

PANORAMA DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA 163
NO BRASIL E A NECESSÁRIA PREVALÊNCIA DE
TÉCNICAS INIBITÓRIAS

*Leonardo Silva Nunes**

Resumo: Durante as últimas quatro décadas, observou-se notável desenvolvimento do estudo dos direitos ou interesses coletivos, gênero do qual faz parte a espécie “direitos difusos”. Tais direitos, desde que positivados pelo legislador, refletem a evolução da sociedade, seus anseios e expectativas, impulsionada pelo fenômeno da coletivização e massificação das relações sociais e jurídicas. Para torná-los efetivos, é preciso coibir a prática de atos contrários ao direito, exigindo-se da jurisdição uma atuação eminentemente preventiva.

Palavras-chave: Ações coletivas. Direitos ou interesses coletivos. Direitos difusos. Inibitória.

OVERVIEW OF COLLECTIVE PROTECTION IN BRAZIL
AND THE NECESSARY PREDOMINANCE OF
INHIBITORY TECHNIQUES

Abstract: During the past four decades, we observed remarkable development of the study of the rights or interests collectives, which is part of the ambit of diffuse rights. These rights provided that the approved for the legislator, reflect the evolution of society, their desires and expectations, fueled by the phenomenon of mass and social relations and legal. And to make them effective, you need to restrict the practice of acts contrary to law, to demand one performance eminently of preventive jurisdiction.

* Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Leciona disciplinas de Direito Processual Civil, Direito Processual Coletivo, Direito Processual Constitucional e Prática Jurídica Simulada em cursos de Graduação, Pós-Graduação e preparatórios para concursos públicos. Ex-professor substituto de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Ouro Preto/MG. Advogado. E-mail: <leotsss@gmail.com>.

164 **Keywords:** Collective Acts. Rights or Interests Collectives. Diffuse Rights. Inhibitory.

1 Evolução e contextualização do direito coletivo material e processual

O homem, enquanto ser social, tem o seu dia a dia fortemente marcado por conflitos de toda sorte. Isso ocorre porque os interesses humanos aumentam e se diversificam em razão, muitas vezes, superior aos bens da vida necessários à satisfação desses mesmos interesses. Isto é, a natureza é incapaz de produzir ou fornecer bens e recursos em número suficiente ao atendimento dos diversos interesses sociais¹. Daí a necessidade de instituição de normas de conduta, presentes desde os povos primitivos, e o desenvolvimento de modernos ordenamentos jurídicos, cuja história se confunde com a criação e fortalecimento do próprio Estado, que se destinam ao regramento das relações interpessoais, bem como à distribuição dos bens e recursos naturais àqueles que compõem o organismo social. Por assim dizer, atua o ordenamento jurídico como um complexo sistema de controle social que visa garantir a convivência justa e harmoniosa entre os que constituem a sociedade, com o fim último de manutenção da paz².

¹ Segundo lição de Francesco Carnelutti, “se interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades são ilimitadas; se são, todavia, limitados os bens, isto é, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, correlata à noção de interesse e de bens é a noção de conflito de interesses. Há conflito entre dois interesses quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa.” (CARNELUTTI, **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936, v. 7, p. 3, apud GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: Teoria geral do processo e auxiliares da justiça**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 14.).

² Vicente Greco Filho explica que “o mecanismo de bens e valores tutelados pelas sanções existe porque ao homem interessa a apropriação desses bens, que não são ilimitados. Decorre daí a necessidade de sua regulamentação para a permanência harmônica da convivência social.” (GRECO FILHO, Op. cit., loc. cit.).

A relação Estado-Direito-Sociedade pode ser observada sob dois ângulos: o das denominadas *gerações de direitos*³, que se sucedem na medida do desenvolvimento do Estado e da diversificação social; e o ângulo dos *mecanismos de efetivação* desses mesmos direitos, instituídos ao longo de gerações e atualmente reconhecidos e proclamados pelas modernas Constituições dos atuais Estados Democráticos.

Sob o prisma das gerações de direitos, importa destacar, desde logo, que o surgimento de novos direitos é sempre lento e gradual, e decorre de certas circunstâncias que marcam a relação Estado-Sociedade. É Norberto Bobbio quem chama a atenção para a historicidade dos direitos⁴.

O primeiro momento, marcado pelas grandes revoluções Americana e Francesa (fim do século XVIII), caracteriza-se pelo surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração. Conhecidos por instituírem as chamadas liberdades clássicas, negativas ou formais⁵, dentre as quais, a religiosa e a de gozar do direito de propriedade, surgiram com o propósito de estabelecer certos limites ao poder opressivo do Estado.

Com a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, mas difundida por todo o mundo a partir do século XIX, a mobilização de

³ O constitucionalista José Afonso da Silva opta pela nomenclatura “dimensões dos direitos fundamentais do homem”, como que para dar a ideia de que uma geração não se encerra com o começo de outra (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 289). Ao contrário. Moderna doutrina ensina que a classificação dos direitos fundamentais em “gerações de direitos” baseia-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, o que, por óbvio, não induz a ideia de superação de uma ‘geração’ por outra (por todos: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 26-27).

⁴ BOBBIO, **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164/SP. Relator: Ministro: Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, 17.11.1995, p. 39.206.

166 grupos de trabalhadores assalariados, de camponeses e de pobres exigiu “dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice”⁶, exigências essas que deram origem aos chamados direitos sociais ou de segunda geração.

Ao lado dos direitos sociais surgiram, finalmente (com maior ênfase a partir da segunda metade do século XX), os direitos de terceira geração que, não se referindo diretamente a grupos ou classes, como os direitos sociais, transcenderam esses limites para alcançar um número cada vez mais expressivo de indivíduos, conectando-se, inclusive, com as futuras gerações. A título de exemplo, destaca-se o direito de viver num ambiente não poluído como um dos mais importantes⁷.

Interessante notar que essa evolução gradual, e também cíclica, das denominadas gerações de direitos⁸ se deve ao surgimento constante de novas exigências sociais que nascem somente quando surgem determinados carecimentos que, por sua vez, originam-se da mudança

⁶ BOBBIO, **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁷ O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um típico direito de terceira geração (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 134.297/SP. Relator: Ministro: Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, 22.09.1995, p. 30.597).

