

O CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA: ASPECTOS CONCEITUAIS

Elton Venturi *

Sumário: 1. O que significa tutela jurisdicional coletiva? 2. Quem precisa de proteção jurisdicional coletiva? 3. A importância de um Código Modelo de processos coletivos para os países Ibero-Americanos. Rumo ao devido processo social. 4. As condições de admissibilidade da tutela coletiva segundo o Código Modelo. 5. Definições a respeito da ação coletiva e dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o Código Modelo. 5.1. Protección de “intereses o derechos”. 5.2. Conceituação legal dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos. 5.3. Intereses o derechos difusos. 5.4 Intereses o derechos individuales homogêneos



1. O QUE SIGNIFICA TUTELA JURISDICCIONAL COLETIVA?

A primeira e mais notória noção que se extrai da expressão *proceso colectivo* diz respeito ao instrumento que viabiliza, de forma concentrada, a proteção jurisdiccional de determinados interesses ou direitos cuja titularidade transcende

* Procurador Regional da República. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

o indivíduo singularmente considerado.

Trata-se, em uma primeira aproximação conceitual, da via de tutela judicial dos chamados interesses ou direitos metaindividuais, assim considerados aqueles que possuem pertinência social ilimitada (interesses ou direitos difusos) e aqueles pertinentes a indivíduos que integram comunidades identificáveis pela formação de grupos, classes ou categorias (interesses ou direitos coletivos).

Tais interesses historicamente sempre enfrentaram enormes dificuldades tanto em relação à sua própria identificação enquanto pretensões merecedoras de proteção jurídica (reconhecimento do seu *status* de direito subjetivo), como também em relação à forma de sua jurisdicionalização. Daí decorrem, em parte, os percalços enfrentados pela tutela dos direitos difusos e coletivos, dificuldades estas facilmente compreendidas quando se observa que toda a lógica e a vocação do processo individual (o único ainda conhecido por muitos países Ibero-Americanos) se mostram absolutamente incompatíveis com a pretensão de tutela dos direitos metaindividuais.

Para além da proteção dos referidos direitos difusos e coletivos (*tutela de direitos coletivos* em sentido amplo), o processo coletivo ainda pode se prestar à tutela de direitos exclusivamente individuais (*tutela coletiva de direitos individuais*). Para tanto, é necessário que entre eles exista uma relação de *homogeneidade* (decorrente de sua origem comum) que os torne conexos e que sua proteção por via do processo coletivo se mostre mais vantajosa e razoável do que pela via dos processos individuais. Esta foi a fórmula imaginada no intuito de se viabilizar, incentivar e aprimorar a proteção jurisdicional de uma série de interesses puramente individuais que, a depender de processos individuais, jamais ou dificilmente chegariam a ser analisados pelo Poder Judiciário.

Esta, pois, é a idéia central invocada pela expressão

tutela jurisdicional coletiva: a proteção unificada de direitos transindividuais e individuais homogêneos por via de ações coletivas, promovidas por pessoas e entidades legalmente legitimadas em virtude de serem consideradas adequadas representantes processuais da sociedade ou comunidade envolvida, com o objetivo de se alcançar, em caso de procedência do pedido, a expansão *erga-omnes* da coisa julgada em benefício de todos.¹

2. QUEM PRECISA DE PROTEÇÃO JURISDICCIONAL COLETIVA?

A imprescindibilidade das ações coletivas parte de uma premissa que nos parece insofismável: a precariedade e a insatisfatoriedade do sistema de tutela jurisdicional individual, sobretudo quando bem compreendidos os problemas inerentes ao acesso à justiça na sociedade globalizada do século XXI.

As legislações processuais dos países Ibero-Americanos foram inspiradas marcadamente pelas grandes codificações européias do século XIX, época de predomínio das ideologias do individualismo, do liberalismo e do egoísmo. Desta forma, o sistema de tutela jurisdicional imaginado naturalmente só poderia ser concebido para a proteção de direitos subjetivos individuais, a partir do acionamento do Poder Judiciário diretamente pelo titular do interesse violado ou ameaçado de lesão.

Um sistema de tutela jurisdicional que se limite a

¹ Como destaca Rodolfo de Camargo MANCUSO, a compreensão sobre o que seja um processo coletivo envolve uma análise sob um duplo enfoque. Sob um prisma negativo, deve ser afastada a hipótese de processos *pseudo-coletivos*, “onde os interesses individuais estão apenas somados e/ou neles não predominam os elementos comuns que pudessem lhes dar coesão”. Sob um prisma positivo, será reconhecido um processo como sendo coletivo “quando verificado que uma certa faixa do universo coletivo irá receber a projeção da eficácia do comando judicial, indistintamente, pois, de quem sejam os sujeitos concernentes”, *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*, São Paulo, RT, 2007, p. 61.

prometer proteção a direitos tão somente enquanto expressos em uma dimensão individual, não só lança os indivíduos carentes de tutela estatal judicial à própria sorte (sorte essa dependente da transposição de variados obstáculos econômicos, culturais, jurídicos e políticos ao acesso à justiça), como ignora a existência de direitos transindividuais, sonogando-lhes qualquer forma de proteção.

