

**OS DIREITOS COLETIVOS E SUA DEFESA EM JUÍZO: BREVES COMENTÁRIOS
ACERCA DO MOMENTO ATUAL DA TUTELA DOS DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**

**COLLECTIVE RIGHTS AND THEIR DEFENSE IN JUSTICE: BRIEF COMMENTS
ON THE CURRENT MOMENT OF THE TRANSINDIVIDUAL RIGHTS
PROTECTION**

Wendell Luis Rosa¹

RESUMO

Trata-se de uma singela investigação acerca dos direitos coletivos positivados no Ordenamento Jurídico brasileiro, com o escopo de apontar o estágio atual do assunto. Mediante reflexões comparadas, busca-se delinear as virtudes e fragilidades da tutela coletiva no Brasil, demonstrando, especialmente, aqueles pontos ainda não resolvidos pela doutrina e jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Direitos coletivos; defesa em juízo; direitos transindividuais.

ABSTRACT

It is a simple investigation about the collective rights established in the Brazilian Legal System, with the aim of pointing out the current stage of the subject. Through comparative reflections, we seek to outline the virtues and weaknesses of collective tutelage in Brazil, demonstrating, especially, those points that have not yet been resolved by national doctrine and jurisprudence.

Keywords: Collective rights; defense in court; transindividual rights.

1. INTRODUÇÃO

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Franca (UNIFRAN); Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP); Professor de Direito Penal e de Prática Jurídica Penal na Universidade de Franca (UNIFRAN); Professor de Direito Penal na Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP); Doutorando; Advogado.

A coletivização de direitos subjetivos por meio da positivação (constitucional ou infraconstitucional) é um fenômeno centenário e, hodiernamente, se tornou mais frequente no cenário global dada a conjuntura de reivindicações sociais sobre os mais diversos temas da contemporaneidade.

Pode-se dizer que este fenômeno seja mais comum e visível nos Estados que se declaram ou assumem a condição de Estado social. O Brasil, que notadamente é um Estado Democrático e Social de Direito, assumiu em sua Carta Magna a obrigação de promover alguns interesses da coletividade, positivando compromissos com a sociedade².

Isso não significa dizer que inexistam direitos coletivos em um Estado liberal. Ao contrário, os Estados Unidos da América são referência quando o assunto é a tutela coletiva de direitos transindividuais e, especialmente, individuais homogêneos. Entretanto, as Constituições dos Estados genuinamente liberais não costumam encampar assuntos desta natureza, se limitando a impor balizas à atuação do Estado frente ao indivíduo.

Note-se que o exemplo estadunidense prioriza o enfoque da tutela coletiva na iniciativa individual, que por meio das *class actions*, promove a defesa dos interesses coletivos.

Antonio Gidi esclarece que:

A *class action* é uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em um único processo. Essa visão global e unitária da controvérsia permite ao Judiciário levar em consideração todas as consequências da sua decisão, na medida em que toma conhecimento de todos os diversos interesses existentes dentro do grupo e não somente dos interesses egoísticos das partes em uma ação individual³.

No Estado social a lógica é outra. Nele, o Estado é fomentador, protetor e promotor dos direitos coletivos. Noutros termos, o próprio Estado intervém com fito na garantia e concretização de direitos pertencentes à coletividade.

Na visão de Gomes Júnior:

² WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 726.

³ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

Estamos, assim, em uma *era de direitos*, sabendo que a atuação do exegeta, ao analisar este tema, deve partir de tal perspectiva. Hoje, não interessa, apenas, a defesa intransigente do lucro ou da livre iniciativa, ambos valorizados, mas exige-se ainda, que haja o atendimento da *função social*, “*indispensável*”, em qualquer tipo de atividade, individual ou coletiva, bem como na própria atuação do Poder Público⁴.

