

# Os interesses difusos revisitados

Leonardo Albuquerque Marques

Advogado da União. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA) – 2006. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) – 2010. Professor substituto da Universidade Federal do Maranhão. Professor colaborador da pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário do Maranhão (UNICEUMA).

**Resumo:** Neste trabalho, é feita uma análise crítica do conceito de interesses difusos na tradição jurídica brasileira. Aqui, defende-se a ideia de que tal conceito só pode ser operacionalizado a partir do individualismo metodológico. Tal ideia é desenvolvida a partir de algumas premissas econômicas (dentre as quais, o teorema de Ronald Coase, a lógica da ação coletiva de Mancur Olson, a teoria dos custos dos direitos de Stephen Holmes e Cass Sunstein e o pensamento sobre escolha institucional desenvolvido por Neil Komesar, que não deixa de ser um desenvolvimento das ideias dos dois primeiros, como ele próprio já colocou). É feita, também, uma diferenciação entre interesses e benefícios, com especial atenção para a ação civil pública, em que se procura diferenciar os benefícios fornecidos pelos provimentos jurisdicionais (sejam eles divisíveis ou indivisíveis) dos interesses individuais satisfeitos.

**Palavras-chave:** Individualismo metodológico. Ação civil pública. Interesses difusos. Bens públicos. Externalidades. Decisões governamentais.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Os interesses coletivos e difusos nas Leis n<sup>os</sup> 7.347/85 e 8.078/90 – Exposição e crítica – **3** Distinção entre interesses e benefícios – **4** Dos interesses difusos como categoria jurídica factível apenas se tomada por base o plano individual – **5** Conclusões – Referências

## 1 Introdução

Este trabalho pretende fazer uma análise do conceito jurídico de interesses difusos em paralelo com o conceito de benefícios coletivos. A análise a ser realizada levará em conta o principal instrumento processual de adjudicação de tais interesses — a ação civil pública<sup>1</sup> — uma vez que não é possível uma análise separada de ambos.

Parte-se, aqui, da hipótese de que a atual abordagem jurídico-dogmática do que sejam os interesses difusos não é factível — isto é, de que não possui atributos empiricamente referenciáveis. Por conseguinte,

<sup>1</sup> O que não retira a importância dos demais instrumentos jurisdicionais de tutela coletiva de direitos. A escolha se deve apenas ao maior relevo que a ação civil pública dispõe hoje no que se refere a tais formas de tutela.

tal abordagem não é útil para nortear a atuação do Estado no fornecimento de bens coletivos, a exemplo daqueles relacionados à concreção de meta consistente no meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (*v.g.*, controle das externalidades negativas decorrentes de atividades poluidoras não negociáveis por problemas de ação coletiva).

Para a elucidação do tema, num primeiro momento, será feita uma abordagem dos institutos jurídicos dos interesses difusos. Em seguida, será procurado algum elemento de distinção pragmática entre o conceito de interesses e o de benefícios. Após, será demonstrado como o conceito de interesses difusos, se não for tomada por base uma perspectiva meramente individual, não encontra ressonância na realidade. Num quarto momento, procura-se demonstrar como as formas de satisfação de interesses difusos, no mundo dos fatos, correspondem ao conceito de benefícios coletivos.

Toma-se como dado, ainda, que, em cenários envolvendo conflitos multitudinários, as instituições estatais estarão em seu pior nível de performance se comparado com conflitos de baixa complexidade informacional envolvendo um baixo número de interessados. Isto é, quanto mais interessados puderem ser afetados na resolução de um conflito (seja ele político ou jurídico propriamente dito) e quanto maior a complexidade informacional subjacente ao contexto,<sup>2</sup> pior tende a ser o desempenho das instituições estatais na acomodação dos interesses em jogo.

O instrumental teórico a ser desenvolvido no presente trabalho se resume essencialmente ao Teorema de Coase,<sup>3</sup> à teoria da dinâmica dos grupos latentes de Olson (1999), ao desenvolvimento posterior da dinâmica da escolha institucional por Komesar, fundamentado nos pensamentos dos dois primeiros (1994; 2001), e, finalmente, à teoria dos custos dos direitos de Holmes e Sunstein (2000).

<sup>2</sup> Komesar afirma que, quando números e complexidade forem altos, a alocação de direitos será altamente demandada, mas terá a menor oferta possível, e que cortes, processo político e direitos não são necessários no mundo dos baixos números e simplicidade, mas, sim, no dos grandes números e da complexidade. Em tempo, no que se refere ao conceito de complexidade informacional, o presente trabalho toma como dada a ideia de que, quanto mais custosa assimilação de um leque de informações, maior a sua complexidade, frisado que tais custos podem ser precificados ou não (*Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, p. 8).

<sup>3</sup> Cf. COASE. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. Em tempo: denominação "Teorema de Coase" às conclusões que este extraiu de seu artigo seminal deve-se a George Stigler. Neste sentido, cf. COASE. The Relevance of Transactions costs in the Economic Analysis of Law. In: PARISI; ROWLEY (Org.). *The Origins of Law and Economic: Essays by the Founding Fathers*, p. 208.

Numa simplificação, havendo custos de transação suficientemente baixos,

o teorema de Coase diz que os agentes econômicos podem solucionar o problema das externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas podem chegar a um acordo no qual todos fiquem numa situação melhor e o resultado seja eficiente.<sup>4</sup>

Todavia, a partir do momento que os custos de transação se tornam significativamente altos, o direito pode servir como um meio para promover a eficiência na alocação de recursos.<sup>5</sup>

Custos de transação são os custos em que as partes incorrem para negociação, implementação e monitoramento de um acordo, mas quando o número de interessados torna-se consideravelmente alto, os custos de transação tendem a subir num patamar tal que a própria negociação fica obstada. A opção racional individual, na ausência de incentivos seletivos específicos, tende a se manter-se inerte e não procurar a concretização do benefício, ainda que desejado por todos os interessados.<sup>6</sup> Assim, tem-se o problema das externalidades negativas, sendo a poluição um exemplo típico de tal problema.<sup>7</sup> Tais externalidades, muitas vezes, só são sanadas pela instituição de um incentivo seletivo negativo, qual seja o recurso ao mecanismo da coerção. O Estado, enquanto detentor do monopólio de tal atividade, aparece como uma organização fornecedora de bens públicos não concretizados voluntariamente por problemas de ação coletiva.<sup>8</sup> Cabe ressaltar que externalidades são, ao fim e ao cabo, problemas de participação.<sup>9</sup>

Isso se deve à circunstância da dinâmica de grupos latentes. Segundo Olson,<sup>10</sup> a menos que o número de indivíduos em grupo seja realmente pequeno, ou a menos que haja coerção ou algum outro dispositivo especial que faça os indivíduos agirem em interesse próprio, os indivíduos racionais e centrados nos próprios interesses não agirão para

<sup>4</sup> MANKIW. *Introdução à economia*, p. 211.

<sup>5</sup> SCHÄFER; OTT. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 7.

<sup>6</sup> MANKIW. *Introdução à economia*, p. 211-212.

<sup>7</sup> RODRIGUES. *Análise Económica do Direito: uma introdução*, p. 41-53.

<sup>8</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 28.

<sup>9</sup> KOMESAR. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, p. 102.

