

CALIXTO SALOMÃO FILHO

TEORIA
CRÍTICO-ESTRUTURALISTA
DO DIREITO COMERCIAL

Obras Seleccionadas

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

CAPÍTULO 8

CONTRATOS EMPRESARIAIS

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES

A função social, presente como princípio jurídico em muitas constituições ocidentais desde a célebre previsão da Constituição de Weimar, sofre uma notável evolução no século XX que influencia profundamente sua aplicação atual. Deve necessariamente ser lembrada no momento em que o novo Código Civil propõe uma nova e interessante extensão do conceito.

1. O caminho da função social: dos bens às relações

Como mencionado, a função social da empresa tem origens históricas muito interessantes. A referência mais influente à expressão função social diz respeito à propriedade. Trata-se da famosa fórmula do artigo 153 da Constituição de Weimar – “*Eigentum verpflichtet*” (a propriedade obriga).

Aplicada durante muitos anos em sociedades ainda fortemente agrárias (como a brasileira), em que a propriedade dos bens de raiz era sinônimo de poder econômico, e por outro lado a propriedade dos bens de consumo era relação de grande relevância social, influenciou fortemente interpretações restritivas do direito de propriedade, capazes de, em certas ocasiões, submetê-lo ao interesse público (como no caso das desapropriações). A ligação da função social ao interesse estatal nessas hipóteses fazia com

que sua aplicação ocorresse exclusivamente em presença de previsão legal expressa – o que, evidentemente, reduzia em muito sua influência.

Cedo fica evidente, na própria teoria constitucional, que a abrangência do termo tinha de ser ampliada. Passando a empresa a representar o principal motor do sistema econômico, influencia de forma crescente as relações sociais. De início, em vários ordenamentos, inexistindo a previsão legal expressa sobre a função social da empresa, fez-se necessário que a doutrina distinguisse entre formas diversas de propriedade (bens de consumo e bens de produção), identificando os últimos ao controle da empresa,¹ para atribuir-lhe força aplicativa.

De outro lado, é interessante notar que, especialmente na teoria constitucional, a função social, uma vez admitida sua extensão para a empresa, passa a justificar a própria atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Assim é que, por exemplo, no direito alemão o reconhecimento e atribuição da liberdade de associação à pessoa jurídica (como forma de proteção contra a dissolução imotivada) tem historicamente como contrapartida o reconhecimento de sua função social.² O ponto alto e efeito mais significativo dessa evolução está, sem dúvida, no famoso *Mitbestimmungsurteil*, em que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a constitucionalidade das leis de participação operária nas grandes empresas alemãs.³

No Brasil, a ideia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (artigo 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é uma das noções de talvez mais relevante influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro. É o princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental.

Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.

Os exemplos se multiplicam. Não é este o local adequado para descrevê-los em detalhes, mas apenas na medida suficiente para demonstrar a ligação

¹ Cfr. F. K. COMPARATO, “Função social da propriedade dos bens de produção”, *Revista de direito mercantil* n. 63 (1983), p. 71 e ss.

² H. WIEDMANN, *Gesellschaftsrecht*, München, Beck, 1980, p. 666.

³ “*Mitbestimmungsurteil*”, *BVerfGE* 50, p. 290 (354).

com a ideia central da função social. Assim é que no direito antitruste a ideia de repressão ao abuso de preços (artigo 21 da Lei 8.884/1994) transformou-se em verdadeira obrigação positiva do monopolista de praticar preços competitivos.⁴ No direito do consumidor a verdadeira revolução causada pela nova disciplina de responsabilidade pelos vícios do produto (artigo 18 da Lei 8.078/1990) significa nada mais nada menos que estabelecer garantia legal adicional à garantia contratual em benefício do consumidor.

Finalmente, no direito ambiental, a ideia cappellettiana de recuperação dos prejuízos causados ainda que não haja dano sofrido (artigo 225, § 2.º, da Constituição Federal) é corolário da concepção da função social como deveres positivos e não mera obrigação de abstenção. Na prática, levou ao estabelecimento de diversas obrigações pontuais para as empresas, como obrigação de tratamento de resíduos sólidos, reciclagem de pilhas e pneumáticos etc. (Resoluções Conama 283, 257, e 258).

Essa influência legislativa ampla da função social da empresa revela que ao se desprender da propriedade e passar a se referir à empresa, sua disciplina transforma-se de algo fortemente ligado ao interesse estatal em uma disciplina ligada ao interesse de grupos afetados pelas atividades da empresa. Daí a possibilidade de influenciar a adoção de diversas disciplinas jurídicas externas à empresa, visando exatamente à proteção de grupos de interesses por ela afetados. De forma concentrada de extensão do intervencionismo estatal passa a influenciar disciplina difusa, voltada a proteger interesses de grupos sociais específicos.

Essa mudança não é ocasional. Decorre exatamente do fato de a função social passar de uma limitação a uma situação estática de propriedade para um instrumento de controle das relações sociais – no caso da empresa das relações de dependência e hierarquia por ela geradas. A aplicação a relações jurídicas (interpessoais) e não mais apenas a situações estáticas de propriedade segue de resto a própria marcha do capitalismo, de progressiva e crescente divisão do trabalho e portanto de progressiva importância econômica das relações entre indivíduos e entre grupos sociais. É então a influência do comportamento individual sobre os interesses desses grupos sociais que passa a se referir o princípio da função social.

Afirmado esse princípio, aberto está o caminho para aplicação do princípio da função social não mais apenas às relações empresariais, mas a toda e qualquer relação da vida civil.⁵ É o que se fez ao prever no artigo 421 do

⁴ C. SALOMÃO FILHO, "Tratamento jurídico dos monopólios em setores regulados e não regulados", *Regulação e concorrência – estudos e pareceres*, São Paulo, Malheiros, 2001.

⁵ Como ressaltou O. Gomes em artigo clássico e pioneiro sobre a função do contrato (em que faz referência à função social do contrato) é exatamente da afirmação da empresa como

Novo Código Civil a ideia de função social do contrato. Evidentemente que então faz-se necessário preencher de conteúdo esse princípio geral, exatamente como feito algumas décadas atrás para a função social da empresa. É o que se procurará fazer de ora em diante.

2. A essência da função social

De há muito foi-se o tempo em que se pesquisavam e distinguiam essências pré-jurídicas. À exceção do ser humano e dos institutos jurídicos a ele ligados, poucos são os institutos que não tem sua gestação e nascimento na própria realidade social. Nada diverso ocorre com o princípio da função social.

Sua essência decorre da evolução de sua utilização na realidade histórica. É essa utilização que releva o valor nele embutido, com interpretado e formatado pela própria sociedade.

O caminho percorrido pela função social é muito revelador de sua essência. Ressaltam dois traços marcantes.

Em primeiro lugar, é bastante evidente que a estrutura de direito função imprime caráter bastante peculiar ao instituto. Introduce a obrigação na estrutura do direito subjetivo.⁶ Essa característica essencial é demonstrada pelo fato que sua primeira, mais célebre e talvez mais fiel tradução jurídica tenha se dado em termos de obrigação pura e simples (o famoso "a propriedade obriga" da Constituição de Weimar).

É óbvio que essa atribuição de obrigação varia ao longo do tempo, e não poderia ser de outra forma. À crescente complexidade das relações

forma de acumulação de riqueza e da expansão de sua função que deriva muito do aumento da importância do contrato nas relações sociais e, em última análise, sua função social. E assim explica: "A empresa toma juridicamente a configuração de sociedade, isto é, como sociedade anônima – a notável invenção jurídica do capitalismo. Uma vez constituída passa a manter relações contratuais necessárias com os seus empregados, com os fornecedores, os distribuidores, os compradores, os financiadores e tantos outros de quem precise para perseguir seus fins, integrando o mercado. Muito mais do que a propriedade da fábrica ou da loja, importam, para o seu desempenho, o controle acionário, o know-how, o leasing, as operações de crédito e financiamento, os contratos, individuais e coletivos, de trabalho, os papéis da nova riqueza mobiliária (cambiais, células, apólices) representativos de direitos patrimoniais que não tem a natureza do direito de propriedade, direitos que constituem riqueza diretamente criada pelo contrato" – O. GOMES, "A função do contrato", *Novos temas de direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 101 (108-109).

