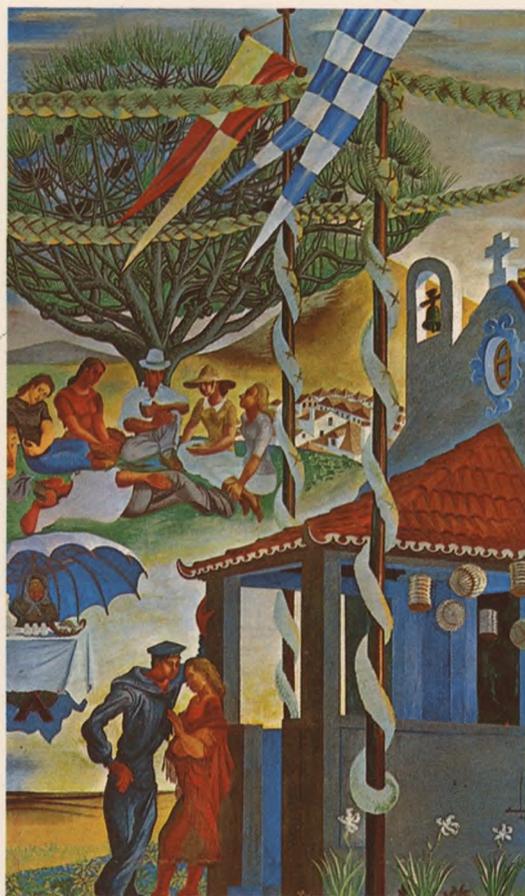


O SAGRADO E O PROFANO

HOMENAGEM A J. S. DA SILVA DIAS



INSTITUTO DE HISTÓRIA E TEORIA DAS IDEIAS
FACULDADE DE LETRAS

COIMBRA 1987

RECONSTITUIÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende fundamentalmente dar a conhecer a dimensão histórica do actualíssimo fenómeno da tutela jurídica dos interesses difusos, tanto mais que esta perspectiva tem sido pouco tratada pela doutrina. Trata-se por um lado de contribuir no sentido de criar uma disciplina legal abrangente, que se constitua num eficiente instrumento de defesa daquela categoria de interesses relacionados com a «qualidade de vida», os chamados interesses difusos ou supra-individuais, até hoje praticamente ignorados pelo poder judicial. Por outro lado convém salientar, que esta problemática não é só processualista, mas é também e fundamentalmente uma verdadeira questão da teoria geral do direito. Problema de alta dogmática no âmbito do qual é necessário saber o que é esse misterioso personagem, chamado «interesse difuso», e para isso julgamos necessário fazer a reconstrução histórica originária da expressão.

2. NOÇÃO DE INTERESSE DIFUSO

A necessidade de proteger uma série de interesses supra-individuais, com especial relevo para os que dizem respeito ao ambiente e ao consumidor, deu origem à noção de interesse difuso.

Segundo um ilustre autor, o interesse difuso é aquele que não tem um portador, um titular e é, logo, substancial- *

* Universidade de Évora.

mente «anónimo»; por outro lado são interesses colectivos «os interesses que têm como portador um ente representativo de um grupo não ocasional»⁽¹⁾.

Nesta bela definição podemos observar não só um dos aspectos mais originais da problemática dos interesses difusos, como uma clara distinção entre interesses difusos e interesses colectivos.

O interesse difuso é o interesse de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos que, potencialmente pode incluir todos os participantes da comunidade geral de referência⁽²⁾. Este vem reconhecido pela norma jurídica de modo explícito ou implícito, como acontece na Constituição Portuguesa de 1976. De modo geral a figura do interesse difuso pode reconhecer-se em muitas das normas programáticas introduzidas na nossa Lei Fundamental (art.ºs 64, 65, 66, 67, 74 e 100). Em certo sentido, pode dizer-se que, a construção do interesse difuso tem como objectivo superar a mera eficácia moral que a doutrina liberal atribui a estes enunciados. Assim, pensamos que este tipo de interesses públicos difusos, enquanto interesses juridico-constitucionalmente protegidos, melhor se definiriam como «direitos subjectivos públicos de participação», eventualmente fragmentados, cuja concretização jurídica passa pela revalorização normativa e actuação das normas constitucionais programáticas. Não só à procura de um «senhor», (se posso exprimir-me com fórmula pirandelliana) os interesses difusos reclamam o seu reconhecimento jurídico positivo de acordo com uma correcta valoração das normas constitucionais programáticas⁽³⁾.

(1) Massimo Severo Giannini, «La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi», in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Pádua, Cedam, 1976, p. 23.

