abusos é grave, no meu modo de ver. Em suma, entendo que será preferível um número limitado de pessoas, motivadas e idôneas – pessoas ou associações – ao invés de um exército de pessoas cuja motivação não se possa controlar.

Chego às conclusões. Todas as novas soluções – existem algumas que omito por premência de tempo – estão surgindo, emergindo, para satisfação ao problema social que sabemos característico do nosso mundo contemporâneo.

Vivemos o fenômeno do pluralismo, no sentido de que não é suficiente a divisão simplista entre público e privado, Estado e indivíduo. Surgem formações intermediárias, de extrema importância, capazes de representar o indivíduo e de protegê-lo contra os efeitos potencialmente desastrosos da economia de massa, da sociedade de massa. Porque se esperarmos tudo do Estado, se dissermos: “bem, não é o meu interesse, nem meu direito, mas um interesse coletivo, logo cabe ao Estado”, caros amigos, se aguardarmos tudo do Estado, nada conseguiremos. Devemos, antes, organizarmo-nos, considerando inclusive que o Estado não é algo distante. O Estado somos nós, nasceu da nossa iniciativa. Aqui radica a necessidade de criação dessas formas intermediárias, a necessidade de uma visão pluralística da sociedade, que não se divida à base de “eu sou o indivíduo, além está o Estado, no meio encontra-se o outro”. É um fato fundamental pela sobrevivência da nossa liberdade.

É, igualmente, um fenômeno de desprivatização do direito, no sentido de que muitos interesses normalmente considerados como privados, sejam desprivatizados, tornando-se sociais. Interesses difusos tipicamente são interesses sociais, e não meramente individuais. Ao mesmo tempo, é um fenômeno de despublicização, desburocratização, pois o que se busca evitar é que esses novos interesses coletivos se transformem em monopólio da ação pública; portanto, um fenômeno convergente, ao mesmo tempo de desprivatização e de despublicização; uma tentativa de inserir a iniciativa privada ao serviço da sociedade; não confiar apenas ao Estado a defesa da sociedade. É outro aspecto do acesso à justiça, da posição do consumidor, de que falávamos ontem.

E, por fim, é um fenômeno de transformação profunda do direito judiciário. O tema da legitimação de agir, tipicamente baseado na *summa divisio*, sofre profunda modificação. A legitimação para agir é atribuída a associações, a sujeitos que não agem por si sós (*per se*) apenas, mas pela coletividade. O con-

ceito rígido, tradicional, de legitimação para agir dá lugar a um conceito social. *A partie individuelle* torna-se *partie collective*.

Do mesmo modo, o tema das garantias fundamentais, do devido processo. *Due process*, como dizem os americanos, significava originalmente que todas as partes deveriam ser notificadas. Mas se condicionarmos as ações de classe, se condicionarmos as ações do consumidor como classe, à notificação de todos, teremos o chamamento de milhões de indivíduos. Amiúde significará a notificação de pessoas que se encontram em lugar não sabido. É um grupo difuso, que não tem contornos bem estabelecidos, precisos. Há que renunciar a essa ideia rígida, tradicional, individualística, de notificação a todas as partes, e admitir que a notificação se possa fazer às partes que são representantes legítimos dos interessados ausentes.

O tema da coisa julgada, igualmente, está se modificando. Normalmente, a coisa julgada é definida como: “*res iudicata tertiis nec prodest, nec nocet*” (a coisa julgada não aproveita nem prejudica a terceiros). Não é mais verdade que a coisa julgada, em matéria de proteção dos interesses difusos, necessariamente, deva se expandir às partes ausentes apenas se notificadas. Caso contrário, os efeitos da proteção não serão suficientes, adequados.

Emerge, ainda, um conceito novo: o de adequada representatividade, legitimação, como já dissemos. O problema do ressarcimento do dano sofre uma metamorfose, uma revolução que concerne não só ao direito judiciário, propriamente, mas a toda a problemática do ressarcimento de danos. Há uma passagem da concepção clássica – o dano ressarcível é aquele sofrido pela parte que vai a Juízo – a uma concepção global de ressarcimento. Não interessa tanto o prejuízo causado à parte mas, sobretudo, o dano criado por alguém, que deve ser ressarcido, e o será, não apenas à parte que acorre a Juízo, como a todos os ausentes, enquanto passíveis de individualização. E, a seguir, se pode utilizar o conceito norte-americano do *fluid recovery* (ressarcimento fluido).

3 Considerações finais

Nasce para o autor uma nova responsabilidade coletiva. E, também, por consequência, para o advogado e para o próprio Juiz, encarregado de controlar a legitimação do representante. E, agora, concludo, porque se trata de uma grandiosa transformação, em curso. É verdade que há lentidão, resistência, oposição. Entendo, porém, que se trata de uma transformação inevitável. Se desejamos que o direito não se afaste de sua função primordial, de proteger o indivíduo e a sociedade contra abusos, permitam que encerre com breves palavras, da tradução portuguesa de um texto meu, de algum tempo atrás:

Naturalmente, toda profunda transformação, toda revolução, mesmo no plano meramente intelectual, comporta altos custos. Dizia Bertrand Russell que o advogado da transformação tem uma tarefa bem mais difícil que o advogado da conservação e da ordem. Mas, quando aquilo que se quer conservar não responde mais as novas e inderrogáveis necessidades sociais, então a conservação não é mais ordem. E a lição de direito comparado está a mostrar que as transformações, nesta exposição sumariamente delineadas, longe de serem o fruto de uma visão pessoal, ou local, respondem aquilo que são as grandes e gerais tendências evolutivas do mundo contemporâneo.