⁶ É interessante a observação de P. Rescigno a esse respeito para quem o princípio da função social "sembra infatti rompere com la violenza il principio della estraneità degli obblighi alla struttura del diritto soggettivo". P. RESCIGNO, "Per um studio sulla proprietà", *Rivista di diritto civile*, 1972, I, p. 45.

jurídicas corresponde também uma montante necessidade de distinguir e destacar as obrigações que geram essas relações.

Em um primeiro momento, na relação estática de propriedade, pareceu possível que, (como se procurou demonstrar retro ao discorrer sobre a evolução do princípio da função social) o próprio Estado estabelecesse as limitações ao direito de propriedade de maneira casuística. O princípio da função social da propriedade requereria, portanto, tradução legislativa específica. Essa característica da função social está bastante em linha com as características do direito a que se refere. Também o direito de propriedade decorre de uma definição legislativa específica que dá pouco ou nenhuma margem de manobra aos particulares (em relação aos poderes e direitos dela decorrentes).

Na medida em que essa realidade se transforma e a acumulação de capital deixar de ter por base a exploração dos bens de raiz (sociedade agrárias), passando a se fundar em relações comerciais e industriais mais complexas, a essência da obrigação contida no princípio da função social tem de se modificar. Pela boa e simples razão de que também se modifica o direito que esta limita. Do direito de propriedade passa-se a relações jurídicas. Em um primeiro momento aquelas envolvidas pela empresa e, em seguida, pelos contratos em geral.

Ora, nesses dois últimos casos não mais se trata de uma situação jurídica específica, com precisa previsão em lei. Existem, ao contrário, uma série de relações econômicas e sociais livremente (ou quase) estruturadas em torno de princípios jurídicos bastante gerais como livre iniciativa (empresa) e liberdade de contratação (contratos). Há, dentro desses parâmetros genéricos, bastante liberdade de organização na vida negocial. Consequentemente não faz sentido reduzir as obrigações decorrentes dessas relações àquelas decorrentes de regulamentação ou disciplina estatal – até porque, sendo grande o nível de liberdade, insuficientes seriam essas restrições.

Muito mais importante e interessante é prever obrigações em relação à esfera social afetada por essas relações. Foi isso que aconteceu com a função social da empresa e sem dúvida é isto que deverá acontecer com a função social do contrato. Exatamente como, no direito de propriedade, a definição legal precisa de seu conteúdo e forma correspondem obrigações (função social) dos titulares que devem ter seu conteúdo precisamente definido em lei, na empresa e no contrato à grande liberdade organizadora e estruturadora das relações jurídicas por elas envolvidas corresponde uma obrigação muito mais abrangente em relação à sociedade, que envolve a responsabilidade por todos os efeitos sociais dessas relações livremente organizadas.

Descrito dessa forma o princípio da função social é óbvio que em matéria de contratos o interesse desloca-se para a precisa definição desses

efeitos sociais, que nada mais são que a identificação dos interesses de terceiros dignos de tutela e passíveis de serem afetados pelas relações contratuais. É o que se fará a seguir como prólogo à descrição da *fattispecie* e disciplina da função social do contrato.

3. Os interesses protegidos pela função social do contrato

Evidentemente não é tarefa fácil atribuir sentido jurídico específico ao termo função. Expressão genérica, plena de significado moral e social, a tendência natural é sempre no sentido de sua ampliação.

Em matéria contratual – mais do que em qualquer outra – é preciso preencher seu significado. É preciso dar ao princípio aspecto específico, pois dele depende a própria nova feição dos contratos. E o conhecimento dessa nova feição é imperioso para todos os participantes da vida econômica.

É também bastante evidente que o simples envolvimento da esfera de terceiros, mencionado acima, não é suficiente para definir e delimitar a função social. A expressão “interesse de terceiros” é por demais vaga para definir o objeto de tutela de princípio tão importante. Não se pode evidentemente imaginar que o contrato fique subordinado a qualquer grupo social cujos interesses são por ele afetados, mesmo que esse grupo tenha plenas condições ou até o dever de fazer frente a ou de proteger-se de tais efeitos.

Uma aproximação muito boa dos interesses dignos de tutela através do princípio da função social é dado pela teoria das garantias institucionais. Para entender como pode ser utilizada como parâmetro para a definição do âmbito de aplicação do princípio da função social do contrato é necessário de início compreender o seu significado.

a) A noção de interesses institucionais na teoria constitucional

No Estado moderno, não é mais possível admitir que existam apenas, de um lado, regras de proteção a direitos individuais econômicos e, de outro, apenas normas-objetivo, fins e objetivos do processo econômico. As primeiras, como por exemplo o direito de propriedade, típicas do Estado liberal, são insuficientes para atender às necessidades de natureza coletiva, típicas da sociedade atual. As últimas, dependendo fortemente de compatibilização e mediação de interesses às vezes até ideologicamente opostos (como ocorre, por exemplo, com os princípios da livre iniciativa e da justiça social) carecem frequentemente de efetividade, sobretudo quando se trata de aplicá-los a agentes privados (visto que sua utilidade no direito público é indiscutível).⁷

⁷ É interessante notar que a maneira de conseguir atribuir eficácia aplicativa a esses princípios é exatamente utilizar o método de concretização, diretamente derivado da tópica

Urge, então, reconhecer normas que incorporem valores, meta-individuais e sociais, exatamente para que não sejam mera extensão dos direitos individuais. Para tanto é imperioso admitir sua proveniência plurívoca, do Estado e das próprias relações interindividuais e sociais, historicamente consideradas.⁸ E aqui está o caráter precipuamente institucional dessas normas.⁹

e tão em voga na interpretação constitucional – v. a respeito P. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 414 e ss. Ocorre que a utilização desse método, logicamente considerado, acaba por requerer uma incorporação de valores sociais no momento da interpretação. É o que ocorre, por exemplo, no momento da concretização dos princípios da Constituição brasileira, na obra de E. GRAU, *A ordem econômica e a constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 92 e ss.

⁸ O caráter histórico do reconhecimento dos valores socialmente aceitos já foi aqui mencionado e é admitido pelo próprio ordenamento jurídico ao considerar, por exemplo, o costume como fonte interpretativa (CC, artigo 113). Note-se que é absolutamente irrelevante se a inserção dos valores sociais se faz no momento da emanção da norma ou de sua concretização (através da interpretação), no momento da aplicação v. a respeito desse processo de concretização – E. GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 154.

⁹ Nesse ponto é fundamental deixar claro de que institucionalismo se está falando, dado o múltiplo uso feito do termo no direito e nas ciências sociais. A inspiração e razão imediata para o uso do termo institucionalismo está no institucionalismo constitucional dos juristas alemães que construíram a teoria das garantias institucionais a partir da interpretação das cláusulas sociais da Constituição de Weimar. Destaque especial ganha então a obra de Carl Schmitt. Para esse autor, as garantias institucionais aparecem como o grande elemento de reconhecimento dos corpos sociais intermédios e, portanto, dos interesses supraindividuais e coletivos, reconhecidos na Constituição. Af a grande diferença para a outra grande categoria constitucional reconhecida por C. Schmitt – os direitos fundamentais, estes sempre referidos ao indivíduo (cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 8ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 170 e ss.). Note-se que para poder estabelecer essa distinção, Schmitt faz um longo, tortuoso e nem sempre coerente percurso filosófico que precisa ser mencionado. Apesar de grande mentor do institucionalismo constitucional, ele não adere totalmente ao institucionalismo filosófico-sociológico. Em geral adepto do decisionismo (forma encontrada para se opor ao positivismo sem se desvincular do dogma estatal, o que o levará mais tarde para as mãos da doutrina nazista) Schmitt só faz concessões ao institucionalismo filosófico na medida necessária para compatibilizá-lo com seu institucionalismo constitucional. Assim rejeita o sociologismo de Hauriou e aceita apenas em parte o institucionalismo de Santi Romano, rejeitando sobretudo o pluralismo por esse autor reconhecido de fontes do direito – v. a respeito de C. Schmitt e o institucionalismo a importante obra de R. PORTO MACEDO, *C. Schmitt e a fundamentação do direito – a formação do decisionismo institucionalista schmittiano entre os anos 1920 e 1940*, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 98 e ss. É fundamental notar, no entanto, que é exatamente no pluralismo de Santi Romano que está a justificação lógica mais consistente para o institucionalismo constitucional – v. a bela exposição desse pluralismo em SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* 2ª ed., Firenze, Sansoni, 1946, p. 35 e ss. Não é possível reconhecer garantias a certas instituições (famílias, comunidades locais, sindicatos) sem reconhecer que desses corpos sociais vêm influxos sociais e comportamentais importantes para a formação do direito. O momento em que esses influxos se tornam jurídicos é menos

b) Expansão do conceito de garantias institucionais: as normas de proteção

Na doutrina alemã cedo operou-se a extensão do conceito de garantias institucionais para além do direito constitucional.¹⁰

A extensão tem sua origem no § 823 Abs. 2 BGB (Código Civil Alemão). É com base nesse dispositivo que se cria a teoria das chamadas *Schutzgesetze* ou normas de proteção.¹¹ Nele, prevê-se que quando uma lei assim o declarar, o simples descumprimento de suas regras gerará direito de indenização para o prejudicado. O descumprimento da lei, que em geral representava um dano à coletividade, ganha então uma expressão concreta, passando a representar uma garantia para cada indivíduo.

