

INTERESSES E DIREITOS ESSENCIALMENTE E ACIDENTALMENTE COLETIVOS

MARCELO DALTRO LEITE *

Sumário: 1. Introdução 2. Interesses/Direitos Coletivos – Instituto de Direito Processual Civil. 3. A unitariedade como marca distintiva dos Direitos Essencialmente Coletivos. 4. A cindibilidade dos Direitos Acidentalmente Coletivos.

1. Introdução

A doutrina estrangeira, desde a década de setenta do século XX, a partir da experiência norte-americana das *Class Actions*, principiou discussão sobre o tema dos direitos difusos ou coletivos, propondo reflexão sobre o direito processual civil, até então fortemente marcado pelo individualismo que permeava o imaginário da sociedade ocidental.

Os estudiosos do assunto em terras brasileiras não ficaram alheios àquela discussão, cabendo, no entanto, ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira a produção de verdadeiro marco teórico a respeito do tema, sobre o qual a doutrina nacional desenvolveu-se.

Barbosa Moreira¹, na clarividência de sua genialidade, antes mesmo da edição do Código do Consumidor, distinguia dois tipos de litígios de massa que veiculavam duas espécies de interesses coletivos, a saber: *os interesses essencialmente coletivos e os interesses acidentalmente coletivos*.

A doutrina² acolheu a tese do Prof. Barbosa Moreira, fazendo-o também o legislador, tal como se vê da dicção do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

A distinção em questão leva em consideração a natureza unitária ou cindível da situação plurissubjetiva que compõe o litígio que será objeto de processo judicial.

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

A natureza unitária da situação plurissubjetiva própria dos *interesses/direitos essencialmente coletivos* resulta da indivisibilidade do objeto do litígio³, como aconteceria nas hipóteses de meio ambiente, patrimônio histórico, consumidor, neste caso, por exemplo, se se tratasse de medidas de proteção à saúde pública. A indivisibilidade se determinaria quando, na prática, não se pudesse admitir que o bem fosse fruído por alguns e não o fosse por outros.

Haveria, nesta hipótese, situação que se assemelharia ao litisconsórcio unitário, na medida em que a solução dada ao litígio seria, necessariamente, unitária⁴ para todos os sujeitos.

De outra sorte, os *interesses/direitos acidentalmente coletivos* teriam como marca distintiva a diversidade de objetos, de sorte que a solução para o litígio seria perfeitamente cindível, assemelhando-se à hipótese de litisconsórcio comum⁵ (ou simples).

A transcrição do texto em que o Prof. Barbosa Moreira estabelece a dicotomia dos interesses/direitos coletivos, considerando que o presente trabalho a terá como pedra fundamental, se faz sobremodo relevante:

A nosso ver, dentro do âmbito acima delimitado, cabe estabelecer uma distinção importante.

a) Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapassem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a quota de um e onde começa a de outro. Por isto mesmo instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão a inteira coletividade..Designaremos essa categoria pela expressão "interesses essencialmente coletivos"..

b) Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída a priori a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do "impacto de massa". Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica,

no tocante a cada uma das parcelas, consideradas como tais... Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falaremos, a seu respeito, de “interesses acidentalmente coletivos”.

Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade... Já nos casos de interesses acidentalmente coletivos, uma vez que em princípio se tem de admitir a possibilidade de resultados desiguais para os diversos participantes, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca. Pode acontecer que o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, estenda a essa categoria, em maior ou menor medida, a aplicação das técnicas da unitariedade; esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas.

Cabe assinalar que a referência à “técnicas da unitariedade” em relação aos interesses/direitos acidentalmente coletivos não são, como disse o Prof. Barbosa Moreira, uma decorrência da natureza das relações jurídicas individuais que os compõem, mas uma opção de política legislativa tal como ocorre na extensão subjetiva da coisa julgada pelo reconhecimento legal da eficácia *erga omnes* da *res iudicata*.

A semelhança entre os interesses/direitos essencialmente coletivos e o litisconsórcio unitário, na medida em que ambos correspondem a situações jurídicas plurissubjetivas de natureza unitária, permite que ao primeiro instituto seja direcionada a luz que foi lançada sobre a etiologia do segundo pela genialidade do Prof. Barbosa Moreira⁶, buscando melhor compreensão das situações jurídicas que se enquadram, na terminologia do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, como interesses/direitos indivisíveis.

2. Interesses/Direitos Coletivos - Instituto de Direito Processual Civil

Importa ressaltar que o instituto dos interesses/direitos coletivos não é tema afeto ao estudo do direito material, porquanto, quando dele se cuida, não se discute a relação jurídica do ponto de vista das relações dos indivíduos entre si⁷, mas instituto de direito processual de enfoque constitucional na medida em que seu reconhecimento se dá no âmbito da discussão sobre o direito fundamental de acesso à justiça e sobre a adequada prestação jurisdicional. Basta que se veja a regulação do tema pela legislação. O parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor busca definir tais interesses/direitos apenas e tão-só para regular a tutela coletiva, de sorte que a conceituação dos interesses/direitos coletivos se faz como resultado da percepção dos

processualistas sobre a necessidade de mediação jurisdicional dos conflitos sociais⁸ e de massa⁹.