Sobre a distinção entre interesse difuso e interesse colectivo, consultar Luis Filipe Colaço Antunes, «La tutela degli interessi diffusi nell'ordinamento giuridico portoghese», *Revista de Direito Processuale Amministrativo*, Giuffrè, (no prelo). Este estudo contém uma exposição exaustiva da bibliografia sobre o tema.

Quanto à natureza e significado dos interesses difusos, vide Luis Filipe Colaço Antunes, «Subsídios para a tutela dos interesses difusos», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45, Lisboa, Dezembro, 1985, p. 825 e ss.

(2) Franco Bricola, «La tutela degli interessi collettivi nel processo penale», in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Pádua, Cedam, 1976, p. 133.

(3) Para maiores desenvolvimentos sobre a noção de interesse difuso consultar Luis Filipe Colaço Antunes, «Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos», *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, 1986, vol. LX-1984, p. 9 e ss.

Tutela dos Interesses Difusos

3. HISTÓRIA DA TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS

3.1. *Origem e evolução histórica*

Desde que o homem se organizou em sociedade, oassaram a existir certos interesses que não pertenciam a indivíduos determinados, mas, de modo geral a toda a sociedade. Havia direitos da comunidade, que não eram propriamente direitos subjectivos, já que a comunidade em si mesma considerada não possuía a personalidade jurídica, qualquer que fosse o sistema jurídico que estivesse em análise.

O problema central advindo da verificação da existência desses interesses sem um titular definido é, justamente, o da defesa do referido direito. Quem está legitimado a defender um direito não personificado?

Em nossa opinião parece, que a tutela jurisdicional daqueles interesses foi tratada, ordenadamente, de forma pioneira no direito romano. Neste sistema jurídico existiam as *actiones populares* (4) como instrumento para a defesa dos interesses difusos (5). Eram acções de natureza privada, já que

(4) Populares porque qualquer um podia propô-las, mas em substância eram privadas (cf. Francesco Buonamici[^] *La storia della procedura civile romana*, Roma, L'Erma di Bretschneider Ed., 1971 — reimpressão inalterada da edição de Pisa, 1886, vol. I, p. 186. Vide ainda, a respeito da acção popular romana e da[^] tutela dos interesses difusos, M. Zimmern, *Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les romains*, trad. L'Étienne, 2.^a ed., Paris, Toussaint, 1846, p. 454.

(5) No que se refere à natureza jurídica da acção popular romana, a doutrina dominante retém que, o *quivis de populo* legitimado a propor a acção plasmada no Digesto sob o título de *popularibus actionibus*, não faz valer um interesse próprio, mas um interesse do Estado (ou do povo), em relação ao qual, desenvolve uma função procuratoria, que em termos jurídicos podíamos classificar de verdadeiro e próprio mandato com representação.

Uma posição de ní:ido contraste foi assumida por Bruns, o qual demonstra que as acções populares, em sentido próprio, são somente as de criação pretoriana que se distinguem das previstas na lei, visto que as primeiras preveem um provento a favor do proponente da acção, e a segunda prevê que o mesmo seja do Estado. Com base neste dado textual o autor defende que, nos casos previstos na lei o proponente actué em favor da comunidade e, nos casos previstos no Edito do pretor, faça valer um interesse próprio.

A tese de Bruns, apoia-se num pressuposto substancial, já precedentemente elaborado por Ihering, segundo o qual a aparente anomalia da legitimação atribuída a qualquer cidadão encontra a sua explicação na estrutura gentílica da antiga comunidade. Se a *gens* é uma entidade ordenada comunisticamente, o «Estado e o povo são

somente se consideravam públicas as acções penais, e estavam previstas no Digesto, 47, 23, 1: «chamamos acção popular àquela que tutela o próprio direito do povo». Mas o direito protegido pela acção popular romana não era um direito que correspondesse ao indivíduo como particular, mas, sim como membro de uma comunidade (6). O particular exercia o direito de acção popular não em nome do povo, mas sim em nome próprio, no *interesse* do povo.

equivalentes» e «as pessoas físicas não desaparecem completamente na abstracção de uma personalidade diversa»; quem age por um bem da *res publica*, realiza um interesse que lhe pertence, não na condição de particular, mas na veste de membro da comunidade. A opinião do autor germânico teve largo eco, nomeadamente em Itália, onde Vittorio Scialoja não só traduz o discutido estudo de Bruns sobre as acções populares romanas, mas tenta também uma reelaboração das teses defendidas pelo autor alemão. Segundo Scialoja a distinção operada por Bruns na base da destinação do provento derivada do exercício da acção popular, encontra o seu fundamento na existência de duas diferentes categorias de direitos públicos: os «concentrados» na comunidade e exercitáveis pelos seus órgãos ou por simples cidadãos que, na ocasião agissem como instrumentos do Estado, e os «difusos» que dizem respeito aos simples membros da comunidade, para cuja tutela existem verdadeiras e próprias acções populares, isto é, as que estão previstas no Édito.