Note-se que no reconhecimento concreto de que normas poderiam ser qualificadas como *Schutzgesetze*, o legislador alemão dirigiu-se àquelas cujo descumprimento era ao mesmo tempo lesivo ao interesse coletivo e ao interesse individual.¹² Só com relação a essas regras pareceu haver razão suficiente para qualificá-las como *Schutzgesetze*. O requisito da lesão individual ou a um grupo determinado é imperativo, pois da caracterização como *Schutzgesetz* nasce automaticamente o direito à indenização, sem necessi-

importante para a reflexão presente. O importante é que existem, são socialmente aceitos e acabam por ter reconhecimento jurídico.

¹⁰ Na verdade, entre os constitucionalistas alemães clássicos sempre se procurou diferenciar entre as garantias institucionais, que seriam aquelas típicas garantias constitucionais de direito público (separação de poderes, etc.) das garantias de instituto, próprias do campo privado (v.g. direito de propriedade) – v. nesse sentido o trabalho clássico de C. Schmitt, “*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*”, *Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehen der Handels-Hochschule Berlin*, Berlin, Heimar Hobbing, 1931, p. 1 (4). Na doutrina atual, em função do próprio esvanecer da distinção entre público e privado, sobretudo em certos campos como o do direito econômico, fala-se indistintamente em garantias institucionais – v. nesse sentido, utilizando o termo *Institution* para se referir à garantia da concorrência V. EMMERICH em *Immenga – Mestmäcker GWB Kommentar*, München, Beck, 1992, sub § 35, Rdn. 16 e 17, p. 1.528.

¹¹ Apesar de a tradução literal da expressão ser lei de proteção, entende-se que esta se refere a regras específicas, não sendo necessário que a inteira lei seja caracterizada como protetora no sentido aqui definido – v. nesse sentido H. J. Mertens: “*Als Gesetz wird in diesem Zusammenhang die Einzelnorm, nicht etwa der Normenbegriff insgesamt verstanden. Allerdings kann die ‚rechtspolitische Stossrichtung‘ des Gesamtgesetzes für die Ermittlung des Schutzzweckes einer einzelnen Norm dieses Gesetzes von erheblicher Bedeutung sein*” (*Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht – Besonderer Teil*, Volume 3, München, Beck, 1986, sub § 823, Rdn. 140, p. 1540).

¹² R. Knöpfle em seu trabalho clássico sobre as *Schutzgesetze* assim exprime a diferença entre os interesses coletivos e os interesses por ela protegidos: “*Das Individualinteresse ist dem Sozialinteresse im ersten Falle logisch gleichgeordnet, im zweiten nachgeordnet*” (“*Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB*”, *NJW* 1967, p. 697 (699).

dade de demonstração de qualquer nexo causal ou elemento subjetivo relacionado ao dano. Reconheceu-se o caráter de *Schutzgesetze*, então, às regras sobre meio ambiente e às regras concorrenciais. Essas normas, em que proteção do interesse coletivo e individual convivem – e são praticamente indivisíveis, passaram a ser qualificadas como protetoras de instituições, ou garantias institucionais no campo privado.¹³

Da caracterização como *Schutzgesetz* decorrem algumas consequências importantes. A mais relevante para os objetivos da presente pesquisa refere-se à forma de apuração do prejuízo. Pode-se falar até mesmo em uma nova concepção de responsabilidade extracontratual. A primeira inovação nesse ramo, já bem conhecida, ocorrida na época da Revolução Industrial, visou à objetivação dos critérios de apuração de responsabilidade. Trata-se da hoje famosa “responsabilidade objetiva” existente em determinadas atividades.

O reconhecimento das *Schutzgesetz* permite dar vazão a uma segunda tendência ou a uma segunda necessidade. Trata-se da tendência à objetivação dos danos ou dos critérios de apuração dos prejuízos. É importante deixar claro logo de início que objetivação dos danos não se confunde em absoluto com atribuição de caráter sancionatório à responsabilidade extracontratual. O que ocorre é que, exatamente por se reconhecer a existência de um prejuízo institucional, existe algo a mais a ser reparado além dos (eventuais) prejuízos individuais. Para a reparação desse prejuízo, no entanto, não é possível estabelecer critérios definidos. É preciso, portanto, apurar o que é necessário para o ressarcimento do dano institucional ou, quando essa apuração não for factível, estabelecer critérios legais objetivos para determinação do valor.¹⁴

O conceito de *Schutzgesetz*, ou ao menos sua construção doutrinária ou jurisprudencial, traz consigo uma ideia muito fecunda para a discussão presente: a de que por trás e até a justificar a proteção dos interesses individuais ou individuais homogêneos dos grupos podem e devem estar outros

¹³ É interessante notar que o conceito de *Schutzgesetz* desenvolvido para as garantias institucionais aplicadas ao campo privado é exatamente a consequência lógica da definição de garantias institucionais no campo do direito público. Com efeito, estas últimas devem ser defendidas no campo do direito privado quando for possível demonstrar que há afetação (dano) causado na esfera patrimonial individual. Daí a definição de *Schutzgesetz* a partir da afetação conjunta da esfera coletiva (institucional) e individual e a clara manifestação de V. Emmerich sobre as normas concorrenciais: “So gesehen sind Institutionen und Individualschutz keine Gegensätze, sondern im Gegenteil nur zwei Seiten derselben Medaille, nämlich des Schutzes der Freiheit und Gleichheit aller einzelnen als der Voraussetzungen jeder funktionsfähigen Privatrechts- und Wettbewerbsordnung” (in Immenga/Mestmäcker, cit., sub § 35, Rdn17, p. 1528).

¹⁴ Ainda que não com expressa relação à proteção das instituições se manifestou o BGH já de há muito no sentido da aceitação de um *normativen Schadensbegriff* – v. BGHZ 43 (1965), p. 378 (381) – decisão de 27.04.1965.

interesses (institucionais). Como se verá, esses interesses não são apenas elementos de reforço da tutela civil, mas sim dignos de tutela própria. É o que ocorre na Alemanha, onde, ao lado da tutela derivada da definição como *Schutzgesetz*, é possível uma tutela institucional através da *Verbandsklage*.

c) O conceito tradicional de interesses difusos

Conceito que sem dúvida se embica com o de interesses institucionais é o de interesses difusos. Aliás, como se procurará demonstrar, é exatamente a parca compreensão das relações entre esses dois conceitos que tem gerado certas perplexidades com relação à aplicação do último.

Essas dificuldades de compreensão do sentido material do conceito de interesse difuso têm uma origem saudável. A doutrina processualista, no afã de encontrar novas formas de ampliação do acesso à justiça e participação popular através do processo, é quem está a se ocupar do tema.