A migração do individual para o coletivo é fenômeno que antecede e fomenta a idéia de processos coletivos. Se a sociedade do século XXI está alicerçada na valorização dos paradigmas da *solidariedade*, do *coletivismo* e da *dignidade da pessoa humana*, somente a interação do tradicional sistema processual individual com um sistema de processos coletivos possui aptidão para afirmá-los.

Em virtude das diversas aspirações da tutela jurisdicional coletiva, fundamentada em uma ideologia bem diferente daquela que orientou a criação do sistema de tutela individual, na verdade todos os países que almejam a concretização da *cidadania* e da *democracia*, independentemente do grau de desenvolvimento econômico, necessitam de um eficiente sistema de processos coletivos.

De fato, pode-se dizer que a *realização da cidadania* constitui a grande aspiração social da tutela coletiva, uma vez que somente ela apresenta-se idônea à promoção da inclusão social dos membros da comunidade cujos direitos e garantias fundamentais são constantemente sonogados e violados.

“A tutela coletiva assume, desta forma, uma função extraordinária, que exorbita o plano jurídico e social, sendo indispensável à conformação política do *Estado Democrático de Direito*. A efetiva operacionalidade do sistema das ações coletivas passa a ser encarada não mais como mera *conseqüência*, mas como *condição de existência e prevalência da democracia*, diante das possibilidades que gera em relação ao rompimento das inúmeras barreiras opostas ao acesso à

justiça, mediante o emprego de técnicas diferenciadas de legitimação ativa e de extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada.”²

Como se percebe, as ações coletivas são absolutamente imprescindíveis a todas as nações que estejam seriamente comprometidas com os essenciais valores inerentes à sociedade do século XXI. Daí a enorme importância que assume um projeto de Código Modelo de processos coletivos para os países Ibero-Americanos: representa uma tendência de avanço no campo técnico-processual e, conseqüentemente, um possível instrumento de operação de reformas no campo político e social.

3. A IMPORTÂNCIA DE UM CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA OS PAÍSES IBERO-AMERICANOS. RUMO AO DEVIDO PROCESSO SOCIAL.

Em múltiplos sentidos a iniciativa da edição de um Código Modelo de processos coletivos para os países Ibero-Americanos é extremamente feliz.

Inicialmente, em um sentido propriamente *jurídico*, o Código Modelo viria suprir uma lacuna suportada pela maioria dos países do referido bloco que, ou possuem regras esparsas e caóticas sobre tutela coletiva,³ ou simplesmente desconhecem qualquer forma de tutela jurisdicional de direitos transindividuais. De fato, muito embora a realidade social do final do século XX e início do século XXI venha revelando com nitidez o crescimento de uma litigiosidade cada vez mais diferenciada, em grande parte decorrente da asseguaração substancial cada vez maior dos chamados novos direitos, fato é

² Elton VENTURI, *Processo civil coletivo*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 102.

³ Neste sentido, vide Ada Pellegrini GRINOVER, *Hacia un sistema Iberoamericano de tutela de intereses transindividuales*, in *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Editorial Porrúa: 2ª ed., México, 2004, p. XXXVII.

que muitos ordenamentos jurídicos ainda não despertaram para a necessidade da criação de modelos processuais coletivos, única forma de tutela adequada a referidos interesses.

Contudo, talvez a maior virtude da proposta do Código Modelo diga respeito à provocação de um repensar no sentido do redimensionamento das relações entre Estado - cidadãos - Poder Judiciário, conduzindo a uma possível transformação *política e social*. A partir da instauração de um eficiente sistema processual coletivo, tanto passa a se viabilizar a efetiva participação dos cidadãos na vida política do Estado, incentivando formas de controle direto e indireto dos próprios atos do Poder Público (ideal democrático), como também a promoção das políticas públicas indispensáveis à concretização do ideal da dignidade da pessoa humana.

A adoção de processos coletivos acarreta uma extraordinária e notável translação paradigmática no campo da prestação jurisdicional: conduz a uma espécie de socialização da fundamental garantia do devido processo legal, como já tivemos a oportunidade de salientar:

“É preciso despertar para uma nova realidade: se os alvos de proteção da garantia do devido processo legal ainda são fundamentalmente os mesmos (vida/liberdade/propriedade), não é menos verdade que as perspectivas pelas quais tais alvos são encarados hoje são profundamente diferentes. De fato, os múltiplos e complexos pressupostos para se qualificar o *ser humano livre e digno*, para além daqueles religiosa e filosoficamente estáticos, cambiam naturalmente, de acordo com o próprio contexto social. (...)

Sob tais perspectivas é possível determinar-se, assim, uma *releitura do princípio do devido processo legal*, que passa a assumir uma *vocação coletiva*, daí mensurando-se os contornos do *devido processo social*, dependente, muito mais que da ampliação e da desburocratização do aparelhamento judiciário ou de alterações legislativas, do abandono da

dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça, da compreensão do papel que o Poder Judiciário deve desempenhar na construção do Estado Democrático mediante a afirmação dos direitos individuais e sociais fundamentais.”⁴

Como visto, um Código Modelo de processos coletivos pode acarretar bem mais do que uma simples e inofensiva inovação instrumental nos ordenamentos jurídicos dos países que vierem a adotá-lo. Bem compreendidos o sentido e o alcance do “devido processo social”, pode-se finalmente enxergar nas ações coletivas uma poderosa arma social potencialmente apta a propiciar a afirmação da democracia, do Estado Social de Direito, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, enfim, de muitas das aspirações que para a grande maioria dos países Ibero-Americanos por enquanto não passam de doces utopias.⁵

4 – AS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA TUTELA COLETIVA SEGUNDO O CÓDIGO MODELO

O capítulo I do Código Modelo cuida da definição das condições para admissão e processamento das demandas coletivas, certamente um dos temas mais relevantes e complexos da tutela jurisdicional coletiva.