Um ulterior passo em frente na via indicada por Bruns, no sentido de tentar superar a divergência entre a acção prevista no Édito do pretor e a disciplinada na lei, foi dado por Fadda. Este autor observa que a relação entre particular e comunidade se transformou numa relação de cidadania que se consolida no princípio da soberania popular, segundo o qual «Estado e povo são uma coisa só». De tal perspectiva Fadda parte para a ideia que o cidadão sendo investido de soberania, faz valer um direito subjectivo do qual é titular, não só quando exercita a acção popular na qual a contenda lhe diz directamente respeito, mas também quando propõe aquelas tendentes a obter uma sentença a favor da *res publica* ou de um terceiro.

Argumentando deste modo Fadda supera a distinção entre direitos públicos «concentrados» e «difusos» proposta por Scialoja, na medida que lhe parece difícil, senão impossível, fazer a distinção precisa e clara entre direitos de comunhão e direitos dos particulares enquanto membros desta, ou seja numa questão de interesse geral. Considera ainda que, onde num dado caso, a lei reconheça ao particular a faculdade de agir por causa da lesão de um determinado interesse, com isso se lhe está reconhecendo um direito.

Sobre este ponto vide Bruns, «Le azioni popolari romane», traduzido e publicado por Scialoja, *Studi Giuridici*, I, 1, Roma, 1933, p. 119 e ss.; M. Scialoja, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, p. 42 e ss.; Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. da 3.^a ed. de O. de Meuleunaire), Paris-Gand, 1880, p. 211, e Fadda, *L'azione popolare*, Torino, 1984, p. 312.

(6) Emílio Costa, *Perfilho storico dei processo civile romano*, Roma, Athenaeum, 1918, p. 54, nt. 2.

Tutela dos Interesses Difusos

Competia esta acção a qualquer cidadão de Roma. O indivíduo, já que não era o titular particular de um direito, mas participante no interesse público, actuava na acção popular como *defensor* desse mesmo interesse público (7). Defensor aqui não significa procurador, isto é, o direito era também dele, enquanto membro da comunidade. Ocorria o fenómeno da legitimação extraordinária para a causa; quanto ao autor popular, estava ali defendendo o seu direito; quanto ao resto da comunidade o autor popular, actuava como que legitimado extraordinariamente, defendendo também os interesses do povo.

A denominação *interesses difusos*, tão discutida nos dias de hoje, já era conhecida dos romanos (8), de acordo com a opinião de Scialoja: «direitos públicos, que chamávamos di-

(7) Vittorio Scialoja, Prefazione a «Le azioni popolari romane» de Bruns, *Studi Giuridici*, I, 1, Roma, 1933, p. 119 e ss.; *Idem, Procedura civile romana*, Roma, 1936, p. 342 e ss. Há tradução espanhola de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin, *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, EJEJA, 1954, p. 472.

(8) Mais recentemente um dos autores a falar de «interesse difuso» na doutrina italiana (a mais precoce nesta matéria) foi Santi Romano. Ele prossegue nesta temática o debate da doutrina alemã (no primeiro quartel deste século) sobre a jurisprudência dos interesses, que tiveram em Ihering e Heck os chefes de fila, de Escolas de pensamento diferentes, pois a concepção destas duas correntes divergia profundamente.

Do ponto de vista de Ihering e dos seus seguidores os «interesses difusos» identificava-se exclusivamente com um perfil subjectivo de carácter «anónimo»; isto é, o interesse difuso não era referível a um sujeito determinado, ou como modernamente se diz, a uma figura subjectiva conhecida do ordenamento jurídico. Isto, obviamente, com todas as implicações negativas, na óptica do ordenamento positivo vigente, sob a perspectiva da tutela jurisdiccional. A Escola de Heck enquadrava, por sua vez, o tema dos interesses difusos de um ponto de vista objectivo. Em vez de se preocupar com o perfil inerente ao critério subjectivo da sua titularidade, o grupo de Heck limitava-se a evidenciar a integração do interesse difuso na categoria dos interesses da colectividade geral, conotável principalmente pelo seu «valor normativo», que no fundo tinham em comum com todos os outros interesses de carácter colectivo. Esta teoria traz à luz o momento-chave da tensão ideal desta corrente mais avançada da *Interessen-jurisprudence*, fundamentalmente virada, na própria elaboração dogmática, para a verificação global do princípio teórico fundamental inspirador da concepção segundo a qual, em contraste com a pirâmide de Putzka, não são os conceitos, mas sim os interesses a «fonte» do ordenamento jurídico. Sem irmos mais longe parece que Santi Romano se refere mais ao ponto de vista de Ihering. Seja pelo momento histórico da citação, ainda sensível à dogmática conceptual e sob a perturbação causada pela «novidade» proclamada pela *Interessen-jurisprudence* que considerava o voluntarismo revolucionário da ciência jurídica desme-recedor de uma séria consideração; seja pelo momento cultural do

fusos, que não se concentram no povo considerado como entidade, mas que têm por próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade»⁽⁹⁾.