Apesar de o tema de ampliação da legitimação processual para abranger uma série de diversos interesses não individuais já ser discutido há muito tempo em doutrina, e ser reconhecida, de diversas formas em diversos sistemas, a tratativa sistemática que, sem dúvida, mais influenciou o ordenamento brasileiro, foi realizada por um processualista italiano, M. Cappelletti, em seu tão citado trabalho *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*.¹⁵ Ali o termo interesses difusos é usado de maneira bastante significativa. Ao tentar explicar a existência de um interesse que é, ao mesmo tempo, público e privado, ou seja, que interessa à coletividade e a cada um dos membros, o autor alinhava o termo “*interessi difusi*”.¹⁶

O renomado processualista italiano tenta intuir a natureza material do instituto. Para tanto, refere-se aos interesses difusos como interesses que estão entre o público e o privado.¹⁷ Mais adiante ainda, sentindo a necessidade de dar uma conformação mais concreta e material ao instituto, o autor refere-se a uma verdadeira revolução no campo da responsabilidade civil, não se podendo falar, com relação aos interesses difusos em *dano sofrido* por algum indivíduo, mas sim de *prejuízo causado* a um grupo genérico de indivíduos. E exemplifica: se o juiz em uma demanda de proteção ao ambiente devesse indenizar apenas o dano ambiental produzido contra um determinando indivíduo (por hipótese, o autor), pouca eficácia teria essa

¹⁵ *Rivista di Diritto Processuale* n. 3 (1975), p. 372.

¹⁶ “La nostra epoca, lo abbiamo già visto, porta prepotentemente alla ribalta nuovi interessi ‘difusi’, nuovi diritti e diveri che, senza essere pubblici nel senso tradizionale della parola, sono però ‘collettivi’: di essi nessuno é ‘titolare’, allo stesso tempo che tutti, o tutti i membri di un dato gruppo, classe, o categoria, ne sono titolari” (p. 372).

¹⁷ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali*, cit., p. 369 e ss.

medida. Para a empresa poluidora interessante seria continuar poluindo, já que a indenização devida seria sempre inferior ao valor que deveria ser despendido para deixar de poluir.¹⁸

As preocupações com o direito material, no entanto, parecem ter se esgotado no pioneirismo de Cappelletti. A partir daí, talvez até mesmo pelo desinteresse de civilistas e comercialistas, a evolução do instituto assumiu caráter predominantemente processualístico,¹⁹ sobretudo na doutrina brasileira.²⁰ Demonstração cabal disso é a distinção pela processualística entre

¹⁸ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali*, cit., p. 396.

¹⁹ Na importante e sempre citada obra *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1976, que reproduz várias conferências proferidas sobre o tema no III Congresso da "Associazione Italiana di diritto comparato" (Salerno, 22 - 25.05.1975), esta tendência se faz bem clara. A maioria dos trabalhos sobre direito material sequer se referem ao conceito de interesses difusos. Os poucos que o fazem, ou mostram-se perplexos quanto ao verdadeiro conceito (v. nesse sentido, o trabalho sobre direito processual, de Anna de VITA, *Interessi diffusi e interessi collettivi: ipotesi di tutela giurisdizionale nel sistema francese*, p. 349 (350), onde a autora afirma: "Ciò non implica una mia sostanziale chiarezza di idee sui concetti di 'interesse collettivo' e di 'interesse diffuso', la cui precisazione aprioristica é inevitabilmente o troppo astratta o troppo generica"), ou então, elaboram conceitos de interesses difusos claramente ligados a medidas quantitativas. É o caso de G. Recchia que caracteriza os interesses difusos como uma subespécie dos interesses coletivos: "In relazione al rapporto tra interessi diffusi e comunità minori, é opportuno evidenziare come in alcuni casi i soggetti titolari dell'interesse diffuso appartengano ad una comunità bene individuabile (ad esempio, il sindacato, il partito, la comunità scolastica, etc.). In altri casi, invece, l'interesse collettivo é espressione di una collettività esistente, per così dire 'allo stato diffuso', in quanto composta di una serie aperta e indeterminata di soggetti che hanno un interesse in comune da soddisfare" (*Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella costituzione*, p. 27 (39)). É apenas no trabalho de M. Villone que os interesses difusos ganham uma razoável, ainda que discutível, elaboração do ponto de vista material. Para o autor, na perspectiva material os interesses difusos são aqueles interesses de ordem política, caracterizados por um alto grau de litigiosidade ("conflittualità"), que são para o autor aqueles em que "i procedimenti mediativi del sistema politico non hanno ancora operato, o non hanno operato efficacemente", ou seja, aqueles interesses sobre os quais ainda não houve uma decisão política clara (o autor exemplifica: meio ambiente vs. desenvolvimentismo) - *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso - considerazioni sul sistema statunitense*, p. 73 (78 ss.). Na verdade, a atribuição de escolhas políticas aos Tribunais, típicas do sistema norte-americano (sobre o qual o autor se debruça) correspondem, nos sistemas romano-germânicos, a escolhas institucionais realizadas pelo poder legislativo ou pelos aplicadores-intérpretes da lei. Daí porque, corretamente transportada, a referida explicação "conflitual" dos interesses difusos não se diferencia muito da explicação "institucional" que no presente trabalho se defende.

²⁰ É vasta, no Brasil, a literatura sobre os interesses difusos, toda ela, sem exceção, adotando noções processualísticas do instituto - J.C. BARBOSA MOREIRA, "A ação popular no direito brasileiro", *Temas de direito processual*, 1ª série, 2ª ed., 1988, p. 110 e "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro" em *Temas de direito processual*, 3ª série, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 183; A. PELLEGRINI GRINOVER, "A problemática dos interesses difusos" em *Tutela dos interesses difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984, p. 29 e "A tutela jurisdicional dos interesses difusos" em *Novas tendências do direito processual*, Rio de

interesses coletivos e interesses difusos, distinção essa, diga-se de passagem, jamais reconhecida por Cappelletti.²¹

Nessa diferença está a consagração da tese processualística sobre os interesses difusos, consubstanciada no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 - CDC). Baseia-se, exclusivamente, na extensão subjetiva da lide. Afirma-se que, enquanto nos interesses coletivos há uma relação jurídica a ligar as partes demandantes entre si ou com a parte contrária, nos interesses difusos há apenas uma relação de fato (artigo 81, incisos I e II, do CDC).

É importante notar, em primeiro lugar, que essa diferença na própria sistemática do Código não tem - e nem poderia ter - qualquer relevância aplicativa. Basta observar o artigo 103 do mesmo CDC. Esse dispositivo é o único a estabelecer uma aparente distinção prática entre as demandas para proteção de interesses coletivos e interesses difusos. No primeiro caso, a sentença seria proferida *ultra partes*; no segundo *erga omnes*. No primeiro caso, afirma-se que a sentença valerá para todos os membros do "grupo, categoria ou classe", sejam eles parte ou não na demanda. No segundo caso, a sentença produziria efeitos para todos.

Na verdade, ambos estão dizendo uma única coisa. Os efeitos da coisa julgada só se produzem e só precisam se produzir em relação a quem for titular *em tese* da relação jurídico-material subjacente. Para isso não é necessário criar uma diferença teórica. A extensão subjetiva da coisa julgada, operada pelas *ações coletivas* (termo genérico usado no artigo 104 para caracterizar ambas as demandas), não faz desaparecer as condições da ação.

Em outras palavras, o que se quer dizer é o seguinte: tendo em vista - segundo a opinião aqui defendida - a errônea definição do conceito de interesses difusos do artigo 81, o artigo 103 ou (i) tem pouca utilidade ou (ii) conduz a resultados aplicativos claramente insatisfatórios.

O primeiro problema manifesta-se com relação às demandas individuais. O artigo 103 não precisaria existir para impedir demandas individuais. Essas, se procurarem defender interesses "coletivos" (aqui no sentido genérico do artigo 104, CDC, i.e. coletivos e difusos), não prosseguirão por

Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 137 e ss.; K. WATANABE, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir" in *Tutela dos interesses difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984, p. 85, v. para outras referências *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, sub. art. 81, p. 504, nota 11 (comentário de K. Watanabe).

²¹ V. M. CAPPELLETTI, "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi", *Giurisprudenza Italiana* 1975, Parte IV, colunas 49 a 63, onde o autor trata ambos os termos como sinônimos.

falta de legitimidade para agir. Se forem propostas para ressarcir prejuízos individuais, são demandas diversas, às quais não se aplica o artigo 103.²²

O segundo problema é mais grave e manifesta-se com relação às demandas propriamente coletivas. Aí se revela a efetiva impropriedade do critério de definição dos interesses difusos. Imagine-se, em uma primeira hipótese, uma ação civil pública baseada em ilícito concorrencial.²³ Por hipótese, o ilícito de cartelização do mercado (artigo 20, inciso I c/c o artigo 21, inciso I, da lei concorrencial). Imagine-se que a demanda tenha sido movida por uma associação de consumidores no interesse dos membros que adquiriram o referido produto a um preço exorbitantemente elevado, decorrente exatamente da cartelização do mercado. Aplicado o critério do artigo 81, CDC, tendo em vista a existência de uma relação jurídica entre os consumidores e a parte contrária, a decisão proferida nessa demanda produziria apenas efeitos *ultra partes*, ou seja, limitadamente àquele grupo de consumidores.