<sup>10</sup> *Lógica da ação coletiva*, p. 14.

promover seus interesses comuns. Mesmo o apelo a recursos retórico-emocionais (tais como o patriotismo ou algum valor moral) é tido como algo dispensável para o fornecimento de um dado bem público na espécie de grupo em análise.<sup>11</sup>

Olson classifica os grupos em pequenos, intermediários (ou oligopolísticos) e latentes. Os grupos privilegiados são aqueles em que pelo menos um dos membros têm incentivos suficientes a incorrer nos custos totais de obtenção de certo bem público.<sup>12</sup> E a ação coletiva visaria, assim, à minimização de tais custos. Os intermediários são aqueles em que, embora nenhum dos membros tenha incentivos para incorrer isoladamente no fornecimento de certo bem público, pelo menos dois dos membros dispõem de um nível de interdependência que torna facilmente perceptível o nível de cooperação entre eles, sendo marcados, também, pela capacidade de indução dos seus componentes a agirem em prol de interesses comuns por meios de mecanismos informais.<sup>13</sup> Além disso, tais grupos podem fazer uso eficaz de instrumentos de pressão social e de outros ativos não precificados, sendo assim, duplamente privilegiados.<sup>14</sup>

Estas categorias não interessam ao presente trabalho, pois, pelas suas características, os interesses difusos discutidos aqui se referem a um número significativamente alto de pessoas. Outrossim, grupos latentes, pequenos e intermediários possuem diferenças qualitativas — e não apenas quantitativas — quanto à sua dinâmica.<sup>15</sup>

Para explicar a dinâmica de grupos latentes, Olson parte das seguintes premissas: (i) quanto maior o grupo, menor a fração do ganho total do grupo que cada membro receberá; (ii) quanto maior o grupo, menor será a probabilidade de que algum subgrupo ganhe o suficiente com a obtenção do benefício coletivo para compensar os gastos de prover até mesmo uma pequena parcela do benefício; (iii) quanto maior o número de membros, maior a barreira de custos iniciais a ser transposta. Assim, a estipulação de um incentivo seletivo específico — positivo (prêmio)

<sup>11</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 25.

<sup>12</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 62.

<sup>13</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 57, 62.

<sup>14</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 75.

<sup>15</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 64.

ou negativo (coerção) — é condição necessária para o fornecimento de bens públicos a grupos latentes.<sup>16</sup>

Por oportuno, registre-se que o autor define coerção como:

uma punição que deixa um indivíduo com uma curva de indiferença mais baixa do que ele teria ficado se tivesse arcado com a parte dos custos do benefício que lhe fora alocada e não tivesse sido coagido.<sup>17</sup>

Na ausência de tais incentivos, a ação grupal não seria levada a efeito, pois os custos esperados tenderiam a superar os benefícios esperados pelos seus interessados e a ausência de interdependência entre eles tende a incrementar significativamente os custos de participação. Portanto, quanto maior o grupo, mais ele demandará organização. Mas, à medida que o seu tamanho aumenta, os custos de tal organização aumentam, ou seja, a sua oferta diminui.<sup>18</sup>

Havendo um número muito alto de interessados e informações de complexa assimilação,<sup>19</sup> a regulação governamental pode ser um valioso instrumento de proteção da propriedade individual, ainda que extremamente imperfeito.<sup>20</sup>

Segundo Holmes e Sunstein,<sup>21</sup> não existe arranjo institucional ideal para direitos e regras e, dado que mesmo os direitos privados dependem da ação estatal, não há oposição fundamental entre governos e livre-mercado.<sup>22</sup> Aliás, os governos não apenas devem estipular os fundamentos para o funcionamento básico das instituições legislativas e administrativas, mas podem fazer com que os sistemas de mercado tornem-se mais produtivos.<sup>23</sup> Daí, infere-se que, na efetivação de normas jurídicas e na concretização de direitos, juízes, legisladores e administradores dependem de um mundo imperfeito de recursos limitados e, dessa forma, “levar direitos a sério significa levar a escassez a sério”.<sup>24</sup>

<sup>16</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 60, 64.

<sup>17</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 63.

<sup>18</sup> KOMESAR. *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, p. 143; OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 58.

<sup>19</sup> Isto é, maior sensibilidade para a possibilidade de resultados e vieses imprevistos (KOMESAR. *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, p. 159).

<sup>20</sup> KOMESAR. *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, p. 143; OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 142.

<sup>21</sup> *A Constituição parcial*, p. 48.

<sup>22</sup> HOLMES; SUNSTEIN. *The Cost of Rights: why Liberties Depend on Taxes*, p. 64-65.

<sup>23</sup> HOLMES; SUNSTEIN. *The Cost of Rights: why Liberties Depend on Taxes*, p. 69.

<sup>24</sup> HOLMES; SUNSTEIN. *The Cost of Rights: why Liberties Depend on Taxes*, p. 94, tradução do autor.

Com efeito, uma coletividade não possui existência aparte de seus indivíduos e, diante disso, apenas pode definir, conferir e proteger direitos se estiver bem organizada politicamente e se puder agir de forma coerente através do instrumento da governança responsável.<sup>25</sup>

Por exemplo, no que se refere à utilização do espaço atmosférico enquanto “fossa de resíduos” ambientais, isto é, enquanto propriedade coletiva, os prejuízos *per capita* de sua dilapidação estão divididos de forma muito insignificante entre os indivíduos. Cada indivíduo, que sempre estará numa posição de escolher entre manter-se inerte e recuperar perdas *per capita* de propriedade coletiva, perde um pouco a cada lesão e consegue quase nada se procurar evitar os prejuízos decorrentes de tais eventos.<sup>26</sup>

Assim, a diminuição nos custos de fornecimento de bens públicos pelo Estado é algo que deve ser sempre procurado. E tal diminuição pode ocorrer, entre outras formas, com a adoção de arranjos institucionais menos ineficientes.

## 2 Os interesses coletivos e difusos nas Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90 – Exposição e crítica

O art. 129, inc. III, da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No entanto, a Constituição não faz maiores referências ao ponto.

No plano infraconstitucional, a classificação jurídico-formal dos interesses coletivos em sentido amplo, tradicionalmente adotada no ordenamento brasileiro, encontra-se inserida no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicável subsidiariamente à Lei nº 7.347/85, por força do art. 21 desta última. Adite-se que foi o CDC que institucionalizou o conceito de interesses individuais homogêneos no direito brasileiro.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> HOLMES; SUNSTEIN. *The Cost of Rights: why Liberties Depend on Taxes*, p. 117.

<sup>26</sup> HOLMES; SUNSTEIN. *The Cost of Rights: why Liberties Depend on Taxes*, p. 149.

<sup>27</sup> ZAVASCKI. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 38.

Dito isso, segundo o critério em discussão, os interesses coletivos em sentido amplo se classificam em “individuais homogêneos”, “coletivos” e “difusos”.

No plano jurídico-dogmático, os interesses individuais homogêneos, diferentemente dos demais interesses coletivos, são perfeitamente divisíveis e individualmente atribuíveis, isto é, seus titulares são individualmente determináveis. Não se diferenciam, em essência, de interesses individuais ordinários, exceto que a titularidade decorre geralmente de um fundamento de fato comum que proporciona tal direito a uma multiplicidade de pessoas. Sempre será possível uma identificação do *quantum* atribuível a cada um dos interessados que sejam beneficiados por uma sentença judicial ou por uma decisão legislativa.

Por exemplo, cite-se a lesão à integridade física de várias pessoas, decorrente do mau fornecimento de um produto que não atenda às exigências mínimas de segurança estabelecidas pelos órgãos competentes. Em tal caso, serão vários os lesados, e cada um deles será titular de um direito personalíssimo, inalienável voluntariamente e individualmente prejudicado, qual seja a integridade física.<sup>28</sup> Em tais situações, ofensa a todos os interessados decorreu de um único evento. Registre-se: apenas é necessária a origem comum do direito, conforme determina o art. 81, parágrafo único, inc. III, do CDC.

Assim, no que se refere aos interesses individuais homogêneos, há elementos suficientes para que as relações jurídicas deles decorrentes sejam suficientemente individualizadas. Isto é, é possível dizer quem são os sujeitos ativos e passivos e o objeto das prestações de tal categoria. No exemplo acima citado, tem-se um ato ilícito consistente no fornecimento de produto inidôneo para o consumo que acarretou lesões à integridade física de pessoas determinadas. Por consequência, como obrigação de reparação eventual daí decorrente, deverá o fornecedor indenizar cada um dos ofendidos pelos danos causados, sempre se destacando que, no caso, há várias relações obrigacionais, que envolvem, isoladamente, o fornecedor e cada um dos ofendidos.

<sup>28</sup> MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 232.