Mas quem era esta entidade chamada *populus*? Muito se discutiu na doutrina romanística a respeito desta figura. Mas, em sentido geral, *populus* seria um conjunto de indivíduos juridicamente organizados para a consecução de um fim *colectivo*, de modo que se constituiu na máxima organização jurídica das pessoas livres que formaram a *civitas romana* (10).

qual Santi Romano representava a expressão sublime, de uma época empenhada na superação do formalismo, ainda que positivista. (Luís Filipe Colaço Antunes, «Subsídios para a tutela dos interesses difusos», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45, Lisboa, Dezembro 1985, pp. 922-924).

Actualmente a expressão «interesse difuso» ganhou relevância no léxico jurídico a partir do Congresso de Junho de 1974 em Pavia sobre «Le azioni a tutela di inter essi collettivi» e do Congresso de Maio de 1975 em Salerno sobre «La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato». A doutrina italiana foi a que mais se dedicou ao tema, designando por interesses difusos os relacionados com o meio ambiente (preservação do equilíbrio ecológico, tutela da paisagem, racionalização do urbanismo, etc.); os interesses ligados a valores culturais, como o acesso às fontes de informação, a protecção de bens de valor histórico ou artístico; e ainda os orientados para a protecção do consumidor (honestidade da propaganda comercial, responsabilidade das empresas por danos ao ambiente e aos consumidores, etc.).

Um dos problemas centrais levantado pelo interesse difuso é o reconhecimento da sua cidadania jurídica. A doutrina italiana tende a reconduzi-los, às figuras jurídicas de interesse legítimo ou de direito subjectivo, ainda que autores como S. Rodotà defendam a necessidade de rever a teoria das situações subjectivas e dos conceitos tradicionais da teoria dos bens («Le azioni civilistiche», in *Le azioni a tutela...*, p. 87).

A jurisprudência italiana vai no sentido de reconduzir também a noção de interesse difuso às posições de interesse legítimo ou de direito subjectivo, admitindo apenas a sua accionabilidade enquanto coincidente com as posições jurídicas tradicionais (sentença da Corte di Cassazione, n.º 1463 de 1979, in *Giur. It.* 1979, I, 1, p. 721 e ss.).

Supera-se desta forma a sentença n.º 2207 de 1978 da Corte di Cassazione, *Giur. It.* 1978, I, 1, col. 2128, que negava a tutela dos interesses difusos, permitindo apenas a accionabilidade de interesses, relativamente a bens sujeitos a «fruição colectiva».

Por sua vez, através da sentença da Sec. Un. n.º 5172, a Cassazione configura o direito a um ambiente saudável como um direito subjectivo perfeito, afirmando expressamente a sua tutela por via autónoma, independentemente de qualquer conexão com o titular do direito. (*Giur. It.*, 1980, I, 1, p. 464 e ss.).

(9) Vittorio Scialoja, *Procedura...*, ob. cit., p. 342 e ss.

(10) Enrique Lazano y Corbi, *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 20 e 41.

Tutela dos Interesses Difusos

Os direitos havidos como *difusos* eram o culto à divindade, o direito à liberdade, o direito ao meio ambiente, etc. Como tipos de *actiones populares* podemos citar a acção do *albo corrupto*, que tinha o objectivo de punir civilmente aquele que alterasse o escrito do pretor; a acção de *sepulchro violato* cujo intento era proteger o direito comum de não ver violada a sepultura; a acção de *termino moto*, que servia para a reparação do dano de quem alterasse, com má fé, limites entre propriedades; a acção de *apertis tabulis*, a acção de *suspensis* O¹⁾.

Dentro, ainda, da casuística da acção popular romana, podemos citar a *actio effusis et dejectis; interdictum de via publica; de flumine publico; de homine libero exhibendo; actio de testamento occisi aperto, etc.* (12).

Como exemplo de *interdictum de via publica*, Scialoja dá-nos o seguinte: «se uma rua é deteriorada por Tício, eu, precisando de passar por ali, tendo interesse em que a rua seja colocada novamente em condições de uso, acciono contra Tício a interdição apropriada» (13).