Nas disposições gerais são conceituados os direitos passíveis de proteção por via das ações coletivas (direitos difusos e individuais homogêneos), designados os legitimados para a sua promoção judicial e estabelecidos critérios gerais tanto para a concreta aceitação da ação como também para o

⁴ Elton VENTURI, *Processo civil coletivo*, cit., p. 149-151. A expressão “devido processo social” foi originariamente mencionada por Mauro CAPPELLETTI, *Problemas da reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. O processo civil contemporâneo*. Curitiba, Juruá, 1994, p. 18.

⁵ Sobre a vocação do processo coletivo para operar, dentro dos limites da atuação jurisdicional, reformas sociais, políticas e econômicas, consulte-se Gregório Assagra de ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual*, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

reconhecimento da representatividade adequada do autor da ação em relação ao grupo social cujos interesses são levados a juízo.

A experiência dos países com tradição de tutela jurisdicional coletiva tem demonstrado que apenas uma minoria das demandas propostas chega a ser efetivamente julgada pelo mérito, justamente em função de não passarem pelo filtro representado pelas condições de admissibilidade. Acaso não se consiga qualificar uma determinada pretensão substancial como transindividual ou individual homogênea, ou na hipótese de não se identificar uma relação de adequada representatividade entre tal pretensão e o autor da ação, a demanda coletiva não será processada.⁶

Daí a extrema importância da opção legislativa quando da definição das condições para o conhecimento das ações coletivas, pois podem representar a diferença entre o sucesso ou o fracasso do modelo processual transindividual.

Nada obstante a necessidade de se estabelecer pressupostos mínimos para a admissão das ações coletivas,

⁶ Para se ter uma idéia, conforme informa Ada Pellegrini GRINOVER (Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade, in Édís Milaré (coord.), *Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2001, p. 26), no âmbito das *class actions for damages* objetivando reparação de danos decorrentes de relações de consumo, após 34 anos de aplicação das *Federal Rules*, foram poucas as *class actions* admitidas nos Estados Unidos, sendo que, ainda, das que foram certificadas como coletivas, cerca de 90% foram resolvidas “mediante transação, pelos meios alternativos de solução de disputas (ADR)”. No Brasil também há dados que corroboram a assertiva. Em interessante pesquisa coordenada por Paulo Cezar Pinheiro CARNEIRO, dentre os diversos dados que foram apresentados da análise de 285 ações coletivas ajuizadas no Estado do Rio de Janeiro entre os anos de 1987 e 1996, apurou-se que “o número de extinções sem o julgamento do mérito é praticamente quatro vezes superior ao número de pedidos julgados improcedentes, e, ainda que um número significativo de extinções decorreu ou do reconhecimento da ilegitimidade (50%), ou de perda do objeto (27,7%), situações mais fáceis de lidar para o magistrado do que aquelas relativas ao mérito, repita-se, em regra, de grande complexidade, que envolvem ramos novos e específicos de nosso ordenamento jurídico”, *Acesso à justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000, p. 215.

pensamos que não podem ser tão rigorosos a ponto de minimizar ou até mesmo inviabilizar a promoção da tutela coletiva. De fato, o problema da admissibilidade revela-se ainda maior quando, ao lado de critérios extremamente rígidos, adota o magistrado os mesmos modelos interpretativos usados para avaliar o processamento das demandas individuais ou modelos baseados em pressupostos culturais, políticos e econômicos incondizentes com a realidade dos países Ibero-Americanos.

Por isso, pensamos ser necessária a adoção de um modelo processual *inclusivo* que permita uma releitura e revisão dos clássicos condicionamentos para o conhecimento e processamento das ações no campo da tutela coletiva. Trata-se de repelir, a todo custo, a manipulação da teoria tradicional das condições da ação com o intuito de exclusão da apreciação jurisdicional de toda sorte de pretensões transindividuais, ou seja, da transformação das condições da ação em *instrumento de seleção política das demandas sociais*.

Este, aliás, parece ser o grande risco que se corre ao se inserir no Código Modelo conceitos fechados referentes à qualificação dos direitos transindividuais e individuais homogêneos e condições de admissibilidade baseadas em conceitos jurídicos indeterminados. Nas mãos de *juízos discricionários*, tais pressupostos podem representar arbitrária forma de utilização do discurso jurídico para a sonegação ou a inviabilização da tutela jurisdicional coletiva.

5. DEFINIÇÕES A RESPEITO DA AÇÃO COLETIVA E DOS INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SEGUNDO O CÓDIGO MODELO

Inicia o Código Modelo adotando a expressão *acción colectiva* para o fim de designar toda e qualquer demanda por

via da qual se pretenda deduzir jurisdicionalmente a tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos, como se destaca:

Art 1º. - *Ámbito de aplicación de la acción colectiva* - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoria o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

II - intereses o derechos individuales homogêneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoria o clase.