⁸ Norberto Bobbio destaca, ainda, a apresentação de “novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (BOBBIO, Op. cit., p. 6). No mesmo sentido, também Celso Lafer classifica os direitos fundamentais em quatro gerações, “dizendo que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, apud MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27).

nas condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los⁹. 167

É a partir dessa ideia que vem à tona a preocupação com a efetivação dos direitos juridicamente reconhecidos, o que somente é possível com o estabelecimento de mecanismos hábeis a este fim, como a sanção jurídica para o caso de sua inobservância.

No exato momento em que o Estado, forte e devidamente organizado, avoca para si o monopólio da atividade jurisdicional (*poder*)¹⁰ e usurpa de cada indivíduo que compõe o organismo social uma parcela de sua liberdade, é, também, proclamado um *dever* – traduzido em direito subjetivo de ação. Trata-se de uma imposição dirigida ao próprio Estado, que não mais poderá se furtar da responsabilidade de proteger o cidadão tanto sob o ponto de vista da *correção* de efeitos gerados por atos que atentam contra a sua esfera de direitos (reparação) quanto, e principalmente, sob o ponto de vista da *prevenção*, evitando que a ameaça a direitos reconhecidos se concretize. Afinal, “o importante não é fundamentar os direitos do

⁹ BOBBIO, Op. cit., p. 7. Cláudio Vicentino registra que o desenvolvimento tecnológico ocorrido com a revolução industrial da segunda metade do século XIX proporcionou importantes “inovações técnicas, como a descoberta da eletricidade, a invenção de Henry Bessemer para a transformação do ferro em aço, o surgimento e avanço dos meios de transporte (ampliação das ferrovias seguida das invenções do automóvel e do avião) e mais tarde dos meios de comunicação (invenção do telégrafo, telefone), o desenvolvimento da indústria química e de outros setores.” (VICENTINO, Cláudio. **História geral**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Scipione, 2000, p. 286.).

¹⁰ “Essa nova fase, iniciada no século III, d. C., é, [...] conhecida por período da *cognitio extra ordinem*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada *justiça privada* para a **justiça pública**: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. A atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição* (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 23. Grifos dos autores.).

168 homem, mas protegê-los.” E “para protegê-los, não basta proclamá-los”¹¹.

A jurisdição se faz por meio do processo cujo regramento é dado pelo direito processual que delimita o exercício desse poder estatal e, ao mesmo tempo, promove a segurança do jurisdicionado, conferindo-lhe certas garantias em relação ao tempo e modo de sua atuação.

Para chegar ao atual estágio de desenvolvimento, o direito processual passou por transformações, sendo possível destacar três fases fundamentais ao longo da história. Até meados do século XIX, “o processo era considerado simples meio de exercício de direitos (daí, ‘*direito adjetivo*’, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual)”¹². Nessa fase, o direito de ação que o indivíduo dispunha em face do Estado era indissociável, inerente ao próprio direito material reclamado. Não se tinha noção da autonomia da relação jurídica processual nem, tampouco, do direito processual como ramo autônomo da ciência do direito.

A fase seguinte, denominada *autonomista*, iniciou-se na segunda metade do século XIX e perdurou praticamente um século. Foi marcada pelo grande desenvolvimento científico do direito processual, com a criação das teorias processuais sobre a natureza jurídica da ação e suas condições, dos pressupostos processuais, além do estudo de seus elementos típicos. Apesar do inegável avanço, a preocupação em afirmar a completa autonomia do direito processual em relação ao direito material causou um considerável distanciamento entre o processo e os resultados por ele pretendidos. As deficiências decorrentes desse movimento culminaram em uma nova transformação, dando origem à próxima fase.

A fase *instrumentalista* examina o processo como um instrumento criado para a efetivação dos direitos juridicamente

¹¹ BOBBIO, Op. cit., p. 37.

¹² Direito adjetivo em relação ao direito material. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, Op. cit., p. 42.

reconhecidos. Ao lado da instrumentalidade, a ideia de um processo justo, efetivo e de duração razoável torna evidente a necessária aproximação do direito processual com o direito material. Afinal, aquele não se presta a outro fim senão ao de garantir a realização deste.

Durante a maior parte do desenvolvimento das citadas fases, o direito processual teve como foco o regramento de relações jurídicas individuais, ou seja, aquelas em que, na grande maioria das vezes, o elemento subjetivo do conflito é singular, caracterizado por *um* autor e por *um* réu. O Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, de 1973, evidencia essa realidade, muito embora permita, também, a coexistência de situações que envolvam a pluralidade de partes, como ocorre no caso da formação de litisconsórcio e no caso da assistência (arts. 46/55).

Por decorrência da própria evolução social, surgiram conflitos que passaram a extrapolar a seara individual, massificando-se, e, com isso, gerando efeitos que impactam diretamente um número expressivo de pessoas, indeterminadas e ligadas por circunstância de fato; ou inseridas em grupos, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; ou, ainda, sendo elas individualmente consideradas, mas cujo interesse possui origem comum¹³. Exemplos típicos desse modelo de conflitos coletivos são as questões que envolvem os direitos dos consumidores, a preservação do meio ambiente e a proteção do patrimônio histórico e cultural.

A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra na segunda metade do século XVIII, possibilitou significativo avanço tecnológico, como a mecanização do setor têxtil, o sistema de transformação do ferro em aço, o melhoramento dos meios de transporte, com o desenvolvimento da máquina a vapor e a descoberta da eletricidade. O aumento gerado na produção foi destinado aos novos mercados na América, África e Ásia, sendo necessário um número cada vez maior de trabalhadores para fazer frente à demanda. O historiador Cláudio Vicentino assim sintetiza o marcante momento histórico:

¹³ Definição de direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, e individuais homogêneos, respectivamente, dada pelo art. 81 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

A Revolução Industrial estabeleceu a definitiva supremacia burguesa na ordem econômica, ao mesmo tempo que acelerou o êxodo rural, o crescimento urbano e a formação da classe operária. Inaugurava-se uma nova época, na qual a política, a ideologia e a cultura gravitariam entre dois pólos: a burguesia industrial e o proletariado.¹⁴

Num segundo momento, a globalização e a disseminação dos meios eletrônicos de comunicação promoveram maior rapidez no trânsito de informações, contribuindo de maneira decisiva para o surgimento de um novo contexto: o da sociedade de massas.