Os interesses/direitos coletivos não são, nesta linha de conta, direitos de uma coletividade numa perspectiva jurídica de direito material, na medida em que a coletividade (ou a sociedade) não é pessoa e, portanto, não é titular de direitos e de obrigações (embora a sociedade tenha sua existência do ponto de vista da ciência política ou da sociologia); são *direitos individuais* que, em razão da unitariedade (transindividualidade essencial) ou similitude pela origem comum (transindividualidade accidental), podem ser defendidos conjuntamente pela legitimação extraordinária e regulados concretamente através de tutela jurisdicional coletiva.

Essa perspectiva jurídica de direito material, aliás, foi destacada por Vigoriti¹⁰ ao afirmar que a comunidade ou o grupo não podem ser considerados, no ordenamento jurídico italiano, centros de imputação normativa, de sorte que ainda quando se fale em direitos coletivos não se pode perder de vista a pessoa, cuja figura justifica a relevância da transindividualidade.

Mauro Cappelletti¹¹ relembra que o direito processual tradicional trabalha, ao examinar as soluções para os problemas da proteção jurisdicional, em cima de dois conceitos que remontam à *summa divisio* de Justiniano e de Ulpiano: direito privado e direito público. A solução privatística significa que aquele que possui a titularidade do direito pode agir para tutela do mesmo quando violado. A solução publicística significa que, quando o direito não é privado, mas de caráter público, cabe ao Estado a legitimidade para agir.

Dessa forma, quando certo direito assumia contornos coletivos, isto é, se difundia por uma coletividade por ter como objeto um bem de fruição coletiva (unitariedade), cabia ao Estado defendê-lo. Isso acontecia porque o Estado era a sociedade juridicamente representada. O descolamento dos dois conceitos, Estado e sociedade, operado no século XX, dá existência autônoma à sociedade e causa uma curiosa consequência que reside no reconhecimento de que o Estado *não é o único legitimado a defender os direitos que interessam à coletividade*, tais como meio ambiente, saúde pública, etc. A sociedade (figura típica da Sociologia), através de seus integrantes, pessoas físicas e jurídicas (figuras típicas do Direito) pode, ao lado do Estado, defender estes mesmos interesses de natureza transindividual.

A transindividualidade de certos interesses/direitos não significa que a titularidade dos mesmos resida na sociedade (figura típica da Sociologia), mas que sua natureza implica em uma situação jurídica global unitária em que os direitos individuais têm tão íntima comunhão que se poderia dizer que o direito de um é o direito de todos ao mesmo tempo, centrando-se a titularidade na pessoa física ou jurídica (figuras típicas do Direito), daí Barbosa Moreira¹² dizer que tais interesses/direitos “não pertencem a uma pessoa isolada..., mas a uma série indeterminada” de pessoas.

Por tal motivo, Rodolfo de Camargo Mancuso¹³ sustenta que não se cuida, em se tratando de direito coletivo, de uma “soma de interesses”, mas de uma “síntese de interesses”.

A transindividualidade de certos direitos encontra justificativa no fato de sua unitariedade, por ter como objeto bem de fruição coletiva que integra o patrimônio de todos e em relação ao qual, segundo Barbosa Moreira¹⁴, não é possível identificar a quota ideal de cada titular (síntese de interesses, referida por Mancuso).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, diz que todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O texto afirma que se cuida de bem de uso comum do povo, o que, na perspectiva tradicional do Direito, seria bem de titularidade do Estado, único legitimado a defendê-lo; entretanto, o texto coloca a coletividade como titular e, ao lado do Poder Público, igualmente legitimada a defendê-lo, permitindo à sociedade, por seus integrantes, a proteção do patrimônio ambiental.

Na verdade, os bens (materiais ou imateriais) de fruição coletiva implicam em situações jurídicas de natureza transindividual e sempre foram reconhecidos pelo direito material, mas sua titularidade tinha como figura central o Estado, único legitimado a defendê-los. Este quadro se transmuda quando a Teoria Política e a Sociologia descobrem a sociedade como ente distinto do Estado e permitem que o Direito Constitucional reconheça a titularidade de tais bens a todos os membros da sociedade; em conseqüência, os processualistas percebem que os direitos sobre tais bens podem e devem ser defendidos pelo Estado, mas também por todos os membros da sociedade, pessoas físicas e jurídicas (corpos intermediários), dando causa à elaboração do instituto dos interesses/direitos coletivos.