Tal opção revela-se a mais adequada, sobretudo em virtude da forma simples e direta pela qual procura estabelecer a distinção entre a ação individual e a ação coletiva, abandonando outras possíveis denominações utilizadas em outros ordenamentos (v.g., ação popular, acción civil pública, class action, acción oraganizacional). No intuito da eliminação da confusão terminológica na qual por vezes ainda se incorre, melhor é que sejam reunidas sob a expressão *ação coletiva* todas as demandas destinadas à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, eis que assim se destaca o essencial traço distintivo entre as ações de índole individual e transindividual.

Nada obstante as dificuldades conceituais que podem ser suscitadas em relação à noção de *acción colectiva*, que não se resume ao objeto litigioso ligado a uma pretensão transindividual,⁷ é essencial que seja distinguida da *acción*

⁷ Conforme tentativa de sistematização de Antonio GIDI, “En verdad, la acción

individual, que obedece ao tradicional modelo de legitimação ordinariamente autorizada apenas à pessoa que se alega a exclusiva titular do direito subjetivo objeto de proteção e, por consequência, da extensão dos efeitos da coisa julgada restritamente às partes litigantes.

5.1. PROTECCIÓN DE “INTERESES O DERECHOS”

Preliminarmente à discussão conceitual entre as categorias de pretensões que podem ser objeto das ações coletivas (difusas ou individuais homogêneas), o Código Modelo, inspirando-se na legislação brasileira, cuida de qualificar referidas pretensões como “interesses” ou “direitos”.

Na verdade, tal cuidado se deve a uma histórica dificuldade de afirmação dos chamados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos como autênticos direitos subjetivos.

A nova realidade revelada pela dimensão das substanciais pretensões coletivas, comuns aos integrantes de toda a comunidade mas não imputáveis exclusivamente a ninguém pessoalmente considerado, parecia não se encaixar exatamente no tradicional conceito de *direito subjetivo*. Assim, por temor à incompreensão a respeito da plena proteção jurisdicional dessas espécies de pretensões transindividuais e individuais homogêneas, preferiu-se, estrategicamente, adotar-se alternativamente as expressões ‘interesses’ ou ‘direitos’.⁸

colectiva es la acción propuesta por um representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada). En una acción colectiva los derechos del grupo son representados en juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho del grupo”, El concepto de acción colectiva, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, cit., p. 15.

⁸ Como já explicamos, O *preconceito* quanto à qualificação de tais aspirações como efetivos *direitos subjetivos* deriva de justificativas de ordem subjetiva, objetiva e

De toda forma, é preciso acentuar-se que não deve existir, para fins de interpretação do sistema do Código Modelo de processos coletivos, qualquer distinção na adoção das expressões *direitos* ou *interesses*. Ambas buscam significar o possível objeto da tutela jurisdicional coletiva.⁹

5.2. CONCEITUAÇÃO LEGAL DOS INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Seguindo o exemplo da legislação brasileira, O Código Molelo optou por também definir expressamente as espécies de interesses ou direitos objeto de uma ação coletiva, referindo-se a direitos difusos e individuais homogêneos.

Tal opção conceitual sujeita-se a sérias críticas, a

formal: *subjetivamente*, nega-se aos interesses meta-individuais a qualificação de *direitos* em virtude de ser impossível imputar uma titularidade individual e exclusiva a certas aspirações pertinentes a todo o corpo social ou a parcelas deste; *objetiva e formalmente*, a referida negativa se deve em função da natureza marcadamente extrapatrimonial das pretensões meta-individuais (na medida em que não são economicamente *apropriáveis* por ninguém, individualmente), sem expreso reconhecimento quanto à sua *existência*, até algum tempo atrás, por parte dos ordenamentos jurídicos. Desta forma, sob uma ótica eminentemente liberal-individualista, compreendem-se os motivos pelos quais reservou-se às pretensões meta-individuais a qualificação de *interesses difusos* ou *interesses coletivos*: se o *direito subjetivo* somente pode ser identificado como *interesse juridicamente protegido*, na consagrada fórmula de Ihering, ou como *poder da vontade individual, reconhecido e tutelado pela ordem jurídica*, conforme a clássica concepção de Savigny, carecendo às aspirações difusas e coletivas reconhecimento legislativo, nem sendo oponíveis *erga omnes* por titulares concretamente individualizáveis”, *Processo civil coletivo, op. cit.*, p. 45. Sobre o tema, ainda, consulte-se Rodolfo de Camargo MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada, cit.*, p. 81 e Antonio GIDI, *Derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*, In *La tutela de los derechos...*, cit., p. 25.

⁹ Por isso mesmo, Hermes ZANETI JUNIOR chega a sugerir “la supresión, en el anteproyecto de Código Modelo, del término ‘intereses’ y por la indicación, en el *caput* del art. 1º del CM, de que los derechos que serán cualificados en los incisos son derechos colectivos *lato sensu*, por lo tanto com características comunes”, *Derechos colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogêneos*, In *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos, cit.*, p. 62.

começar pela perigosa decisão de se atribuir ao legislador a função de definir conceitos técnicos, tarefa esta mais afeita à doutrina.¹⁰

A se tomar em consideração que o direito de ação deve ser concebido como genuinamente “atípico”,¹¹ é criticável que se busque categorizar as espécies de tutelas coletivas, até mesmo em função da previsão do artigo 4º do Código Modelo que alude ao irrestrito cabimento de qualquer ação para a tutela dos direitos metaindividuais.¹²

Assim como ocorreu no Brasil, o maior risco proveniente da conceituação expressa e estanque dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos é a da geração de um *conceitualismo* tão exacerbado que acarrete, em muitas hipóteses, a inviabilidade do processamento de uma ação coletiva. Pelo que se pode extrair da experiência brasileira,

¹⁰ Conforme bem lembra Antonio GIDI, “Desde el derecho romano ha sido generalmente reconocido que una definición legal lleva consigo el peligro de ser incompleta o inadecuada, y por ello obstruye el desarrollo legal de los tribunales (in iure civili omnis definitio periculosa est)”, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países de derecho civil*, Universidad Bacional Autónoma de México, 2004, p. 64.