No entanto, embora o ordenamento jurídico possa, desde já, amparar eventual indenização, em decorrência de problemas de assimetria informacional<sup>29</sup> e de custos de litigância,<sup>30</sup> pode ocorrer que as pessoas efetivamente lesadas, mesmo que, no contexto posterior ao fato lesivo, não tenham incentivos suficientes a ingressar em juízo. Em tais contextos, os lesados, em uma análise prospectiva, podem concluir que os custos de litigância sejam superiores aos benefícios marginais,<sup>31</sup> daí ocorrendo um problema de ação coletiva, o que, por sua vez, fará com que o Poder Judiciário não emita os sinais necessários para que os potenciais ofensores incorporem a perspectiva de sanção na sua estrutura de incentivos por força de eventual precedente. Em tal contexto, os potenciais ofensores continuarão a externalizar os custos dos eventos lesivos a terceiros que, por problemas de ação coletiva, não consentiram para tanto.

Já com relação aos interesses coletivos em sentido estrito e aos difusos, ambos decorrem de uma relação jurídica base, apenas com o diferencial de que, no primeiro caso, há uma determinação relativa do espectro de pessoas potencialmente envolvidas, enquanto, no segundo, há uma indeterminação considerável dos potenciais envolvidos e a eventual ligação entre os titulares decorreria de mera circunstância de fato.<sup>32</sup> Ambos, todavia, são insuscetíveis de apreensão individual (porquanto indivisíveis), intransmissíveis e sua eventual defesa em juízo dar-se-á unicamente em regime de substituição processual;<sup>33</sup> isto é, como não há a atribuição de um sujeito determinado como titular dos bens que visa concretizar, não há como se falar em lesão individual e determinada a certa pessoa. Isso decorre de sua característica metaindividual.

Dessa forma, vê-se que o arranjo institucional adotado não permite a adjudicação de forma individual de tais interesses. Quando muito, a

<sup>29</sup> Segundo Cooter e Ullen, “quando os vendedores sabem mais a respeito de um produto do que os compradores ou vice-versa, diz-se que as informações estão distribuídas assimetricamente no mercado” (*Direito & economia*, p. 64).

<sup>30</sup> Custos de litigância são aqueles em que os interessados incorrem para a postulação, em Juízo, de um dado benefício a ser fornecido por possível provimento jurisdicional de procedência. Patrício infere que a decisão de um dado indivíduo colocar uma questão sob apreciação judicial é sempre consequente de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa dos custos e benefícios inerentes à sua decisão (*Análise econômica da litigância*, p. 14-15, 46).

<sup>31</sup> Ver tópico sobre a distinção entre interesses e benefícios.

<sup>32</sup> MENDES. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 224.

<sup>33</sup> ZAVASCKI. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 44-45.



proteção dos interesses deverá ser postulada por entidades privadas (associações, sindicatos etc.) que disponham da representatividade adequada.<sup>34</sup>

Mancuso<sup>35</sup> cita, ainda, como características dos interesses difusos — além da indeterminação dos sujeitos e da indivisibilidade do objeto — a intensa litigiosidade interna e sua mutabilidade. No que se refere à intensa litigiosidade interna, o autor afirma que eles se diferenciam dos interesses individuais ordinários por não se subsumirem à dogmática tradicional da litigância estilo “Caio vs. Tício”,<sup>36</sup> de cunho tradicionalmente individual, baseada em relações jurídicas com partes e objetos bem definidos. Afirma, ainda, que os conflitos envolvendo interesses difusos se tratam de litígios que têm por causa verdadeiras escolhas políticas.<sup>37</sup> O autor registra, também, que a conflituosidade envolvendo interesses difusos não abrange o Estado, embora ressalve entendimentos em sentido diverso.

Por ora, umas observações acerca dos traços característicos dos interesses difusos levantados pela dogmática são pertinentes: a liberdade de locomoção, a liberdade de iniciativa econômica e o direito de propriedade como temos hoje (no pensamento liberal milliano) já foram, um dia, objeto de reivindicação política sem reconhecimento pelo Estado, constituindo-se num mero interesse, num objeto de pretensão que, até então, podia ser ou não atendido pelo Estado. Com efeito, o advento do liberalismo está essencialmente associado à consolidação institucional do ideário burguês<sup>38</sup> e, até certo momento histórico, tais interesses liberais não encontraram respaldo jurídico.<sup>39</sup> Dessa forma, qualquer interesse, inclusive o que for tido como difuso nos termos do CDC, antes de ser jurídico, é político, pelo que descabe falar em caráter político dos interesses difusos como signo distintivo dos demais. Além disso, quando

<sup>34</sup> Apesar disso, o índice de litigâncias das entidades privadas legitimadas para a propositura da ação civil pública, em relação às entidades públicas, tem sido relativamente baixo em relação ao quantitativo de processos iniciados por instituições estatais (MOREIRA. Ação Civil Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 192).

<sup>35</sup> *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 93-110.

<sup>36</sup> Didier Jr. infere que o conteúdo da postulação, na dogmática jurídica processual, deve conter três elementos: partes, pedido e causa de pedir. Tais elementos (do plano adjetivo) correspondem, no direito material aos sujeitos, objeto e fato jurídico que delimitam a relação processual eventualmente discutida em juízo (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p. 195-196).

<sup>37</sup> MANCUSO. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 102-105.

<sup>38</sup> TAMANAHA. *On the Rule of Law*, p. 31.

<sup>39</sup> Registre-se que tal processo não ocorreu de forma linear nas diversas nações em que a burguesia e o liberalismo se afirmaram no plano jurídico-constitucional.

tais conflitos são juridicizados (seja por meio da ação civil pública, seja por outro arranjo institucional — que pode ser jurisdicional ou não), é inevitável inferir a intervenção do Estado, pois este, afinal, exercerá o monopólio da coerção para executar medidas redistributivas com finalidades de eficiência alocativa (pelo menos assim se espera) que, por problemas de ação coletiva, não foram concretizadas mediante transação voluntária dos envolvidos. Em tais contextos, na ausência de incentivos seletivos negativos, é de se esperar que os interessados se mantenham inertes quanto à concretização voluntária de seus propósitos.

Quanto à mutabilidade, destaque-se que interesses são apenas preferências das partes que os manifestam. Tais preferências, embora sejam estáveis, não impedem que os indivíduos mudem seu comportamento — uma vez que os indivíduos estão sujeitos a alterações em suas estruturas de incentivos ao longo do tempo.<sup>40</sup> Tal constatação, por sua vez, torna questionável a utilidade da característica em análise (a mutabilidade) como signo distintivo dos interesses difusos em relação a interesses que não o sejam.

Repise-se, por oportuno, que importam, para o presente trabalho, apenas os interesses difusos, os quais, ante a suposta indeterminabilidade dos seus titulares imediatos, serão sujeitos a uma análise crítica, de modo que possam ser destacados os seus aspectos conceituais mais relevantes.

Segundo Mazzilli,<sup>41</sup> a ação prevista no microsistema formado pelas Leis n<sup>os</sup> 7.347/85 e 8.078/90 destina-se à proteção dos bens jurídicos descritos no art. 1<sup>o</sup> daquela lei (a LACP). Defende o autor, também, que a ação civil pública pode ser utilizada como meio de controle judicial de legalidade de atos administrativos. O autor afasta, por outro lado, a possibilidade de utilização do mecanismo como meio de controle concentrado de leis e atos normativos do Poder Público, salvo quando, pelos elementos da lide, ficar constatado que não será usurpada a competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) prevista no art. 102, inc. I, da Constituição Federal.

Em tempo, adite-se que a ação civil pública não pode ser utilizada como mecanismo para a heterocomposição de interesses de cunho

<sup>40</sup> GICO JÚNIOR, 2010, p. 25.