Desde Weimar é possível observar essa tendência de se coletivizar direitos. Tome-se por paradigma o artigo 145, Quarta Secção, Segunda Parte, da Constituição Alemã de 1919, a qual já tratava há mais um século do direito coletivo à educação:

Art. 145. A escolaridade é obrigatória para todos. Ela é realizada fundamentalmente, pela escola popular em pelo menos oito anos letivos e pela anexa escola complementar, até os dezoito anos completos. O ensino e o material didático, na escola popular e na escola complementar são gratuitos.

É óbvio que os mecanismos de proteção e de efetivação dos direitos coletivos não podem ser comparados aos instrumentos processuais atuais, porquanto, tais direitos eram embrionários e, de certo modo, provocaram uma “revolução” na positivação de direitos.

Por isso, não se pode confundir direitos coletivos com a defesa coletiva de direitos. De acordo com Zavascki:

“Coletivo”, na expressão “direito coletivo” é qualificativo de “direito” e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em “defesa coletiva” o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa⁵.

No Brasil, a recente tutela de direitos coletivos passou a ser regulada por um microssistema, de modo que o aperfeiçoamento do Ordenamento Jurídico a este respeito se mostra aberto e dinâmico para novos aperfeiçoamentos.

Para Rangel:

Os microssistemas jurídico-normativos são híbridos por natureza. Normas provenientes de vários ramos do direito, reveladas tanto sob a forma de regra quanto sob a configuração de princípio, encarecem valores

⁴ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

⁵ ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 32-49, 1995.

específicos, desafiando a elaboração de regras interpretativas próprias, com o objetivo de que seu conteúdo jurídico possa interagir com outros corpos normativos, influenciando-os e sendo por eles influenciado ao mesmo tempo. os microssistemas jamais se esgotariam com a promulgação de uma só lei. Em outras palavras, a microssistematização continuará se expandindo à medida que o dinamismo e complexidade das relações sociais assim exigirem⁶.

Diante disso, pode-se dizer que a tutela de direitos coletivos é um assunto que está em constante evolução (expansão), muito embora tenha avançado significativamente nas últimas décadas.

Não se pode esquecer que as relações de massa tendem a se aprofundar e, além disso, as vantagens da defesa coletiva de direitos têm se mostrado incontestáveis em diversos aspectos, especialmente pela ampliação do acesso à justiça e da isonomia das decisões.

Inobstante isso, é preciso consignar que as demandas coletivas possuem custo elevado e padecem do crônico problema da sub-representação, dada a dificuldade de se identificar todos os interessados e, depois, reuni-los em torno de um mesmo mister.

Por conta destes inconvenientes, o legislador brasileiro optou pela legitimação processual estatal (como regra) para a tutela de direitos coletivos em juízo, conforme será visto adiante.

2. OS DIREITOS COLETIVOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O direito positivo brasileiro é pródigo na garantia de direitos subjetivamente coletivos, especialmente no que tange à Constituição Cidadã.

Vale destacar que a Carta de 1988 tem a defesa de interesses coletivos dentre os seus fundamentos, a exemplo do que ocorre com a garantia do pluralismo político (art. 1º, V). Além disso, Constituição possui objetivos nitidamente coletivos, especialmente consignados nos incisos III e IV do artigo 3º, eis que visa erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e

⁶ RANGEL, R. C. A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microssistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 117, n. 1, p. 469-488, 2018.

regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em termos menos amplos, a Constituição consagrou que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), protegerá o meio ambiente e combaterá a poluição em qualquer de suas formas (art. 5º, VI).

Com efeito, não há como negar que o Ordenamento Jurídico brasileiro reconhece e defende os direitos coletivos, a começar pelo próprio Texto Magno.

No âmbito infraconstitucional, o reconhecimento e a proteção de direitos coletivos são ainda mais explícitos, a exemplo do que ocorre com o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
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.

Note-se que o trecho da legislação infraconstitucional em destaque foi repetitivo no emprego de dois termos: interesses e direitos. Daí a indagação de parte da doutrina: porventura estas seriam expressões sinônimas?

De acordo com Hermes Zaneti Junior:

Trata-se de uma transposição da doutrina italiana: a doutrina italiana construiu dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos e outro, aos chamados interesses legítimos. Os primeiros são julgados pela justiça civil (relações entre particulares); os outros, perante órgãos da justiça administrativa (relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante)⁷.