¹¹ Segundo YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 189, “As formas de invocação da tutela jurisdicional – mediante o exercício da ação e conseqüente propositura de uma demanda – devem ser consideradas atípicas, no sentido de que as garantias constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da própria ação funcionam como uma cobertura geral e ampla para todas as afirmadas posições jurídicas de vantagem decorrentes do plano material (diante de lesão ou ameaça de lesão de direito). Nessa medida, eventual tipicidade da ação somente poderia ser aceita, com reservas, na projeção, em concreto, da propositura de uma demanda. Essa tipicidade pode ser extraída da causa de pedir, considerando-se típica a ação cuja “causa petendi” é descrita de forma taxativa pela própria lei processual. O exercício da jurisdição, à medida que dá resposta aos reclamos de tutela, deve igualmente reputar-se atípico, isto é, desvinculado de modelos apriorísticos que possam limitar a declaração ou atuação de direitos ou interesses reconhecidos na órbita substancial. Atípicas, portanto, são as formas de tutela jurisdicional, que devem estar em consonância com os limites decorrentes do direito material.”

¹² Conforme o art. 4º, “Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela.”

muitas vezes o Poder Judiciário se nega a processar demandas coletivas não em virtude da ausência de legitimação ativa ou de interesse processual, mas sim por força de dificuldades (muitas vezes mais retóricas do que reais) no enquadramento formal da pretensão material deduzida em juízo a uma das categorias de interesses ou direitos referidas legislativamente. Como o legislador não tem compromisso com a cientificidade dos conceitos que utiliza, surge uma crise que pode ser denominada *crise de identidade da tutela coletiva*.¹³

Sobre o problema conceitual da tutela coletiva e os equívocos interpretativos derivados de uma deficiente ou insatisfatória definição legal dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, sustentamos:

“Para a efetividade da tutela jurisdicional coletiva interessa menos *descobrir* de que tipo de direito se trata (se difuso, coletivo ou individual homogêneo) do que analisar, concretamente, a admissibilidade do processamento da pretensão deduzida pela via coletiva. Ou seja, o que importa, efetivamente, é a verificação da conjugação entre a presunção de legitimação (*ex lege*) da entidade autora e a verificação do interesse em se obter, concentrada e indivisivelmente, resposta jurisdicional a pretensões processuais transindividuais para fins de viabilização da tutela coletiva.

Desta forma, trocando-se a compulsão por uma rigorosa e estéril conceituação do tipo de pretensão meta-individual formalizada em juízo pela análise da pertinência e da

¹³ No mesmo sentido, conforme Márcio Flávio Mafrá LEAL, “Tal definición no es bienvenida bajo el aspecto teórico ni bajo el aspecto práctico (...). Desde el punto de vista práctico, hay un inconveniente en definir los intereses e derechos conducidos por las acciones colectivas: el poder judicial se esforzará en asociar los requerimientos de las partes a esas categorías. Si no se vislumbra que los pedidos se encajan en una de las tres definiciones, se verá impelido a rechazar la acción, como si le fuera una condición especial de enjuicimiento”, Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogêneos em el código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica, In *La tutela de los derechos difusos...*, cit., p. 40-42.

viabilidade de sua admissibilidade através de um processo coletivo, embasada nos critérios supra-referidos, é possível corrigir o foco de análise visando a alcançar o objetivo que verdadeiramente importa – qual seja, o de se definir se a pretensão deduzida merece um tratamento processual coletivo ou, ao contrário, se deve ser submetida ao sistema tradicional individual.

Ultima ratio, importa assentar se a tutela jurisdicional empreendida será individual ou será coletiva. Sendo individual, será regida pela sistemática do Código de Processo Civil, redundando, potencialmente, em uma coisa julgada oponível *intra partes*. De outro modo, tratando-se de tutela efetivamente coletiva, será regida pelo microsistema antes apontado, pouco importando qual a definição conceitual dada à pretensão deduzida, bastando aceitar-se, então, que, em caso de procedência, a coisa julgada operará uma eficácia oponível *erga omnes* (tome-se a expressão genericamente), seja para beneficiar vítimas e sucessoras do evento lesivo objeto da ação (hipoteticamente, defesa de direitos individuais homogêneos), seja para favorecer, indistintamente, a todos os integrantes do grupo, classe ou categoria que tenham direta e imediata relação substancial com o objeto litigioso ou, por fim, a pessoas indetermináveis ou indeterminadas, que aproveitarão o resultado útil da tutela jurisdicional apenas eventualmente, em decorrência de circunstâncias fáticas de tempo e lugar.”¹⁴