Depois da contribuição do direito romano para a tutela jurisdicional dos interesses difusos, em termos de relevância vamos encontrar a criação da instituição do *ombudsman* no direito escandinavo.

Os antecedentes do *ombudsman* ocorreram na Suécia. Neste país, no século XVI, surgiu a figura do *Grande Senecal* (drotsen), que tinha a atribuição de velar, sob a autoridade suprema do Rei, pelo bom funcionamento e administração da justiça no reino (14). Posteriormente, surgiu o *General Richz Schultz* (1638), que foi substituído pelo efêmero *General Inspectoren Öffuer ordningarne* (1665 a 1668), cuja substituição se deu, de forma definitiva, pelo *Kansliordning*, pelo Decreto de 26 de Outubro de 1713, de Carlos XII.

O *Kansliordning* deu origem ao nascimento do *Justitiekanler* e do *Konungens Hogsta Ombudsmannen*, duas entidades com atribuições diversas. Este último foi criado para

C¹¹⁾ L. B. Bonjean, *Traité des actions ou exposition historique de Vorganisation judiciaire et de la procédure civile chez les romains*, 2.^a ed., Paris, Videcoq, 1845, pp. 3, 4, 5 e 258, nt. 2.

(12) Francesco Buonamici, *La storia...., cit.*, pp. 188 e 10.

C¹³⁾ Vittorio Scialoja, *Procedura...., cit.*, pp. 190 e 20.

(14) André Legrand, *L'ombudsman Scandinave*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 22-23. No mesmo sentido, Alvaro Gil Robles y Gil Delgado* *El Control parlamentario de la Administración, El ombudsman*, 2.^a ed., Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981, p. 38.

exercer o controlo geral sobre a observância das leis, devendo fiscalizar se cada um, no exercício da sua função, cumpria com as suas obrigações ⁽¹⁵⁾. Finalmente, desde 1809 existe na Suécia o *Justitieombudsman* como o conhecemos.

Mas no fundo o que vem a ser o *ombudsman*? É um órgão criado para administrar a justiça. A sua função é a de exercer uma espécie de controlo da actividade da administração, ao mesmo tempo que pode decidir a respeito dos interesses difusos. Existem certas regras para que se tenha acesso ao órgão, que variam de país para país, e basta que o interessado alegue «razões de interesse da comunidade» para que seja provocada a actividade do *ombudsman*. Caracteriza o órgão a absoluta informalidade; não é preciso comparecer acompanhado de procurador ou advogado, tão-pouco deduzir a reclamação por escrito.

No início o órgão foi criado com o intuito exclusivo de exercer o controlo da administração pública. Como a experiência foi bem sucedida, foram sendo paulatinamente ampliadas as actividades do *ombudsman*, de modo que hoje existem vários deles para atender interesses colectivos dos mais diversos; *ombudsman* do consumidor, da liberdade económica, da saúde pública, estudantil, empresarial e assim por diante.

Em face dos resultados obtidos na Suécia, outros países escandinavos passaram a criar os seus meios de controlo da administração e, ao mesmo tempo, designar um órgão para apreciar os pedidos de tutela dos interesses difusos. A semelhança do *ombudsman* sueco foram criados o da Finlândia (1919), o da Dinamarca (1954) e o da Noruega (1950) ⁽¹⁶⁾. Outros países adoptaram também a experiência sueca, criando o *ombudsman*: Inglaterra (1958), Nova Zelândia (1962), Irlanda do Norte e Canadá (a partir de 1967, pois foram criados vários *ombudsman* independentes nas províncias canadianas) ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ André Legrand, *Uombudsman...., cit.*, p. 23.

⁽¹⁶⁾ Frank Stacey, *The British ombudsman*, Oxford, Oxford Univ. Press., 1973 (reimpr.) p. 3.

⁽¹⁷⁾ Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El Control...., cit.*, pp. 101, 89, 124 e 129.

Para uma ampla consulta sobre os modernos meios de tutela jurisdiccional dos interesses difusos, consultar, de Mauro Cappelletti (coord.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milão, Giuffrè, 1976; sobre o *ombudsman* vide, ainda, Donald C. Rowat, *El «ombudsman»*, trad. Eduardo L. Juárez, México, Fondo de Cultura

Tutela dos Interesses Difusos

Além da criação do *ombudsman* nos países acima referidos, modernamente tem ganho vulto a adopção desta figura jurídica nos sistemas de diversos Estados, embora com denominações diferentes.

A Alemanha Federal criou a figura do *ombudsman* militar, através da Gesetz über den *Wehrbeauftragten des Bundestages* (Lei sobre o Comissário Militar para a Defesa do Parlamento Federal), de 26 de Junho de 1957, baseando-se no dispositivo constitucional (Bonner Grundgesetz — Constituição de Bonn, art.º 45, b) ⁽¹⁸⁾.