Entretanto, para o sobredito estudioso tal distinção não faz qualquer sentido uma vez que, no Brasil, interesse legítimo e direito subjetivo consubstanciam a mesma coisa. Do ponto de vista processual, não há distinção entre a tutela de um

⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos in **Academia brasileira de direito processual civil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>.

interesse ou de um direito, porquanto nenhum deles pode ser afastado da apreciação do Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão.

Talvez por isso a doutrina majoritária apenas trate as duas expressões (interesse e direito) como sinônimas.

3. CLASSIFICAÇÕES E TRAÇOS DISTINTIVOS DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

De acordo com Mazzilli⁸ os direitos transindividuais (metaindividuais) “São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público”.

Em uma definição mais precisa, Zavascki⁹ adverte com clareza que o “Direito coletivo é direito transindividual (sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais”.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor os direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Como se vê, os direitos difusos não nascem a partir de um vínculo jurídico preexistente e comum ao grupo, mas sim por ocasião de circunstâncias fáticas.

Assim, os direitos difusos são materialmente coletivos, isto é, possuem essência coletiva (metaindividual ou transindividual) e são necessariamente desfrutados por um número indeterminado e indeterminável de pessoas (indeterminação absoluta), às quais o interesse pertence.

Por esta razão a tutela desses direitos é realizada de forma indivisível, visto que este interesse não pode ser apropriado por um único indivíduo, muito embora possa reivindicá-lo isoladamente. Contudo, coletivamente, a defesa desses

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 48.

⁹ ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 32-49, 1995.

direitos em juízo se dá por meio de substituto processual.

Outrossim, diante dessas características, os direitos difusos não são transmissíveis, nem, tampouco, suscetíveis de renúncia ou transação.

Tome-se como exemplo o preceito consignado no artigo 225 da Constituição, segundo o qual:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Portanto, o direito ao meio ambiente sadio é um interesse genuinamente difuso, pertencente a um número indeterminado e indeterminável de pessoas, já que envolve até mesmo gerações que sequer nasceram.

De outro lado, os direitos coletivos *stricto sensu* são igualmente 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, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor.

Note-se que esta categoria de direitos também carrega consigo um “DNA” genuinamente coletivo, haja vista que pertence a um grupo, categoria ou classe de pessoas. Nesse caso é possível perceber que os titulares estão ligados entre si por uma relação jurídica base prévia.

Desta feita, não é permitido a um único indivíduo a apropriação desses direitos. Todavia, a indivisibilidade dos direitos coletivos *stricto sensu* é relativa, já que o grupo e seus membros podem ser individualizados e, por conseguinte, beneficiados individualmente pelo êxito de uma ação coletiva.

Por se tratar de um direito metaindividual, tal interesse não pode ser transmitido a terceiro, nem, tampouco, objeto de renúncia ou transação. Daí a necessidade de se promover a tutela coletiva por meio de um substituto processual.

Tome-se como exemplo de direito coletivo *stricto sensu* pertencente à classe dos advogados, o direito ao quinto constitucional previsto no artigo 107, inciso I, da Constituição Federal, que dispõe sobre a composição dos Tribunais Regionais Federais. Vale destacar que esse direito não pertence a um único indivíduo, mas sim à classe baseada em uma relação jurídica preexistente.

Por fim, os direitos individuais homogêneos, como a própria

denominação sugere, não são metaindividuais. Por isso, há quem prefira chamá-los de direitos processualmente coletivos¹⁰ ou coletivos por equiparação¹¹.

Noutros termos, os direitos individuais homogêneos não foram concebidos como direitos coletivos, mas são artificialmente tratados como tal. Por este motivo, a tutela coletiva destes direitos estaria vedada não fosse por expressa previsão legal, ante a ilegitimidade de se tutelar direito individual alheio em nome próprio.

O adjetivo “homogêneo”, por sua vez, se refere à origem desse interesse, que, conforme o inciso III, do parágrafo único, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser comum a todos os lesados.