Tais conclusões parecem decorrer logicamente de uma realidade insofismável: apesar da tentativa legislativa de conceituar os interesses ou direitos difusos ou individuais homogêneos, o único método apropriado para identificá-los envolve, necessariamente, a verificação do pedido de tutela jurisdicional deduzido em juízo. Conforme bem explica Nelson Nery Junior, “A pedra de toque do método classificatório é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se

¹⁴ Elton VENTURI, *Processo civil coletivo*, cit., p. 92-93.

pretende quando se propõe a competente ação judicial. (...) Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.”¹⁵

Por tudo isso, parece ser mais conveniente (em termos de facilitação da compreensão da tutela coletiva) que, ao invés de se estabelecer uma rígida correlação entre o cabimento da ação coletiva *desde que* se qualifique a pretensão material como sendo ou difusa ou individual homogênea, simplesmente estabeleça o Código Modelo que a demanda coletiva poderá ser movida sempre que se trate de uma pretensão que transcenda o interesse puro e exclusivamente individual de alguém, na medida em que se detectar relevância social do acesso coletivo à justiça.¹⁶

5.3. INTERESES O DERECHOS DIFUSOS

Em seus pioneiros estudos sobre o florescimento das pretensões transindividuais, ainda na década de 70, Mauro Cappelletti já referia, indistintamente, a existência de interesses difusos ou coletivos: “una quantità crescente, per numero e per importanza, di rapporti e di attività coinvolgono non singoli soggetti soltanto, isolatamente presi, ma gruppi, classi, categorie intere. Interessi tipici di questo mondo nuovo, come quelli alla salute e all’ambiente naturale, hano carattere *diffuso*, *collettivo*, poiché non appartengono a singoli individui in quanto tali ma alla collettività. La tutela contro la loro violazione assume caratteristiche del tutto particolari ed un’importanza ignota finora nella storia delle civiltà e del

¹⁵ Nelson NERY JUNIOR, *Código brasileiro de defesa do consumidor*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007, p. 1024.

¹⁶ Neste sentido, mais adequada é a proposta feita por Antonio GIDI no sentido de se dispor que “a ação coletiva é cabível em tutela de pretensões transindividuais de que seja titular um grupo de pessoas e de pretensões individuais de que seja titulares os membros de um grupo de pessoas”, *Código de processo civil coletivo – um modelo para países de direito escrito*, *In Revista de processo*, nº 111, São Paulo, RT, 2003, p. 193.

Diritto”.¹⁷

O Código Modelo optou por reunir, dentro da expressão “intereses ou derechos difusos”, todas as pretensões essencialmente transindividuais, ou seja, todas aquelas que não podem ser reivindicadas por ninguém com exclusividade, uma vez que são pertencentes a certos grupos sociais, mais ou menos determináveis em função do grau de agregação dos seus integrantes.

Como já advertimos, “Os interesses difusos devem ser compreendidos não como *novos direitos*, no sentido de que tenham nascido contemporaneamente mediante a expressa referência constitucional à proteção do meio ambiente, da saúde, do bem-estar social, dos consumidores, dos trabalhadores – enfim, de qualquer pretensão relacionada com a qualidade de vida –, mas sim como interesses que sempre existiram, emergentes naturalmente do plano da *existência/utilidade*, dispersos no contexto social em função da inexistência de vínculos formais e rígidos entre seus titulares. A tal dispersão, aliás, pode ser apontada a responsabilidade, em grande medida, pela ausência da representação das pretensões difusas em juízo, na medida em que ninguém, com exclusividade, poderia legitimamente apresentar-se como habilitado a tutelá-las, dentro de um modelo jurisdicional absolutamente vinculado ao culto do individualismo.”¹⁸

Os intereses ou derechos difusos, dentre outros aspectos

¹⁷ Mauro CAPPELLETTI, Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, *In Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Pádua, CEDAM, 1976, p. 192. Na doutrina italiana, ainda, sobre a conceituação dos direitos difusos: Massimo VILLONE, La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso, *La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato*. Milão, Giuffrè Editore, 1976; Guido ALPA, Interessi diffusi, *RePro* 81/146-159, São Paulo, RT, janeiro-março/1996 e Andrea PROTO PISANI, Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Pádua, CEDAM, 1976.

¹⁸ Elton VENTURI, *Processo civil coletivo*, cit., p. 50.

que poderiam ser anotados,¹⁹ são definidos pelo Código Modelo em função da presença de três características em especial: i) a *transindividualidade*; ii) a *indivisibilidade*; iii) a titularidade comum a *grupos* de pessoas que estão agregadas entre si apenas circunstancialmente (coincidências de fato) ou por força da existência de uma relação jurídica entre si ou com a parte adversária.

A *transindividualidade* (o *supraindividualidad*) representa a transcendência individual da titularidade da pretensão subjetiva. Trata-se da principal característica que distancia os direitos difusos dos direitos individuais, caracterizados esses pela apropriação exclusiva da pretensão por um único titular isoladamente considerado. Deve-se compreender, contudo, que o direito transindividual não representa a mera soma de frações ideais de direitos individuais, como se poderia equivocadamente imaginar. Os indivíduos integrantes dos grupos sociais titulares do direito transindividual comungam-no de maneira idêntica e em toda a sua inteireza.²⁰

A *indivisibilidade* diz respeito à própria essência do direito subjetivo difuso, ou seja, trata-se de uma pretensão que

¹⁹ Os direitos difusos poderiam ainda ser caracterizados pelo seu caráter essencialmente extrapatrimonial, como bem assinala Márcio Flávio Mafra LEAL: “Los derechos difusos no son de naturaleza patrimonial, pues no confieren un crédito económico a um individuo o un grupo”, Notas sobre la definición de intereses difusos, *La tutela de los derechos...*, cit., p. 40.