Admita-se, por hipótese, uma sentença improcedente por ter sido claramente demonstrada a inexistência de cartelização. Suponham-se, então, duas novas demandas movidas, uma delas por outra associação de consumidores ou pelo próprio Ministério Público no interesse dos consumidores que deixaram de comprar o referido produto por força do aumento de preço decorrente da cartelização; e outra por associação destinada à proteção da ordem econômica (artigo 88, Lei 8.884/1994), no interesse de outros pequenos concorrentes, preocupados com dano estrutural para o mercado decorrente da cartelização e com a consequente possibilidade de serem eliminados do mercado ou com a possibilidade de serem criadas substanciais barreiras à entrada as quais impossibilitem seu acesso ao mercado. Essas novas demandas não estariam cobertas pela coisa julgada anterior – ainda que no mérito estivesse demonstrada a inexistência de cartelização, pois esses consumidores e concorrentes claramente não faziam parte do grupo delimitado pela relação jurídica base (contrato de compra e venda do referido produto). Trata-se de um resultado aplicativo claramente injusto e inconveniente.

²² Daí a observação de Ada Pellegrini Grinover de que “o disposto no § 1.º do artigo 103 tem finalidade sobretudo didática, visando tornar explícita regra que, de qualquer modo, se extrairia dos princípios e das regras do direito processual” – *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., sub artigo 103, p. 583.

²³ De acordo com o artigo 88 da Lei 8.884/1994, pode ser movida ação civil pública para a proteção da ordem econômica. Como, por força do artigo 117 do CDC, todo o Título III do referido Código passa a se aplicar às ações civis públicas, a definição de interesses difusos e coletivos do artigo 81 do referido Código passa também a ela se aplicar.

Tão ilustrativa quanto essa hipótese é a oposta. Imagine-se uma ação civil pública movida contra uma empresa que veiculou publicidade enganosa, alardeando qualidades de seu produto não possuía. Sendo os atingidos todos os que tiveram por qualquer meio acesso àquela publicidade, tratar-se-ia, segundo o artigo 81, CDC, de demanda para proteção de interesses difusos. A coisa julgada produziria, portanto, efeito *erga omnes* (artigo 103, inciso I). Por hipótese, a demanda também é julgada improcedente por ter sido demonstrado que a publicidade não era capaz de levar a engano o consumidor médio. A consequência é que não seria possível a uma das entidades legitimadas pela lei propor novamente a demanda em nome de consumidores com menor instrução ou de uma determinada região cujos costumes poderiam, por hipótese, ter efetivamente levado a engano a população. Novamente, o resultado prático é bastante insatisfatório.

A razão desse resultado inconveniente é a má (ou ausência de) compreensão do conceito de interesse difuso. Nessa hipótese, como se verá mais adiante, não se trata de interesse difuso. Não há destaque entre o interesse institucional e o interesse individual. Trata-se de interesse individual homogêneo, protegido pelo artigo 81, inciso III, e artigos 91 e ss. do CDC. No caso seria possível ao grupo prejudicado perseguir seus interesses através de ação para proteção de interesses coletivos, não coberta pela coisa julgada anterior.

Espera-se ter demonstrado quão perigosa pode ser a definição de um determinado interesse a partir de seus sujeitos e não de seu objeto. O fato de a relação entre as partes ser de direito ou de fato talvez implique alguma diferença quantitativa, mas seguramente não implica diferença qualitativa.

No subtópico seguinte, procurar-se-á elaborar uma definição dos interesses difusos a partir de seu objeto, revisitando, à luz dessa nova definição, os exemplos há pouco analisados.

d) Interesses difusos e garantias institucionais

Do ponto de vista material, pode-se dizer que interesses difusos existem sempre que se está em presença de garantias institucionais na maneira há pouco definida.

As garantias institucionais têm características bem distintivas. Em primeiro lugar, todas elas são a um tempo destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não.

Mais ainda, em todas elas o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual. Juridicamente, na medida em que a lei, ou a doutrina se encarregam de estabelecer instrumentos

protetores especiais e diversos dos instrumentos protetores dos interesses privados para esses especiais interesses (demandas voltadas à proteção do interesse "difuso").²⁴ Economicamente, porque a proteção da referida garantia institucional deve representar uma utilidade para a coletividade que não se confunda com a utilidade individual e também inconfundível com a utilidade pública. Note-se que o emprego da palavra utilidade é proposital. Serve para indicar que a expressão "economicamente destacável" tem o sentido a ela atribuído pela análise econômica do direito, i.e., não é preciso que exista um valor monetário identificável. Basta apenas a existência de uma utilidade, representada por aumento de bem-estar, até mesmo de lazer, e que interesse a toda a coletividade. É o que ocorre com relação ao meio ambiente. Qualquer dano a ele, além das lesões individuais que pode causar, afeta sem dúvida o bem-estar de uma coletividade indeterminada de indivíduos. Nessa perspectiva pouco importa se essa coletividade é determinável pela existência de uma relação jurídica entre seus membros ou mesmo com a parte contrária. Relevante é que ela é titular de um interesse destacado que não se confunde nem com o interesse individual, nem com os interesses individuais somados e nem tampouco com o interesse público.

Finalmente, os interesses institucionais devem ser dotados de reconhecimento jurídico e social. Basta o reconhecimento constitucional²⁵ dos interesses (ex: meio ambiente, defesa da concorrência) para que sua proteção como garantia institucional seja imperiosa (desde que obviamente presentes os requisitos mencionados anteriormente).

Redefinido assim o conceito de interesses difusos de forma a ancorá-lo na teoria das garantias institucionais, é preciso abordar algumas objeções que podem ser levantadas à sua definição material. A primeira delas é também a mais óbvia (e não nos enganemos: é, por isso mesmo, talvez a mais perigosa). Poder-se-ia perguntar como é possível um interesse sem titular. Trata-se, na terminologia pirandelliana de M. Cappelletti, de um interesse "*in cerca di autori*". A resposta é que, exatamente por isso, é ele um interesse institucional e, em função dessa característica, os ordenamentos

²⁴ Inúmeras são as formas pelas quais o direito manifesta essa separação. No sistema alemão, bastante reveladora dessa tendência é a postura atual da doutrina quanto à legitimação das associações de defesa dos interesses empresariais e dos consumidores para a *Verbandsklage*. Depois de certas vacilações iniciais, hoje o posicionamento doutrinário e jurisprudencial é bastante firme no sentido de tratar-se de legitimação ordinária e não extraordinária. – v. nesse sentido STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO*, 21ª ed., Tübingen, Mohr, 1993, vor § 50, Rdn. 40, p. 695 e A. Baumbach, W. Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 19ª ed., München, Beck, 1996, sub § 13, Rdn. 5, 7, p. 1232-1233.

²⁵ Dada a maior representatividade das Assembleias Constituintes, fonte originária de poder e eleita para tarefa específica parece inegável ser ele um dos poucos instrumentos que embutem razoável grau de reconhecimento social e jurídico (ao mesmo tempo) aos interesses por ela protegidos.

que o acolhem criam e regulamentam corpos intermédios aptos a protegê-los. É o caso da *Verbandsklage* do direito alemão e também de nossa ação civil pública, para as quais legitimidade ativa é atribuída exclusivamente a associações precisamente regulamentadas (no caso brasileiro, legitimidade é atribuída também ao Ministério Público).²⁶

A segunda objeção é de ordem mais prática. Dúvidas podem surgir a respeito da efetividade da proteção a esses interesses institucionais. Também aqui o estudo das soluções positivas fornece resposta satisfatória. O que é preciso fazer para proteger um interesse desse gênero é buscar, em primeiro lugar, meios concretos de interrupção do ato lesivo. Por isso mesmo, as demandas para proteção de interesse institucionais são direcionadas primordialmente à cessação da lesão. É o caso da *Verbandsklage*.