O legislador consagrou a coletivização desta tutela de modo a padronizar as relações jurídicas e, assim, promover a isonomia dos resultados das demandas judiciais, assim como ocorre no direito estadunidense no que tange às *class actions for damages*.

Nesse sentido, Leyser afirma que:

Numa temerosa comparação e *mutatis mutandis*, poder-se-ia dizer que a *class action* se assemelha, em alguns aspectos, com a ação coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos (decorrentes de origem comum), amparada pelo artigo 81, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, temos o registro da primeira forma assemelhada de *class action* no Brasil, através da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, legitimando o Ministério Público a tutelar os interesses dos investidores no mercado de valores mobiliários¹².

Há que se observar que os envolvidos nesta relação jurídica são indeterminados, mas podem ser determinados. Por isso, a tutela desses interesses pode ser divisível.

A partir daí é possível concluir que esse direito individual homogêneo é transmissível e suscetível de renúncia e transação, a exceção dos direitos personalíssimos.

¹⁰ NUNES, A. L. T; BESSA, L. R. Direitos metaindividuais: direitos materialmente coletivos (DMC) e direitos processualmente coletivos (DPC). **Revista de Direito do Consumidor**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 111, n. 1, p. 101-119, 2017.

¹¹ PIMENTEL, A. F. Direitos coletivos em perspectiva histórica: análise dos critérios taxonômicos a partir dos planos processual e material. **Revista dos Tribunais Nordeste**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 53-67, 2014.

¹² LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Das ações coletivas e direitos difusos**. Campinas: Aptá Editores, 2004.

Além disso, por conta de sua índole genuinamente individual, os direitos individuais homogêneos geralmente são tutelados em juízo por meio da atuação do próprio titular. Entretanto, em termos processuais coletivos, a defesa desses direitos ocorrerá em regime de substituição processual, o qual dependerá de expressa autorização legal¹³.

Assim como nos direitos difusos, a origem dos direitos individuais homogêneos pressupõe uma lesão de origem comum, sem, contudo, seja necessária a existência de uma relação jurídica base preexistente.

A título de exemplo, pode-se suscitar o direito ao abatimento proporcional do preço no caso de mercadoria viciada, conforme orienta o artigo 18, §1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Deste modo, o direito dos lesados poderia ser tutelado individual ou coletivamente.

3.1. A COLETIVIZAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Em consonância com o que foi dito acima, os direitos individuais homogêneos constituem uma ficção jurídica, mediante a qual se objetiva a proteção de direitos individuais com dimensão coletiva.

Ao discorrer sobre as *class actions*, Antônio Gidi assevera que para alcançar a dimensão coletiva no direito estadunidense, os interessados precisam comprovar a numerosidade dos demandantes, a semelhança da lesão, a tipicidade e a representação adequada¹⁴.

Embora estes não sejam pressupostos exigidos aqui no Brasil, é importante convencionar que os objetivos para se coletivizar direitos individuais são os mesmos: economia processual; ampliação do acesso à justiça; e, por fim, a aplicação do direito material de forma igualitária, especialmente, aos hipossuficientes.

¹³ ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 32-49, 1995.

¹⁴ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 140.

4. PARTICULARIDADES RELATIVAS AOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E SUA TUTELA JURÍDICA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICA NA TUTELA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

De acordo com a Constituição Federal, o Ministério Público só pode tutelar bens individuais indisponíveis. Logo, a sua atuação em prol de interesses individuais disponíveis seria, ao menos em tese, vedada.

A Carta Magna diz que:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Note-se que o Ministério Público sequer pode representar judicialmente entidades públicas, o que dirá os interesses privados.

Entretanto, é imperioso consignar que, independentemente disso, o Ministério Público deve atuar para a proteção das pessoas mais vulneráveis, especialmente crianças e idosos, na forma dos artigos 227 e 230 da Constituição Federal.

Ainda, em termos de interesses particulares, o Ministério Público deve buscar proteger o direito de todo e qualquer indivíduo que possua um bem da vida com amplitude de interesse público e por esta razão, seja considerado indisponível.