Nos Estados Unidos há, também, instituições semelhantes ao *ombudsman* em pleno funcionamento. O Estado de Havai foi o primeiro a instituir esse órgão de controlo parlamentar da administração. Na França pela Lei n.º 73-6 de 3 de Janeiro de 1973, foi criada a figura do *Médiateur*, que teve as suas funções reguladas pelos Decretos n.ºs 73 253, 73 254 e 73 255, todos de 9 de Março de 1973. Mais recentemente, foram criadas duas instituições semelhantes ao *ombudsman* escandinavo, em países latinos: o «Defensor del Pueblo» em Espanha e o «Provedor de Justiça», em Portugal, ambas com garantia constitucional. O Defensor do Povo foi introduzido no país vizinho por força da Constituição espanhola de 27 de Dezembro de 1978, art.º 54, enquanto o nosso Provedor de Justiça teve a sua previsão no art.º 23 da Constituição de 2 de Abril de 1976. Também em Israel foi criado o *ombudsman*.

Variando de país para país, verificamos que os organismos guardam alguma semelhança efectiva com o *ombudsman*, conquanto revestidos de outra denominação, ou, por vezes, com formas de escolha variadas. Mas, de qualquer modo, a característica destes institutos é em tudo semelhante à do *ombudsman* escandinavo. Com efeito, essas figuras são instituições vinculadas ao Poder Legislativo, normalmente eleitas pelo Parlamento, e têm a finalidade de garantir os direitos e liberdades dos cidadãos, e, em alguns países, a defesa de alguns interesses difusos, e de fiscalizar a actividade da administração pública. Não possuem actividade jurisdicional e não têm competência para anular os actos da administração pú-

Económica, 1973; Victor Fairén Guillén, *El defensor del pueblo — «ombudsman»*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982; e «El ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos», in *Temas del ordinamiento procesal*, Madrid, Tecnos, t. 3, 1982, pp. 1505-57.

(is) T Maunz, G. Düring e R. Herzog, *Grundgesetz Kommentar*, 3.ª ed., Munique, Beck, 1971, pp. 2-16.

blica. A sua função é, por assim dizer, portadora de efeitos morais para com os erros e negligências da administração pública, e caracteriza-se por emitir recomendações aos órgãos públicos, aliadas às eventuais providências administrativas que entenda por bem tomar.

Vimos até aqui examinando a evolução histórica destes institutos, que poderão contribuir para a resolução do tormentoso problema da tutela dos interesses difusos. Verificamos que o *ombudsman*, ou o Defensor do Povo, ou o Provedor de Justiça ou o Mediador não têm autorização para pleitear, junto do Poder Judicial, a tutela desses interesses denominados difusos. Defendem-nos, mas no âmbito administrativo. Aliás, é curioso notar, que mesmo depois da criação da figura do Provedor de Justiça, entre nós, adveio a Lei de Defesa do Consumidor, de 22 de Agosto de 1981 (Lei n.º 29/81), outorgando legitimação *exclusiva* ao Ministério Público para pleitear, em juízo, a tutela dos interesses dos consumidores, podendo as associações intervir como assistentes (art.º 13h, da referida Lei de defesa do consumidor). Assim, observa-se que o *ombudsman* ou figuras afins não se confundem com a instituição do Ministério Público, a quem cabe, tradicionalmente, a tutela jurisdicional dos interesses indisponíveis da sociedade. Sobrevivem lado a lado, cada um com as suas funções e atribuições absolutamente distintas umas das outras. Cremos que, o sistema de defesa do consumidor vigente no nosso país é bastante positivo, embora entendamos que o sistema misto é o que melhor atende à tutela jurisdicional dos interesses difusos. Quisemos apenas salientar a diferença existente entre a figura do *ombudsman* e a do Ministério Público.

Além destes institutos, há também o do *amicus curiae*, do direito anglo-saxónico, que funciona como uma espécie de colaborador da Corte, informando-a na resolução de qualquer problema, que tenha relevância para a decisão da lide colocada em juízo ⁽¹⁹⁾.

3.2. *Interesses difusos e legitimação activa nos modernos ordenamentos jurídicos*

O problema relativo à tutela dos interesses difusos não se restringe actualmente aos meios e aos instrumentos que devem ser previstos e criados pelo ordenamento jurídico, de

⁽¹⁹⁾ Giovanni, G. Criscuoli, «Amicus curiae», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 27, Milão, Giuffrè, 1973, pp. 187-216.