Ademais, os processualistas reconheceram que a ofensa pulverizada à plêiade de direitos individuais assemelhados, ainda que não vinculados pela unitariedade, exigia um sistema de defesa processual coletiva desses direitos, a fim de concretizar o direito fundamental de acesso à adequada justiça.

Este parece ser o estado atual da questão, que guarda o tema dos interesses/direitos coletivos para o campo do direito processual.

3. A unitariedade como marca distintiva dos Direitos Essencialmente Coletivos

Barbosa Moreira¹⁵ define litisconsórcio unitário “como aquele que se constitui, do lado ativo ou passivo, entre pessoas para as quais há de ser obrigatoriamente uniforme, em seu conteúdo, a decisão de mérito”.

O conteúdo uniforme (ou unitário) da decisão é precisamente o ponto central da identificação do litisconsórcio unitário e sobre este tema se desenvolve toda a teoria de Barbosa Moreira. A compreensão adequada desta questão e sua trasladação para o instituto dos direitos coletivos permitem a dissipação da névoa¹⁶ que ainda encobre doutrina e jurisprudência quanto à caracterização das situações plurissubjetivas genericamente denominadas de “interesses/direitos coletivos”.

O incomparável mestre carioca¹⁷ afirma existirem posições jurídicas individuais que guardam entre si tão peculiar comunhão de interesses que constituem uma situação jurídica pluri-subjetiva de tal ordem que:

o resultado do feito não pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares situados do mesmo lado. Isso decorre da maneira pela qual essas posições jurídicas individuais se inserem na situação global. Daí haver entre as várias posições individuais uma vinculação tão íntima que qualquer evolução ou será homogênea ou impraticável.

Essa situação jurídica plurissubjetiva compreende, portanto, posições jurídicas individuais que guardam entre si o vínculo da unitariedade que se caracteriza pela necessidade de solução uniforme (ou unitária). A sentença não poderá tratar uma situação jurídica individual de uma maneira, resolvendo outra de maneira distinta; ou todos os titulares dos direitos inseridos na situação global unitária têm suas situações jurídicas reguladas pela norma jurídica concreta ao mesmo tempo e de modo uniforme, ou haverá tamanha antinomia entre as diversas disposições da norma concreta que esta não terá qualquer contato com a realidade e não será possível pô-la em execução.

Pode parecer que a solução uniforme seja uma exigência da lógica própria do sistema jurídico, mas não é disto de que se cuida conforme esclarece o Prof. Barbosa Moreira¹⁸:

São de ordem prática - e não de ordem puramente lógica - as necessidades para cujo atendimento a imaginação do legislador criou o duplo expediente da extensão da *res iudicata* e da unitariedade do litisconsórcio, com seu regime especial... É preciso que a regra jurídica concreta formulada na sentença não possa operar praticamente senão quando aplicada às várias posições individuais.

A sentença proferida para regular situações jurídicas individuais ligadas pelo vínculo da unitariedade deve conter norma concreta que resolva o litígio de forma igualmente unitária do ponto de vista prático, o que significa dizer

que a solução judicial é a mesma para todos, inclusive para aqueles que não são parte (aqui pensando ainda em termos de litisconsórcio), visto que a decisão judicial deve operar praticamente na realidade e alterar de modo uniforme a situação global ou plurissubjetiva.

Por tal motivo o Prof. Barbosa Moreira¹⁹ afirma que “à luz das precedentes considerações, fica bem clara a equivalência funcional entre extensibilidade da coisa julgada e litisconsórcio unitário”.

Se a alteração prática da situação global é consequência da regulação de situações jurídicas individuais que se ligam pelo vínculo da unitariedade, não é possível que a sentença possa operar mudança de situação para um dos titulares e não produzir o mesmo efeito para os demais titulares, ainda que não tenham figurado na relação jurídico-processual, conforme esclarece o mestre²⁰:

Com efeito. Se uma das situações unitárias a que nos referimos é submetida à cognição judicial, pode suceder que: a) todos os co-interessados participem do processo, ou porque se vejam forçados a fazê-lo, ou simplesmente porque, sem que fosse indispensável, proponham juntos a ação ou sejam demandados em conjunto: b) um só dentre eles figure, ativa ou passivamente, no feito: c) parte deles esteja presente e outra parte ausente do processo. Nas hipóteses a) e b), o escopo da uniformização será alcançável mediante o emprego de uma única técnica: extensão da *res iudicata*, em b), e unitariedade do litisconsórcio, com aplicação do regime especial, em a). Já no terceiro caso c), será preciso lançar mão, ao mesmo tempo, de dois expedientes: 1º. Sujeitar ao regime especial os interessados que se litisconsorciaram, a fim de assegurar que para todos esses sobrevenha igual resultado; 2º, ampliar aos demais o resultado homogêneo sobrevivendo, submetendo-os ao vínculo da *auctoritas rei iudicatae*.