²⁰ Na verdade, como bem ressalta Antonio GIDI, “Al contrario de lo que se acostumbra afirmar, no son muchos, ni indeterminados, los titulares (sujetos de derecho) de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos. Sólo tiene un único titular y muy bien determinado: una comunidad en el caso de derechos difusos, una colectividad en el caso de derechos colectivos o una serie de víctimas indivisibles en el caso de derechos individuales homogéneos. (...) Hay sólo un titular del derecho: la comunidad, la colectividad o la comunidad de víctimas indivisiblemente consideradas, ya sea conforme a um derecho difuso, colectivo o individual homogéneo respectivamente. Las personas que compenen la comunidad o la colectividad es que son varias e indeterminadas o indeterminables; no el titular del derecho material em si”, *Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, La tutela de los derechos...*, cit., p. 30.

natural e logicamente não comporta qualquer tipo de cisão, sob pena de sua inviabilidade existencial. Assim, os interesses inerentes ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à probidade e moralidade da Administração Pública e ao patrimônio público, dentre outros, por sua própria natureza, são de fruição quantitativa e qualitativamente indistinta entre todos os seus titulares.

Evidentemente que a indivisibilidade material inerente aos interesses ou direitos difusos acaba se traduzindo em uma indivisibilidade também no plano processual: não se pode cogitar de provimentos judiciais que, de qualquer forma, determinem tratamentos distintos a pretensões ontologicamente indivisíveis. Como ilustração, uma decisão judicial não poderia estabelecer, sem ferir a lógica e a natureza, a despoluição meramente parcial do meio ambiente natural ou artificial, seja pela impossibilidade prática, seja porque isto implicaria na restrição da fruição geral do direito transindividual.

Por fim, os direitos difusos são caracterizados pelo Código Modelo pela *titularidade pertinente a grupos sociais* formados ou por “personas ligadas por circunstancias de hecho” ou pela existência de uma vinculação dos seus integrantes, entre sí o con la parte contraria, derivada de una relación jurídica base.

Na primeira hipótese (que se confunde, aliás, com a referida pela legislação brasileira), os interesses ou direitos difusos são titularizados por toda a sociedade, cujos indivíduos são absolutamente indeterminados ou indetermináveis na medida em que não possuem entre si ou com a parte contrária qualquer relação jurídica. Ao contrário, tais indivíduos (cotitulares da pretensão transindividual) no mais das vezes sequer se conhecem ou são conhecidos individualmente.

Os integrantes do grupo social ao qual pode ser referido o direito difuso são ligados entre si apenas em virtude de circunstâncias fáticas (fato de alguém ser, ainda que

potencialmente, consumidor de determinado produto ou serviço, fato de alguém ser morador de certa cidade ou região; fato de alguém estar exposto a publicidades enganosas ou abusivas). Sendo indeterminados ou indetermináveis os membros da comunidade titular do direito difuso, percebe-se que não é possível excluir quem quer que seja da titularidade desta pretensão, em virtude da existência de um *processo absolutamente inclusivo*.

Na segunda hipótese, por outro lado, o interesse ou direito difuso pertence a um grupo formado por indivíduos perfeitamente identificados ou identificáveis, uma vez que estão ligados entre si ou com a parte contrária não apenas por circunstâncias fáticas, mas por concretas relações jurídico-formais, o que torna possível a corporificação de um verdadeiro grupo, classe ou categoria em torno dos quais se concentram pretensões comuns e indivisíveis.

A relação jurídica base que une os indivíduos em uma classe, grupo ou categoria perfeitamente distinguível pode ser tanto legal como contratual. Assim, é possível referir-se a pretensões difusas da classe dos engenheiros, dos advogados, dos servidores públicos, dos usuários contratantes de determinado plano de saúde, dentre outras indivisíveis e transindividualmente consideradas.

Ressalte-se que estas duas hipóteses de definição dos interesses difusos referidas pelo Código Modelo, na verdade, poderiam ser tratadas como espécies ou categorias distintas, como faz a legislação brasileira, que denomina aquela última como hipótese de interesses ou direitos coletivos.

A agregação dos direitos coletivos em torno de certos corpos sociais identificáveis, contraposta à fluidez dos direitos difusos, esparsos na comunidade idealmente considerada, apesar de não distinguir essencialmente as categorias de pretensões transindividuais, implica a forma de elas se expressarem, na medida em que se revelam dependentes de

uma coordenação representativa em prol de sua proteção estatal.

Talvez por inexistir, ontologicamente, distinção entre os direitos difusos e coletivos, o Código Modelo de processos coletivos optou por não autonomizar uma categoria própria de “direitos coletivos”, reunindo-os na definição dos direitos difusos. Tal opção parece a mais adequada, na medida em que em um e noutro caso, em caso de procedência da ação coletiva, os efeitos da coisa julgada serão extensíveis *erga-omnes*, indistintamente, alcançando a todos os indivíduos identificáveis como integrantes dos agrupamentos sociais a que se refere a pretensão transindividual deduzida em juízo.²¹

5.4 INTERESES O DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

Para além da proteção dos interesses ou direitos essencialmente transindividuais (os difusos), as ações coletivas ainda se prestam á tutela de direitos puramente individuais, desde que se caracterizem como “individuais homogêneos”.

Trata-se de uma importante ampliação da funcionalidade das ações coletivas, tendo por grande objetivo viabilizar o acesso à justiça de determinadas pretensões subjetivas individuais que, acaso fossem apenas ajuizáveis por seus titulares, nunca ou dificilmente chegariam a ser propostas perante o Poder Judiciário em decorrência dos diversos e conhecidos obstáculos de acessibilidade.

Se para a tutela dos direitos essencialmente transindividuais a única via de acesso efetivo ao Poder

²¹ Neste sentido é interessante observar que o Código Modelo, a exemplo do Anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos, também abandonou a idéia da chamada coisa julgada *ultra-partes*, ainda presente na legislação brasileira (art. 103, II, da Lei nº 8.078/90) quando se refere à extensão do julgamento aos indivíduos pertencentes ao grupo, classe ou categoria coletivamente representadas em juízo.

Judiciário são as ações coletivas, o mesmo não pode se afirmar quanto à defesa dos direitos individuais, divisíveis sob o prisma da pretensão de direito material. Para a tutela de direitos individuais, o sistema processual sempre deferiu proteção através das correlatas ações individuais, que, a princípio, deveriam oportunizar efetivo acesso à tutela jurisdicional estatal, mediante o comparecimento pessoal do demandante em juízo ou por substituto legalmente estabelecido.

Entretanto, diante das limitações do sistema de tutela individual e da percepção acerca da existência de direitos subjetivos que, não obstante sejam individuais, provém de uma mesma origem comum, idealizou-se uma verdadeira abertura no sistema de tutela jurisdicional coletiva para o fim de se autorizar também a proteção coletiva desta categoria especial de direitos individuais, à qual se denominou *direitos individuais homogêneos*.

Neste particular, o sistema de proteção jurisdicional coletiva proposto pelo Código Modelo tanto permite ações coletivas para a tutela de direitos transindividuais (*tutela de direitos coletivos*) como a tutela de direitos individuais homogêneos (*tutela coletiva de direitos*).

O pressuposto que autoriza a proteção coletiva de direitos individuais, segundo o Anteprojeto, é sua *origem comum*, que pode estar atrelada às causas remotas ou próximas das lesões ou ameaças de lesões produzidas por um mesmo responsável.

A origem comum determinante da viabilidade da reunião das pretensões individuais em torno de uma ação coletiva pode decorrer não só a partir de danos provenientes das relações de consumo como, indistintamente, de quaisquer fatos ou atos (comissivos ou omissivos) geradores da responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, por eventuais lesões provocadas.

Assim sendo, a origem comum pode ser extraída tanto da responsabilidade civil decorrente das típicas relações de consumo (v.g., por vício do serviço ou do produto colocados no

mercado, que geram acidentes de consumo) como, igualmente, daquela derivada de relações de natureza diversa, como a ambiental (v.g., o derramamento de substâncias tóxicas em rios ou no mar, que lesiona pescadores, habitantes ribeirinhos e turistas), a civil (v.g., decorrente da infringência do princípio da boa-fé contratual), a previdenciária (v.g., a indevida omissão da correção de benefícios pagos pelo Estado aos segurados), ou mesmo tributária (v.g., a cobrança de tributos criados ou aumentados ilegal ou inconstitucionalmente).

Sobre o requisito da origem comum, ainda, Kazuo WATANABE e Ada Pellegrini GRINOVER sustentam que “el origen común – sobre todo si es remoto – puede no ser suficiente para caracterizar la homogeneidad”.²² Por isso, fizeram inserir no Código Modelo (art. 2º, Par. 1º) a exigência da demonstração “del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.”

Como se percebe, pois, basta que as diversas pretensões individuais tenham gênese comum para que, no intuito de viabilizar e incentivar o acesso à justiça, possam ser deduzidas por via de ações coletivas. “Nessa acepção, temos um interesse que só é coletivo na *forma* por que é exercido, não em sua essência. Um *feixe* de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo pelo só fato de o *exercício* ser coletivo. A essência permanece individual”.²³

Por fim, segundo o Código Modelo, os titulares dos direitos individuais homogêneos, a exemplo do que ocorre com os direitos difusos, estariam ligados entre si na forma de grupos, classes ou categorias.

Parece claro, contudo, que tal referência só pode ser

²² Kazuo WATANABE, Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, cit., p. 10.

²³ Rodolfo de Camargo MANCUSO, *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 53.

concebida em termos relativos, na medida em que nem sempre há uma relação jurídica base que une os diversos titulares dos direitos individuais decorrentes de origem comum. A formação de um agrupamento social identificável, no mais das vezes, ocorre somente após a identificação dos indivíduos efetivamente lesados por um mesmo infrator.²⁴



²⁴ Conforme Kazuo WATANABE, “Y en los intereses o derechos individuales homogéneos, también podrá inexistir entre las personas una relación jurídica base anterior. Lo que importa es que todos los intereses individuales sean ‘resultantes de origen común’”, Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, cit., p. 7.