Tutela dos Interesses Difusos

forma a permitir uma imediata e eficaz resposta à violação destes interesses, mas compreende também a questão da *titularidade activa* dessa defesa, ou seja a legitimação para agir. Tradicionalmente o problema da legitimação para agir no processo civil tem sido resolvido na base da *summa divisio* entre «público» e «privado» (20). Quanto a nós, a tutela jurisdicional dos interesses difusos exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adopção de novas técnicas, que permitam, uma adequada protecção dos interesses meta-individuais. Institutos com a legitimação e o interesse de agir, a representação e a substituição processual, a ciência bilateral dos actos processuais e o contraditório, os limites subjectivos e objectivos do caso julgado, os poderes do juiz e a função do Ministério Público, foram construídos para o processo clássico e continuam a reger as relações interindividuais ou as relações Estado-indivíduo, que naturalmente se revestem ainda de grande importância na vida contemporânea. Mas, por outro lado, não se adaptam, na sua configuração tradicional, às novas situações, em que se encontram envolvidas colectividades mais ou menos amplas de pessoas.

Uma perspectiva de direito comparado evidencia a quantidade e variedade de soluções imaginadas para o problema da legitimação activa. Em alguns países, a defesa dos interesses difusos é confiada ao próprio particular ou a associações representativas como acontece com as *class actions* dos países da *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos. Exige-se para tanto que: a) a classe seja de tal modo numerosa, que torne impossível a junção de todos os interessados em juízo; por outro lado ocorre que b) as questões objecto de «denúncia» devem ser comuns a toda a classe; que, c) as acções e as excepções sejam típicas das acções ou excepções da *class*; e por último prescreve-se d) que, os representantes operem de modo «leal» e «adequado» na protecção dos interesses de toda a classe (21). Noutros ordenamentos jurídicos

(20) Mauro Cappelletti, «Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alia giustizia civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 30, p. 368.

(21) Michelle Taruffo, «I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'», *Rivista di Diritto Processuale*, 1969, p. 609 e ss.

A class action tem o seu precedente histórico mais provável no «Bill of peace» do direito inglês do séc. XVII, como produto directamente derivado da *equity* e não do *common Law*. Surge como excepção ao princípio, em virtude do qual todos os sujeitos interessados devem participar em juízo e habilita os representantes de um vasto grupo de indivíduos a agir em juízo no interesse dos membros de tal grupo unitariamente considerado. Surge depois uma evolução bas-

a defesa dos interesses difusos está confiada a organismos públicos criados para tanto, como é o caso do *ombudsman* dos consumidores na Suécia. Noutros, ainda, ao Ministério Público ou a órgão similar, como acontece com o *Attorney General* dos países da *Common Law* ou a *Prokuratura* dos países socialistas.

Cresce, igualmente, a tendência no sentido de atribuir a legitimação a associações privadas não pessoalmente atingidas pela lesão dos interesses difusos⁽²²⁾. Para o efeito estas associações deviam ganhar a configuração legal de «entes privados de interesse público». Trata-se de instituir uma nova categoria de sujeitos de direito legitimados a tutelar em juízo os interesses difusos⁽²³⁾.

tante ténue deste instituto nos USA até que no Federal Rules of Civil Procedure de 1938 se introduz um regime mais complexo do que o antecedente. Neste texto reafirma-se que só se pode utilizar esta figura quando resulte praticamente impossível unificar no mesmo processo todos os interessados; insiste-se pois, na necessidade de assegurar filtros seguros quanto à adequação e representatividade dos que agem no interesse da classe e introduzem-se novos critérios para melhor constatar a comunidade de interesses entre os membros da mesma. Fala-se, então, de «true», «hybrid» ou «spurious» class action, segundo o grau de comunhão entre os interessados, fazendo derivar da pertinência a uma ou outra categoria consequências diversas.

Por fim, em 1966, produz-se uma emenda à Civil Rule 23, que define os perfis mais acabados deste sistema, que fica delineado em torno de dois eixos básicos: a identificação da Class a que se dirige a denominada *defining function* do juiz, e a do controlo da efectiva capacidade das class representativas. Pilares que determinam, através da *adequaty of representation*, a possibilidade da extensão subjectiva e vinculação da resolução a todos os membros da classe ou categoria (Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milão Giuffrè, 1979, p. 261 e ss.).

⁽²²⁾ Para uma visão mais completa da doutrina sobre a «acção colectiva» destas associações, vide, Eduardo Grasso, «Gli interessi della collettività e l'azione collettiva», *Rivista di Diritto Processuale*, 1983, pp. 24-56; Crisina Rapisarda, «Protezione del consumatore e tecniche giudiziali e stragiudiziali di tutela», in *U influenza del diritto europeo sull diritto italiano*, Milão, Giuffrè, 1982, pp. 518-61; E. M. Bajons, «L'azione collettiva», *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, 1980, p. 292 e ss.; Lorian Zanuttigh, «Giudice ordinario e diritto all'ambiente: un passo avanti della Cassazione», *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, Cedam, 1980, p. 342 e ss., respeitante à sentença n.º 5172 de 6-10-1979 da Corte de Cassação Italiana.