O Prof. Barbosa Moreira destaca a identidade funcional das duas técnicas, regime especial do litisconsórcio unitário e extensão da *res iudicata*, como mecanismos de solução adequada para as situações unitárias porque estas exigem, repita-se, uniformidade temporal e factual. A solução de um litígio que envolva situação unitária deverá, na prática e ao mesmo tempo, influir de forma idêntica nas situações individuais que se ligam à situação global. As situações plurissubjetivas unitárias se compõem de situações individuais que guardam entre si tamanha comunhão que se pode dizer que: a *preservação do direito de um é a preservação dos direitos dos demais, a perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais ou, ainda, a modificação do direito de um é a modificação dos direitos dos demais*.

A uniformidade, então, implica, não apenas em solução idêntica, mas solução que influa de forma igualitária na situação global, alterando na prática e uniformemente as situações individuais, ainda que certos titulares de direitos ligados pelo vínculo da unitariedade não tenham figurado como partes.

Vale relembrar o alerta do querido mestre²¹ de que a razão de ser da unitariedade é de ordem prática e não meramente de ordem lógica:

Confirma-se, por outro lado, a incoerência de unitariedade no âmbito do litisconsórcio propriamente facultativo, ainda quando a decisão da causa dependa da solução que se der à questão suscitada sobre o ponto comum (de fato ou de direito): por certo, do ponto-de-vista *lógico*, impõe-se que tal questão seja resolvida do mesmo modo para todos os litisconsortes; mas, como inexistente vinculação *prática* entre as várias posições jurídicas individuais, não se torna impossível a atuação simultânea de regras concretas divergentes acaso formuladas para cada um dos co-autores ou corréus. O ordenamento prefere tolerar essa ofensa à lógica, vista aí como *mal menor*.

É possível, assim, que duas situações jurídicas semelhantes tenham soluções discrepantes. Exemplo desta hipótese se dá quando dois servidores públicos, amparados em mesma norma legal, pleiteiam certo benefício funcional através de processos distintos. Nada impede que um tenha sentença favorável e outro, sentença desfavorável. Há aqui evidente paradoxo ou incongruência do ponto de vista da lógica. Como é possível que duas pessoas com as mesmas posições jurídicas tenham, ao mesmo tempo, negado e afirmado o mesmo direito? Realmente o absurdo aos olhos dos inexpertos; no entanto, trata-se de hipótese perfeitamente admissível pelo sistema jurídico, como destacou o Prof. Barbosa Moreira, sobretudo em razão do princípio do livre convencimento do juiz e da incoerência de princípio como o *stare decisis*²², este peculiar ao sistema jurídico denominado *common law*.

Diferente é a solução quando se trata de situação unitária, como ocorre, *v.g.*, em relação aos co-locadores na ação renovatória de contrato de imóvel comercial²³. Neste caso, se dois co-locadores propusessem duas ações distintas, não seria razoável do ponto de vista prático que houvesse duas decisões opostas, uma, negando, outra, reconhecendo o direito à renovação do contrato. Há tal comunhão de interesses das posições jurídicas individuais que a solução para a posição global só pode ser uniforme. E mais, se apenas uma ação renovatória fosse proposta por um dos co-locatários, a solução desta lide afetaria o universo jurídico de todos os co-locatários, independentemente de terem sido ou não partes no processo.

A comunhão de interesses entre titulares de direitos que compõem situações unitárias situa-se no nível da objetividade prática e não da objetividade lógica,

pois há tamanha vinculação com a situação global que, alterada esta por ação de um dos titulares dos direitos individuais, alteram-se todos os direitos individuais a ela vinculados.

Diante do exposto, podemos afirmar que os litígios que envolvem *situações unitárias*: 1) exigem soluções uniformes, do ponto de vista prático, para todos os titulares de direitos individuais que compõem a situação global; 2) implicam em alteração na situação global e, portanto, nas diversas posições jurídicas individuais que a compõem, independentemente de terem sido partes ou não.

Por tal motivo o Prof. Barbosa Moreira²⁴ afirma:

Se por tal prisma são iguais e interligadas as posições jurídicas individuais de dois ou mais sujeitos, então essa regra concreta necessariamente os atinge a todos com idêntica eficácia. Por isso tem de possuir o mesmo teor para os que figurem num dos pólos do processo (unitariedade do litisconsórcio) e alcança mesmo os que a ele permaneçam estranhos, conquanto houvessem podido consorciar-se ao(s) autor(es) ou ao(s) réu(s) (extensão da coisa julgada).