Por este motivo é frequente a propositura de ações individuais pelo *Parquet*, mediante as quais se pede o fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo pelo poder público a pessoas enfermas que necessitam da prestação estatal.

No âmbito processual coletivo, o Ministério Público exerce papel preponderante, porquanto se trata do principal ator em termos de propositura de ações coletivas, já que o Brasil optou (em regra) pelo modelo de legitimação processual governamental ou estatal, segundo o qual o Estado, por meio do

Parquet, promove a defesa dos direitos metaindividuais.

Destarte, “[...] a atuação do Ministério Público se dá em forma de substituição processual e é pautada pelo trato coletivo e impessoal dos direitos subjetivos lesados”¹⁵.

A opção brasileira pela legitimação estatal é plenamente justificável e, até mesmo, louvável, pois visa nitidamente a promoção do acesso à justiça e isonomia no trato de assuntos de interesse coletivo.

Não fosse a legitimidade estatal, certamente as lesões de bagatela não seriam objeto de apreciação do Poder Judiciário, haja vista que o custo/benefício de uma demanda não motivaria quem quer que seja a se insurgir contra o agente que praticou uma conduta lesiva aos consumidores ou ao meio ambiente. Assim, “[...] a diminuta expressão econômica faz com que as pessoas não se movimentem, porque, na relação custo x benefício, pode não representar uma vantagem final aparentemente significativa”¹⁶.

Sem essa via processual “[...] o cumprimento dos direitos difusos, em geral, de índole constitucional, ficaria relegado à implementação de políticas públicas”¹⁷. Com efeito, a efetivação de direitos coletivos dependeria da boa vontade dos agentes públicos.

Ademais, a tutela coletiva estatal também é ferramenta útil contra a tirania da maioria, uma vez que viabiliza a tutela de interesses minoritários (a proteção do meio ambiente, por exemplo) em detrimento dos majoritários (a instalação de uma grande empresa em uma pequena cidade, por exemplo)¹⁸.

Ao legitimar um órgão estatal e poderoso, o Brasil resolveu automaticamente o problema da representatividade adequada. Portanto, não há que se falar em sub-representação quando uma ação coletiva é capitaneada pelo Ministério Público, órgão detentor de notável capacidade técnica.

Nos Estados Unidos, por exemplo:

¹⁵ ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 32-49, 1995.

¹⁶ MENDES, A. G. C. M. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 163, n. 1, p. 312-319, 2008.

¹⁷ NUNES, A. L. T; BESSA, L. R. Direitos metaindividuais: direitos materialmente coletivos (DMC) e direitos processualmente coletivos (DPC). **Revista de Direito do Consumidor**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 111, n. 1, p. 101-119, 2017.

¹⁸ SALLES, C. A. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 121, n. 1, p. 38-50, 2005.

A *adequacy of representation* é um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para a satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo.

Como o direito americano está menos interessado em ficções legais do que na realidade dos fatos, tornou-se imperativo criar meios para assegurar que o representante defenda adequadamente tais interesses, garantindo ao grupo um efetivo e realista direito de ser ouvido coletivamente em juízo¹⁹.

Portanto, a atuação do Ministério Público na dimensão coletiva dispensa a análise da representatividade adequada em termos econômicos, operacionais e estruturais, cumprindo-se assim o correto mister de proteção dos interesses coletivos.

Não se pode olvidar que o *Parquet* também tutela bens jurídicos coletivos por meio da ação penal pública de sua titularidade, por exemplo: a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc²⁰.

Sobre o assunto, Smanio alerta que:

Quando a doutrina penal refere aos bens jurídicos coletivos, está fazendo referência ao interesse público, ou seja, aqueles bens que decorrem de um consenso coletivo, onde há unanimidade social de proteção e forma de proteção. Portanto, os conflitos que podem gerar ocorrem entre o indivíduo que pratica o crime e a autoridade do Estado efetuando a punição. Em relação aos bens jurídicos difusos, a conflituosidade de massa está presente em suas manifestações, contrastando interesses entre grupos sociais na sua realização. Dessa forma, o Estado realiza muitas vezes uma intermediação, ou melhor, dispõe uma diretriz para as condutas socialmente consideradas, ao tipificar tais condutas como crime, ou não tipificá-las, deixando outros ramos do direito realizarem a solução²¹.