A nova situação vivenciada pela sociedade, sensível aos conflitos de massa, gerou inconvenientes para o direito processual e para o próprio processo, que se viu incapaz de funcionar de modo satisfatório e, assim, tutelar adequadamente esses novos interesses.

Ao tratar da evolução do direito processual civil, Humberto Theodoro Júnior registra a mudança de um marcante caráter individual para uma concepção coletiva. Segundo o autor, com a socialização do direito constitucional, “sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e revelavam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual”¹⁵.

Não obstante o reconhecimento, no campo do direito material, dos direitos coletivos e dos conflitos de massa deles decorrentes, que não só sugeriam, mas impunham atuações diferenciadas por parte do exercício jurisdicional, só recentemente foi possível observar reações no campo do direito processual.

Transportando tal discussão para o Direito comparado, pode-se observar que entre os países da *Civil Law*, como a Alemanha, a

¹⁴ VICENTINO, **História geral**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Scipione, 2000, p. 289.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 14.

França e Itália, este último sempre foi a maior influência no campo do direito processual. Os primeiros estudos que chamaram a atenção para o tema da tutela dos interesses¹⁶ coletivos são de Emilio Bonaudi (1911) e Ugo Ferrone (1912), e remontam à primeira metade do século XX¹⁷, mas, foi somente nos anos 70 do século passado que a disciplina desse novo tema floresceu com várias tentativas de estabelecimento de metodologia específica para o seu tratamento¹⁸.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 (CRB/1988) reconheceu expressamente os direitos materiais de índole coletiva, o que levou José Afonso da Silva a afirmar que “muitos desses ditos direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional”¹⁹. É possível observar, ainda, a possibilidade de uma interpretação elástica para a tutela de outros direitos de mesma natureza que, embora não

¹⁶ **Na doutrina**, quanto à diferenciação entre *direito* e *interesse*, chega-se à conclusão de que, o *interesse* juridicamente protegido assume o *status* de *direito*, desaparecendo qualquer razão prática em diferenciá-los (por todos: LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54-55). O mesmo ocorre **na lei**, sendo possível encontrar casos em que o legislador utiliza ambas as expressões como sinônimas, a exemplo do que ocorre no art. 81, CDC. Neste trabalho os termos serão utilizados como sinônimos. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., discorrendo de forma sugestiva sobre a origem do problema, apontam que “ao que parece, deu-se mera transposição da doutrina italiana, um italianismo decorrente da expressão ‘*interessi legítimi*’ e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno indesejado”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo coletivo**. Salvador: Jus Podivm, 2007, v. 4, p. 85).

¹⁷ TARZIA, Giuseppe. Legittimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili con rilevanza collettiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 51-52, apud MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. I processi collettivi in Brasile. **Judicium: Il processo civile in Italia e in Europa**. 15 maio 2007. Disponível em: <http://judicium.it/news/ins_15_05_07/convegno%20Pisa/Pellegrini,%20convegno%20Pisa.html>. Segundo a autora, os maiores nomes do direito italiano sobre o tema foram Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti,

172 estejam expressos, mostrem-se em consonância com o projeto constitucional inaugurado em 1988²⁰.

Os “novos direitos”, na expressão de Luiz Guilherme Marinoni, sobretudo aqueles de conteúdo não patrimonial, fizeram surgir novas necessidades de tutela²¹.

Contudo, muito embora o legislador constituinte tenha universalizado a proteção coletiva dos direitos transindividuais²², sem qualquer limitação em relação ao direito material, a experiência legislativa no campo do direito processual coletivo é ainda incipiente e se destaca pela existência de um microsistema não codificado, formado pelas Leis 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)²³. Embora recente, contando pouco mais de 20 (vinte) anos de vida, o sistema processual coletivo brasileiro,

Trocker que “anticiparono il Congresso di Pavia del 1974, che discusse i loro aspetti fondamentali, distaccandone con precisione le caratteristiche: indeterminati quanto alla titolarità, indivisibili per l'oggetto, posti a metà strada tra gli interessi pubblici e quelli privati, propri di una società di massa e risultato di conflitti di massa, densi di rilevanza sociale e politica e capaci di trasformare il processo civile da individualistica (*sic*) in sociale, da statico in dinamico, rinnovando profondamente gli schemi processuali classici, affinché servissero alla loro tutela.”

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 198.

²⁰ CRB/1988, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190.

²² Ao se referir sobre os direitos (ou interesses) coletivos, a doutrina nacional utiliza largamente das expressões *transindividuais* e *metaindividuais* como sinônimas (por todos, MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.). Neste trabalho, ao lado da expressão “direitos coletivos” será utilizado o termo *transindividuais*, dado que o prefixo *trans* permite a ideia de que os interesses debatidos, embora pertinentes a uma coletividade, também tocam os indivíduos que a compõem, perpassando-os. Vale registrar,

ainda em construção, vem sendo objeto de críticas pelo fato de, supostamente, não responder de forma adequada às diversas situações conflituosas existentes e por apresentar regramentos esparsos, muitas vezes antagônicos²⁴.

Diante do contexto narrado acima, a partir dos primeiros anos da década passada, parcela da doutrina, algumas universidades, o Ministério Público, a Defensoria Pública²⁵, dentre outros intérpretes, vinham elaborando proposições que deram origem a anteprojetos para

igualmente, que a doutrina qualifica os direitos coletivos categorizando-os em ‘essencialmente’ (interesses ou direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) e ‘acidentalmente’ coletivos, fazendo menção expressa à opção legislativa de considerar os direitos individuais homogêneos como coletivos, cuja conceituação assume “caráter explicitamente ampliativo da tutela de direitos” (DIDIER JR.; ZANETI JR., **Curso de direito processual civil: Processo coletivo**. Salvador: Jus Podivm, 2007, v. 4, p. 80-81).

²³ A seguir, se estabelecerá o panorama das vias legais de tutela aos direitos transindividuais no Brasil.

²⁴ Neste sentido: SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40; GRINOVER, Ada Pellegrini. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 448. Em sentido contrário, Ricardo de Barros Leonel aclama o ordenamento jurídico processual brasileiro como “dos mais ricos, senão o mais completo e amplo de possibilidades com relação à tutela coletiva, superando a experiência haurida no direito comparado” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56). No mesmo local, Ricardo de Barros Leonel cita autores italianos que reconhecem o valor da disciplina processual brasileira, dentre eles Andrea Giussani (GIUSSANI, Andrea. **Studi sulle “class actions”**. Padova: Cedam, 1996, p. 345) e Giuseppe Tarzia (Legitimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili com rilevanza collettiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 73-74).

174 a codificação de todo o regramento esparso pertinente ao direito processual coletivo. Mais recentemente, contudo, a proposta vinha rumando para a criação de um “sistema único”, em substituição à ideia já superada da codificação, por meio de alteração da LACP e da supressão de grande parte das disposições processuais do CDC e demais legislações que versam sobre o tema²⁶.

É, portanto, no campo do direito processual coletivo que se situa o objeto desta pesquisa. Como visto, embora haja previsão no ordenamento jurídico de importante regramento para o exercício do direito de ação e a correspondente solução do poder judiciário, em verdade algumas questões ainda carecem de disciplina, sobretudo no tocante ao desenvolvimento e à sedimentação de institutos próprios para a adequada tutela jurisdicional dos direitos transindividuais.

O ponto que ganha relevo neste trabalho é a proteção jurisdicional dos direitos difusos, modalidade de direito transindividual cuja atuação, em virtude de sua natureza, deve ser qualificada mais pela prevenção que pela reparação, atribuindo-se destaque, pois, à chamada tutela inibitória.

Pretende-se, afinal, apontar para uma disciplina processual preventiva capaz de responder às exigências do direito material, conferindo-lhe a adequada tutela por meio de instrumentos hábeis a evitar a concretização de uma ameaça de lesão temida, notadamente quando o dano imposto ao objeto de tutela é irreparável.

²⁵ Incluída no rol de legitimados à propositura da Ação Coletiva, segundo art. 5º, II, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) cuja redação foi determinada pela Lei 11.448/2007.

²⁶ O Projeto de Lei 5.139, em trâmite na Câmara Legislativa desde o dia 29/4/2009, tem por objetivo disciplinar a Ação Civil Pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com a consequente revogação da Lei 7.347/1985 (que atualmente dispõe sobre a Ação Civil Pública) e de diversos dispositivos constantes da legislação esparsa e que versam sobre o mesmo tema. Tal projeto foi rejeitado mediante apreciação conclusiva da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), sendo objeto de recurso, de autoria do Dep. Antonio Carlos Biscaia, que aguarda submissão ao Plenário da Câmara dos Deputados, desde o dia 30/4/2010.

2 Panorama das vias legais de proteção aos direitos coletivos no Brasil 175

No ordenamento jurídico brasileiro, a origem da tutela jurisdicional dos interesses coletivos se deu quando da regulamentação da ação popular.

A primeira Constituição Brasileira que a previu foi a de 1934 sendo que, até então, não havia qualquer previsão constitucional de instrumentos hábeis a instruir o processo coletivo e, por conseguinte, a tutelar os seus respectivos interesses. Assim é que no Título III (Da Declaração de Direitos), Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais) encontrava-se o art. 113, XXXVIII, o qual conferia a qualquer cidadão a legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios²⁷. Entretanto, apenas três anos mais tarde, tal dispositivo foi excluído do ordenamento jurídico com a Constituição que instituiu o Estado Novo no Brasil, em 1937.

No Código de Processo Civil de 1939 houve tentativa de se restabelecer a tutela que havia como objeto da Ação Popular por meio da inclusão, entre seus dispositivos, do art. 670²⁸, mas foi com a Constituição de 1946 que a Ação Popular retornou definitivamente entre as garantias constitucionais brasileiras.

No ano de 1965, seguindo tendência mundial e demonstrando maior preocupação do legislador no trato dos interesses coletivos, foi editada a Lei n.º 4.717, que regulamentou a ação popular no Brasil, estando ainda em vigor.

²⁷ Art. 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVIII. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.” (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16/7/1934).

²⁸ Art. 670: “A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público”.

176 Posteriormente, outras leis surgiram para melhor sistematizar o processo coletivo.

Quase duas décadas após a Lei da Ação Popular (LAP) ter sido editada, entrou em vigor a Lei 6.938/1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, cujo ponto de maior relevância foi o da legitimação atribuída ao Ministério Público, até então inexistente, para a ação de responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1º)²⁹.

Logo em seguida, foi publicada a Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública (LACP) –, sendo uma das que mais se destacam no atual sistema processual coletivo brasileiro porque, a partir dela, “os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influenciando no CPC”³⁰.

O forte movimento legislativo em torno do tema, experimentado ao longo da década de 80, demonstrou sintonia com os valores da nova ordem constitucional em formação. A promulgação da Constituição da República de 1988 representou verdadeiro avanço em matéria de direitos coletivos e sua implementação pelo processo. Assim é que, além de manter em seu texto a previsão da ação popular, fortalecendo-

²⁹ Art. 14: “Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva**: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302. Segundo a autora, assim ocorreu, por exemplo, com as obrigações de fazer ou não fazer.

a e ampliando consideravelmente o seu objeto e fundamento (art. 5^a, LXXIII)³¹, reconheceu expressamente a existência de direitos de natureza coletiva *lato sensu*, como, p.ex., os direitos à higidez do meio ambiente, ao patrimônio público, histórico e cultural, à educação, à saúde e à previdência social, dentre outros que, embora não estejam expressos, mostrem-se adequados ao projeto constitucional vigente.

A Constituição da República de 1988 inspirou de maneira decisiva a legislação ordinária, com a subsequente proliferação do regramento pertinente à proteção, em juízo, dos interesses coletivos. Em ordem cronológica, as mais expressivas foram: a Lei 7.853/1989, que trata da defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7.913/1989, que trata da defesa dos investidores no mercado de valores mobiliários; na década seguinte, a Lei 8.069/1990, que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e que também trata da tutela judicial de interesses coletivos; a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor; a Lei 8.492/1992, chamada Lei da Improbidade Administrativa (LIA); a Lei 8.884/1994, que visa à defesa da ordem econômica e à livre concorrência; na última década, a Lei 10.257/2001, autodenominada Estatuto da Cidade, que contém disposições relacionadas à defesa dos interesses transindividuais ligados ao urbanismo e a Lei 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, pretendendo a criação de um *sistema de proteção integral*³² aos direitos inerentes à pessoa idosa.

Essas são as principais leis constantes no direito brasileiro, havendo, ainda, outros diplomas que, embora não tenham a mesma

³¹ CRB/1988, art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

³² Lei 10.741, art. 2º: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, **sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei**, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” (Grifo nosso.).

178 visibilidade, representam importante contribuição para a efetivação dos direitos coletivos, como, por exemplo, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999. Ambas são as principais leis infraconstitucionais sobre a disciplina do processo e do procedimento do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade no Brasil, as quais, segundo Gregório Assagra de Almeida, “formam um *microsistema de tutela jurisdicional coletiva especial*”³³.

A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor formam a base do sistema processual coletivo brasileiro, cujos regramentos processuais funcionam como organismo uno. Segundo Ricardo de Barros Leonel, os preceitos dessas leis “se complementam e interagem recíproca e integralmente.”³⁴ A confirmação do fato é observada pela simples leitura dos arts. 21, da LACP e 90, do CDC:

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do título III da Lei que instituiu o código de Defesa do Consumidor.

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

Como visto, ambos os diplomas legislativos fazem remissão recíproca, o que leva a uma inequívoca complementação. Da mesma forma, as demais leis que compõem o sistema integrado de tutela aos interesses ou direitos coletivos *lato sensu* no Brasil fazem referência à aplicação subsidiária da LACP e, conseqüentemente, do próprio CDC³⁵.

³³ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 81.

³⁴ LEONEL, **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

³⁵ A este exemplo, o art. 93 da Lei 10.741 (Estatuto do Idoso), que assim dispõe: “Aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.”

No panorama exposto, encontra-se a formação de verdadeiro sistema integrado voltado à defesa dos direitos transindividuais. Assim, todo o regramento processual tem por fundamento a instituição de meios processuais hábeis a garantir, com efetividade, o adequado provimento jurisdicional que o direito coletivo reclama, dadas as suas peculiaridades. 179

No entanto, o sistema integrado de tutela aos interesses coletivos brasileiro não contém a totalidade das regras necessárias à formação, desenvolvimento e conclusão do processo coletivo. Nada obstante a informação de princípios próprios e o esforço doutrinário na tentativa de amoldar os elementos e institutos processuais próprios das ações coletivas à realidade do direito material, a insuficiência desse sistema é patente e confirma-se pela indicação expressa da subsidiariedade do Código de Processo Civil cujo regramento é aplicável “naquilo em que não contraria suas disposições” (parte final do art. 19, da Lei 7.347/1985)³⁶.

A necessidade de melhorias e aperfeiçoamento do sistema vigente levou, nos últimos anos, a proposições no sentido de uma possível codificação do processo coletivo no Brasil. Segundo a doutrina de Gregório Assagra de Almeida, o objetivo seria a criação de um “sistema uniforme e coerente que represente, no mínimo, relativo avanço em relação ao sistema já positivado no País e que definitivamente rompa com as amarras do CPC como diploma concebido por uma visão

³⁶ Art. 19: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.” Disposição semelhante também pode ser observada no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor. Gregório Assagra de Almeida explica que “o CPC, em razão de possuir um sistema processual voltado para a resolução de conflitos interindividuais, só aplica no *microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum* (CDC, parte processual, e LACP) de forma *subsidiária limitada* (art. 19 da LACP e art. 90 do CDC) e, assim, depende de dupla compatibilidade: formal e teleológica.” (ALMEIDA. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 80.).

180 liberal individualista³⁷, inadequada, portanto, à concepção social dos direitos coletivos.

Entretanto, o ideal da codificação, traçado por processualistas como Ada Pellegrini Grinover, na Universidade de São Paulo (USP), e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), não encontrou significativa aderência pelo Ministério da Justiça. Em contrapartida, vem tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 5.139/2009, previamente debatido na secretaria de reforma do Poder Judiciário, do mesmo Ministério, para alteração da Lei da Ação Civil Pública, com vistas ao aprimoramento e unificação dos institutos de processo coletivo, levando à supressão de maior parte das disposições processuais atualmente existentes tanto no CDC como em algumas leis esparsas³⁸.

Sem abordar o debate sobre a viabilidade, ou não, da codificação do processo coletivo, mormente por não ser o objeto desta pesquisa, sabe-se que o direito deve acompanhar o desenvolvimento social e o dinamismo de sua evolução. No que toca ao direito processual coletivo, seu histórico é recente, exemplo desse movimento social, e ainda não se encerrou. Se, de um lado, o sistema integrado representa notável avanço na efetivação da tutela coletiva, de outro, sugere inquietude ao estudioso, que deve permanecer alerta às necessidades do direito material e à correlata providência jurisdicional reclamada. Isto é, dada a constante mutação da sociedade, sempre haverá uma tendência para a modificação do direito material, e, por consequência, do direito processual, como meio de sua efetivação.

³⁷ ALMEIDA. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 80.

³⁸ Conforme acima pontuado a respeito do mencionado projeto, atualmente aguarda-se deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

3 Necessidade de aprimoramento do direito processual vigente 181

O direito processual civil clássico, fundado em valores do Estado Liberal como a prevalência da autonomia da vontade e a não interferência do Estado nas relações dos particulares, é incapaz de fornecer procedimentos e soluções eficazes às questões que envolvem a coletividade, na acepção social do termo.

Dado não ser permitida, como regra, a autodefesa para se falar de prestação jurisdicional e a eventual concessão da tutela, inicialmente, o cidadão deve submeter a sua pretensão à análise estatal, o que se faz por meio do processo e com respeito às regras procedimentais previamente estabelecidas.

O Estado, primeiro atua para declarar o direito, após exaustiva cognição, e, somente no caso de descumprimento do comando judicial pelo réu, volta a agir para fazer cumprir, substitutiva ou coercitivamente, a vontade da lei. Em razão dessa lógica, o jurisdicionado está sujeito a aguardar o transcurso de longo tempo, necessário ao cumprimento do contraditório e à ampla defesa, antes do provimento final de mérito e a consequente satisfação do direito³⁹.

Vê-se que o fator tempo, imprescindível ao processo e à declaração judicial, pode se tornar um entrave peremptório à realização do direito material, sobretudo nas situações em que a sua efetivação exige medidas imediatas, sejam elas satisfativas, sejam meramente conservatórias.

Atento à deficiência do procedimento comum em sua ordinariedade, tratou o legislador de introduzir no ordenamento jurídico

³⁹ Não se olvida, é bom dizer, da presença de mecanismos verdadeiramente interditais no campo do Direito Processual Civil, notadamente a tutela diferenciada de urgência, não apenas nos procedimentos cautelares, mas, também, no próprio bojo do processo de conhecimento. No entanto, quer pela existência de um descompasso entre a lei e seus executores, quer por outra(s) causa(s), são inúmeros os casos em que a morosidade do processo acaba por frustrar a satisfação do direito, que no mais das vezes se torna inoportuno ou impossível de se materializar.

medidas acautelatórias (art. 798, CPC)⁴⁰ e antecipatórias de tutela (art. 273, CPC)⁴¹, com o fim de afastar ou minimizar os efeitos do tempo, ora para proteger elementos da relação processual (pessoas, provas e bens), ora para distribuir entre as partes o ônus temporal. Trata-se do gênero “tutela de urgência”, do qual aquelas são espécies e cujos mecanismos são adequados “para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo”⁴². A introdução de medidas antecipatórias de tutela e acautelatórias no ordenamento jurídico demonstram a percepção e sensibilidade do legislador para a insuficiência do modelo processual clássico, tal qual originariamente concebido, para reger até mesmo as relações interpessoais.

No curso da história, a evolução do homem em sociedade e a consequente declaração de direitos que extrapolam a seara individualista, mas afetam todo o corpo social ou significativa parcela deste, demonstraram o necessário desenvolvimento do direito processual como fundamental instrumento de realização de direitos.

A insuficiência do modelo processual clássico é verificada, ainda, pela sua principal atuação, reparatório-compensatória, quando diante do direito já lesado o ofendido provoca a prestação jurisdicional estatal. Ou seja, na maior parte dos casos, sobretudo quando o objeto de tutela é um direito de natureza patrimonial, como, p.ex., a propriedade,

⁴⁰ Art. 798: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

⁴¹ Art. 273: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 2, p. 486.

a atividade estatal se faz *a posteriori*, isto é, após verificada a lesão, perfeitamente reparável.

Tal constatação não representa propriamente a falência do sistema jurídico processual individualista, regido pelo CPC, pois, tratando-se de direitos de natureza patrimonial, o seu restabelecimento no caso de violação é possível, dada a viabilidade de mensuração.

Entretanto, para garantir de maneira efetiva a integridade de direitos de qualquer natureza, deve-se admitir a prevalência de uma tutela que seja preventiva ou inibitória do ilícito, com o fim exclusivo de evitar a sua concretização e a superveniente manifestação de efeitos sobre os direitos declarados.

Para fins desta pesquisa, especial atenção é dada aos direitos cuja natureza não permite avaliação, isto é, àqueles cujo restabelecimento ao *status quo*, anterior à concretização da lesão, é impossível. Isso acontece com os chamados direitos não patrimoniais, notadamente determinados direitos coletivos, conforme se observará adiante.

Para a adequada proteção de direitos de natureza não patrimonial, mais importante que a tutela meramente reparatória, atuante quando já lesado o bem jurídico, torna-se imprescindível a tutela preventiva, a fim de se evitar a concretização de uma ameaça e, em última análise, a completa ineficácia do provimento jurisdicional, ou, finalmente, a insatisfação por ter se tornado inoportuno.

A tutela inibitória se destaca como instrumento processual garantidor da proteção de direitos individuais e coletivos, indistintamente.

4 Direitos difusos e tutela inibitória

Direitos ou interesses coletivos *lato sensu* são aqueles compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, excedendo-se o âmbito estritamente individual. Assim, consideram-se titulares diversos indivíduos ligados por uma mesma relação jurídica ou fática. Em sentido ainda mais amplo, direitos de natureza fluida,

184 como saúde, educação, cultura, segurança e meio ambiente sadio, têm sua titularidade atribuída a todo e qualquer cidadão⁴³.

Sob o aspecto processual, recomenda-se que “o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um processo coletivo, que não apenas deve ser apto a evitar decisões contraditórias como ainda deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide”⁴⁴. Afora a vantagem de reunir vários processos individuais latentes numa única relação jurídica processual coletiva, que aproveite a todos os interessados, a solução representa evidente economia processual, tanto sob o ponto de vista da administração da justiça quanto do jurisdicionado, responsável por arcar com as despesas processuais.

A doutrina ensina e o legislador categorizou três espécies de direitos coletivos, a saber: a) difusos; b) coletivos (em sentido estrito) e c) individuais homogêneos.

Coube ao legislador, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, conceituar como *difusos* os interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”⁴⁵. Hugo Nigro Mazzilli esclarece que se tratam de tipos de direitos que são como “um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”⁴⁶.

Por interesses ou direitos *coletivos*, em sentido estrito, o CDC entende aqueles “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”⁴⁷.

⁴³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

⁴⁴ MAZZILLI, **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48.

⁴⁵ Art. 81, parágrafo único, I.

⁴⁶ MAZZILLI, Op. cit., p. 50-51 (o destaque em itálico é do autor).

⁴⁷ Art. 81, parágrafo único, II.

Tanto os difusos, quanto os coletivos em sentido estrito, são interesses indivisíveis. Mazzilli adverte que as espécies se diferenciam pela origem da lesão e pela abrangência do grupo. Assim, “os interesses difusos supõem *titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato*, enquanto os *coletivos* dizem respeito a grupo, categoria ou classe de *pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica base*”⁴⁸. Também no STF a questão foi enfrentada, restando consignado que “a ‘indeterminidade’ seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a ‘determinidade’ daqueles interesses que envolvem os coletivos”⁴⁹.

Finalmente, para o CDC, interesses ou direitos *individuais homogêneos* são “os decorrentes de origem comum”⁵⁰. Diante da inexatidão, mais uma vez esclarece Mazzilli tratarem-se daqueles interesses “de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato”⁵¹.

Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, os individuais homogêneos são tidos pela doutrina como apenas *acidentalmente* coletivos⁵², ou seja, individuais em sua essência, mas que recebem tratamento coletivo, considerando a origem comum. Isso porque, desde o início, é possível individualizar a titularidade do direito pelo indivíduo

⁴⁸ MAZZILLI, **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 163.231/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. **Diário de Justiça da União**, 29.06.2001, p. 55.

⁵⁰ Art. 81, parágrafo único, III.

⁵¹ MAZZILLI, Op. cit., p. 53.

⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 196-197. No mesmo sentido: DIDIER JR.; ZANETI JR., **Curso de direito processual civil**: Processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2007, v. 4, p. 73; GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. **Direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 789, p. 746, apud GOMES JÚNIOR, **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

186 e mensurar a sua extensão, sendo o seu tratamento coletivo justificado por razões de conveniência.

Assim, é possível afirmar que, dentre as espécies categorizadas, podem ser considerados transindividuais os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, pois perpassam os indivíduos componentes do grupo ou comunidade, tocando-os, e, ao mesmo tempo, transcendem esses limites, atingindo toda a coletividade. Ao contrário, como citado acima, os chamados direitos individuais homogêneos são, de fato, direitos subjetivos individualizados, divisíveis, porém tratados como se coletivos fossem por razão de uma política legislativa preocupada com a eficiência da atividade jurisdicional, sob os prismas do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRB/1988)⁵³, da segurança jurídica (art. 5º, LV, CRB/1988)⁵⁴, da tempestividade jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CRB/1988)⁵⁵, da racionalidade e economia processuais e, finalmente, da coerência dos atos decisórios jurisdicionais.

Dentre as espécies de direitos coletivos em sentido amplo, atribui-se especial destaque aos interesses ou direitos difusos, dada a sua relevância social e a significativa fragilidade diante do potencial lesivo, bem como a utilização da tutela inibitória para a sua proteção, como via jurisdicional mais eficaz, porquanto precedente à concretização do dano.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, “direito é noção de dever, ou seja, é algo próprio da valoração do ser humano em sociedade, supondo regras de comportamento, estabelecidas em razão e em proveito do convívio social”⁵⁶. Dado que é da natureza do homem o convívio social,

⁵³ Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵⁴ Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁵⁵ Art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁵⁶ MAZZILLI, **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

torna-se necessária a instituição de regras de conduta a fim de viabilizar essa convivência de maneira harmônica. Dessa forma, à noção de direito está intrinsecamente ligada a ideia de dever dirigida a toda a comunidade, atribuindo-lhe uma obrigação negativa de se abster de causar àquele que detém um direito qualquer tipo de lesão.

As ideias aqui expostas tornam-se facilmente perceptíveis quando ilustradas pelo conflito intersubjetivo, em que o objeto do litígio é um bem de cunho patrimonial, ou seja, mensurável pecuniariamente. Isto é, aquele cuja ação ou omissão gerar dano à esfera de direitos de outrem estará obrigado a lhe reparar os prejuízos. Vale dizer que o Estado de Direito veda a chamada autodefesa, ou autotutela, sendo raros os casos em que o seu exercício é legalmente admitido⁵⁷. Portanto, diante da lesão já consumada ao direito, deverá o cidadão provocar a atuação jurisdicional do Estado para que este, no exercício monopolizado de seu poder-dever, diga a quem cabe a tutela e a qual porção do alegado direito fará jus.

Interessante notar que, em verdade, o direito não depende do conflito entre as pessoas. A sua existência se justifica exatamente para evitá-los, prevenindo-os, atribuindo aos jurisdicionados condições de acesso aos bens naturais e sociais⁵⁸, bem como garantir a sua manutenção.

Na maioria dos casos regidos pelo atual Código de Processo Civil, de raízes liberais e individualistas, a atuação da jurisdição se dá *a posteriori*, isto é, depois de já consumada a lesão⁵⁹. Aliás, trata-se de condição ao exercício do direito de ação a demonstração do interesse de agir, consubstanciado na necessidade da atuação do poder

⁵⁷ Como, p. ex., no desforço incontínente para os casos de esbulho da posse (art. 1.210, § 1º, CC), o direito de retenção de bens (arts. 571, parágrafo único e 1.219, CC).

⁵⁸ GRECO FILHO, **Direito processual civil brasileiro**. Teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 15.

⁵⁹ Não se desconhece, repita-se, a garantia Constitucional conferida ao jurisdicionado que se encontra diante da simples ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CRB/1988). O que se afirma, contudo, é a prevalência da dinâmica reparatória após a já ocorrência de uma lesão.

188 estatal, por meio do procedimento adequado e na utilidade do provimento jurisdicional a ser emanado para a recomposição do *status quo ante*, o que se dá por meio de alguma medida reparatório-compensatória.

Considerando-se o objeto do litígio um direito de ordem subjetiva individual, a maior parte dos casos tende a percorrer este caminho: inobservância da lei, lesão a direito, dedução de uma pretensão mediante a provocação da atividade jurisdicional, prestação jurisdicional, tutela jurisdicional para ressarcir ou compensar.

No entanto, este quadro não se repete com tanta facilidade quando se tem por objeto direitos de natureza coletiva.

Como dito em linhas anteriores, o advento da Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra e propagada para outros países, gerou profunda alteração nas estruturas sociais, “fazendo aparecer a figura da *massa* e, em seu bojo, os inevitáveis *conflitos de massa*”⁶⁰. Com isso, novas relações sociais são geradas no final do século XIX e durante todo o século XX, implicando no rompimento da até então vigente dicotomia do direito, em dois grandes ramos: o público e o privado.

Quanto ao ponto, imprescindível a menção à tese defendida por Gregório Assagra de Almeida, para quem *a summa divisio* Direito Público e Direito Privado não teria sido, sequer, recepcionada pela CRB/1988:

A summa divisio constitucionalizada relativizada no País é o Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre Os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos⁶¹.

A partir daí, e no atual estágio de desenvolvimento social, cultural e jurídico, são reconhecidos novos direitos, de amplo espectro de

⁶⁰ LENZA, **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

⁶¹ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 380.

incidência, tendo como titulares a coletividade e todos os seus componentes, individualmente considerados, muito embora, dada a amplitude do alcance, seja impossível determiná-los. Ao tratar desses *novos direitos*, Pedro Lenza afirma que “[...] os difusos, em particular, transcendentais do indivíduo, não se definem nem como individuais, nem como públicos. Trata-se de uma nova categoria de direitos e interesses, reflexo de uma sociedade complexa, cujos titulares, muitas vezes, estão marcados pela *indeterminabilidade*”⁶².

Em verdade, trata-se de direitos dos quais todos os componentes do corpo social são titulares e, portanto, têm o dever de zelar⁶³. Exemplo notável é o direito ao meio ambiente sadio. Ora, se todos têm direito à higidez do meio ambiente, todos têm, então, primordialmente, o dever de preservá-lo.

O modelo não foi acidental. O meio ambiente, assim como os demais bens jurídicos sobre os quais versam os direitos ou interesses difusos, é daqueles que não comportam reparação. Significa dizer que, uma vez lesados, a sua recomposição é, no mais das vezes, impossível.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao tratar do objeto da ação civil pública, regida atualmente pela Lei 7.347/1985, explica que na ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio cultural e natural do país, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, “constata-se que o cumprimento do julgado, para ser eficaz, só pode realizar-se através da *execução específica*, de maneira a que se consiga repor o bem ou interesse lesado no seu *status quo ante*”⁶⁴.

⁶² LENZA, **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43.

⁶³ Como exemplo, o art. 225, CRB/1988, que ao tratar do meio ambiente assim determina: 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”.

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

190 Por causa disso, em se tratando de direitos difusos, o ressarcimento do dano em pecúnia é posto de lado pela doutrina, a exemplo do que preleciona Hely Lopes Meirelles, para quem:

[...] a imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque, na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e *in specie* do dano do que de receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim como no envenenamento de um manancial com a mortandade da fauna aquática.⁶⁵

Por conseguinte, pretende-se, tanto quanto possível, que “o poluidor, o fraudador, o vândalo, repare o mal feito”⁶⁶, promovendo a recomposição do bem jurídico. Quando a reparação específica for impossível, a solução será a condenação do agente ao correspondente pecuniário revertido a um fundo cujos recursos se destinam à reconstituição dos bens lesados.

Apesar da possibilidade de compensação em pecúnia, tratando-se de bens jurídicos quase sempre irrecuperáveis após a lesão, o dinheiro acaba por representar “um nada ou mero ‘prêmio de consolação’”⁶⁷.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 21. ed. Atualização de Arnaldo Wald. FONSECA, Rodrigo Garcia (Colab.). São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 167-168.

⁶⁶ MANCUSO, **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

⁶⁷ LEONEL, **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 294.

Sérgio Cruz Arenhart sustenta que se pode “dizer, com segurança, que o direito atual, desde que adequadamente interpretado, prevê mecanismos suficientemente adequados à proteção inibitória” e que o ordenamento jurídico nacional possui “regras processuais aptas a entregar ações eficientes para a obtenção de prestações *in natura*, deixando para um segundo plano a conversão das obrigações específicas em perdas e danos, ou seja, no seu correspondente monetário”⁶⁸.

Daí a necessidade de se desenvolver a cultura da preservação (*prevenção*) como um contraponto à da reparação. Priorizar as atividades preventivas para a manutenção da integridade do bem jurídico está em destaque, pelo que, no campo do direito processual, sobretudo no que diz respeito à tutela jurisdicional coletiva, ganha maior relevância a tutela inibitória.

5 Conclusão

Após essas breves linhas, pretendeu-se apoiar na tutela inibitória como a medida mais adequada à proteção de quaisquer direitos, notadamente aqueles de natureza difusa, dada a sua peculiar necessidade de proteção. Porquanto represente notável instrumento jurídico-processual para a garantia da integridade de direitos de natureza difusa, oportuno o estudo de seu regramento e dos caracteres que compõem o provimento jurisdicional preventivo, sendo, ainda, campo fértil para abordagens acadêmicas e práticas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Gregório Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 219.

192 ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 196-197.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164/SP. Relator: Ministro: Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, 17.11.1995, p. 39.206.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 134.297/SP. Relator: Ministro: Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, 22.09.1995, p. 30.597.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 163.231/SP. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. **Diário de Justiça da União**, 29.06.2001, p. 55.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. V. 4. Salvador: Jus Podivm, 2007.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: Teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 20. ed. rev. e atual. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. I processi collettivi in Brasile. **Judicium**– 193
Il processo civile in Italia e in Europa. 15 maio 2007. Disponível em:
<[http://judicium.it/news/ins_15_05_07/convegno%20Pisa/
Pellegrini,%20convegno%20Pisa.html](http://judicium.it/news/ins_15_05_07/convegno%20Pisa/Pellegrini,%20convegno%20Pisa.html)>.

_____. Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

194 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 21. ed. Atualização de Arnaldo Wald. FONSECA, Rodrigo Garcia (Colab.). São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Curso de direito processual civil**: Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 44. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Scipione, 2000.

Recebido em 30/07/2012 - Aprovado em 25/08/2012