A unitariedade da situação global é que determina a existência de litisconsórcio unitário e a extensão da coisa julgada, institutos de idêntica funcionalidade, qual seja, afastar decisões incongruentes e inexecutíveis (o que não significa que o Direito Pátrio adote os dois institutos para todas as situações unitárias). A referência a ambos no texto transcrito tem por fim exatamente o reconhecimento de que é a natureza dos direitos individualmente considerados em face da situação global que determina a unitariedade desta mesma situação, a exigir solução que seja uniforme, do ponto de vista prático, e que abarque todas as posições jurídicas individuais.

Barbosa Moreira²⁵, quando afirma que as raízes do litisconsórcio unitário estão na natureza do direito material, esclarece bem a questão:

Mais profícua, como tentativa de esclarecimento, afigura-se a efetuada por Machado Guimarães, que num interessantíssimo ensaio, propôs se desse à expressão "interesse", na fórmula do art. 88²⁶, entendimento capaz de afeiçoá-lo às exigências do direito material, pois neste, e não no processual, é que lança raízes e encontra sua explicação última o fenômeno do litisconsórcio. "Comunhão de interesses", aí significaria "comunhão de direitos", ou mais exatamente "comunhão de direitos no objeto da demanda".

A mesma razão de ser dos dois institutos antes referidos (litisconsórcio unitário e extensão da coisa julgada) constitui o fundamento fático da existência

dos interesses/direitos essencialmente coletivos: uma situação plurissubjetiva unitária.

Os interesses/direitos essencialmente coletivos são instituto de direito processual em razão do reconhecimento dos processualistas de que existem bens em relação aos quais as pessoas têm seus direitos individuais intimamente ligados pela fruição ou interesse coletivo.

A razão da existência dos interesses/direitos coletivos está na natureza do bem objeto do direito material, mas tal fato não descaracteriza o instituto como processual, porquanto é sob este prisma que aquela situação jurídica global sobre determinado bem é observada.

Não se afigura, portanto, despropositado colocar o *interesse/direito essencialmente coletivo como instituto processual* de idêntica funcionalidade àquela do litisconsórcio unitário e da extensão da coisa julgada. Independentemente dos mecanismos próprios de cada instituto, inafastável o fato de que é precisamente a necessidade de solução uniforme, do ponto de vista prático, para situações plurissubjetivas unitárias a razão de ser de sua existência.

A distinção entre o interesse/direito essencialmente coletivo e o litisconsórcio está na dimensão coletiva daquele que falta a este. A dimensão coletiva pode ser identificada pela relevância jurídico-social da demanda por tratar de interesse comum a todos os membros da sociedade ou de parcela que a compõe.

A referência à indivisibilidade feita pelo legislador no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos interesses/direitos difusos e coletivos, indica o reconhecimento da unitariedade das lides que pretende regular. Barbosa Moreira²⁷ afirma que “do ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei essencialmente coletivos distinguem-se porque seu objeto é indivisível”.

A indivisibilidade do objeto do litígio (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) significa que se trata de litígio em que estão envolvidas situações plurissubjetivas ligadas pelo vínculo da unitariedade. Indivisibilidade do direito ou do objeto do litígio é sinônimo de situações plurissubjetivas unitárias de dimensão coletiva.

Interesse/direito essencialmente coletivo é, portanto, instituto de direito processual que visa a regular numa só norma jurídica concreta situações plurissubjetivas unitárias de dimensão coletiva que compreendem um número indeterminado (difusos) ou determinável (coletivos *stricto sensu*) de pessoas que têm posições jurídicas individuais de tão íntima comunhão em relação a determinado bem, que a solução para a lide deve ser uniforme, do ponto de vista prático, para todos os titulares.

As consequências práticas da imbricação das posições jurídicas individuais com a situação global, em se tratando de situações plurissubjetivas unitárias, podem ser identificadas também nos interesses/direitos essencialmente coletivos, quais sejam: a *preservação do direito de um é a preservação dos direitos dos demais*, a *perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais* ou, ainda, a *modificação do direito de um é a modificação dos direitos dos demais*.

Por tal motivo, Prof. Barbosa Moreira²⁸ afirma:

Não se está focalizando, nesta perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incidível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal.

A compreensão da unitariedade como causa dos interesses/direitos essencialmente coletivos tem enorme importância prática, exatamente como destacou o querido mestre carioca, em razão das consequências da incidibilidade da posição global em que estão inseridas as posições jurídicas individuais. A exata percepção desta questão poderia dissipar a névoa que paira sobre doutrina e jurisprudência na perfeita identificação concreta dos direitos coletivos *lato sensu*, em especial em relação aos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

A unitariedade ou incidibilidade ou indivisibilidade do objeto da demanda ou, em outros termos, da situação plurissubjetiva identifica-se, segundo Barbosa Moreira²⁹, “à vista do pedido e da *causa petendi*”. A causa de pedir é fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui às consequências jurídicas afirmadas na petição inicial. Se a causa de pedir compreender uma situação jurídica transindividual³⁰ unitária, o resultado da demanda será necessariamente indivisível. O pedido, por sua vez, deve se apreciar à luz de seus objetos imediato e mediato³¹. O objeto imediato é a providência jurisdicional solicitada, enquanto o mediato é o bem que o autor pretende conseguir por meio da prestação jurisdicional³². Se o objeto mediato compreende bem relacionado com a situação plurissubjetiva unitária, o objeto imediato será, necessariamente, uma prestação jurisdicional de natureza uniforme (ou igualmente unitária), sob pena de faltar ao autor interesse de agir, na espécie interesse-adequação, que se determina pela adequação entre o objeto imediato e mediato do pedido.