<sup>41</sup> *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 123 et seq.

tributário, relativos ao FGTS ou a outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados, conforme art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85.<sup>42</sup>

Abstraindo-se a controvérsia da legitimidade do Ministério Público e de outras entidades públicas para a defesa de interesses individuais homogêneos do consumidor e de outras classes de titulares de direitos relativos aos bens jurídicos descritos no art. 1º da Lei de Ação Civil Pública (LACP), é incontroversa a legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses coletivos e difusos relativos a tais bens.<sup>43</sup>

Quanto ao tipo de provimento jurisdicional, pelo teor dos arts. 3º da LACP e 84 do CDC, constata-se ser de praxe a possibilidade de imposição de condutas por meio de provimentos jurisdicionais condenatórios, seja de dar, pagar, fazer e não fazer. Note-se que, quando se tratar da defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, defende-se que a utilização de condenações pecuniárias deve ser utilizada de forma subsidiária. Isso se deve à circunstância de tais bens não serem normalmente precificáveis em regime de livre mercado. Por consequência podem ser inadequadamente valorados pelo órgão julgador, podendo manter os incentivos, ainda que em parte, à internalização de custos a terceiros que não consentiram para tanto e que, por problemas de ação coletiva, tenderão a se manter racionalmente inertes.

Registre-se, ainda, ser possível a cumulação de provimentos condenatórios das mais diversas espécies numa mesma lide. Por exemplo, em uma ação civil pública relativa a construção irregular em unidade de conservação, é possível a cumulação de provimentos que imponham a abstenção de novas construções ao requerido (obrigação de não fazer), a obrigação de demolir as construções realizadas e de recondução tanto quanto possível da área afetada ao *status quo ante* (obrigação de fazer), bem como, caso não seja possível a recomposição total da área degradada, a condenação em indenização correspondente à lesão eventualmente auferida, em favor do fundo previsto no art. 13 da LACP.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Mazzilli entende que a vedação em referência é inconstitucional (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 139 et seq.).

<sup>43</sup> MAZZILLI. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 127; ZAVASCKI. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, p. 77.

<sup>44</sup> ZAVASCKI. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, p. 73-75.

Quanto à possibilidade de utilização da ação civil pública para a emanção de provimentos constitutivos, caminha-se para um entendimento pela sua admissibilidade, tendo o STJ já se manifestado em tal sentido.<sup>45</sup>

Quanto aos legitimados passivos, deve ser destacado que, nas ações que tenham por objeto algum tipo de provimento condenatório, devem elas ser movidas em face dos responsáveis pela conduta tida por lesiva a algum, ou alguns, dos bens jurídicos elencados na legislação de regência.

Assim, no caso de construção irregular em unidade de conservação de proteção integral, eventual ação que objetive a condenação dos responsáveis a desfazerem a construção realizada, a se absterem de realizar novas construções na respectiva área e a indenizarem o Fundo previsto no art. 13 da LACP pelos danos não passíveis de recomposição ou de compensação ambiental *in natura* deve ser movida em desfavor daqueles e das pessoas, físicas ou jurídicas, a quem se atribui a responsabilidade direta pelo ato em comento.

### 3 Distinção entre interesses e benefícios

Neste tópico, procura-se delinear diferenças entre interesses e benefícios enquanto categorias empiricamente operáveis. Tal distinção parte do pressuposto de que todo ser humano é um ser racional e, enquanto tal, age também racionalmente na margem ao tomar as decisões que visem à maximização do seu bem-estar.<sup>46</sup>

Dito isso, para simplificar com um exemplo, um indivíduo pode ter pretensões — isto é, preferências — sobre vinte maçãs ao entender que este é o número de unidades que poderia satisfazer as suas necessidades. No entanto, pode ter disponibilidade (recursos financeiros, força física, ou qualquer coisa que será sacrificada como custo de oportunidade para tal fim) apenas para adquirir dez delas. Em suma, são as restrições de

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 695.214/RJ. 2ª Turma. Rel. Min. Humberto Martins. *Diário de Justiça da União*, p. 243, 23 ago. 2007. Na ementa do julgado consta que “[a] ação civil pública, em regra, não tem por objeto, apenas, a condenação em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, conforme o art. 3º da Lei nº 7.347/85, pois o art. 25, IV, ‘b’, da Lei nº 8.625/93, passou a admitir o manejo da ação civil pública, apenas pelo Parquet, com objeto constitutivo ou desconstitutivo” e que “analisando o tema sobre a ótica processual, tem-se que as tutelas invocadas em ambas as ações [ação civil pública e ação popular] são fungíveis, podendo o Parquet se valer da ação civil pública, e o particular da ação popular para tentar resguardar os mesmos objetos”.

<sup>46</sup> MANKIW. *Introdução à economia*, p. 6-7.

recursos que limitam as possibilidades de satisfação de pretensões dos consumidores.<sup>47</sup>

O exemplo é bem simplório, mas serve para distinguir as pretensões individuais daquilo que factivamente as pessoas são capazes de obter. Racionalmente, enquanto o custo marginal de uma unidade adicional de alguma utilidade, pela qual uma pessoa manifeste determinado interesse, for superado pelo benefício marginal, o interessado irá tomar a decisão racional de procurar obtê-lo. Não se quer perquirir aqui como determinadas preferências se formam e como elas se manifestam, mas não se ignora que preferências individuais, embora estáveis, não são estanques e que o processo político é o local apropriado para o atendimento de preferências que não conseguem ser satisfeitas em regime de mercado.<sup>48</sup>

Anteriormente, foi visto que, mesmo em grupo, o indivíduo age de forma a maximizar racionalmente o seu bem-estar. Ao agir grupalmente, cabe destacar que a estratégia dominante de um determinado indivíduo pode variar qualitativamente em função do tamanho do grupo do qual seja parte. Tal raciocínio não deixa de se aplicar à instituição estatal, que, por deter o monopólio legítimo da violência, deve visar ao fornecimento de benefícios públicos que não seriam transacionados no mercado por problemas de ação coletiva. Com efeito, cada indivíduo pode conferir um valor diferente ao benefício público almejado por seu grupo.<sup>49</sup>

Assim, eventual satisfação de uma pretensão individual (isto é, de um interesse) será feita com o fornecimento de benefícios, os quais podem ser excludentes ou não — conforme as pessoas possam ser impedidas ou não de usá-los — e rivais ou não — conforme o fato de uma pessoa usar certa quantidade implicar, ou não, na diminuição da quantidade disponível para os demais interessados.

Desse modo, os bens privados seriam tanto excludentes quanto rivais. Normalmente os bens privados são os negociados mediante transações voluntárias em regime de mercado e são atribuídos mediante alocação de direitos de propriedade.

<sup>47</sup> PINHEIRO; SADDI. *Direito, economia e mercados*, p. 44.

<sup>48</sup> SUNSTEIN. *A Constituição parcial*, p. 225-241.

<sup>49</sup> OLSON. *Lógica da ação coletiva*, p. 34.

Uma das formas utilizadas para a internalização de externalidades para dentro do mercado é a emissão de títulos negociáveis (a exemplo dos títulos de emissão de dióxido de carbono previsto no Protocolo de Kyoto). Em tal caso, o espaço atmosférico para tais emissões seria “locado”, incorrendo o produtor nos respectivos custos, fazendo com que as externalidades sejam internalizadas nos preços praticados na circulação de bens e serviços que necessitem de tais emissões.<sup>50</sup>

Por sua vez, os bens públicos seriam não excludentes nem rivais. Um exemplo simplório de bem público seria uma rua não congestionada, em que o fato de um carro trafegar nela não implicaria em diminuição da possibilidade dos demais interessados fazerem o mesmo.

Normalmente, como não é possível fazer com que os que não paguem por um bem público sejam impedidos de usufruí-lo, a estratégia dominante destes é não pagar voluntariamente por eles, ainda que a utilidade do benefício, para os interessados, na sua totalidade, exceda o seu custo individual.

A estratégia dominante para os interessados é simplesmente não contribuir para a concretização do benefício na esperança de que seus interesses serão atendidos pela ação dos demais, situação esta denominada como “problema do carona”.<sup>51</sup> Outros exemplos de bens públicos são a defesa nacional e a pesquisa científica de base, isto é, a geração de conhecimentos não patenteáveis. Registre-se, ainda, a redistribuição de renda para fins de eficiência alocativa.<sup>52</sup>

Como bens não excludentes, mas rivais, tem-se os recursos comuns, sobre os quais já foi discorrido acima. Como alternativa para a impossibilidade de solução voluntária do problema, provocada pelo problema de ação coletiva, o governo pode reduzir o uso de recursos comuns por

<sup>50</sup> Silveira e Amaral elencam, ainda, que é exigida uma série de outros requisitos redistributivos para a aferição da sustentabilidade das reduções de emissões, tais como contribuição para a distribuição de renda e contribuição para geração líquida de empregos e desenvolvimento das condições de trabalho. No limite, pode-se afirmar que uma diminuição nas desigualdades na distribuição de renda pode levar a uma diminuição da taxa de desconto de uso presente do capital, pois, com o aumento da renda, as pessoas tendem a ter uma utilidade marginal decrescente da riqueza adicionada. Isso, por sua vez, contribui para que o processo político consiga internalizar melhor projetos de longo prazo, se tomada a perspectiva *ex ante* de distribuição de renda mais desigual (Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase. In: TIMM (Org.). *Direito & economia*, p. 302).

<sup>51</sup> COOTER; ULLEN. *Direito & economia*, p. 63.

<sup>52</sup> MANKIW. *Introdução à economia*, p. 227-228.

meio de regulamentos, impostos etc. Como exemplos de recursos comuns, podem ser citados água e ar puros e animais selvagens.<sup>53</sup> Registre-se que Mankiw,<sup>54</sup> ao relacionar externalidades, bens públicos, recursos comuns e as decisões privadas sobre produção e consumo, afirma que, em decorrência desses efeitos externos, as decisões privadas de consumo e produção podem levar a uma alocação ineficiente de recursos e que a intervenção estatal pode, potencialmente, aumentar o bem-estar da sociedade. No que se refere aos recursos comuns, note-se que os exemplos apresentados pelo autor são característicos dos recursos naturais bióticos (fauna e flora) e abióticos, tais como água limpa e ar puro.<sup>55</sup>

Por fim, quando o bem é excludente, mas não é rival, tem-se o caso de monopólios naturais. Em tais situações, o interessado pode ser impedido de usá-lo, mas a sua utilização não implica em diminuição da quantidade disponível para os demais interessados.<sup>56</sup>

Dito isso, pode-se ver que a manifestação de interesses ou preferências individuais não quer dizer nada sobre a forma como eles serão satisfeitos.<sup>57</sup> Como se pode ver, necessidades individuais podem ser satisfeitas pelo fornecimento das espécies mais variadas de recursos (isto é, de benefícios), rivais ou não, excludentes ou não. Isso é importante para constatar que as pretensões sobre recursos não podem ser analisadas sem se abstrair do seu aspecto individual. Mesmo as ações coletivas não podem ser consideradas como abstrações que coloquem os indivíduos que as compõem num plano secundário. Com efeito, nem o processo político, nem o processo judicial e nem mesmo o Estado são instituições

<sup>53</sup> Sunstein parece considerar como bens públicos todos os bens não excludentes, sejam eles rivais ou não, incluindo em tal rol até mesmo as informações de interesse público. No entanto, para o presente trabalho, considera-se a capacidade de absorção dos corpos d'água e da atmosfera como um bem público não rival, mas excludente, dado que há escassez acerca da capacidade de recepção de tais "fossas" para atender a demanda do mercado na ausência de incentivos seletivos negativos (*A Constituição parcial*, p. 286-287).

<sup>54</sup> *Introdução à economia*, p. 224-236.

<sup>55</sup> MILARÉ. *Direito do ambiente*, p. 213.

<sup>56</sup> Mankiw faz uma descrição mais pormenorizada das categorias de bens em referência (*Introdução à economia*, p. 224-236).

<sup>57</sup> Sunstein, ao entender que o processo de deliberação pública é o meio pelo qual as preferências públicas das pessoas serão discutidas, estatuidando várias situações pelas quais uma dada preferência que logre aprovação em tal processo possa ser atendida, a meu ver, autoriza o entendimento de que a identificação de preferências não traduz necessariamente a forma pela qual elas são satisfeitas, necessitando, no mais das vezes, uma discussão sobre que preferências deverão, e como deverão ser, satisfeitas (*A Constituição parcial*, p. 241-253).

cujas decisões são baseadas em princípios superiores de maximização holística do bem-estar da coletividade.

As sempre decisões têm por pano de fundo indivíduos sujeitos a alguma estrutura de incentivos. Ocorre que o desempenho das várias escolhas institucionais (mercado, processo político, processo judicial) pode variar conforme o interesse a ser atendido e o benefício a ser fornecido.<sup>58</sup>

Adotada tal premissa, passemos, agora, a uma análise do conceito de interesses difusos e de sua operacionalidade no mundo dos fatos.

#### 4 Dos interesses difusos como categoria jurídica factível apenas se tomada por base o plano individual

Pode ser constatado, a partir da teoria da ação coletiva, que os chamados interesses difusos são aqueles cujos titulares não conseguem transpor a barreira de ação coletiva no sentido causal-explicativo do termo, sendo o bem coletivo eventualmente promovido por sentença judicial de cunho indivisível (isto é, não excludente). De fato, como o custo individual da ação coletiva, ainda que os interessados se organizem em grupos para tal fim, supera o benefício individual marginal, a decisão racional a ser tomada por pessoas que têm interesse no fornecimento de um determinado benefício seria, simplesmente, não tomar decisão nenhuma.<sup>59</sup>

Por outro lado, ocorre que a utilização de termos, como transindividuais, metaindividuais ou mesmo supraindividuais, pode proporcionar uma compreensão enviesada do tema. Com efeito, esta forma de abordagem “sacrossanta” acaba transformando os conceitos de interesses coletivos e difusos e do procedimento da ação civil pública como a panaceia de todos os males, justificando até mesmo a intervenção judicial sobre o processo político, mesmo em situações nas quais o processo judicial tende a ter um desempenho ainda pior que o do processo legislativo.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> TULLOCK; SELDON; BRADY. *Government Failure: a Primer in Public Choice*, p. 3-16.

<sup>59</sup> Registre-se: não é desconsiderado que interesses inicialmente defensáveis, seja mediante ação individual, seja mediante ação grupal, possam deixar de sê-lo em momento posterior em decorrência de reconfiguração das variáveis de custos e benefícios prospectivos.

<sup>60</sup> Os posicionamentos de Hartmann e Krueger são exemplos desses pontos de vista, defendendo intervenções baseadas simplesmente na imposição heterárquica de preferências pelo Judiciário ao Legislativo. Cabe frisar que tal posicionamento tem tido ampla aceitação no Poder Judiciário brasileiro.



“Comparar juízes verdadeiros com legisladores ideais equivale a cair na falácia do Nirvana”.<sup>61</sup>

Com efeito, a dogmática jurídica das ações judiciais coletivas simplesmente ignora que há pessoas que estejam até mesmo racionalmente opostas ao fornecimento de um dado bem público e simplesmente cria uma ficção sobre quem seriam aqueles interessados no fornecimento desse bem. Isto é, cria-se uma perspectiva de defesa do “interesse público” ou defesa de “interesses difusos”, quando, na verdade, são defendidos interesses individuais, ainda que multitudinários, mas não necessariamente unânimes.

Tal compreensão leva inevitavelmente à abstração da figura do próprio indivíduo nos conflitos envolvendo os interesses em discussão e, por conseguinte, a uma abordagem não factível do problema.

O direito é um sistema nomoempírico prescritivo e, embora, no plano semântico, o direito tolere antinomias, as normas que emite devem ser suficientemente incontroversas intersubjetivamente para que sejam operáveis.<sup>62</sup> Portanto, o abandono do referencial empírico significa o abandono do próprio direito enquanto técnica normativa.

Assim, é necessário que se fixe um conceito factível de interesses difusos. Dito isso, e com base no pensamento de Komesar,<sup>63</sup> eles podem ser conceituados, no plano jurídico-dogmático, como os que envolvem um número tão grande de partes e informações tão complexas que é possível que boa parte dos interessados sequer seja conhecida e, mesmo que tais interessados consigam obter informações suficientes acerca de sua situação (o que se daria numa análise individual autorreferenciada), eles tendem a se manter racionalmente inertes por problemas de ação coletiva. Interesses difusos seriam uma “forma qualificada” de interesses individuais homogêneos. Ou melhor, interesses individuais homogêneos seriam uma forma qualificada de interesses difusos, pois naqueles todos os potenciais beneficiários estariam identificados, enquanto nestes, não.

Quando, por exemplo, uma determinada pessoa ou grupo de pessoas — como alguma forma de associação — dirige-se ao Ministério

<sup>61</sup> POSNER. *Problemas de filosofia do direito*, p. 192.

<sup>62</sup> NEVES. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 16-38.

<sup>63</sup> *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, p. 48-49.

Público na defesa de um suposto interesse difuso, na verdade, tal grupo, ou pessoa, está a defender interesses próprios; isto é, o grupo atua na defesa dos interesses individuais dos seus membros. No caso, está transposta a barreira de ação coletiva na medida em que os custos da ação (dirigir-se ao Ministério Público e oferecer-lhe representação para que promova as gestões necessárias para a cessação das lesões aos supostos interesses difusos, que na verdade são interesses individuais dos membros dos grupos)<sup>64</sup> são excedidos pelos benefícios marginais daí possíveis, daí emergindo a conclusão prospectiva de o benefício desejado pelos interessados vir a ser fornecido.

Obviamente, uma vez fornecido o benefício, ele tenderá a satisfazer não só os interesses do grupo que, de uma forma, ou de outra, provocou a atuação estatal através do fluxo comunicacional. Em decorrência do caráter não excludente do benefício, serão satisfeitos, também, outros interesses que permaneceram latentes durante todo o procedimento. No entanto, repise-se que, mesmo o fornecimento do benefício seja desejado pelos interessados em caráter majoritário, isso não quer dizer que haja unanimidade quanto ao ser fornecimento.

Destaque-se, ainda, que o interesse do grupo não pode ser dissociado do interesse dos seus membros, pois o grupo, quando iniciadas suas ações tendentes ao fornecimento de um determinado benefício, atua na maximização racional do bem-estar dos seus próprios componentes. Além disso, destaque-se que, na hipótese de fornecimento de benefícios rivais — em que a quantidade disponibilizada a um integrante implica uma diminuição sensível da quantidade disponível aos demais —, é possível que os integrantes do grupo compitam entre si para captar uma “fatia maior do bolo”.

Tal maximização também ocorre quando um indivíduo atua em tal sentido: ele está, simplesmente, atuando de forma a maximizar seu bem-estar individual. Assim, quando um grupo, ou um indivíduo, propõe demanda judicial visando à proteção de seus interesses meramente individuais (ressarcimento de danos individuais decorrentes de acidente

<sup>64</sup> Note-se que o grupo ou a pessoa normalmente não internalizam os custos das ações posteriores (procedimentos preliminares de investigação, oferecimento de petição inicial, acompanhamento do feito, interposição de recursos etc.) ao oferecimento da representação.

de trânsito, por exemplo), o grupo estará atuando para maximizar o bem-estar de seus membros e o indivíduo estará atuando para maximizar seu bem-estar. Uma vez iniciado o curso de ação, entende-se que tal decisão visa à maximização do bem-estar individual, ainda que haja uma atuação grupal conjunta de indivíduos.

Em todos os casos, nas hipóteses em que a atuação visa o fornecimento de um bem, público ou privado, pelo Estado, trata-se de uma atuação, grupal ou individual, que culmina na provocação de uma instigação estatal (seja o Ministério Público, seja o próprio Poder Judiciário, ou até mesmo um órgão administrativo encarregado de um leque de atribuições fiscalizatórias) para que, *v.g.*, tome alguma medida condenatória (geralmente dotada de algum caráter redistributivo, ainda que não imponha diretamente uma obrigação de pagar). A decisão do indivíduo ou grupo de iniciar o curso de ação é tomada com base em uma análise prospectiva, mais ou menos informada, de custos de participação esperados para a provocação da ação estatal e dos benefícios daí possíveis.

Por isso, quando uma associação — que não deixa de ser uma modalidade de grupo juridicamente qualificada — ajuíza uma ação visando à defesa de algum interesse difuso, ou quando solicita atuação do Ministério Público ou da Defensoria Pública em tal sentido — normalmente por meio de representação — está, na verdade, a defender os interesses individuais de seus associados, ainda que os benefícios possam ser fornecidos a outros interessados. O mesmo ocorre quando um indivíduo manifesta-se perante o Ministério Público para tal fim: está ele a postular a defesa de um interesse individual seu. O fato de os interesses defendidos eventualmente coincidirem com o de outras pessoas alheias ao grupo ou do representante é uma circunstância meramente acidental.

De fato, se não for adotada a conceituação proposta para o termo “interesses difusos”, este inevitavelmente terá uma função meramente retórica (à semelhança da realidade de custos de transação zero ou do mundo físico sem atrito). Isso ocorre porque a adoção de uma concepção que ignora o individualismo metodológico negligencia um aspecto básico da sociedade enquanto articulação comunicativa: o indivíduo, que sempre será o emissor e receptor das mensagens que influenciarão na decisão acerca de ajuizar, ou não, uma ação judicial que vise à defesa de interesses difusos.

Disso decorrem, ainda, duas constatações.

A primeira é que, para os problemas que, em tese, o conceito de interesses difusos propor-se-ia a resolver, o próprio ordenamento reconhece os custos excessivos de informação para identificação de todos os envolvidos. Em tal cenário, as falhas da identificação dos interessados é mascarada por uma “falácia da solução perfeita”, a exemplo do que ocorre com o conceito de interesse público, conforme já visto acima (seja ele primário ou secundário). No entanto, conflitos que envolvam interesses difusos são marcados por números extremamente altos de pessoas envolvidas e altos custos de informação. Isso, por sua vez, faz com que a ação civil pública tenha um desempenho aquém do desejado justamente nas áreas em que isso seria mais necessário e tenha um desempenho excepcional em áreas em que a litigância individual já seria realizada de uma forma ou de outra.

Com efeito, analise-se uma área em que haja conflitos envolvendo interesses difusos não adjudicáveis pela litigância individual clássica: as emissões atmosféricas, notoriamente marcadas por alta dispersão geográfica de impactos com baixíssimas perspectivas de ganho *per capita* dos interessados, tanto anteriormente como posteriormente a um evento indesejado. Isto é, mesmo que ocorra uma lesão efetiva, os lesionados por algum evento dificilmente terão informações suficientes para acionar os ofensores e, mesmo que tenham, dificilmente terão interesse em agir em virtude de os custos de litigância serem excessivamente elevados em face do benefício esperado. Com mais razão ainda, o raciocínio se aplica às ameaças de lesão, uma vez que, até a sua concretização, só são vislumbradas enquanto eventos potenciais, probabilísticos.

Em tais situações, o alto número de envolvidos e a alta complexidade da matéria em jogo fazem com que o desempenho dos processos judiciais coletivos tenda a não atender as expectativas da sociedade como um todo.<sup>65</sup> O ordenamento jurídico reconhece o problema, mas simplesmente cria uma solução desvinculada do mundo real e de pouca utilidade prática na resolução dos problemas a que se propõe (generalização do problema sem qualquer consideração dos custos e benefícios das escolhas institucionais disponíveis para o tratamento do problema).

<sup>65</sup> KOMESAR. *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, p. 46.

A segunda é que, como não se sabe quem são os interessados no fornecimento de um bem público por meio de uma ação civil pública, questiona-se: que interesses são defendidos, de fato, quando o Ministério Público ou a Defensoria Pública<sup>66</sup> ajuízam uma ação civil pública para determinar, por exemplo, que uma fábrica deixe de emitir material particulado inalável na atmosfera? A questão piora quando inexistente uma norma jurídica (seja constitucional, legal ou infralegal a respeito do tema), dadas as limitações do processo judicial em obter informações para o deslinde do problema. Dificilmente, os órgãos jurisdicionais estarão em condições de fornecer um bem público por meio de um processo judicial sem uma decisão que encontre respaldo em algum ato normativo emanado de alguma das instituições encarregadas do processo político, inclusive nos casos de integração infranormativa (decretos regulamentares, resoluções de órgãos encarregados do exercício do poder normativo etc.).

No entanto, é possível que variáveis sistêmicas possam determinar uma reconfiguração dos custos de transação e diminuir os problemas relativos às barreiras de ação coletiva. Isso pode se dar por diversos fatores, tais como melhoras no conhecimento agregado e no estado da técnica; utilização de novas instituições que diminuam os custos de acesso pelos interessados etc.<sup>67</sup>

Então, quando o Estado diz defender um interesse difuso (seja por algum dos entes da Administração Direta, seja pelo Ministério Público, seja por alguma outra instituição que integre sua estrutura), não está a fazê-lo, por, simplesmente, desconhecê-lo, pois tais preferências foram manifestadas, de uma forma ou de outra, no plano comunicacional. O que não se pode fazer é presumir o conhecimento de preferências não manifestadas.<sup>68</sup>

O Estado, no cenário em foco, passa a fazer, sim, uma opção pela defesa de um interesse individual ou coletivo em conflito com outro, ou outros interesses (ainda que ignore quem sejam os interessados e os

<sup>66</sup> Por questões de pragmatismo, espera-se que as pessoas jurídicas de direito público apenas utilizem do poder de polícia para conseguir o benefício que seria proporcionado por uma ação civil pública.

<sup>67</sup> KOMESAR. *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, p. 62-63.

<sup>68</sup> Neste sentido: SUNSTEIN. *A Constituição parcial*, p. 219, 225, 234. O autor, em que pese não falar explicitamente sobre a manifestação de preferências, entende que os julgamentos coletivos públicos, num regime democrático, pressupõem a manifestação de preferências por parte dos cidadãos e que, inevitavelmente, o governo respeita determinadas motivações e não outras, tomando posições parciais num conflito coletivo.

desfavoráveis ao fornecimento do benefício desejado). E ele faz tal escolha por meio de decisões políticas, elegendo ora instituições que integram o Poder Executivo como o meio adequado para a sua consecução, ora instituições que integram o processo judicial (Poder Judiciário, Defensoria Pública, Advocacia Pública, Ministério Público etc.).

Qualquer argumentação no sentido de que estaria defendendo interesses sociais transcendentais ao próprio indivíduo, por conseguinte, é falaciosa, e pode acabar apenas por servir como veste formal, simbólica e “sacrossanta”, de legitimação de algum corpo social perante os demais indivíduos, quando, na verdade, estaria apenas tomando parte num determinado conflito social.

Com efeito, mesmo quando um sujeito externa um pensamento até então não manifestado (por exemplo, defendendo oralmente uma ideia numa conversa informal), ele está agindo, na margem, com o propósito de obter algum benefício individual (ainda que seja para evitar um malefício, que nada mais seria um benefício “com sinais trocados”).<sup>69</sup> É possível que ele simplesmente esteja a procurar alguém que compartilhe de suas preferências para uma futura união de forças, embora mudanças marginais na alocação dos custos de transação/organização durante o desenrolar dessa atuação inicial possam ter efeitos no bloqueio da ação futuramente, levando ao seu abandono.<sup>70</sup>

Segundo Posner,

O indivíduo ou a empresa racionais cessarão sua procura por um amigo ou parceiro quando o ganho marginal de conhecimento com a continuidade da busca se igualar ao custo marginal com tempo ou dinheiro. Consequentemente, se o valor de transacionar com um indivíduo em detrimento de outro for pequeno, ou se custar caro ir atrás de outras informações, o processo de busca racional pode terminar em estágio bastante incipiente.<sup>71</sup>

De fato, pode até ocorrer que, ao emitir sua mensagem, um dado indivíduo tenha manifestado seu interesse pessoal na obtenção de algum

<sup>69</sup> Não podemos esquecer que o ser humano só existe em sociedade enquanto ente comunicador, e só é a partir das interações comunicacionais entre indivíduos, através da linguagem (digital ou analógica), que a troca de informações se torna possível. Para uma abordagem dos conceitos de linguagem digital e analógica, ver CARVALHO. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*, p. 67-72.

<sup>70</sup> Registre-se que o raciocínio possui caráter meramente retórico, não tendo qualquer intuito de investigar a respeito de como se dá, no plano psicológico, o processo cognitivo sensorial e comunicacional pelo qual o indivíduo procura maximizar o seu bem-estar.

<sup>71</sup> *A economia da justiça*, p. 280.

benefício e que, no seu íntimo, ele desejasse que tal benefício fosse, de alguma forma, fornecido. Todavia, é possível também que, após certo número de interações (a partir do momento em que o custo marginal de ação supera o benefício marginal daí decorrente), esse interessado abandone o curso de ação inicialmente tomado ao ter conhecimento de novas informações que, a seu ver, sugerem que a opção racional seja manter-se inerte. Em tal situação, uma reconfiguração dos custos e benefícios marginais, durante o curso de ação inicialmente tomado, levou à opção racional de abandoná-lo. Isto não impede, por outro lado, que, em momento futuro, tal curso de ação seja retomado em virtude de uma nova reconfiguração dos custos e benefícios marginais esperados, onde estes excedam aqueles.

É possível, ainda, que um dado indivíduo, percebendo que foi lesado (por exemplo, constatando que uma fábrica emite fumaça que compromete a pintura do muro de sua casa), após algumas trocas de mensagens, mesmo com outras pessoas interessadas que estejam em condições semelhantes à sua, conclua que os custos de organização superem, numa análise prospectiva, os benefícios marginais, levando, assim, a um problema de ação coletiva.

Diante de tal panorama, a utilização do aparelho institucional do Estado em associação ao mecanismo da coercibilidade para reconfigurar custos de transação pode servir como meio para canalizar a solução de conflitos envolvendo interesses individuais comuns relativos ao fornecimento de bens não excludentes — sejam eles rivais ou não —, simulando, ainda que imperfeitamente, a transação que não seria possível no regime de livre mercado.

Desnecessário dizer que, em termos de bem-estar, pelo menos numa análise prospectiva, os custos dessa mudança institucional marginal deve ser inferior ao benefício social daí decorrente.<sup>72</sup> Do contrário, a solução poderia ser mais gravosa que o próprio problema que se quer

<sup>72</sup> Registre-se que, para os fins deste trabalho, custos e benefícios devem ser aferidos em termos de utilidade, não tendo correlação necessária com o valor monetário dos cursos de ação adotados, mas sim no custo de oportunidade da decisão tomada em face de alternativas factíveis e de perdas e ganhos de utilidade em cada um dos caminhos que podem ser adotados. Obviamente, não se dispõe de instrumental confiável para comparações entre preferências individuais (ordinais ou cardinais), excetuada a disposição para pagar. Mas até isso ignora questões relativas à utilidade monetária entre indivíduos, e, assim, volta-se ao problema. Assim, o processo político apresenta-se como uma aproximação por estimativa de tais preferências.

solucionar, situação na qual poderá ser possível — e até mesmo recomendável — que determinados bens públicos simplesmente não sejam fornecidos, pois a sociedade poderia, *ex post*, estar melhor se não tomasse decisão nenhuma.

Num exemplo hipotético da poluição de um rio por um dado sujeito, há várias ocasiões em que a população prejudicada — mesmo que perfeitamente informada a respeito de sua situação — seja menos eficiente que o Estado na consecução de tal fim.

É provável que os custos de transação envolvidos para a consecução do benefício coletivo (que sinteticamente corresponderia ao desfrute dos benefícios proporcionados pelo acesso ao rio não poluído) frustrem a realização de tal fim. Dentre os obstáculos à livre negociação, citem-se os custos de operacionalização dos esforços coletivos, a repartição de atribuições a serem realizadas e as dificuldades de controle da ação dos demais agentes, que podem levar ao bloqueio da ação pelo problema do carona (já conceituado acima) ao impor altos custos de barganha.

Dessa forma — e reiterando o que foi exposto acima — é provável que a atuação do Estado, utilizando do monopólio da violência potencial financiada pelo contribuinte, consiga, pela tarifação e/ou pela regulação direta, o fornecimento do benefício em questão. E isto pode se dar por meio de vários arranjos institucionais: ação civil pública, ação popular, exercício do poder de polícia etc.

Assim, e finalizando, não existe, no plano fático, interesse que ultrapasse a esfera do próprio indivíduo, mesmo nos casos dos interesses ditos “transindividuais”; isto é, caso seja ultrapassada a barreira de percepção do risco<sup>73</sup> e o agente deixe de se tornar racionalmente desinteressado em determinada questão e se torne interessado nela, ainda resta analisar se é necessário tomar algum curso de ação. Assim, optará ele, se julgar

<sup>73</sup> A barreira de percepção do risco ocorre quando uma pessoa, ao não vislumbrar as perdas potenciais de um determinado evento, simplesmente ignora-o e toma-o como inexistente. Ressalte-se que tal processo não é necessariamente consciente no sentido de que o agente envolvido fará alguma consideração a respeito. Simplesmente pela inexistência de informação que justifique maiores perquirições a respeito de uma potencial contingência, tal processo é, simplesmente, descartado. Decorre do chamado “desinteresse racional”. Como uma das consequências de tal fenômeno, pode ser mencionado o chamado “mercado de limões”. Este trabalho, reitera-se, não pretende investigar as causas psicológico-cognitivas que influenciam a percepção de determinado risco. Apenas parte do pressuposto de que, em alguns casos, a barreira será transposta, mas em outros, não. Para maiores informações a respeito, ver SCHÄFER; OTT. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 240-241, 348.



útil, entre aderir à ação coletiva de um grupo organizado que possa satisfazer suas pretensões ou agir individualmente caso entenda que esta escolha seja comparativamente mais vantajosa ao seu bem-estar do que as demais opções disponíveis.

Ainda que se possa dizer, por exemplo, que a sociedade como um todo tenha interesse num meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (até mesmo um poluidor contumaz pode ter essa opinião), isso não quer dizer, necessariamente, que todos cooperarão na concretização das opções institucionais que substanciem tal objetivo se não forem instituídos os mecanismos de coerção necessários.

Aliás, a ausência de cooperação, na ausência de incentivos seletivos externos, tenderá a ser cada vez maior quanto maior for o nível de percepção de que uma determinada ação individual será irrelevante para a concretização, na margem, de um bem público. Seria o caso típico do problema de ação coletiva e do “problema do carona”, sobre os quais já foi visto acima.

## 5 Conclusões

Pelo exposto no presente trabalho, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. Benefícios públicos desejados por um alto número de interessados com baixas perspectivas individuais, mesmo quando não houver controvérsia quanto ao seu fornecimento, tenderão a não ser fornecidos na ausência de um incentivo seletivo positivo (prêmio) ou negativo (coerção). Em tal contexto, o alto número de interessados faz com que estes não tenham incentivos a transacionar voluntariamente o fornecimento do bem, uma vez que a estratégia racional de cada um deles é “pegar carona” na ação dos demais e manter-se inertes. Como tal inércia tenderá a atingir os envolvidos de tal forma que o benefício simplesmente não será fornecido, ainda que todos os envolvidos tenham interesse no seu fornecimento, tem-se um problema de ação coletiva.
2. Em contextos envolvendo externalidades negativas que atinjam um alto número de pessoas (a exemplo do que ocorre com as emissões atmosféricas), mesmo que não haja controvérsia quanto à necessidade de internalização de tais externalidades pelo seu

causador, e consideradas as baixas perspectivas *ex ante* e *ex post* dos interessados a um evento que lhes seja lesivo, é de se esperar que eles não incorram em ação voluntária organizada para tal internalização. Em tais circunstâncias, tanto anteriormente como posteriormente ao evento contingente, os prejuízos *per capita* continuaram sendo baixos o suficiente para levar até mesmo as partes efetivamente afetadas a se manterem racionalmente inertes. Dado o “baixíssimo nível” de interdependência entre os interessados, eles tenderão a pegar carona na contribuição dos demais e os altos custos de organização (decorrente do alto número de beneficiários) da ação coletiva tende a tornar inviável o estabelecimento de incentivos positivos (prêmios) para o fornecimento do referido bem. Espera-se, ainda, que, quanto mais longe do consenso estiver a ideia de que certo bem coletivo deva ser fornecido, maior seja a tendência de inércia racional dos seus interessados.

3. Interesses difusos não são nada mais que interesses individuais no fornecimento de um determinado benefício, caracterizados por um número extremamente alto de interessados e por uma baixa perspectiva *per capita* de distribuições, tanto *ex ante* quanto *ex post*, relativamente a uma dada contingência. Em tal cenário, nenhum dos afetados estará racionalmente interessado no saneamento da perspectiva de ocorrência de eventos contingentes, mantendo-se racionalmente inertes. Assim, interesses coletivos e individuais homogêneos seriam “formas qualificadas” de interesses difusos, pois seriam interesses individuais dotados de alguns atributos não encontrados nos interesses difusos, tais como maior delimitação do potencial número de interessados ou interessados determináveis individualmente em sua totalidade.
4. Diante de tais premissas, conflitos envolvendo interesses difusos — isto é, com baixíssimas perspectivas *per capita* de distribuição dos benefícios entre os interessados — afetados por externalidades negativas devem ser analisados como conflitos de interesses individuais que tendem a ser marcados por alto número de envolvidos e pela necessidade de assimilação e valoração de informações complexas.

5. Em problemas de ação coletiva, a ação estatal pode ser o instrumento menos imperfeito para o fornecimento de um bem público. Como dispõe do monopólio legítimo da violência, e não havendo uma ação coletiva organizada, a coerção pode ser o único incentivo seletivo disponível idôneo para o alcance de tal finalidade.
6. Para a escolha de opções institucionais a serem adotadas (ação civil pública, poder de polícia etc.), a avaliação das preferências não pode abstrair os interesses individuais das pessoas envolvidas. Decisões governamentais dissociadas de tal parâmetro, quando não procurarem um resultado que reflita tais interesses, terão grande probabilidade de gerar resultados sociais desastrosos. Assim, devem ser evitadas decisões (políticas ou judiciais) que ignorem tal individualismo metodológico. Especialmente nos propósitos do presente trabalho, rejeita-se qualquer concepção de interesses difusos sem um cotejo mínimo da situação dos indivíduos efetivamente envolvidos e que aprecie os conflitos respectivos a partir de uma perspectiva que abstraia tal aspecto.

### The Diffuse Interests Revisited

**Abstract:** In this work, the traditional Brazilian idea of diffuse interests is analyzed in a critical way. The idea is that this concept only can be worked through methodological individualism. Such idea is developed from some economic premises (among which, the Ronald Coase's theorem, the logic of collective action by Mancur Olson, the cost of rights theory by Stephen Holmes and Cass Sunstein and the institutional choice theory, developed by Neil Komesar from Coase's and Olson's ideas). It is, also, made a distinction between interests and benefits, with simultaneous considerations to the Brazilian institution of "ação civil pública", where the benefits provided by judicial commands (indivisible or not) are perceived as one idea and the individual interests that are satisfied by them, as another.

**Key words:** Methodological individualism. "Ação civil pública". Diffuse interests. Public goods. Externalities. Government decisions.

### Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 695.214/RJ. 2ª Turma. Rel. Min. Humberto Martins. *Diário de Justiça da União*, p. 243, 23 ago. 2007.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

COASE, Ronald. The Relevance of Transactions costs in the Economic Analysis of Law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Org.). *The Origins of Law and Economic: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDIER JR., Fredic. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodium, 2010.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

HARTMANN, Analúcia. A Ação Civil Pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Org.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why Liberties Depend on Taxes*. New York: W. W. Norton Company, 2000.

KOMESAR, Neil K. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

KOMESAR, Neil K. *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. A efetivação do direito à saúde através da ação civil pública. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Org.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução de Allan Vidal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MOREIRA, João Batista. Ação Civil Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 3. p. 187-203, 1993.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- OLSON, Mancur. *Lógica da ação coletiva*. Tradução de Fábio Fernandes. São Paulo: USP, 1999.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Trad. Matthew Brahan. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- SILVEIRA, Gustavo Madeira da; AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Tringelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- TAMANAH, Brian Z. *On the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. *Government Failure: a Primer in Public Choice*. Massachusetts: CATO Institute, 2002.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.