Já a lesão patrimonial, quando existente, é de ressarcimento mais complicado. É preciso criar uma maneira de recuperar efetivamente o bem lesado. Nesse sentido, bastante positivo e digna de louvor é a solução do legislador brasileiro de criar um fundo para recuperação do bem lesado.²⁷ Essa solução ilustra à perfeição o próprio conceito de interesses difusos e sua ligação com as garantias institucionais: o ressarcimento não é direcio-

²⁶ No direito alemão a *Verbandsklage* é usada em especial para o direito concorrencial. Prevê o § 13 UWG as hipóteses em que é possível propor a referida demanda. Legitimados para propô-la são: (i) os concorrentes individualmente; (ii) as associações sem fins lucrativos para proteção dos interesses empresariais, desde que compostas em sua maioria por empresas participantes daquele específico setor, desde que essas associações tenham condições pessoais, físicas e financeiras de cumprir seus objetivos (ou seja, tenham atividade efetiva e não sejam meras entidades jurídicas constituídas *ad hoc* para propor esse tipo de demanda); (iii) de associação para proteção dos consumidores, que tenham como finalidade estatutária a assessoria, através de prestação de informações e consultoria (é necessário, segundo a jurisprudência e doutrina dominante, que essa finalidade não seja apenas estatutária mas seja efetivamente exercida: *der Verband muss die Interessen der Verbraucher auch tatsächlich wahrnehmen* – v. A. BAUMBACH, W. HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., sub § 13, Rdn. 38, p. 1249, com vasta referência jurisprudencial); (iv) associações de indústria, de comércio e de manufaturas. No direito brasileiro, a já mencionada lei da ação civil pública (Lei 7.347/1985), depois das sucessivas modificações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, artigos 110 e 111) e pela lei concorrencial (Lei 8.884/1990, artigo 88) passou a admitir como parte legítima para a ação civil pública aquelas autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações, que estejam constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades institucionais "a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

²⁷ Dispõe o artigo 13, *caput*, da Lei 7.347 de 24.06.1985 (lei da ação civil pública): "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados".

nado nem ao Estado (público), nem aos particulares (privado), mas sim a um fundo destinado a recuperar e proteger o próprio interesse institucional (instituição).

Para que esses meios de proteção sejam realmente efetivos, no entanto, é necessário que a determinação legislativa de certos interesses como difusos seja perfeitamente correspondente à sua natureza. Isso, sem dúvida, ocorre com o meio ambiente. Não ocorre, no entanto, com o direito do consumidor. A razão é que, em se tratando de direito do consumidor, não há verdadeiro interesse institucional, legal e economicamente diverso dos interesses individuais dos consumidores somados. O que a lei pretende é proteger o consumidor e nada mais – proteção individual e proteção institucional, portanto, se confundem. Consequência disso é que, como bem nota a doutrina, raríssimas são as hipóteses em que se possa imaginar uma destinação concreta ao fundo que se pode criar com os recursos obtidos na ação civil pública.²⁸

Isso denota não uma falha da lei na disciplina da ação civil pública, mas sim que os interesses dos consumidores não são, via de regra, interesses difusos (ainda que a lei lhes atribua proteção como tal – v. Lei 7.347/1985, artigo 1.º, inciso II, c/c o artigo 90 do CDC) – exatamente por faltar aquele destaque entre interesse individual e institucional supra mencionado. Daí a explicação para a incoerência do resultado aplicativo obtido a partir da definição tradicional de interesses difusos no exemplo da publicidade enganosa, descrito no item anterior.²⁹ A incorreção da atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão então proferida decorre do fato de que não existe um interesse institucional destacado a ser protegido. O interesse na informação correta é de cada um dos consumidores e de seu conjunto apenas na medida em que representa a soma dos interesses de todos os consumidores. Se o interesse

²⁸ Cfr. nesse sentido Ada Pellegrini GRINOVER, “Anotações sobre a Lei 7.347 de 24 de julho de 1985”, em *Novas tendências do direito processual civil*, cit., p. 144: “A defesa dos consumidores, coletivamente considerada, ficará, portanto, naturalmente limitada, pela nova lei, às ações preventivas que visem à tutela inibitória, mediante a condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer. No campo da indenização coletiva, poder-se-ia pensar nas despesas necessárias a uma contrapropaganda com a finalidade de neutralizar a propaganda enganosa (como faz, na França, a Lei Royer, de 27.12.1973). Mas será difícil ir além, não só pela redação do artigo 13, que destina a reparação à reconstituição de bens lesados, como também pela omissão da lei quanto ao delicado problema da avaliação do prejuízo sofrido por inúmeros e incontáveis consumidores, e da repetição da indenização entre os mesmos”. Esse problema foi parcialmente resolvido pela introdução da ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos pelo CDC (artigos 91 e ss.).

²⁹ Note-se que o exemplo dado refere-se a publicidade enganosa baseada na falsa veiculação de informações falsas sobre o próprio produto. Caso a informação seja enganosa por divulgar fato inverídico acerca de concorrente, a lesão à ordem econômica e ao interesse institucional (concorrência) sem dúvida haverá, ensejando a tutela na ação civil pública.

individual de consumidores componentes de um certo subgrupo não foi atendido, ele deve ser convenientemente protegido.

Essa afirmação demonstra, de resto, que a crítica à definição dos interesses dos consumidores como interesses difusos não tem efeito na limitação de seu acesso à justiça.

Isso porque o mais efetivo meio de ampliação do acesso à justiça das pretensões individuais não são as ações coletivas, mas sim as novas formas de tutela dos interesses individuais homogêneos. Daí a verdadeira revolução propiciada pelas *class actions* norte-americanas, incorporadas ao nosso sistema – e limitadas apenas, infelizmente, à proteção dos consumidores – através das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (CDC – artigos 91 e ss.).

Já a ampliação do acesso à justiça, decorrente do reconhecimento dos interesses difusos, ocorre de forma indireta, na medida em que se amplia a participação através do processo. A proteção dos interesses difusos tem, de resto, uma conotação política muito profunda. Trazendo ao Judiciário pretensões de defesa institucional, destinadas ao interesse coletivo, aumenta o papel político do Judiciário, enquanto garantidor dessas instituições.³⁰

Um estudo mais acurado da correspondência entre os interesses difusos registrados pelo legislador e aqueles que efetivamente podem ser classificados como tais exige uma outra indagação.

Trata-se da sempre necessária análise residual, ou análise da hipótese oposta. Ou seja, existem interesses difusos não reconhecidos pelo legislador, mas que podem ser tutelados como tais. Em primeiro lugar, é importante destacar que essa possibilidade foi introduzida novamente, do ponto de vista positivo, pelo Código de Defesa do Consumidor. O artigo 110 do referido diploma, novamente, introduziu na lei da ação civil pública (Lei 7.347/1985) dispositivo que havia sido suprimido do projeto aprovado no legislativo pelo veto presidencial. Previu-se, então, uma cláusula genérica, segundo a qual a ação civil pública seria possível não só com relação aos interesses expressamente previstos, mas também com relação “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (artigo 110 do CDC, acrescentado novo inciso IV ao artigo 1.º da Lei 7.347/1985). A referida modificação foi

³⁰ Nota-se aqui, portanto, aquela aproximação – respeitadas as necessárias diferenças entre os sistemas – entre a definição institucional dos interesses difusos e aquela baseada na litigiosidade, proposta por M. VILLONE, *La collocazione istituzionale dell' interesse diffuso – considerazioni sul sistema statunitense*, cit., p. 73 (48) – v. a respeito *supra* nota 84; v. para a relação entre proteção dos interesses difusos e participação política através do processo R. C. Mancuso, *Ação civil pública – instrumento de participação na tutela do bem-comum* in *Participação e processo* (A. PELLEGRINI GRINOVER, C. R. DINAMARCO e K. WATANABE: coordenadores), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 190 e ss.

acompanhada pela modificação no artigo 5.º da mesma lei, passando-se a prever que legitimadas também poderiam ser associações que incluíssem, entre suas finalidades institucionais, a proteção de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

A lei concorrencial modificou essa nova redação dos dispositivos. Ao artigo 1.º limitou-se a acrescentar um inciso V, que a ação civil pública poderia ser proposta “por infração à ordem econômica”. No artigo 5.º, no entanto, além de acrescentar entre as finalidades institucionais das associações a proteção da ordem econômica e da livre concorrência, eliminou a fórmula genérica “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (Lei 8.884/1994, artigo 88). A razão foi, sem dúvida, a necessidade de controlar a constituição abusiva de associações, que poderia ser auxiliada pela utilização de cláusulas genéricas como a supra referida.