A unitariedade, ademais, pode ser material ou jurídica³³. A unitariedade material é aquela decorrente de uma situação fática, como ocorre, *v.g.*, em relação ao meio ambiente. A unitariedade jurídica, embora de reduzidíssima possibilidade, encontra exemplo em ação para anular assembleia de acionista de sociedade anônima ou em ação que envolva litígio decorrente de contrato coletivo de trabalho.

Convém, neste passo, destacar que a legitimação extraordinária e a extensão da coisa julgada não são causa dos interesses/direitos essencialmente coletivos, embora sejam institutos utilizados pelo legislador na regulação das ações coletivas a fim de dar coerência e maior eficácia à tutela coletiva.

A legitimação extraordinária prevista na legislação pátria (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor) nada tem a ver com a etiologia dos interesses/direitos essencialmente coletivos, sendo, antes, uma questão de política legislativa. Basta reconhecer que não é a legitimação extraordinária que faz surgir o interesse/direito essencialmente coletivo, pois é possível que o legislador proponha esta técnica para ações em que se veiculem lides sem a característica da unitariedade (exemplo é a defesa coletiva dos direitos acidentalmente coletivos).

A extensão da coisa julgada ordenada pelo art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, também não justifica a existência da unitariedade; esta é que justifica aquela, técnica processual cujo fim é afastar a possibilidade de outra decisão judicial, eventualmente contraditória, sobre situação jurídica unitária.

4. A cindibilidade dos Direitos Acidentalmente Coletivos

Os interesses/direitos acidentalmente coletivos, por sua vez, têm sua regulação pela similitude com o litisconsórcio comum.

Barbosa Moreira³⁴ define litisconsórcio comum como sendo aquele que permite “tratamento heterogêneo, na decisão de mérito, aos vários coautores ou co-réus”. Cândido Rangel Dinamarco³⁵ afirma que “litisconsórcio comum é o não unitário, ou seja, é aquele em que o juiz tem (relativa) liberdade para julgar de modos diferentes as pretensões ou situações dos diversos litisconsortes.”

A semelhança do litisconsórcio comum com os direitos acidentalmente coletivos está precisamente na cindibilidade da norma jurídica concreta em razão da autonomia das situações jurídicas individuais que compõem as situações globais reguladas pelos dois institutos processuais.

Barbosa Moreira³⁶ após discorrer sobre os direitos essencialmente coletivos, indaga e esclarece:

Que são litígios acidentalmente coletivos? Estes não apresentam as mesmas características daqueles, sobretudo a característica da indivisibilidade do objeto... Nada impede, entretanto, que estabeleçamos a divisão: cada um tem direito a tanto, ou não tem direito; uns podem ter, outros podem não ter. A solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá com a outra espécie, em que não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração da paisagem.

A característica dos direitos acidentalmente coletivos é a divisibilidade, que reside no fato de que não há qualquer vínculo de unitariedade entre os diversos direitos individuais ou, de outro modo, na cindibilidade da norma jurídica concreta em razão da autonomia das situações jurídicas individuais que compõem a situação global.

Vale destacar que a cindibilidade ou divisibilidade do direito não significa que haja um único direito com vários titulares a certa fração ideal, mas vários direitos individuais que compõem, do ponto de vista do direito processual, uma comunhão de direitos tão assemelhados que se justifica sua defesa coletiva em homenagem ao princípio constitucional do acesso à justiça, permitindo, via de consequência, uma sentença que pode tratar as diversas situações individuais de distintas maneiras, dependendo de como cada uma se insere na situação global.

A cindibilidade ou divisibilidade dos interesses/direitos acidentalmente coletivos não se destaca apenas na possibilidade da norma jurídica concreta decidir de maneira não uniforme as diversas situações jurídicas individuais que compõem a lide. O grande diferencial reside no fato de que a decisão judicial proferida em ação de tutela individual sobre uma situação jurídica individual, dada a absoluta autonomia das diversas situações jurídicas que compõem a situação global nos direitos acidentalmente coletivos, restringe-se ao patrimônio jurídico das partes, não alterando a situação jurídica das outras pessoas que tenham direitos assemelhados àquele defendido individualmente.

A cindibilidade da decisão no mesmo processo, portanto, não é o único ponto de referência, mas a absoluta cindibilidade ou divisibilidade dos interesses/direitos individuais que, olhados do enfoque da tutela coletiva, podem se defendidos coletivamente, mas, permitem, também, a defesa individual, *sem que esta altere a situação dos demais titulares de interesses/direitos individuais.*

A divisibilidade ou cindibilidade dos interesses/direitos acidentalmente coletivos se caracteriza pela possibilidade de decisão não uniforme sobre as diversas situações jurídicas individuais, no mesmo processo ou em processos distintos, sem que esta situação produza uma contradição, *do ponto de vista prático*, ainda que eventualmente isto ocorra do ponto de vista lógico, na medida em que o sistema jurídico admite contradições lógicas para preservar sua integridade, como já foi esclarecido anteriormente.

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que servidores ingressam no serviço público na mesma data e com o mesmo estatuto funcional. Passados alguns anos, este estatuto sofre alteração que causa prejuízo na situação funcional daqueles servidores. Pergunta-se: 1) Pode um servidor pleitear individualmente a tutela de direito que entende possuir? 2) Fazendo-o e havendo sucesso na causa, esta alteração em sua situação jurídica individual ficará restrita ao seu patrimônio pessoal, isto é, não produzirá, do ponto de vista prático, alteração na situação individual dos demais? 3) Poderá ocorrer que outro servidor ingresse com outra ação e veja rejeitada sua pretensão? 4) Esta rejeição é contraditória do ponto de vista lógico com o acolhimento da pretensão daquele primeiro servidor, mas há contradição prática que impeça a execução de ambas as sentenças? 5) É possível a tutela coletiva dos direitos individuais de todos os servidores?

A resposta à primeira pergunta será sempre afirmativa em razão do direito fundamental de acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (ainda que se cuide de direito essencialmente coletivo defendido individualmente³⁷). A segunda pergunta deve ser respondida afirmativamente em razão da absoluta autonomia da situação jurídica individual do servidor em relação às situações jurídicas individuais dos demais servidores, nada obstante sejam assemelhadas. A terceira resposta é afirmativa em razão do direito fundamental de acesso à Justiça e do princípio do livre convencimento do Juiz. A quarta se divide em duas, há contradição lógica, ao menos para o inexperto desafiado ao sistema jurídico, e não há contradição prática que impeça a execução de ambas as sentenças, a significar que se cuida de direitos acidentalmente coletivos. Por fim, diante do sistema processual pátrio, a resposta à quinta pergunta é afirmativa no sentido de que é possível a defesa coletiva dos direitos individuais dos servidores, sem prejuízo da tutela individual.

Desta forma, ainda que a divisibilidade signifique a possibilidade de decisão não uniforme para todos aqueles que integram o conjunto de substituídos/interessados numa lide coletiva, *o melhor critério* para identificar a natureza da situação global (não-unitária ou unitária) composta por diversos direitos individuais se encontra na resposta à segunda pergunta acima formulada³⁸, que tem por foco o poder de sentença proferida para tutela individual em alterar ou não as demais situações individuais das pessoas que não forem partes no processo, mas integrem aquela situação

plurissubjetiva global; em outras palavras, a limitação dos efeitos da sentença de tutela individual ao patrimônio jurídico das partes em razão da autonomia das diversas situações jurídicas individuais que compõem a situação global (divisibilidade que caracteriza os direitos acidentalmente coletivos) ou a extensão, por necessidade prática, dos efeitos da sentença de tutela individual ao patrimônio jurídico das demais pessoas envolvidas na situação global em razão do vínculo da unitariedade que as une (unitariedade que caracteriza os direitos essencialmente coletivos).

Assim, diante de certa situação jurídica plurissubjetiva de dimensão coletiva, se a resposta à segunda pergunta for positiva, cuida-se de interesse/direito acidentalmente coletivo (não-unitários); caso contrário, isto é, resposta negativa, trata-se de interesses/direitos essencialmente coletivos (unitários)³⁹.

A divisibilidade do objeto do litígio (interesses/direitos individuais homogêneos⁴⁰) significa dizer que se trata de litígio em que está envolvida situação plurissubjetiva composta por situações jurídicas individuais e autônomas, embora ligadas pelo vínculo da similitude. Divisibilidade do direito ou do objeto do litígio é sinônimo, portanto, de situação pluri-subjetiva constituída de interesses/direitos individuais autônomos e assemelhados, os quais merecem ser tutelados coletivamente em razão de suas semelhanças e da dimensão social que assumem em vista do grande número de interessados e das graves repercussões da lide na comunidade⁴¹.

A transindividualidade ou plurissubjetividade não é da essência destes interesses/direitos; surge por obra da positivação de sistema de defesa coletiva dos mesmos, daí se falar em *transindividualidade accidental*. Cuida-se de simples técnica processual elaborada para garantir o direito fundamental de acesso à justiça, sem qualquer relação com a natureza em si dos interesses/direitos (como ocorre com os interesses/direitos submetidos ao vínculo da unitariedade.)

Interesse/direito acidentalmente coletivo é, portanto, instituto de direito processual que visa a regular numa só norma jurídica concreta situações jurídicas individuais e autônomas que se vinculam pela similitude e assumem dimensão coletiva em razão do grande número de titulares e das repercussões sociais da lide.

Vale recordar que a extensão da coisa julgada a todos os titulares de direitos individuais que compõe a situação transindividual ou plurissubjetiva não unitária, embora seja técnica própria das situações globais ou plurissubjetivas unitárias, aplica-se às hipóteses de direitos acidentalmente coletivos por critério de política legislativa.

BIBLIOGRAFIA E ESCLARECIMENTOS SEPARADOS:

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual-Terceira Série**, p. 193.

² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: RT, 2002, p. 211; GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 20; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 66; GIDI, Antonio. **La Tutela de Los Derechos Difusos, Coletivos e Individuales Homogêneos**. México: Porrúa, 2003, p. 32; LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002, p. 101.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. *Revista de Processo*, n. 61. São Paulo: RT.

⁴Esta semelhança não passou despercebida por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, conforme se vê de sua obra **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, RT, p. 211.

⁵ A designação “comum” ao litisconsórcio em que se admite tratamento heterogêneo aos coautores ou corréus é utilizada por Barbosa Moreira (**Litisconsórcio Unitário**, p. 129) e Cândido Rangel Dinamarco (**Litisconsórcio**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 123); enquanto, “simples” é a designação utilizada por Humberto Theodoro Júnior (**Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 2.ed., p. 114).

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 10.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. *Revista de Processo*, n. 61. São Paulo: RT.

¹⁰ VIGORITI, Vicenzo. **Interessi Collettivi e Processo**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p.49 e 58: “Ora, in certi casi almeno, si può indubbiamente affermare che quanti si riconoscono in un certo interesse costituiscono una “comunitá”, o un “gruppo” differenziato a livello sociológico, ma non credo che, nel nostro ordinamento, gruppi di questo tipo possano essere considerati, in senso tecnico, centri di imputazione normativa...Si aggiunga solo che ricostruzioni di questo tipo, referendosi al collettivo come a un qualcosa del tutto diverso e sovraordinato all’individuale, finiscono sempre col distogliere

l'attenzione dal protagonista effettivo del fenômeno coletivo, e cioè dalla persona, a cui gli interessi, anche se a rilevanza superindividuale, non cessano mai di appartenere."

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. A tutela dos Interesses Difusos. *Revista Ajuris*, v. 33, 1985.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro. *In: Temas de Direito Processual, Terceira Série.*

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 55.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *In: Temas de Direito Processual, terceira série.*

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 129.

¹⁶ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes em sua obra *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 213, informa sobre a confusão doutrinária jurisprudencial a respeito do tema.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 143.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 144.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 140.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 140.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 145.

²² RE, Edward D. *Stare Decisis*, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 73.

"A compreensão de que, no sistema do *common law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema da *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente. A doutrina, cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se distúrbie o que foi decidido) tem raízes na orientação do *common law* segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira".

²³ Exemplo de Barbosa Moreira *in Litisconsórcio Unitário*, p. 131.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**, p. 143.

²⁵MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Litisconsórcio e seu Duplo Regime. **Revista dos Tribunais**. . São Paulo: RT, n. 393, 1968.

²⁶ A referência aqui é ao art. 88 do CPC de 1939, vigente à época do texto.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 61.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**, p. 146.

³⁰ Situação transindividual deve ser aqui considerada como situação jurídica plurissubjetiva de dimensão coletiva. No caso dos interesses/direitos essencialmente coletivos, a transindividualidade é da natureza em si dos diversos direitos individuais, ou, como diz Barbosa Moreira: "a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos".

³¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, p. 212.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12.

³³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, p. 212.

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**, p. 129.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 123.

³⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**.

³⁷ Sobre o tema "direitos essencialmente coletivos e legitimação de pessoa física" vale conferir as considerações de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, p. 256/257.

³⁸As demais perguntas servem apenas para esclarecer melhor a questão.

³⁹A propósito de uma ação individual ter as mesmas conseqüências de uma ação de tutela coletiva, vale verificar o percuente exame do tema por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que conclui pela identidade prática das duas ações(de tutela individual e de tutela coletiva) em se tratando de direitos essencialmente coletivos, à vista da unitariedade. Negar legitimidade àquele indivíduo que busca tutelar seu direito individual vinculado a outros pela unitariedade seria o mesmo que denegar o acesso à jurisdição. **Ações Coletivas no Direito Comprado e Nacional**, p. 256/257.