⁽²³⁾ M. S. Giannini, «Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello stato», in *Foro It.* 1979, V, C. 289 e ss. e *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1982, Fase. 3, pp. 753-754. O autor evidencia a necessidade de uma intervenção legislativa, que atribua uma particular legitimação aos grupos portadores de interesses difusos, sob a forma de «entes privados de interesse público» (projecto de lei respeitante à «Disciplina dos entes privados de interesse público», Março 1981).

Tutela dos Interesses Difusos

Uma investigação históricocomparada parece indicar como melhor solução deste problema a que integre a acção e o controlo dos órgãos públicos com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados directa ou indirectamente interessados (24). De todas as alternativas, aquela que de maneira mais relevante se revela inadequada é a que confere *apenas* ao particular a protecção dos interesses difusos. Tendo em consideração que os interesses difusos são frequentemente violados por poderosos grupos económicos ou mesmo pelo Poder Público, constata-se facilmente a impotência e o desencorajamento do particular.

O problema da tutela judicial dos interesses difusos é, portanto, também um problema de legitimação. Por isso julgamos que seria conveniente ampliar a noção de legitimação, de modo que as associações pudessem agir em juízo em defesa dos interesses difusos, para além dos particulares. Outra das possíveis soluções podia ser a legitimação do Ministério Público. Para isso torna-se necessário dotar o Ministério Público de uma «acção civil pública», que deveria merecer a necessária atenção do legislador, de modo a ser perspectivada uma completa tutela dos interesses difusos. Por «acção civil pública» entendemos «o direito conferido ao Ministério Público de fazer actuar, na esfera civil, a função jurisdicional» (20).

Merece ainda referência o problema das medidas cautelares. É intuitivo que uma acção *preventiva*, oportunamente tomada, poderá ser muito mais eficaz do que a simples reparação do acto lesivo de determinado interesse difuso, como o despejo de substâncias poluentes num rio (veja-se o caso do rio Ceira). Para tanto há que armar o Ministério Público do poder de requisição, acompanhamento e controlo de procedimentos conduzidos por organismos administrativos, tendentes a realizar actividades de investigação preparatórias, a que poderíamos chamar *inquérito civil ou administrativo* (26).

(24) Mauro Cappelletti, «Formazioni...», *cit.*, p. 383.

(25) Edis Milaré, *O Ministério Público e a acção civil pública*, Coordenadora dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1983.

(26) José Fernando da Silva Lopes, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos e o Ministério Público como operador social*, Coordenadora-Geral dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1980.

Conclusão

Uma das ilações que se podem retirar da evolução histórica da tutela jurídica dos interesses difusos, é o seu excelente acolhimento no direito romano, através do exercício das acções populares, de um verdadeiro e próprio direito subjectivo público. cremos, mesmo, que, esta configuração jurídica do interesse difuso como direito subjectivo público de participação, é o que melhor se ajusta à moderna tutela jurídica dos interesses difusos, e particularmente ao nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Depois da contribuição do direito romano para a tutela jurisdicional dos interesses difusos, de relevância vamos encontrar no século XVI a criação da instituição do *ombudsman* no direito escandinavo, que se veio aperfeiçoando até aos nossos dias. Na experiência jurídica contemporânea sobressaem os meios de tutela processual, com especial destaque para o direito da *Common Law* com as famosas *class actions*.

Nos hodiernos sistemas jurídicos, pese embora a sua recente evolução, a sobrevivência do mito do indivíduo soberano, livre e activo, tem prejudicado uma verdadeira reforma da lei processual e dos instrumentos jurídicos de tutela dos interesses difusos, que permita a legitimação ordinária das associações criadas para a defesa deste tipo de interesses.

Quanto ao nosso ordenamento jurídico não basta, uma reinterpretção mais aberta e criativa do artigo 26 do Código de Processo Civil. Creio que, à luz do art.º 13 e 20 da Constituição é possível avançar para a criação de um processo específico, um processo de «massas» como a melhor forma de permitir a legitimação activa dos referidos «entes privados de interesse público» e a tutela dos interesses difusos.

Gostaríamos de dizer, por último, que talvez fosse útil e estimulante regressar às origens, ao direito romano, de modo a melhor fundamentar uma moderna e eficaz tutela civil, penal e administrativa dos interesses pluriindividuais.