É da definição de um determinado interesse como difuso ou coletivo que depende, essencialmente, a sua proteção por meio da ação civil pública, o que só faz aumentar a importância da discussão de seu conceito, aqui levada a efeito. Mesmo sendo imperioso aceitar um conceito não exclusivamente positivista de garantia institucional (já que institucionalismo e positivismo são incompatíveis), é preciso ter claro que a classificação de um interesse como institucional ou não tampouco se baseia em um juízo puramente essencialista. As características gerais supra previstas (afetação individual ou coletiva e destaque entre o interesse individual e coletivo) não eliminam a necessidade de seu reconhecimento histórico-institucional.³¹ Nesse sentido, a previsão constitucional ainda que genérica das garantias institucionais, e o trabalho interpretativo dos tribunais e da doutrina dessas garantias genéricas de forma a transformá-las em regras protetivas específicas torna-se muito importante e, portanto, a alteração restritiva da lei supramencionada mostra-se bastante inconveniente. A melhor demonstração disso talvez seja a

³¹ Argumentação bastante convincente para a aceitação da compatibilidade entre conceitos essenciais e imutáveis e o historicismo do direito é dada por F. Wieacker, para quem, exatamente porque o conceito de justiça (*Gerechtigkeit*) é amplo, seu conteúdo pode e deve ser historicamente preenchido – “*Eben weil das konkrete Gerechtigkeitsgebot unbedingt ist, können die Rechtsinhalte in den wechselnden geschichtlichen Wirklichkeiten nicht als unabänderliche Normen erscheinen, sondern müssen sich an den jeweils vorgegebenen Wirklichkeiten immer neu orientieren – so wie die mathematischen Sätze in der Wirklichkeit nur in Symbolansprechungen oder geometrischer Darstellung oder in angewandten Rechnungen erscheinen. Um doch wäre der Farbenglanz der geschichtlichen Rechte gleichsam nicht ohne das Licht der Gerechtigkeit, das sich auf verschiedene Weise in der Wirklichkeiten bricht*”. (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 612-613). O mesmo ocorre com as garantias institucionais. Evidentemente aqui, o raciocínio tem de ser mais direcionado aos movimentos histórico-sociais e seu papel na formação das instituições e não na evolução histórico-jurídica das relações individuais, centro das preocupações de Wieacker.

importância assumida pelas *Schutzgesetze* (tradução em regras de garantias institucionais genéricas) no sistema jurídico alemão atual.

e) Interesses institucionais e função social

Nos tópicos anteriores, espera-se ter demonstrado como o interesse difuso ganha maior consistência e efetividade aplicativa com sua definição a partir do objeto. Na verdade, o conceito de garantias institucionais põe em segundo plano a diferença entre os conceitos processualistas de interesses difusos e interesses coletivos. Segundo essa nova noção, pouco importa a relação jurídica entre os titulares do interesse ou sua relação com a parte contrária. Importa, isso sim, a existência do interesse institucional – supra definido – a ser protegido.

Por essa razão, e para evitar confusões terminológicas, passar-se-á a utilizar de agora em diante a expressão interesse institucional e não interesse difuso (ou nova definição de interesses difusos).

O estudo dos interesses institucionais não se esgota, no entanto, em sua individuação. É preciso determinar em que medida a forma de proteção dos interesses institucionais (ou difusos) prevista na lei é compatível com as exigências específicas desse setor. A pergunta a se fazer aqui é se os entes aos quais é atribuída legitimidade pela lei para a propositura das demandas de proteção de interesses institucionais são tecnicamente qualificados para tal. A mesma indagação pode ser feita com relação ao órgão judicante.

Trata-se do velho dilema, já abordado por Cappelletti em seu famoso trabalho, entre iniciativa administrativa e iniciativa proveniente dos chamados “corpos intermédios” para a propositura de demandas meta-individuais.³² No referido trabalho, Cappelletti manifesta profundo ceticismo quanto à efetividade do controle administrativo. Citando teoria em voga à época – sobretudo nos EUA – referente à possível pressão política sobre os órgãos administrativos encarregados da iniciativa judicial e ao fato de que muitos dos ilícitos meta-individuais cometidos provêm do próprio poder executivo, manifesta acentuada descrença em sua atuação. Citando ainda trabalho de H. Kötz, faz referência a depoimentos de membros de agências governamentais americanas e alemãs, dando conta eles próprios da inefetividade da atuação desses órgãos.³³

³² M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali*, cit., p. 382 e ss.

³³ O referido trabalho (*Klagen Privater in öffentlichen Interesse*), que no artigo de M. Cappelletti é citado a partir do manuscrito, foi posteriormente publicado em H. KÖTZ, *Klagen Privater in öffentlichen Interesse*, Frankfurt am Main, Metzner, 1975, p. 69.

Note-se, em primeiro lugar, que a pressão política sobre órgão da administração pública como crítica à ação do Estado justificaria a completa ausência da administração, nos moldes neoliberais defendidos pelos autores da teoria da captura. Obviamente essa solução seria totalmente ilógica.

Importa reconhecer, no entanto, e para isso chama a atenção a observação de Cappelletti que não se pode atribuir exclusivamente ao Estado o dever de tutela de interesses supra individuais e em particular das garantias institucionais.

Aqui então é que a relação entre garantias institucionais e função social do contrato fica clara. O princípio da função social do contrato permite a tutela difusa pelo judiciário das garantias institucionais. Liberta a tutela de interesses supra individuais da tutela administrativa ou da casuística prevista em lei. Toda vez que forem lesados interesses institucionais haverá lesão à função social do contrato. É no destaque por estes proporcionado entre interesse individual e coletivo que se encontra a justificativa para limitar a liberdade contratual.

Por outro lado, só a ligação aos interesses institucionais permite dar concretude ao termo função social do contrato. Obviamente essa não pode e não deve ser identificada a qualquer interesse que não seja o das partes contratantes. Tampouco pode-se referir ao interesses de grupos específicos. Isto porque um conceito de função social assim definido permitiria limitar e vincular o princípio da liberdade contratual em nome de um outro princípio totalmente indefinido, exatamente por não se ter claro o tipo de interesse a ser protegido. Isso tornaria absolutamente incertos para as partes os próprios efeitos jurídicos do contrato, dificultando sobremaneira as transações comerciais e a própria vida econômica.

Mas há ainda uma outra razão a tornar a ligação entre princípio da função social e interesses institucionais absolutamente necessária. O destaque do interesse individual necessário para tornar o interesse envolvido digno de tutela através da função social não é meramente quantitativo. Isto é, não é a composição mais ou menos numerosa de um grupo afetado que fará, por si só, que o contrato possa ser relativizado. A própria origem publicista do termo função social (inicialmente, como visto, identificada a interesse estatal) faz com que, mesmo transformado, o termo se aplique a interesses que transcendem o individual. E é exatamente na tutela de posições jurídicas, na tutela de interesse que só tem sentido em um plano individual enquanto componente de um centro de interesses coletivo (imaginem-se a tutela ambiental, por exemplo), características típicas do interesse institucional, que se caracteriza essa transcendência qualitativa dos interesses individuais.

4. Conclusão: o sentido da função social do contrato

Em face dessas considerações é possível delimitar, em forma tentativa o sentido da função social. Diz-se em forma tentativa por ser a função social cláusula geral dotada por natureza de certo grau de indeterminação.

Exatamente como é necessário atribuir certa flexibilidade ao conceito de desconsideração da personalidade jurídica, para permitir sua adaptação, de tempos em tempos, aos novos contornos e distorções da personalidade jurídica, a função social do contrato também deve ser flexível. Deve ser capaz de adaptar a figura do contrato a novas realidades sociais. Obviamente pelas razões expostas acima, entre as quais se destaca a segurança jurídica, essa liberdade não pode ser ilimitada.

O limite está exatamente na ligação aos interesses institucionais, como definido acima (item III, d). É importante notar que, prescindindo dos interesses institucionais de expressa previsão legal, mas sendo dotados de características essenciais necessárias (entre elas o reconhecimento constitucional), permitem atingir, ao menos a primeira vista, equilíbrio razoável entre segurança jurídica de um lado e flexibilidade de outro.