Em suma, em um país pobre em que a cultura dos direitos coletivos ainda engatinha, não há opção mais viável e segura do que a tutela coletiva estatal (como regra), porquanto a comprovação de idoneidade financeira e de interesses do representante adequado prejudicaria a tutela dos direitos supraindividuais e perpetuaria ou manteria as lesões provocadas pelos detentores do poder

¹⁹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 100.

²⁰ DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETI JÚNIOR, H. Z. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 229, n. 1, p. 273-280, 2014.

²¹ SMANIO, G. P. A tutela penal dos interesses difusos. **Revista de Direito Ambiental**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 304-309, 2002.

econômico.

Além disso, a atuação do Ministério Público inibe a oferta de pretensões fraudulentas em juízo, as quais poderiam atender aos interesses daqueles que provocaram a lesão ou ameaça de lesão a um direito coletivo, de modo a manter o *status quo* da ofensa.

Não obstante as diversas vantagens de se eleger um órgão estatal para ser substituto processual em uma demanda coletiva, há que se registrar que tal opção restringe demasiadamente o cânon de legitimados para a propositura de ações desta natureza e, por conseguinte, reduz a possibilidade de que pessoas, individualmente, promovam questionamentos judiciais sobre uma série de direitos metaindividuais, o que, a despeito dos riscos apontados acima, poderia contribuir com a concretização destes direitos.

5. AVANÇOS E RETROCESSOS DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS NO BRASIL

Os principais dilemas da tutela coletiva no Brasil residem especialmente na legitimidade para a propositura de ações coletivas e na extensão dos efeitos da coisa julgada.

A coexistência de demandas individuais e coletivas sobre o mesmo objeto é disciplinada pelo artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça admite que a ação coletiva ocasione suspensão da tramitação de ações individuais com objetivo de evitar decisões contraditórias, independentemente de requerimento formulado pelos autores das demandas singulares.

Noutra senda, a legitimação ativa das ações coletivas é tímida e restrita, visto que, à exceção da ação popular, uma pessoa física não pode tutelar em nome próprio um direito metaindividual. Ora, se o cânon de legitimados é restrito, não é possível assegurar que as ações coletivas são plenamente democráticas, uma vez que não garantem o pleno exercício da cidadania por meio delas.

Assim, imagine uma cidade pequena em que o Ministério Público é pouco atuante ou, pior, inoperante. Nesse caso, exemplificativamente, os direitos coletivos (dos consumidores e ao meio ambiente sadio) desta comunidade serão sub-tutelados.

Daí a necessidade de fazer com que haja um fortalecimento, uma ampliação da legitimação para a propositura das ações coletivas, de forma a viabilizar que os indivíduos reivindiquem direitos metaindividuais em juízo, tudo isso com o devido respeito à regra entabulada no artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor: “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

Um outro dilema a ser enfrentado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro é o da legitimidade para a defesa de interesses transindividuais em ações coletivas passivas.

Muito se discute sobre a representatividade adequada nestes casos, uma vez que o legislador foi omissivo a este respeito.

É possível observar que nas chamadas ações coletivas passivas, o tratamento dado pelo Judiciário nem sempre é adequado para a proteção de direitos metaindividuais. Exemplos disso são ações propostas contra movimentos sociais e torcidas de futebol.

Nelas não há uma pessoa (física ou jurídica) certa e determinada contra a qual se propõe uma ação. Por conta disso, vislumbra-se aberrações jurídicas, tais como a citação aleatória de demandados.

Foi exatamente o que aconteceu nos movimentos denominados “rolezinhos”, mediante os quais jovens (de baixa renda, em sua maioria) demonstraram sua insatisfação com o sistema político e econômico em manifestações organizadas e realizadas dentro de estabelecimentos privados (shoppings centers).

Nestes casos, os responsáveis pelos estabelecimentos propuseram

ações possessórias (interdito proibitório), de cunho evidentemente individual, sem cogitarem a existência de uma verdadeira demanda coletiva, visto que o direito de manifestação é uma garantia individual plasmada no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal.

Ocorre que estas ações foram propostas sem que houvesse um sujeito passivo determinado. Daí a infeliz prática de citações aleatórias.

Por isso a indagação: quem deveria tutelar judicialmente de maneira adequada os interesses deste grupo?

Destarte, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo solicitou um parecer ao professor Zufelato²², o qual consignou que a participação deste órgão neste tipo de ação deveria se dar na forma de intervenção *ad coadjuvandum*, pois tem o inequívoco escopo de auxiliar um grupo ou coletividade, sem que, tecnicamente essa intervenção se caracterize como sendo uma das tradicionais formas de intervenção de terceiros, posto que a assistência (simples ou litisconsorcial) é típica figura de demandas de índole individual, e o *amicus curiae* está mais voltado a auxiliar o julgador e não a parte.

Por fim, outra anomalia que se tem verificado nas ações coletivas brasileiras é a prática do denominado ativismo judicial, por meio do qual juízes se arvoram a implementar políticas públicas sem o devido respaldo legal ou suporte técnico e orçamentário satisfatório.

Assim, por meio de decisões que irradiam efeitos ultra partes, os membros do Poder Judiciários têm utilizado de suas sentenças para conduzir algumas políticas públicas em prejuízo da discricionariedade ofertada ao administrador público, o qual, diga-se de passagem, está submetido a rígidos mecanismos de controle, administrativos e orçamentários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMBACH, R. Sobre a tutela de direitos coletivos no contexto brasileiro: reflexões

²² ZUFELATO, C. O caso “rolezinho” como ação coletiva passiva e a intervenção da Defensoria Pública para garantir a representatividade adequada do grupo. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 253, n. 1, p. 273-298, 2016.

à luz das reformas projetadas. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 226, n. 1, p. 233-266, 2013.

COSTA, I. G.; PASCHOAL, G. H. Do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva como fator de exclusão social. **Revista de Direito do Trabalho**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 200, n. 1, p. 79-96, 2019.

DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETTI JÚNIOR, H. Z. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 229, n. 1, p. 273-280, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II: ações coletivas em espécie – ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES JÚNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. F. Ações coletivas passivas: um diálogo com a doutrina. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 287, n. 1, p. 291-305, 2019.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Das ações coletivas e direitos difusos**. Campinas: Aptá Editores, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, A. G. C. M. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 163, n. 1, p. 312-319, 2008.

NUNES, A. L. T.; BESSA, L. R. Direitos metaindividuais: direitos materialmente coletivos (DMC) e direitos processualmente coletivos (DPC). **Revista de Direito do Consumidor**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 111, n. 1, p. 101-119, 2017.

OLIVEIRA, T. F. A questão da culpa na responsabilização criminal da pessoa coletiva. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 875, n. 1, p. 410-431, 2008.

PIMENTEL, A. F. Direitos coletivos em perspectiva histórica: análise dos critérios taxonômicos a partir dos planos processual e material. **Revista dos Tribunais Nordeste**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 53-67, 2014.

RANGEL, R. C. A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microssistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 117, n. 1, p. 469-488, 2018.

SALLES, C. A. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 121, n. 1, p. 38-50, 2005.

SMANIO, G. P. A tutela penal dos interesses difusos. **Revista de Direito Ambiental**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 304-309, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos in **Academia brasileira de direito processual civil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>.

ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 32-49, 1995.

ZUFELATO, C. O caso “rolezinho” como ação coletiva passiva e a intervenção da Defensoria Pública para garantir a representatividade adequada do grupo. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 253, n. 1, p. 273-298, 2016.

Submetido em 02.10.2019

Aceito em 16.10.2019