

Grupo e membro de grupo: premissas jurídicas, filosóficas e sociológicas para a adequada compreensão dos processos coletivos

Class and class members: legal, philosophical and sociological premises for the proper understanding of multi-party actions

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares*

Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de processo coletivo. 3. Os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo. 4. Premissas filosóficas e sociológicas para a compreensão das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros. 4.1. As divergências entre o individualismo e o coletivismo ontológicos. 4.2. O “problema” da conflituosidade interna aos grupos e a opção pela concepção não agregativa. 4.3. As críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas no Brasil. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo firmar as premissas teóricas para a adequada percepção dos processos coletivos, partindo-se de um conceito amplo, que envolve não apenas as ações de classe, mas também os incidentes voltados ao julgamento de questões repetitivas. Para tanto, serão desenvolvidos os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo, estabelecendo-se, em seguida, premissas filosóficas e sociológicas relevantes para a definição das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros. Ao longo do texto, demonstrar-se-á a relevância desses temas para a aplicação do microsistema processual coletivo, especialmente no que diz respeito ao problema da conflituosidade interna das coletividades.

* Pós-doutor pela Universidade de Coimbra e em desenvolvimento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Procurador da República do Ministério Público Federal. *Academic Visitor* na Universidade de Oxford. Professor do programa de mestrado do IDP. Coordenador pedagógico e professor da Escola Superior do Ministério Público da União.

Abstract

This article aims to establish the theoretical premises for the adequate perception of multi-party actions, starting from a broad concept, which involves not only class actions, but also incidents aimed at the judgment of repetitive questions. To this end, the fundamental concepts of group, group member and conductor of the collective process will be developed, establishing, next, philosophical and sociological assumptions relevant to the definition of collectivities as subjects of rights distinct from their members. Throughout the text, the relevance of these themes for the proper management of collective conflicts will be demonstrated, especially with regard to the problem of internal conflict in the communities.

Palavras-chave: Processos coletivos. Litígios coletivos. Individualismo ontológico. Coletivismo ontológico. Identificação de coletividades.

Keywords: *Collective redress. Collective disputes. Ontological individualism. Ontological collectivism. Class definition.*

1. Introdução

É sabido que as sociedades contemporâneas são marcadas por relações jurídicas complexas e volumosas, a resultar em um forte incremento da quantidade de litígios. O acesso acelerado a novas tecnologias – e, conseqüentemente, a novos produtos e serviços de consumo –, bem como a ampliação dos meios de comunicação social e da educação jurídica são fatores que contribuem para o cenário ora vivenciado.

Nesse contexto, o legislador brasileiro, embora já houvesse editado a Lei da Ação Popular – LAP (Lei n. 4.717/1965) duas décadas antes, ocupou-se em desenvolver um microsistema processual coletivo a partir da década de 1980, por meio da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.437/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Sob forte influência da leitura que os processualistas italianos – Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Proto Pisani, Nicolò Trocker e outros – fizeram, na década de 1970, a respeito do fenômeno das *class actions* norte-americanas, nasciam as ações coletivas brasileiras, voltadas sobretudo à solução de problemas relacionados ao acesso à justiça e à economia processual.

A referência – indireta – do novo microsistema era a *Federal Rule 23* norte-americana, que, àquela época, já havia amadurecido bastante, especialmente a partir dos precedentes judiciais relativos às práticas anticoncorrenciais e às lesões em massa (*mass harm* ou *scattered damages*), além das pesquisas acadêmicas e de campo. Esse modelo, bastante centrado nos requisitos processuais verificados por ocasião da decisão de *class certification*, acabou por influenciar sistemas jurídicos de todos os continentes, que optaram pelo reconhecimento, em maior ou menor grau, das ações de classe.

O modelo, contudo, não se revelou suficiente à solução dos problemas relativos à litigiosidade de massa.

Percebendo os limites inerentes às ações coletivas, diversos países estabeleceram, adicionalmente, outros incidentes de coletivização, voltados ao julgamento, por amostragem, de demandas ou questões repetitivas. É o que se verifica no chamado *aggregate procedure* (também conhecido genericamente como *group litigation*), previsto, entre outros, na legislação de países como a Inglaterra e País de Gales (*consolidation, joinder, test cases* e *Group Litigation Order*), Estados Unidos (*joinder* e *consolidation*), Canadá (*joinder or consolidation of multiple claims*), Austrália (*consolidation, joinder* e *test cases*), Irlanda (*consolidation, joinder* e *test cases*), Alemanha (*Musterverfahren*), Áustria (*Testprozess*), Portugal, Japão e Suíça, observadas as particularidades de cada um deles.

O mesmo caminho foi adotado no Brasil, cujo Código de Processo Civil (CPC) de 1973, após a reforma promovida pela Lei n. 11.672/2008, passou a disciplinar os recursos especiais repetitivos. A potencialização do microsistema de julgamento de casos repetitivos viria por meio do CPC de 2015, ao estabelecer uma densa disciplina para os recursos extraordinário e especial repetitivos (REER), além de criar um instituto inteiramente novo, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Sucedem que a adequada aplicação desse complexo microsistema jurídico demanda uma prévia compreensão de questões que transcendem o Direito positivo.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo estabelecer as premissas teóricas para a adequada percepção dos processos coletivos, partindo-se de um conceito amplo, que envolve não apenas as ações de classe, mas também os incidentes voltados ao julgamento de questões repetitivas.

Para tanto, serão desenvolvidos os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo, firmando-se, em seguida, premissas filosóficas e sociológicas relevantes para a definição das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros.

Ao longo do texto, demonstrar-se-á a relevância desses temas para a adequada aplicação do microsistema processual coletivo, especialmente no que diz respeito ao problema da conflituosidade interna das coletividades.

2. O conceito de processo coletivo

O estudo das relações existentes entre as ações coletivas e o complexo sistema brasileiro de julgamento de casos repetitivos passa por uma questão de natureza prévia: o conceito de processo coletivo.

O processo, assim como outros institutos jurídicos, pode ser compreendido em mais de uma perspectiva, destacando-se ao menos três¹: tipo complexo de formação

¹ A concepção tripartite do processo é defendida por Fredie Didier Jr., cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 68-75.

sucessiva (ato jurídico complexo ou simplesmente procedimento²), relação jurídica³ e técnica de criação de normas jurídicas⁴.

Nessa linha, também o processo coletivo, como um excerto do gênero processo jurisdicional, pode ser concebido como um “procedimento (ato complexo) destinado à produção da norma jurídica em razão do exercício da jurisdição”⁵. A sua marca distintiva repousa no objeto litigioso, que envolve uma situação jurídica coletiva.

Em razão disso, é possível conceituar o processo coletivo de forma ampla, tendo por particularidade o fato de nele ser postulado um direito coletivo em sentido amplo (situação jurídica coletiva ativa) ou a existência de uma situação jurídica coletiva passiva⁶.

Nessa linha, o *Access to Justice Act 1999*, do Parlamento do Reino Unido, define as *Multi-Party Action* (MPA) como gênero, que compreende tanto as ações representativas – ação “única” com o objetivo de solucionar questões comuns de fato ou de direito

² Quanto a esse enfoque, nas lições de Élio Fazzalari, o processo poderia ser compreendido como “procedimento em contraditório” (FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*. In: FAZZALARI, Elio. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. 13, 1996, p. 1.069). No particular, entendemos que tal ideia, embora bastante difundida, anuncia um conceito diverso: o de processo *válido*. É dizer: a presença ou não do contraditório (em maior ou menor grau) pode, à luz do direito posto, afetar o plano de validade da relação processual, não se tratando de um elemento conceitual. Firmada tal premissa, as fronteiras entre processo e procedimento resultam fragilizadas. Para uma melhor compreensão do tema, cf. BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no plano do direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

³ Registra Calmon de Passos que “nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático que a da relação jurídica” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73). Como já havíamos referido em artigo dedicado aos negócios processuais, “concebendo-se o processo não apenas como uma, mas sim um conjunto de relações jurídicas estabelecidas entre os mais diversos sujeitos processuais (dentre eles as partes, o juiz, o Ministério Público e auxiliares), torna-se mais fácil importar todo o instrumental da teoria do fato jurídico – excerto da teoria geral do direito –, criando-se uma verdadeira teoria dos fatos jurídicos processuais” (TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 284, p. 371-396, 2018).

⁴ Cuida-se de enfoque extraído da teoria da norma jurídica. Nesse sentido, “o poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido *processualmente*. Assim, fala-se em *processo legislativo* (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), *processo administrativo* (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e *processo jurisdicional* (produção de normas pela jurisdição). É possível, ainda, conceber o *processo negocial*, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 30). Conferir, ainda, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 4.

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 30-33. Conferir ainda: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Grandes temas do novo CPC: julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 10, p. 182.

⁶ Não se desconhecem as opiniões doutrinárias que rejeitam a existência de ações coletivas passivas. Segundo Edilson Vitorelli, conquanto disseminado, o reconhecimento do processo coletivo passivo no Brasil “é equivocado e expressa uma compreensão errônea do conceito de ação coletiva passiva, tal como praticada nos Estados Unidos” (VITORELLI, Edilson. *Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?* *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, p. 297-335, 2018). O presente trabalho, contudo, orienta-se pelo reconhecimento da possibilidade de se atribuir a um sujeito coletivo um dever jurídico ou um estado de sujeição, o que pode ser concretizado por meio das ações coletivas passivas. Cuida-se de tema cuja explicação transborda os limites do objeto proposto. Para uma maior compreensão do assunto, cf. PEIXOTO, Ravi. *Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojatos*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 229-254, 2016.

– quanto o julgamento coletivo de demandas individuais que apresentem questões comuns (*aggregate proceedings*)⁷. É o que explica Joanne Blennerhasset:

MPAs are one form of collective procedure that may lead to a remedy or broaden access to a remedy for mass harm. They are court-based mechanisms and can take many guises. One of these is the “collective action” or “representative action”, which is often used for civil litigation seeking to secure collective redress.

[...]

There are other forms of group litigation procedures that need to be distinguished from collective actions as the claimants’ cases remain separate and distinct but are grouped together for collective management, such as the English and Welsh tool of the Group Litigation Order (GLO)⁸.

Para a citada autora, o processo coletivo deve ser concebido em um sentido bastante amplo, de modo a abranger formas diversas de reparação coletiva (*collective redress*)⁹.

Embora, como visto, o conceito de processo coletivo seja algo bastante simples, não o é a sua disciplina jurídica. A normatização das interações entre o grupo titular do direito coletivo, os membros do grupo, o legitimado coletivo, as partes adversas, terceiros intervenientes e o órgão julgador compõem o devido processo legal coletivo, repleto de questionamentos sem expressas respostas legais¹⁰.

Somam-se a isso as variadas espécies de técnicas processuais coletivas utilizadas para a solução de litígios que podem ostentar os mais diversos tons de complexidade.

⁷ Como definido no *Access to Justice Act 1999 (The Funding Code)*, “Multi-Party Action” or “MPA” means any action or actions in which a number of clients have causes of action which involve common issues of fact or law arising out of the same cause or event”. Disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2000/70248906.htm>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁸ “As ações multipartes são formas de procedimento coletivo que podem conduzir a um remédio ou ampliar o acesso a um remédio para danos em massa. Cuida-se de mecanismos judiciais que podem assumir diferentes formas. Uma delas é a ‘ação coletiva’ ou ‘ação representativa’, frequentemente utilizada em litígios civis em que se busca assegurar a reparação coletiva. [...] Existem outras formas de procedimentos de litígios de grupo que precisam ser distinguidos das ações coletivas, situações em que os casos dos demandantes permanecem separados e distintos, mas são agrupados para gerenciamento coletivo, como o instituto inglês e galês do *Group Litigation Order (GLO)*” (BLANNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 13, tradução nossa).

⁹ A autora ressalta que o processo coletivo consiste em um fenômeno ainda incipiente na maioria das jurisdições, atraindo atenções em um número pequeno de países no último quarto do século XX (BLANNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 14).

¹⁰ A respeito do devido processo legal coletivo, cf. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Todas essas interações demandam uma prévia exposição das premissas fundamentais dos processos coletivos.

3. Os conceitos fundamentais de grupo, membro do grupo e condutor do processo coletivo

Para além do conceito de processo coletivo, a compreensão da tutela jurisdicional coletiva demanda o conhecimento de outros três conceitos fundamentais¹¹.

Entende-se por *grupo* o sujeito de direito titular da situação jurídica coletiva objeto do processo coletivo. É, portanto, o “sujeito de um dos polos da relação processual afirmada (litigiosa) no processo coletivo”¹², cujas fronteiras serão definidas a partir do caso concreto. A expressão possui diversos sinônimos: classe, categoria, coletividade, comunidade etc. Ela, porém, não se confunde com a noção de *sociedade* (ou “todas as pessoas”), que possui um caráter mais abrangente e totalizante¹³.

O reconhecimento das coletividades como sujeitos de direitos, embora controvertido no campo da filosofia moral e jurídica¹⁴, encontra expressa previsão na legislação brasileira. Nesse sentido, o art. 1º da Lei n. 12.529/2011, ao regular a proteção ao abuso da concorrência, informa que “[a] coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. De igual modo, o art. 37 do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) dispõe que “[o]s grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo”.

O *membro do grupo*, por seu turno, consiste em um dos sujeitos de direito que compõem o grupo. Todo grupo é, por definição, um conjunto de outros sujeitos de direito, os quais podem ser um indivíduo (*v.g.*, um consumidor de um determinado produto ou serviço; um dos muitos empregados de uma determinada empresa) ou até mesmo outro grupo. É o caso, como exemplificam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., do grupo formado por todas as comunidades indígenas brasileiras (grupos de grupos)¹⁵.

¹¹ Embora fundamentais tais conceitos, são poucos os escritos, na doutrina nacional, a seu respeito, destacando-se as contribuições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 36-37).

¹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 36.

¹³ Na doutrina brasileira, como ressalta Edilson Vitorelli, nunca antes se havia dedicado a “uma investigação mais profunda acerca de quem são os titulares dos direitos transindividuais”, razão pela qual “os estudiosos os atribuíam, de modo recorrente, à ‘sociedade’, a ‘grupos’ ou à ‘coletividade’”. Disso derivou uma concepção organicista de sociedade, em que “os indivíduos reunidos formam uma entidade nova superior, subsistente por si mesma [...] ignorando as divergências existentes, no seio do próprio grupo, acerca da definição da pretensão coletiva” (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25).

¹⁴ Cf. Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 6. Segundo o autor, “this problem cannot be treated as falling within the exclusive domain of legal-drafting authorities, but has to be addressed by legal theory as well. In pursuing this task, legal theory has to rely on the methodological assistance of social sciences, such as sociology and anthropology, particularly when dealing with problems of defining group membership in a non-coercive way, avoiding the imposition of elitist or static reading of a group’s values, etc.”.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 36.

É importante notar que os indivíduos que compõem os grupos não são titulares de pretensões coletivas, mas sim as coletividades. Nessa linha, é possível conceber “um grupo a partir das ações coletivas e individuais tramitando quando do julgamento dos casos repetitivos, que serão afetados pela tese jurídica fixada no incidente”¹⁶. Cuida-se do grupo titular da pretensão coletiva de certificação da questão comum.

Essa particular distinção – entre grupo e membro do grupo – é de extrema relevância para a compreensão do regime da coisa julgada coletiva, que atinge o grupo e, como regra, não prejudica “interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe” (art. 103, § 1º, do CDC).

Por fim, há o *condutor do processo coletivo*, o legitimado coletivo. A legislação brasileira optou por atribuir a terceiros (Ministério Público, Defensoria Pública, associações etc.) essa tarefa, colocando-a nas mãos de alguém que não é titular da situação jurídica coletiva (não é grupo).

Apenas excepcionalmente, foi atribuída ao próprio grupo a possibilidade de conduzir o processo coletivo, como é o caso das comunidades indígenas, por força do disposto no art. 232 da CRFB/1988 (“[o]s índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”).

Também em caráter excepcional, o membro do grupo pode vir a ser o condutor do processo coletivo. É o que ocorre por meio da ação popular, ação coletiva prevista no art. 5º, LXXIII, da CRFB/1988, que atribui a sua legitimidade a qualquer cidadão – ou seja, a quem esteja em pleno gozo dos direitos políticos –, com o objetivo de “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

4. Premissas filosóficas e sociológicas para a compreensão das coletividades como sujeitos de direitos distintos dos seus membros

Em *Além do bem e do mal*, Friedrich Nietzsche afirma, num misto de humor e pessimismo, que “[a] loucura é muito rara em indivíduos”; por outro lado, “nos grupos, nos partidos, nos povos, nas épocas – essa a regra”¹⁷.

Tal afirmação intui, no campo da filosofia moral e da psicologia, o descolamento entre o que é observado nas esferas do comportamento individual e coletivo.

Não por acaso, no início da teorização a respeito das ações coletivas, a doutrina enfrentou diversos problemas conceituais a respeito da natureza dos direitos envolvidos e dos respectivos sujeitos, levando alguns autores a chamá-los de “personagens absolutamente misteriosos”¹⁸.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 36.

¹⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Tradução: Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, 2001, p. 91.

¹⁸ VILLONE, Massimo. *la Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso*. In: GAMBARO, A. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976, p. 73.

É certo que a disciplina legal será capaz de atribuir diretamente direitos aos sujeitos que escolher. Nada obstante, as razões pelas quais a técnica legislativa optará por essa ou aquela via dependem da pré-compreensão que cada sociedade possui a respeito da sua própria organização – dos sujeitos que a compõem –, o que ganha uma dimensão ainda mais expressiva em Estados pluriétnicos e multiculturais, como o Brasil.

A ideia de reconhecimento de agrupamentos humanos como sujeitos distintos daqueles que os compõem é algo que tem atraído mais atenção de filósofos políticos, em comparação aos estudiosos do Direito¹⁹.

O tema não é pacífico no campo teórico, sendo particularmente questionado por autores comprometidos com a filosofia liberal, que privilegia o indivíduo como sujeito de direito por excelência²⁰.

¹⁹ Merecem destaque, entre outros: Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 1; Newman, Dwight G. Theorizing Collective Indigenous Rights. *American Indian Law Review*, v. 31, 2007; Newman, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004; CORLETT, J. Angelo. The Problem of Collective Moral Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 7, n. 2, 1994; NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991; CLINTON, Robert. The Rights of Indigenous People as Collective Groups Rights. *Arizona Law Review*, v. 32, n. 4, 1990.

²⁰ Para ser mais preciso, no campo da filosofia moral, apenas os indivíduos costumam ser considerados sujeitos de “direitos morais”, independentemente do reconhecimento legal. Explica Dwight G. Newman: “a moral right is an entitlement or justified claim whose justification does not depend on whether any legal or political system is willing to recognize the right” (Newman, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 128, 2004). É preciso ressaltar, porém, que até mesmo esse reconhecimento consiste em uma construção filosófica cuja universalização foi mais bem estabelecida apenas na Idade Moderna. Na antiguidade clássica, a pessoa (*persona*) era concebida como a faculdade social ou a legitimidade processual para atuar no mundo do Direito em nome de interesses próprios, alheios (mediante mandato) ou até mesmo alguns interesses coletivos – como no caso da *actio popularis* romana. A ideia de pessoa, contudo, não traduzia algo que alguém poderia ser (*essere persona*), mas sim algo que se possuía (*habere persona*), como decorrência de uma posição social adquirida (MOMMSEN, Theodor; KRUEGER, Paul (eds.). *Corpus iuris civilis*. Disponível em: <https://archive.org/details/corpusiuriscivi01mommgoog>. Acesso em: 4 abr. 2019). Em outras palavras, a *persona* consistia em uma (ou mais de uma) qualidade socialmente outorgada a determinados sujeitos, que poderiam até mesmo sustentar uma série de *personas*. Não havia, pois, indivíduos, mas *personas*. A origem da palavra é explicada por Hobbes: “The word Person is latine: instead whereof the Greeks have Proponon, which signifies the Face, as Persona in latine signifies the Disguise, or Outward Appearance of a man, counterfeited on the Stage; and sometimes more particularly that part of it, which disguiseth the face, as a Mask or Visard: And from the Stage, hath been translated to any Representer of speech and action, as well in Tribunals, as Theaters. So that a Person, is the same that an Actor is, both on the Stage and in common Conversation; and to Personate, is to Act, or Represent himselfe, or an other; and he that acteth another, is said to beare his Person, or act in his name (in which sence Cicero useth it where he saies, ‘Unus Sustineo Tres Personas; Mei, Adversarii, et Judicis, I beare three Persons; my own, my Adversaries, and the Judges’)” (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. A public domain book. Kindle Edition, 1651, p. 94-95). A ideia de indivíduo como componente humano somente se desenvolveria depois, a partir de Thomas Hobbes, que atribui ao homem, como unidade indivisível, a qualidade de sujeito de direito. Foi ele o primeiro teórico a elaborar um pensamento articulado sobre um princípio que hoje é considerado uma obviedade: toda pessoa é um indivíduo e, por isso mesmo, sujeito de direitos, em especial a liberdade. Nas palavras de Bartolomé Clavero, “hasta Hobbes, persona es pacíficamente, sin especiales problemas fuera del ámbito religioso, máscara, representación teatral o, en análogo sentido, jurídica” (CLAVERO, Bartolomé. La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho. *Quaderni Fiorentini*: per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 39, p. 16, 2010. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0009.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019). Por óbvio, tal construção se faz de forma extremamente limitada – fora de qualquer pretensão constitucional –, a ponto de considerar o indivíduo como sujeito de direitos apenas em um âmbito cível, seguindo como objeto de direito no âmbito político, sob a qualidade de súdito. Ademais, em tal momento histórico, a identidade entre pessoa e indivíduo não existia nem no

Fazendo-se um paralelo – ainda que remoto –, situação que apresenta alguma similitude diz respeito ao reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos²¹. Cuida-se, também, de algo que não se origina do Direito, mas sim de possíveis justificações oriundas da filosofia moral, da história e da sociologia. Somente após um mínimo consentimento em diferentes campos é que opera a autoridade legislativa, formalizando as escolhas políticas.

No âmbito da filosofia jurídica, duas são as principais correntes teóricas a abordar o tema: o individualismo e o coletivismo ontológicos²².

4.1. As divergências entre o individualismo e o coletivismo ontológicos

Segundo a linha individualista, também denominada *agregativa*, em termos fenomenológicos, todos os grupos são reduzíveis aos seus membros individuais. Consequentemente, as coletividades devem ser compreendidas como meras ficções resultantes da soma dos seus integrantes, que devem ser reconhecidos como os verdadeiros sujeitos de direito²³.

É esse o entendimento de Thomas Franc, para quem os indivíduos seriam os titulares dos direitos coletivos, sendo as coletividades meras “construções histórico-sociais não inerentes”²⁴. Também nessa linha, Joseph Raz define o direito coletivo como o direito de membros de um determinado grupo a um bem comum incapaz de ser exigido singularmente²⁵.

mundo dos fatos, nem no do Direito. De igual modo, mesmo no século seguinte, a essência da construção teórica do *status* social como algo limitado a algumas pessoas permaneceria, pelas mãos de autores como William Blackstone, em seu *Commentaries on the Laws of England*, tomando por base as *Institutiones* bizantinas. Se a porta de entrada para a aquisição de uma *persona* era limitada na antiguidade, também a concepção constitucional do indivíduo como sujeito apresentará requisitos – ou limitações – bastante peculiares nas primeiras constituições, com evidente caráter excludente. Sobre o tema, conferir: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Constitucionalismo e poder doméstico: uma viagem pelas linhas constituintes ocultas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²¹ A respeito do tema, conferir: GORDILHO, Heron José de Santana. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, p. 37-65, 2006; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito animal e pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós-humanista. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 14, p. 161-262, 2013; SILVA, Tagore Trajano de Almeida et al. *Habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, p. 261-280, 2005.

²² Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 48.

²³ SHEEHY, Paul. Blaming Them. *Journal of Social Philosophy*, v. 38, n. 3, p. 428-441, 2007. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9833.2007.00389.x>. Acesso em: 15 nov. 2018. É vasta a lista de autores que defendem que as coletividades não devem ser reconhecidas como sujeitos de direitos. Conferir, entre outros, KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989; NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991; HARTNEY, Michael. Some Confusions Concerning Collective Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, 1991.

²⁴ No original: “Non-inherent historico-social constructs” (FRANK, Thomas M. *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism*. Oxford: Oxford Press, 1999, p. 252). Tal premissa é também compartilhada, dentre muitos outros, por Jan Narveson (NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991, p. 329).

²⁵ Segundo Raz, um direito coletivo existe sempre que reunidas três condições: a) algum aspecto do interesse dos seres humanos justifique que alguém seja vinculado a um dever específico; b) os interesses em questão sejam os interesses dos indivíduos enquanto membros de um grupo, recaindo sobre um bem comum (interesse público ou coletivo); c) o interesse de um único membro do grupo sobre esse bem não é suficiente para justificar a sua exigibilidade em relação a terceiros. Ainda que bem definida a indivisibilidade

Embora, com algumas exceções, não negue a importância de entidades coletivas, esse ponto de vista entende que o seu valor não deve ser outro, mas apenas as suas contribuições para a melhoria da vida *dos seus membros*.

Por outro lado, a corrente coletivista ontológica compreende a existência das coletividades de forma independente dos seus membros individuais. Nas palavras de Miodrag A. Jovanović, seria algo como compreender “a existência da madeira como algo diferente da existência de cada uma das árvores que a compõem”²⁶. Consequentemente, são reconhecidos a tais entidades interesses próprios e diversos (ao menos potencialmente) dos interesses de cada um dos seus membros. O interesse coletivo, nessa linha, é diferente do interesse dos membros que compõem a coletividade.

Compreendem-se, assim, os direitos coletivos sob um aspecto *não agregativo* e *não reducionista*: direitos que pertencem a uma coletividade, de modo a proteger os seus próprios interesses²⁷.

Embora os interesses da coletividade não sejam reduzíveis aos dos seus membros, eles são relacionados, na medida em que a existência do grupo depende da sua habilidade de prover um interesse coletivo que maximize a felicidade dos seus diversos integrantes ao mesmo tempo²⁸.

Ressalta Jovanović que o ponto de vista coletivista fornece uma base mais coerente ao reconhecimento de certas formas de direitos coletivos – em especial

do direito coletivo, Raz o reconhece como o resultado da soma de interesses de indivíduos, cuja pretensão não pode ser exercida individualmente (RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford Press, 1988, p. 203). Em uma linha similar, Denise Réaume e Jeremy Waldron defendem que a marca do direito coletivo recai sobre a impossibilidade da apreensão individual (“holding constraint”) de determinados bens de interesse geral (RÉAUME, Denise. *Individuals, Groups and Rights to Public Goods*. *University of Toronto Law Journal*, v. 38, 1988). No Brasil, dissertando sobre os chamados interesses difusos, afirma Calmon de Passos que “a peculiaridade [...] decorre da própria natureza das coisas, de ser impossível apropriação ou satisfação meramente individual, impondo-se de modo irremediável, a satisfação de todos sem apropriação por ninguém” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos*. Vale a pena “pensar” de novo? In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (orgs.). *Obras de J. J. Calmon de Passos: ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. II, p. 60-61).

²⁶ Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 34. Em comparação diversa, afirma Newman que, ainda que um bem coletivo como o “ar despoluído” seja benéfico às pessoas em geral, nem todos possuem interesse numa política pública destinada à promoção da despoluição do ar (Newman, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 132, 2004).

²⁷ GALENKAMP, Marlies. *Collective Rights: Much Ado about Nothing*. *Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, p. 297, 1991. Para a autora, essa perspectiva pressupõe a existência *de facto*, ou seja, extralegal, de coletividades, o que pode encontrar obstáculos no âmbito da Teoria Geral do Direito, razão pela qual defende o seu reconhecimento de forma restrita às comunidades tradicionais. A diferenciação entre os interesses individuais e o interesse coletivo é explicada por Newman, para quem o interesse coletivo “é algo que aprimora o bem-estar coletivo [...], que faz a comunidade prosperar” (Newman, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 140, 2004).

²⁸ Nesse sentido: “The are not unrelated to members’ individual interests, for the collectivity’s moral existence depends on its ability to provide a collective interest that improve the lives of its individual members. At the same time, the collective interest is not simply reducible to, or even an aggregative function of, its members’ individual interests. It is, rather, a set of factors facilitating the fulfillment of the individual interests of diverse members at the same time” (Newman, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 141, 2004).

àqueles relacionados aos grupos que não são organizados a partir de valores liberais, tais como a autonomia individual e a tolerância –, como no caso de alguns povos indígenas e outras comunidades tradicionais²⁹.

Seguindo tal caminho, o autor busca desconstruir as duas principais críticas ao coletivismo.

A primeira delas, sugerida por autores como Susanne Boshhammer, afirma que o coletivismo ontológico peca ao estabelecer uma falsa distinção entre a existência dos entes coletivos e os seus membros. Para a dita autora, não seria possível, por exemplo, separar a “morte de uma coletividade” da soma da morte de cada membro individual³⁰.

Para rebater tal linha argumentativa, valendo-se dos exatos termos utilizados por Boshhammer, explica Jovanović que, no campo do Direito Internacional, o crime de genocídio não se confunde com a morte dos indivíduos. O seu radical *genos*, de origem grega, significa “raça, nação ou tribo”, enquanto o verbo *caedere*, de origem latina, possui o significado de “matar”. Tal compreensão foi positivada nas legislações domésticas, a exemplo da Lei n. 2.889/1956, que disciplina o crime de genocídio no Brasil.

Assim, tal delito consistiria em uma ação dirigida contra um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como entidade, e não contra os seus membros. Justamente por isso, a criminalizada intenção de destruir, total ou parcialmente, o grupo pode ser atingida a partir da morte de um único membro.

O raciocínio exposto revela que a existência física dos membros de um grupo não se confunde com a existência do grupo em si, o que fica mais evidente se considerados os traços culturais que definem a coletividade³¹.

A segunda crítica ao coletivismo rejeita a ideia de que o interesse de uma determinada entidade coletiva possa ser concebido como algo distinto dos interesses de seus membros.

É plenamente possível, todavia, conceber situações concretas em que o interesse coletivo colide com o interesse da maioria dos membros do grupo. É possível, ainda, imaginar situações em que a conflituosidade interna ao grupo possui elevada intensidade, de modo que a soma dos interesses de cada membro pouco elucidaria a respeito da melhor forma para o exercício do direito coletivo.

Diante de um litígio coletivo concreto, indivíduos que compõem a mesma coletividade possuem interesses heterogêneos e excludentes, por ostentarem perspectivas distintas a respeito do problema. É o caso dos chamados litígios coletivos de difusão irradiada, conceito desenvolvido por Edilson Vitorelli, espécie marcada pela elevada conflituosidade³².

²⁹ Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 46.

³⁰ BOSHAMMER, Susanne. *Gruppen, Recht, Gerechtigkeit: Die moralische Begründung der Rechte von Minderheiten*. Berlin: Walter de Gruyter, 2003, p. 124.

³¹ Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 49-50.

³² Explica o autor: “[é] certo que, na realidade empírica, muitas vezes se encontram interesses contrapostos, afirmados a partir da mesma situação subjacente, sem que se possa imaginar, de imediato, que uma posição esteja certa e outra errada. A queima da palha da cana-de-açúcar, por exemplo, por mais repreensível que

4.2. O “problema” da conflituosidade interna aos grupos e a opção pela concepção não agregativa

Diante da possibilidade de tamanha conflituosidade interna ao grupo, como conceber o interesse coletivo como a mera soma dos interesses individuais dos membros da coletividade?

Em situações assim, uma eventual decisão a respeito de um litígio que envolva o grupo certamente não será capaz de abranger, na mesma medida, os interesses de todos os seus integrantes. Daí concluir Edilson Vitorelli que a percepção de que um direito, “que seria ‘de todos’, quando lesado e tutelado, satisfaz de modo diferente cada um desses ‘todos’ demonstra que a relação dessas pessoas com o direito que titularizam não pode ser idêntica”³³.

Diferentemente do que compreendiam autores da sociologia clássica – tais como Marx³⁴ e Durkheim³⁵ –, a sociologia contemporânea concebe o conflito social como “uma forma de socialização”³⁶. Partindo das construções teóricas de Georg Simmel³⁷, entende Lewis Coser que nenhum grupo pode ser inteiramente harmonioso, pois então careceria de processo e estrutura. A formação de grupos é um resultado tanto da associação quanto da dissociação, de modo que tanto o conflito quanto a cooperação servem a uma função social. Assim, a existência de conflitos em alguma medida é um elemento essencial na formação de grupos.

O conflito também exerce um papel importante ao estabelecer limites entre os grupos, fortalecendo a sua consciência e a consciência da separação dos outros grupos. Os antagonismos recíprocos entre eles preservam as divisões sociais e os sistemas de estratificação. Desse modo, as “repulsões” conflitivas tanto estabelecem uma identidade mais ou menos precisa a respeito dos vários grupos dentro de um mesmo sistema, como também ajudam a manter a sociedade como um todo: o “sistema social geral”³⁸.

seja do ponto de vista ambiental, viabiliza a colheita manual do produto, de forma que a sua proibição pode acarretar elevação acentuada do desemprego em certas localidades, causando, assim, lesão a essas municipalidades e a seus habitantes, com o comprometimento de outros valores sociais, tais como a saúde, a educação e a segurança pública. Logo, o combate a uma conduta ambientalmente lesiva pode causar prejuízos aos próprios integrantes da comunidade que se beneficiaria imediatamente da sua eliminação” (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66).

³³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68.

³⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

³⁵ DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁶ Coser, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956, p. 31.

³⁷ SIMMEL, Georg. O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 568-573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

³⁸ Imagine-se o conflito existente entre as castas indianas, o que ajuda a estabelecer a distinção entre os vários grupos, assegurando a estabilidade da estrutura social geral. O conflito desempenha relevante papel ao separar o grupo dos “outsiders”, diferenciando nações, grupos étnicos e partidos políticos, por exemplo.

Há, pois, conflitos entre grupos, assim como conflitos internos em cada um deles, notadamente nos casos em que as pretensões coletivas derivam de situações de fato contingentes³⁹.

Um bom exemplo da função social do conflito a que aludem Simmel e Closer pode ser observado a partir da interação entre diferentes agentes que pertencem a um mesmo grupo econômico. No Brasil, por vezes, a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), associação que congrega instituições financeiras bancárias⁴⁰, exerce a função de legitimado coletivo – como lhe faculta o art. 5º, V, da Lei n. 7.347/1985 –, muito embora os seus integrantes interajam socialmente em regime de concorrência, com interesses contrapostos.

É o que explica Simmel, descrevendo as funções da “discórdia” ou “oposição” no seio de grupos sociais⁴¹.

As premissas expostas demonstram que o reconhecimento das coletividades como entidades diversas dos seus integrantes encontra amparo também na sociologia jurídica. E mais: os interesses coletivos podem ser compreendidos como algo substancialmente diverso da mera soma dos interesses individuais⁴².

Com base nisso, conclui Miodrag A. Jovanović que o individualismo ontológico consiste numa corrente filosófica que deve ser lida como o produto de um determinado momento histórico, e, como tal, não pode ser tornado absoluto⁴³.

É preciso deixar claro, porém, que tal orientação não pode ser *totalmente* desprezada, ao menos não em relação algumas importantes influências sobre determinados tipos de conflitos coletivos.

Como visto, individualismo e coletivismo são pontos de partida filosóficos que se complementam, na tarefa de justificação da necessidade de reconhecer as coletividades como sujeitos de direito. Isso porque nem sempre as coletividades serão perenes e marcadas por um sólido vínculo comunitarista, com existência anterior à legislação.

Além disso, ao menos no âmbito do Direito Processual, é irrelevante saber se os sujeitos coletivos existem *em razão* dos indivíduos ou não. O que importa, isso sim, é considerar o seu interesse como algo diverso dos interesses de seus membros, tal como concebe a corrente coletivista. É necessário o reconhecimento de que o direito do ente não se confunde com o direito dos indivíduos que o compõem. Esse – o

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

⁴⁰ O estatuto social da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) pode ser consultado em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/ESTATUTO%20FEBRABAN_fev2011.pdf.

⁴¹ SIMMEL, Georg. O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

⁴² Nesse sentido: “I was demonstrated the collective entities could be said do exist independently of their individual members. [...] Furthermore, it was shown that one might legitimately endorse the concept of collective interests as something substantially different from the aggregate sum of individual interests” (Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 56).

⁴³ Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 56.

aspecto não agregativo – é o proveito a ser extraído desse ponto de vista filosófico, fazendo-se um paralelo com o reconhecimento das pessoas jurídicas, cujos atributos (existência jurídica, patrimônio, interesse etc.) diferem das pessoas que a administram⁴⁴.

Em realidade, as coletividades conquistaram o *status* de sujeitos de direito por diferentes razões, que oscilam entre fatores antropológicos e ficcionais. Ao fundamentar as razões pelas quais os sujeitos coletivos devem ser reconhecidos, Miodrag A. Jovanović concentra suas atenções nos agrupamentos sociais cuja existência é marcada por uma sólida identidade cultural, como os povos indígenas. Tais grupos já possuem amplo reconhecimento pela antropologia e pela sociologia, com modos de vida muitas vezes distintos da perspectiva individualista e dos demais integrantes do Estado onde residem. A título de exemplo, o direito de propriedade, no seio de algumas comunidades, não é exercido de forma individual.

Se acaso apenas tais coletividades fossem consideradas, teria razão Galenkamp, ao restringir os direitos coletivos às comunidades tradicionais⁴⁵.

Nem todos os agrupamentos sociais, porém, possuem tais características⁴⁶.

A bem da verdade, muitos grupos são particularmente heterogêneos, alguns deles notadamente efêmeros, adquirindo unidade a partir de “situações de fato, contingentes por vezes até ocasionais”⁴⁷: os litígios coletivos.

É preciso, portanto, acrescentar à corrente não agregativa o reconhecimento de múltiplas formas de coletividades contingentes, surgidas a partir de interesses que não podem ser reduzidos aos seus membros individuais. Imagine-se, por exemplo, uma comunidade formada por moradores de um determinado bairro em uma metrópole como Salvador, no Estado da Bahia, todos eles sujeitos à mesma omissão estatal em relação a um determinado problema urbanístico, cuja solução há de ser uniforme. Imagine-se, igualmente, a população de uma pequena cidade litorânea, titular do direito ao meio ambiente equilibrado, sujeita aos danos causados pelo derramamento de óleo em sua costa.

Temos aqui grupos geograficamente definidos, embora heterogêneos em relação aos seus integrantes. É possível cogitar, ainda, a existência de grupos sociais sem ambiente territorial definido, como grupos religiosos, consumidores de produtos

⁴⁴ Ressalta Narveson que, fora do direito, apenas indivíduos pensam, decidem e agem. Quando determinados grupos recebem o mesmo tratamento jurídico ofertado às pessoas, eles também “pensam, decidem e agem” (NARVESON, Jan. *Collective Rights? Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, p. 332, 1991).

⁴⁵ GALENKAMP, Marlies. *Collective Rights: Much Ado about Nothing. Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, p. 297, 1991.

⁴⁶ Nessa linha, registra Jan Narveson: “[a]ll individuals are members of all various groups, and virtually all individuals attach normative significance to some of the groups of which they are members” (NARVESON, Jan. *Collective Rights? Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, p. 329-330, 1991). No mesmo sentido, afirma Newman: “Many such collectivities stand between individuals and the larger community, in forms as diverse as families, certain religious groups, and trade unions or corporations” (Newman, Dwight G. *Collective Interests and Collective Rights. American Journal of Jurisprudence*, v. 49, p. 129, 2004).

⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

ou serviços transnacionais ou mesmo trabalhadores de uma determinada sociedade empregadora com sede em mais de um Estado.

Também esses grupos devem ser reconhecidos como sujeitos de direito diversos dos seus membros, seja por razões de ordem econômica que justifiquem a adoção de técnicas coletivas de tutela de direitos individuais, seja porque algumas pretensões que o Direito tutela não podem ser exercidas individualmente (*holding constraint*), em razão da indivisibilidade da prestação, o que pode resultar em credores indetermináveis. Nesse último caso, se acaso não fossem concebidas as coletividades como sujeitos dotados de capacidade jurídica, diversos direitos formalmente assegurados simplesmente não encontrariam meios para a sua fruição. Afinal, a concepção de um determinado direito sem o correspondente sujeito é a negação ao próprio direito.

4.3. As críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas no Brasil

Merecem destaque as críticas a respeito das concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos coletivos desenvolvidas no Brasil. De um lado, autores como Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., adeptos da vertente coletivista, entendem que “os direitos transindividuais (essencial ou acidentalmente) não possuem *titulares* determinados, antes pertencem a uma comunidade ou coletividade”⁴⁸. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart compreendem que tais direitos não se confundem com o somatório dos direitos individuais dos indivíduos que integram a coletividade⁴⁹.

De outro lado, parte minoritária da doutrina, a exemplo de Marcelo Abelha Rodrigues, aderindo à concepção individualista, compreende que tais direitos pertencem a cada um dos indivíduos que compõem o grupo⁵⁰.

A questão reside em saber quais são as consequências da adoção de um ou outro caminho. Quanto a isso, afirma Edilson Vitorelli que, “quando analisadas com rigor, ambas as vertentes, apesar de parecerem superficialmente opostas, se fundem em uma série de aporias, obscuridades ou incompletudes”⁵¹.

De fato, desde o início da teorização a respeito do processo coletivo até pouco tempo atrás, a doutrina brasileira não parecia dedicar atenções ao papel dos “grupos” em seus variados aspectos. Tampouco a doutrina estrangeira parece se preocupar

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 4, p. 86.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 742.

⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 43.

⁵¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

com o tema, limitando-se os americanos à precisa definição do grupo, a partir da questão comum que o identifica⁵².

Justamente por isso, nenhuma das correntes explica, de maneira precisa, as consequências extraídas do fato de os direitos pertencerem ao grupo ou aos indivíduos.

As críticas de Edilson Vitorelli são pertinentes e impõem três importantes esclarecimentos.

De início, é importante registrar a errônea das definições doutrinárias que atribuem os direitos coletivos à sociedade como um todo⁵³. Nem mesmo os direitos difusos ostentam necessariamente tal característica, não sendo correta a confusão comumente feita entre uma coletividade formada por “pessoas indeterminadas” (art. 81, parágrafo único, I, do CDC) e a sociedade como um todo. Basta imaginar um caso de propaganda enganosa relativa a um bem de consumo de elevado valor, como um veículo importado. A coletividade lesada, formada por pretensos compradores do bem, embora composta por pessoas indetermináveis, não se confunde com toda a sociedade, consideradas as diferentes capacidades aquisitivas das classes sociais em uma dada localidade.

O segundo esclarecimento diz respeito à utilidade das correntes adotadas. Como anteriormente explicado, há razões suficientes ao reconhecimento das coletividades como sujeitos de direito. Acolhendo-as, entendeu por bem o legislador brasileiro, ao regular a proteção ao abuso da concorrência, dispor, no art. 1º da Lei n. 12.529/2011, que “[a] coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. Que fique bem claro, portanto: os direitos coletivos são titularizados por grupos sociais.

A utilidade de tal entendimento é bastante clara: sendo o direito titularizado pelo grupo, impõe-se uma adequada delimitação das suas características, bem como de quem falará por ele. Além disso, não poderá um integrante singular, por si só, renunciar ou definir a forma de fruição do direito pela coletividade. Os grupos, porém, assim como as pessoas jurídicas, são sujeitos incorpóreos, e, por isso mesmo, dependem da técnica jurídica para que se possa definir a sua vontade. Tal metodologia compõe o devido processo legal coletivo e depende das características de cada grupo, em especial a litigiosidade interna. Embora, adotada a compreensão coletivista, o grupo não se confunda com seus integrantes, é necessário o reconhecimento da relevância da participação de seus integrantes na formação da vontade geral.

⁵² Nos Estados Unidos, a Regra 23 – Rule 23(a)(2) – prevê, como requisito para a admissibilidade das ações coletivas (*class actions*), a existência de questão comum de fato ou de direito: “there are questions of law or fact common to the class”.

⁵³ Nessa linha, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 213631/MG, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 7.4.2000, registrou: “Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido”.

Por fim, um terceiro esclarecimento diz respeito à forma de identificação dos variados grupos. Afinal, é possível defini-los de forma abstrata, ou apenas a partir de um litígio coletivo? Quanto a tal ponto, defende Edilson Vitorelli que “a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando de sua violação, ou seja, no contexto do litígio coletivo”⁵⁴. A afirmação é disruptiva, propondo-se uma densa transformação do estudo do processo coletivo, num movimento que o desloca dos direitos aos litígios transindividuais. A linha do presente trabalho, embora tome a riqueza das diferentes formas de litígios coletivos como valioso referencial teórico, propõe uma postura intermediária, a partir das interações entre as concepções coletivistas e individualistas dos direitos coletivos.

Não nos parece correta a premissa de que a titularidade dos direitos coletivos *somente pode* ser definida a partir da sua violação. Se assim fosse, todo e qualquer responsável por causar lesão a uma coletividade poderia arguir, em sua defesa, a boa-fé decorrente do desconhecimento da existência do direito coletivo. Ora, também os direitos coletivos possuem uma dimensão abstrata, como disciplinado no art. 81 do CDC, que integra o núcleo do microsistema processual coletivo e não pode ser desconsiderado.

Atribuições de direitos podem ser visualizadas independentemente da existência de litígio. Apenas a título de exemplo, ao grupo formado pela comunidade tradicional quilombola Jatimane, no sul da Bahia, é assegurado o direito a “seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica”, como previsto no Decreto n. 6.064/2017, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. A aludida comunidade teve seu direito à autoidentificação assegurado pela Fundação Palmares, autarquia federal, conforme certidão expedida no âmbito do Processo n. 01420.000353/2005-44⁵⁵.

Em realidade, as atribuições de direitos podem ser concebidas sob as perspectivas abstrata e concreta, com ou sem conflitos. Se a Lei n. 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelece, em seu art. 39, § 3º, II, o direito de participação das comunidades indígenas nos Comitês de Bacia Hidrográfica, há aqui a atribuição abstrata de um direito a coletividades. Se, no âmbito da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, é reconhecida a representatividade da comunidade indígena Tuxá, tal direito é concretizado independentemente da existência de conflito⁵⁶.

⁵⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

⁵⁵ Referidos dados estão disponíveis em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/09/C%C3%B3pia-de-Lista-das-CRQs-Certificadas-Portaria-n%C2%B0-84-08-06-2015.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁵⁶ O Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco conta, atualmente, com representantes das comunidades indígenas Tuxá, Pankará e Xukuru Kariri. Cf.: <http://cbhsaofrancisco.org.br/2017/o-cbhsf/composicao/membros>. Acesso em: 18 nov. 2018.

De igual modo, o reconhecimento do direito à demarcação territorial de determinada comunidade indígena, como disciplinado no art. 19 do Estatuto do Índio, prescinde da existência de prévio conflito.

O que se observa é que, não raramente, a legislação atribui, de forma abstrata, um determinado direito coletivo a determinadas coletividades, as quais podem ser facilmente identificadas no mundo dos fatos. Muitas vezes, tais direitos são concretizados a partir de instrumentos contratuais ou atos administrativos, sendo claramente identificado o grupo envolvido, sem a necessidade de prévio conflito. Tais situações são mais facilmente constatadas no campo das comunidades tradicionais, na medida em que tanto a legislação quanto os grupos sociais costumam ser facilmente compreendidos. Sobreleva aqui a dimensão coletivista da atribuição originária de direitos.

Por outro lado, muitas pretensões coletivas surgem a partir de conflitos envolvendo grupos sem uma prévia organização social, acentuando a conflituosidade interna, notadamente nos casos em que os direitos envolvidos também podem ser exercidos não apenas de forma coletiva, mas também de modo individual. Em tais situações contingentes, de fato, especialmente nos chamados litígios complexos, a plena definição dos grupos envolvidos dependerá sobremaneira da prévia análise da forma de interação entre seus membros e do grau de exposição à lesão sofrida.

Em muitos casos, diante da ausência de unidade do grupo em relação a um dado direito, mesmo os seus próprios integrantes possuem dificuldades em concebê-lo.

Como exemplo, no ano de 2017, a Defensoria Pública da União ajuizou a Ação Civil Pública n. 5009686-46.2017.4.03.6100, perante a 14ª Vara Federal Cível em São Paulo, contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), postulando o restabelecimento integral do serviço de entrega domiciliar de encomendas na cidade de São Paulo e em municípios da Região Metropolitana.

O caso é emblemático, por revelar o aparente desconhecimento da existência de mais de um grupo interessado, mesmo em litígios de menor complexidade. Segundo informações extraídas do sítio virtual da Defensoria Pública da União⁵⁷, “desde 2012 os Correios estabeleceram, para algumas faixas de CEP, a chamada ‘entrega interna’”, modalidade em que “a encomenda fica retida na sede da ECT mais próxima da residência do consumidor, o qual fica responsável por retirá-la”. Tal postura teria sido adotada em razão da “ocorrência, nessas áreas, de assaltos aos carteiros, o que comprometeria a segurança física dos funcionários e a integridade dos objetos postais”.

No litígio em comento, a Defensoria Pública identificou um grupo cujos direitos teriam sido violados: os usuários do serviço de entrega domiciliar de encomendas, em especial nos bairros mais pobres, marcados pela vulnerabilidade social dos moradores.

Em uma primeira análise, o caso parece se resumir a uma mera subsunção dos fatos – serviço defeituoso – à lei – direito do consumidor à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, conforme art. 6º, X, do CDC. Ficou esquecido,

⁵⁷ Cf.: <http://www.dpu.def.br/noticias-sao-paulo/64-noticias-sp-geral/39888-acao-da-dpu-obriga-correios-a-regularizarem-entrega-em-bairros-de-sao-paulo>. Acesso em: 18 nov. 2018.

contudo, um grupo formado por pessoas igualmente vulneráveis e necessitadas: os carteiros. Tais trabalhadores possuem inegável interesse na solução do caso, sendo-lhes constitucionalmente assegurado o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.” (art. 7º, XXII, da CRFB/1988)

5. Conclusão

Ao final do exposto, apresentam-se as seguintes conclusões, sem prejuízo de outras ilações realizadas ao longo do texto:

É possível conceituar o processo coletivo de forma ampla, tendo por particularidade o fato de nele ser postulado um direito coletivo em sentido amplo (situação jurídica coletiva ativa) ou a existência de uma situação jurídica coletiva passiva. Conseqüentemente, inserem-se nesse conceito tanto as ações coletivas quanto os incidentes de julgamento de casos repetitivos, cujas regras compõem o microsistema processual coletivo.

No campo da tutela coletiva, a prévia e adequada compreensão a respeito dos conceitos de grupo, membro de grupo e condutor do processo coletivo consiste em premissa relevante.

A existência física dos membros de um grupo não se confunde com a existência do grupo em si, o que fica mais evidente se considerados os traços culturais que definem a coletividade. É plenamente possível conceber situações concretas em que o interesse coletivo colide com o interesse da maioria dos membros do grupo. É possível, ainda, imaginar situações em que a conflituosidade interna ao grupo possui elevada intensidade, de modo que a soma dos interesses de cada membro pouco elucidaria a respeito da melhor forma para o exercício do direito coletivo.

Individualismo e coletivismo são pontos de partida filosóficos que se complementam, na tarefa de justificação da necessidade de reconhecer as coletividades como sujeitos de direito. Isso porque nem sempre as coletividades serão perenes e marcadas por um sólido vínculo comunitarista, com existência anterior à legislação. Em realidade, as coletividades conquistaram o *status* de sujeitos de direito por diferentes razões, que oscilam entre fatores antropológicos e ficcionais.

É importante registrar a errônea das definições doutrinárias que atribuem os direitos coletivos à sociedade como um todo. Nem mesmo os direitos difusos ostentam necessariamente tal característica, não sendo correta a confusão comumente feita entre uma coletividade formada por “pessoas indeterminadas” (art. 81, parágrafo único, I, do CDC) e a sociedade como um todo.

Em verdade, os direitos coletivos são titularizados por grupos sociais. A utilidade de tal entendimento é bastante clara: sendo o direito titularizado pelo grupo, impõe-se uma adequada delimitação das suas características, bem como de quem falará por ele. Além disso, não poderá um integrante singular, por si só, renunciar ou definir a forma de fruição do direito pela coletividade.

Os grupos, porém, assim como as pessoas jurídicas, são sujeitos incorpóreos, e, por isso mesmo, dependem da técnica jurídica para que se possa definir a sua vontade. Tal metodologia compõe o devido processo legal coletivo e depende das características de cada grupo, em especial a litigiosidade interna. Embora, adotada a compreensão coletivista, o grupo não se confunda com seus integrantes, é necessário o reconhecimento da relevância da participação de seus integrantes na formação da vontade geral.

Referências

BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016.

BOSHAMMER, Susanne. *Gruppen, Recht, Gerechtigkeit: Die moralische Begründung der Rechte von Minderheiten*. Berlim: Walter de Gruyter, 2003.

CECIL, Joe S. et al. *The Expanding Role of Multidistrict Consolidation in Federal Civil Litigation: An Empirical Investigation*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443375. Acesso em: 2 fev. 2019.

CLAVERO, Bartolomé. La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 39, 2010. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0009.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

CLINTON, Robert N. The Rights of Indigenous People as Collective Groups Rights. *Arizona Law Review*, v. 32, n. 4, 1990.

CORLETT, J. Angelo. The Problem of Collective Moral Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 7, n. 2, 1994.

Coser, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

_____; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Grandes temas do novo CPC: julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 10.

_____; _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 4.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. In: FAZZALARI, Elio. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. 13, 1996.

FRANK, Thomas M. *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism*. Oxford: Oxford Press, 1999.

GALENKAMP, Marlies. Collective Rights: Much Ado about Nothing. *Netherlands Quarterly for Human Rights*, n. 9, 1991.

GORDILHO, Heron José de Santana. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, p. 37-65, 2006.

HARTNEY, Michael. Some Confusions Concerning Collective Rights. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. A public domain book. Kindle Edition, 1651.

HODGES, Christopher. Multi-Party Actions: A European Approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 11, 2011.

JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights: a Legal Theory*. Cambridge: Cambridge Press, 2012.

KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

MOMMSEN, Theodor; KRUEGER, Paul (eds.). *Corpus iuris civilis*. Disponível em: <https://archive.org/details/corpusiuriscivi01mommgoog>. Acesso em: 4 abr. 2019.

NARVESON, Jan. Collective Rights? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. IV, n. 2, 1991.

NEWMAN, Dwight G. Collective Interests and Collective Rights. *American Journal of Jurisprudence*, v. 49, 2004.

_____. Theorizing Collective Indigenous Rights. *American Indian Law Review*, v. 31, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Tradução: Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEIXOTO, Ravi. Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojeto. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, 2016.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford Press, 1988.

RÉAUME, Denise. Individuals, Groups and Rights to Public Goods. *University of Toronto Law Journal*, v. 38, 1988.

SHEEHY, Paul. Blaming Them. *Journal of Social Philosophy*, v. 38, n. 3, p. 428-441, 2007.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito animal e pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós-humanista. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 14, p. 161-262, 2013.

_____. *et al. Habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, p. 261-280, 2005.

SIMMEL, Georg. O conflito como sociação. Tradução: Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 568-573. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

TAMIR, Yeal. Against Collective Rights. In: JOPPKE, Christian; LUKES, Steven. *Multicultural Questions*, n. 27. Oxford: Oxford University Press, 1999.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Constitucionalismo e poder doméstico: uma viagem pelas linhas constituintes ocultas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VILLONE, Massimo. la Collocazione Istituzionale dell'Interesse Diffuso. In: GAMBARO, A. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (orgs.). *Coleção repercussões do novo CPC: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 8.