A *fattispecie* de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada caracterizada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele. Não se caracteriza, portanto, a *fattispecie* nas relações contratuais internas (i. e. entre as partes do contrato). E por duas razões. Em primeiro lugar pela própria ligação, histórica e de essência da expressão aos interesses institucionais, que como visto, não se confundem com os individuais. Em segundo porque uma aplicação da expressão às partes contratantes levaria a tentativas assistemáticas e difusas de reequilíbrio contratual.

A tarefa de reequilíbrio contratual já está bem atribuída a princípios como a boa fé objetiva (artigo 422 do Novo Código Civil) e cláusula *rebus sic stantibus*. Andar além disso não é possível, ao menos em base casuística. Ter por base disparidades de poder das partes é fundamental, desde que o reequilíbrio se faça por categorias (como os consumidores, por exemplo). Trata-se aqui necessariamente de uma política pública de reequilíbrio que deve partir de iniciativas legislativas e ter certo grau de coerência. Admitir um reequilíbrio difuso, além de provavelmente não garantir qualquer redistribuição de riqueza efetiva – exatamente por ser assistemático – criaria situação de insegurança jurídica, extremamente danosa para os contratos.

Conformada a *fattispecie*, falta dar aparência mais clara à disciplina. Na verdade, a função social do contrato só ganha feição mais clara quando da especificação de sua disciplina. Essa, por seu lado, é decorrência direta da definição dos interesses protegidos.

Em primeiro lugar é importante indagar quais os efeitos jurídicos de um contrato que violem sua função social, i.e., quais os efeitos jurídicos de um contrato capaz de lesar interesses institucionais. O Novo Código Civil é bastante claro, ao prever em seu artigo 421 que o “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Evidentemente o sentido da justificação do contrato a partir de sua função social está em reconhecer que o contrato, ainda que ato entre particulares, é um instrumento de organização social e econômica. Como tal deve ter em conta os interesses – não particulares, mas institucionais que o cercam.

Se assim é, contratos que atinjam interesses institucionais carecem até mesmo de eficácia, ao menos nas cláusulas capazes de atingir seus interesses. Essa constatação introduz elementos facilitadores e complicadores. Facilitadores pois em muitos casos não mais será necessário identificar em estatuto específico regra protetora de interesse institucional cujo descumprimento permita declarar a nulidade do contrato. É possível negar-lhe eficácia naquilo que fere interesses institucionais simplesmente porque a questão se coloca, segundo os expressos termos do artigo 421 do Código Civil, no plano da eficácia e não da validade.

O primeiro elemento complicador está exatamente no controle mais difuso, atribuído pelo artigo 421 aos juízes e não às definições legais, de cumprimento ou não da função social. Este problema, repita-se, pode e deve ser resolvido através da correta compreensão da função social e de sua ligação aos interesses institucionais. Estes têm requisitos e características necessárias sem as quais não será possível caracterizar o descumprimento do princípio da função social.

Consequência prática disto é que, exemplificativamente, contratos cuja execução implique risco evidente de dano ambiental, desde que esse seja comprovado, poderão ter sua eficácia contestada ainda que não exista qualquer lesão específica a dispositivo da lei ambiental. O mesmo pode-se dizer de contratos entre empresas que afetem interesses dos consumidores (aqui entendidos como a totalidade dos consumidores, o mercado de consumo – i. e., a concorrência ou algum outro interesse comum de todos os consumidores –, pois só aí, segundo os critérios desenvolvidos supra, haverá interesse institucional envolvido).

O segundo elemento complicador está em entender como se resolverão as relações entre as partes em caso de contrato ineficaz por força de lesão ao princípio da função social. Para isso é preciso aprofundar um pouco mais os diversos planos contratuais. Evidentemente a questão ora discutida é de eficácia. O artigo 421 ao estabelecer que o limite do contato é dado pela sua função social está claramente a vincular a eficácia do negócio ao cumprimento da função social.

A primeira pergunta a ser feita é se se trata de eficácia simples ou relativa.³⁴ Note-se que a situação aqui é bastante diversa de um contrato que tem plena validade entre as partes mas não produz efeitos em relação a terceiros. Havendo desrespeito à função social a obrigação principal simplesmente não pode ser cumprida. Não há que se falar em ineficácia relativa, em relação a determinados sujeitos. Por outro lado, a ineficácia simples, de que ora se trata deve ser qualificada. Não significa que o ato seja despedido de qualquer efeito. O que há é a ausência dos chamados “fatores de atribuição de eficácia diretamente visada”.³⁵ Assim, exemplificativamente, um contrato cuja execução causa risco ambiental não pode ser cumprido. Isso não significa que outras obrigações entre as partes como, por exemplo, eventuais disposições relativas às consequências da impossibilidade do cumprimento não sejam plenamente válidas e eficazes. O mesmo pode se dizer de outras obrigações laterais que não violem a função social. A função social obriga, portanto, a uma individualização de cada uma das obrigações do contrato e a verificação de sua compatibilidade com o conceito supra definido, como requisito de eficácia da obrigação principal, perante terceiros e entre as partes.

Finalmente, caso o contrato já tenha sido adimplido, resta determinar a forma de responsabilização. Aqui a disciplina é derivação direta da infração a interesses institucionais. O prejuízo causado relevante não se dá em relação a interesses individuais (dano sofrido). Haverá isso sim um prejuízo ao bem jurídico, protegido, à posição protegida. A responsabilização, portanto, independerá da culpa (responsabilidade objetiva³⁶) sendo ligada apenas à concreta lesão ao interesse (*Schutzgesetze*) e a indenização será direcionada à recuperação do bem lesado.

Chega-se, então à consequência natural da extensão da ideia de interesses institucionais ao campo privado. A regra da função social do contrato, adquira caráter de norma de proteção (*Schutzgesetz* – v. supra item III, b) dos interesses institucionais eventualmente atingidos pelo contrato e seu mero descumprimento gera a obrigação de reparação do bem lesado.

Todas essas características fazem surgir um novo contrato, instrumentalizado aos interesses da sociedade, representados pelas garantias insti-

³⁴ Cfr. a respeito desta distinção A. JUNQUEIRA AZEVEDO, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 63.

³⁵ Cfr. A. JUNQUEIRA AZEVEDO, *Negócio jurídico*, cit., p. 67.

³⁶ Trata-se de inegável extensão da disciplina da responsabilidade pelo fato do produto, princípio já estabelecido nas relações empresariais de risco e nas relações de consumo, às relações contratuais em geral. Aqui a justificação da responsabilidade objetiva não está na proteção especial contra atividades de risco, ou de grupo desvantajado (consumidores), mas sim na proteção de interesses institucionais – e por isso socialmente relevantes – atingidos pelo contrato.

tucionais. São elas o seu limite, impondo que as obrigações nele contidas sejam dissecadas de forma a respeitar os interesses da sociedade atingidos e a verdadeira norma de proteção desses interesses contida no artigo 421 do Novo Código Civil. O controle material difuso introduzido por esse importante princípio do Novo Código vem complementar o sentido dos instrumentos processuais de controle difuso (ex.: ação civil pública), instrumentos de verdadeiro controle social. Caso bem interpretado, pode transformar-se, portanto, em poderoso canal de proteção da sociedade civil e controle social da atividade empresarial e civil.

CAPÍTULO 9 REGULAÇÃO ECONÔMICA

DAS TEORIAS CLÁSSICAS À TEORIA CRÍTICO-ESTRUTURALISTA DA REGULAÇÃO

1. Introdução

No sistema brasileiro jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação. A razão para tanto é jurídica e simples. Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, através do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer. Em um mundo de dicotomia entre a esfera privada e a esfera estatal não havia por que descrever da precisão de tal análise.

Nesse cenário, a preocupação com a regulação, mesmo quando presente, não dava asas a uma manifestação doutrinária ou, mesmo, a uma preocupação prática. O próprio termo “regulação” é, de resto, raramente usado,¹

¹ Os poucos trabalhos em direito antitruste a utilizar o termo “regulação” e procurar estudá-lo no sentido material são de endereço eminentemente prático, preocupando-se mormente com questões procedimentais como o funcionamento das agências reguladoras e conflitos de competências entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência