



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

NATÁLIA NOGUEIRA DANTAS

**A TITULARIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAS: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A
PROPOSTA DE EDILSON VITORELLI**

**SOUSA – PB
2019**

NATÁLIA NOGUEIRA DANTAS

**A TITULARIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAS: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A
PROPOSTA DE EDILSON VITORELLI**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva.

**SOUSA – PB
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

D192t

Dantas, Natália Nogueira.

A titularidade dos Direitos Transindividuais: uma análise comparativa entre o Código de Defesa do Consumidor e a Proposta de Edilson Vitorelli / Natália Nogueira Dantas. - Sousa: [s.n], 2019.

53 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva

1. Direito Transindividuais. 2. Titularidade. 3. Processo Coletivo.
I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 347

NATÁLIA NOGUEIRA DANTAS

**A TITULARIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUOS: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A
PROPOSTA DE EDILSON VITORELLI**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva.

Data da aprovação: 27/11/2019

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva
Orientador - CCJS/UFCG

Prof.^a Me. Kaline Lima de Oliveira Moreira
Examinador(a)

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa
Examinador(a)

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Rubéns e Lenira, e à minha irmã,
Letícia, por todo o amor e confiança
depositados em mim.*

AGRADECIMENTOS

No momento em que concluo esse grande sonho, venho agradecer aos que foram essenciais a esta conquista.

A Deus, por não me abandonar em nenhuma parte da caminhada até aqui. Só tenho agradecer por todas as bênçãos que me concede, principalmente pela minha família.

Aos meus pais, Rubéns e Lenira, por nunca medirem esforços para proporcionar a conquista desse sonho, que também é deles. Obrigada por todas as vezes que me incentivaram a continuar.

À minha irmã, Letícia, por nossa parceria que torna todos os caminhos mais fáceis. Obrigada por todo o carinho e apoio nos momentos que faltaram forças para me reerguer.

Ao meu namorado, Emanuel, por estar ao meu lado em todos os momentos, sempre me instigando a buscar mais. Você me faz ser uma pessoa melhor com sua positividade, me mostrando o lado bom em todas as situações.

À minha melhor amiga, Ana Paula, por sempre me ouvir e me compreender. Fico imensamente feliz em estarmos concluindo juntas mais essa fase das nossas vidas.

Aos grandes amigos que Sousa me presenteou, Ana Livia, Ângela, Lucas, Mateus, Emily, Ingrid, Larice, Orlando, Paulo, Pedro e Vinícius, desejo que nosso laço seja eterno! De qualquer lugar sempre estarei torcendo por vocês.

Ao meu orientador, Eduardo, que sempre com muita ternura, me auxiliou na elaboração desse trabalho.

A todos os meus professores, desde o CEAJP, passando pelo CDS, até a UFCG. Os seus ensinamentos tornaram esse momento possível, os levarei para sempre.

Em especial a Graziela, professora que cultivou o meu encanto pelo processo coletivo, através de suas lições sempre únicas.

Esse sonho foi conquistado graças a cooperação de todos vocês, vencemos juntos! Muito obrigada!

RESUMO

A titularidade dos direitos transindividuais nunca foi um assunto pacífico na doutrina nacional. O presente trabalho norteia-se na incógnita sobre a afirmação de que os direitos transindividuais pertencem a todos e a ninguém ao mesmo tempo. Objetiva-se então analisar a titularidade desses direitos a partir da definição existente no Código de Defesa do Consumidor e na teoria proposta por Edilson Vitorelli sobre uma nova tipologia para esses direitos. Para alcançar esse resultado, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo; método de procedimento histórico e comparativo, e; técnica de pesquisa: pesquisa bibliográfica. Inicia-se demonstrando o cenário histórico e social que recepcionou os direitos transindividuais e o processo coletivo, além de relembrar como se deu a construção do microsistema de processo coletivo no Brasil. Segue com a explanação da forma como o Código de Defesa do Consumidor conceitua os direitos transindividuais e a quem concede sua titularidade, comentando as características destes direitos e expondo o que é ser titular de um direito. Por fim, elucida-se o porquê os direitos transindividuais não estão dispostos de forma clara no Código de Defesa do Consumidor, e apresenta-se a teoria de Edilson Vitorelli, com um novo conceito e nomenclatura para esses direitos. Após a comparação realizada no estudo, chega-se à conclusão que a teoria utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor é insuficiente para a solução de litígios coletivos complexos, enquanto a de Edilson Vitorelli supre as necessidades desses conflitos. Ademais, foi observado que, em relação aos litígios coletivos simples, o Código de Defesa do Consumidor é eficaz, enquanto a de Edilson Vitorelli apresenta pouca diferença prática na solução desses litígios, vez que o CDC é suficiente.

Palavras-chave: Direitos Transindividuais. Titularidade. Processo Coletivo.

ABSTRACT

The ownership of transindividual rights has never been a peaceful matter in national doctrine. The present work is guided by the great unknown about the affirmation that the transindividual rights belong to everyone and nobody at the same time. The objective is to analyze the ownership of these rights from the definition existing in the Code of Consumer Protection and the theory proposed by Edilson Vitorelli about a new typology for these rights. To achieve this result, the deductive approach method will be used; historical and comparative procedure method, and; research technique: bibliographical research. Starts by demonstrating the historical and social value that received the transindividual rights and the collective process, as well as remembering the construction of the collective learning process microsystem in Brazil. It follows with an explanation of how the Code of Consumer Protection explains transindividual rights and who grants their ownership, commenting on the characteristics of these rights and explaining what it is like to have a right. Finally, it clarifies why transindividual rights are not clearly stated in the Code of Consumer Protection, and presents the theory of Edilson Vitorelli, with a new concept and nomenclature for these rights. After comparing the study, it is concluded that the theory used by the Code of Consumer Protection is insufficient to solve complex collective disputes, while that of Edilson Vitorelli meets the needs of these conflicts. Moreover, it was observed that, in relation to simple collective disputes, the Code of Consumer Protection is effective, while Edilson Vitorelli's has little practical difference in resolving these disputes, since the CDC is sufficient.

Keywords: Transindividual Rights. Ownership. Collective Process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor;

LACP – Lei de Ação Civil Pública;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

STF – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 CRESCENTE HISTÓRICA DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL	11
2.1 Dos Direitos Transindividuais: origens e perspectivas gerais	11
2.3 A criação do processo coletivo no Brasil.....	16
2.3.1 <i>O Microssistema Processual Coletivo Brasileiro.....</i>	<i>18</i>
3 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO CDC E SUAS TITULARIDADES	22
3.1 Características dos Direitos Transindividuais	22
3.2 Os Direitos Transindividuais na sistemática do CDC.....	23
3.3 Definição de Titularidade.....	30
3.2.1 <i>A Titularidade no Processo Coletivo.....</i>	<i>33</i>
4 A PROPOSTA DE UMA NOVA TIPOLOGIA POR EDILSON VITORELLI – TEORIA DA DIFUSÃO	36
4.1 Os problemas da Titularidade dos Direitos Transindividuais.....	37
4.2 A proposta de Edilson Vitorelli	39
4.3 A construção de um novo conceito	42
4.4 Análise comparativa sobre as definições de titularidade dos direitos transindividuais	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento, com o advento dos direitos fundamentais de terceira geração, ronda sobre o conceito dos direitos transindividuais dúvida sobre a quem eles pertencem. O questionamento se tornou ainda mais emblemático quando, em 1984, Waldemar Mariz afirmou que esses direitos eram titulados por todos, ao mesmo tempo que não pertenciam a ninguém.

Após longos debates sobre o assunto, esperava-se que o problema fosse solucionado através do Código de Defesa do Consumidor, pois em seu corpo viria o conceito de direitos transindividuais. O que não aconteceu, pois o Código utilizou termos gerais para indicar os titulares dos destes direitos.

Por esse motivo, Edilson Vitorelli se dedicou a uma teoria que observou os direitos transindividuais por um lado inédito. O autor deu-lhes novos conceitos e nomenclatura, com o objetivo de identificar de forma clara quem são os titulares desses direitos.

O despertar para a realização desta pesquisa ocorreu quando conheci a teoria de Edilson Vitorelli através do livro “Curso de Processo Coletivo: Processo Coletivo” e, ao pesquisar sobre o assunto, entendi como um assunto pertinente, tendo em vista concordar com o autor nas críticas ao CDC.

Um novo conceito para direitos transindividuais é necessário porque o CDC trata o aspecto objetivo desses direitos como indivisível. Essa indivisibilidade é usual quando se tratar de litígios coletivos simples, mas não é capaz de solucionar conflitos coletivos complexos, quando os titulares dos direitos sofrem lesões em intensidades diferentes, não satisfazendo os interesses dos titulares uma solução única.

Nesse sentido, a problemática desta pesquisa é a ausência de uma definição concreta sobre quem são os titulares dos direitos transindividuais. E, por isso, seu objetivo é analisar a teoria utilizada no Código de Defesa do Consumidor e a teoria de Edilson Vitorelli para, comparando-as, verificar se eles definem até qual ponto eles são satisfatórios nas definições desses titulares, além de observar se há divergência significativa entre elas.

Para alcançar os objetivos foi utilizado o método comparativo. Quanto aos objetivos gerais, utilizou-se a forma descritiva, pois objetiva descrever as

características do fenômeno objeto deste estudo; e explicativa, pois visa identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência desses fenômenos.

Quanto à natureza trata-se de uma pesquisa aplicada, posto que os conceitos aqui estudados servirão para soluções de problemas específicos, quais sejam, os litígios coletivos. Quanto a forma de abordagem do problema também foi aplicada, pois acredita que há uma relação entre o mundo real e o planeta que não pode ser traduzida em números. Finalmente, quanto ao procedimento técnico é bibliográfico, utilizando-se livros, artigos, jurisprudênciae legislação.

A fundamentação teórica está baseada em três capítulos. O primeiro capítulo diz respeito ao surgimento dos direitos transindividuais e do processo coletivo, fazendo-se análise também do microssistema de processo coletivo no Brasil.

O segundo capítulo estudará a teoria dos direitos transindividuais utilizada no Código de Defesa do Consumidor, dando ênfase à sua titularidade.

Já o terceiro capítulo percorrerá sobre os problemas encontrados no conceito utilizado pelo CDC, apresentará a proposta de Edilson Vitorelli sobre uma nova conceituação dos direitos transindividuais, onde, segundo o autor, é mais fácil determinar o titular. Por fim, ainda no terceiro capítulo, se faz uma breve comparação entre os principais aspectos das teorias apresentadas.

2 CRESCENTE HISTÓRICA DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

Para compreensão acerca da história dos direitos transindividuais no sistema jurídico do ocidente, em particular, considerando a evolução do processo coletivo no Brasil, será fundamental para identificar como ocorreu a definição da titularidade dos direitos transindividuais, adotada hoje pelo ordenamento jurídico nacional.

2.1 Dos Direitos Transindividuais: origens e perspectivas gerais

Para fins didáticos a doutrina divide os direitos fundamentais como direitos de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira geração, herança deixada pelo modelo de Estado Liberal, foram os primeiros direitos conquistados pelos povos antigos, datados do século XVII e XVIII.

Nos direitos de primeira dimensão, o Estado tem o dever principal de não fazer, restando um dever secundário de fazer, de agir. Por exemplo, no tocante ao direito à vida, o Estado tem o dever principal de não tirar minha vida, mas tem o dever secundário de garantir a todos uma vida digna (dever de fazer) (MARTINS, 2019, p. 817).

Esses direitos comportam direitos indispensáveis ao homem, como o direito à vida, a propriedade e a liberdade. Por exemplo, somente após o advento desses direitos o Estado não pode mais apoderar-se de propriedades privadas, em regra.

Posteriormente, no início do século XX, surgiu pela primeira vez os direitos fundamentais de segunda geração, inaugurado na Constituição do México, em 1917. No rol dos direitos fundamentais de segunda dimensão estão os direitos ao trabalho, à educação e à saúde.

Nesse contexto, durante a época pré-industrial a tutela do sistema judiciário se voltava exclusivamente para ser humano e para o Estado.

Os conflitos sociais não eram tratados como pauta significativa para o sistema jurídico, posto a marginalização da tutela coletiva.

Nesse sentido, o sistema processual estava polarizado, tutelando apenas os interesses particulares e públicos, afastando-se dos bens pertencentes à comunidade.

Porém, com a chegada do final do século XX, a sociedade passou por diversas alterações sociais que refletiram na forma como o Estado dividia os bens que titulava.

Nas últimas décadas do século XX consolidou-se o chamado Estado Social, preocupado com a judicialização de interesses antes marginalizados da tutela estatal. A respeito desse cenário político-histórico, Pedro Lenza assevera que, o Estado 'apresenta-se como o grande responsável pela harmonização social e assegurador de alguns direitos que vinham sendo mutilados pela fúria capitalista da Revolução Industrial', emergindo, assim, o chamado Estado Assistencial (RODRIGUES, 2012, p. 15).

A sociedade então passou a sofrer diversas alterações, principalmente após o fim dos regimes absolutistas, fazendo nascer um Estado mais passivo diante da sociedade. As alterações sociais também derivaram das conquistas dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração, fazendo o convívio em sociedade tornar-se cada vez mais complexo.

Nesses conflitos, a identificação dos titulares não era simples, pois, pela primeira vez, os direitos extravasam a esfera do interesse pessoal. A autora Viviane Rodrigues (2012, p. 16) exemplifica o início dessas dificuldades:

Ilustrando esse aspecto, tornou-se problemática, sob a ótica do processo tradicional, a solução de litígio envolvendo, de um lado, fábricas emissoras de poluentes na atmosfera ou em águas fluviais e, de outro, determinada comunidade adjacente ou entidade de defesa dos valores atinentes ao meio ambiente, ou ainda, a violação em massa aos direitos dos consumidores lesados por cláusulas abusivas incluídas em contrato de adesão subscritos por uma infinidade de sujeitos (RODRIGUES, 2012, p.16).

Houve o aumento da ocorrência dos “conflitos de massa” (CINTRA *et al*, 2014, p. 358) – cujos envolviam grupos de pessoas, e não mais um sujeito de direito tomando individualmente. Tais conflitos eram, em sua maioria, relações de consumo e lesões ao meio ambiente, como ressaltou Zavasck (2005, p.19):

O fenômeno se deveu especialmente à tomada de consciência, pelos meios sociais mais esclarecidos, de ser inadiável a operacionalização das medidas destinadas (a) a preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agentes poluidores, e (b) a proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas consequências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias.

Em decorrência dos interesses sociais surgiram os direitos fundamentais de terceira geração, fundados no princípio da fraternidade e solidariedade. O autor

Alexandre de Moraes define os direitos fundamentais de terceira geração da seguinte forma:

modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso (MORAES, 2016, p. 92).

A doutrina defende que os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos transindividuais – metaindividuais ou coletivos em *latu sensu* –, uma vez que vão além do interesse individual, protegendo o gênero humano, baseado no humanismo e na universalidade, direcionando-se para a proteção do meio ambiente e, como consequência, a qualidade de vida (CINTRA *et al*, p, 358), conceitos que passaram a protagonizar cada vez mais os debates após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o início da Globalização.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também possui entendimento no sentido de os direitos fundamentais de terceira geração serem direitos transindividuais. O entendimento surgiu com o julgamento da ADI 3540-MC/DF, oportunidade em que foi decidido:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE¹

Uma vez que os direitos da coletividade não pertencem ao indivíduo e, tampouco, ao Estado, seu advento rompeu a bipolaridade público-privado, existente no ordenamento jurídico. Os novos direitos, os quais antes não ostentavam muita relevância judicial, figuram entre os polos, se mostrando como um meio termo (RODRIGUES, 2012, p. 15).

Assim, os primeiros direitos transindividuais que surgiram positivados na lei foram os direitos fundamentais de terceira geração, inaugurando o instituto no ordenamento jurídico.

¹ Grifo nosso (STF - ADI-MC: 3540 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)

Entretanto, ainda que os direitos fundamentais de terceira geração integrem o corpo constitucional, até os dias atuais é comum o debate doutrinário acerca da nomenclatura desses direitos. Partes dos doutrinadores os definem como direitos, enquanto outra parte afirma se tratar de interesses e, há ainda, alguns que acreditam não ser necessário tal debate, pois entendem que direitos e interesses são sinônimos (NEVES, 2012, p. 126).

Verdade é que, historicamente, trataram-se como sinônimos as palavras interesses e direitos, quando se refere aos direitos transindividuais. De sorte que, dentro de uma mesma legislação, encontram-se dispositivos que ora os tratam como interesses, ora os tratam como direitos.

Exemplo desta situação encontra-se no próprio corpo da Constituição Federal, que, no seu Título I, Capítulo II, refere-se aos direitos coletivos², enquanto, em seu art. 129, inciso III denomina-os como interesses coletivos³.

E, ainda, o Código de Defesa do Consumidor utiliza as palavras como sinônimas. O referido código, que possui um dispositivo específico para conceituar os direitos coletivos *latu sensu*, utiliza a conjunção “ou”, sem se posicionar se são direitos ou interesses como se vê:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça⁴, em suas decisões, alterna a nomenclatura utilizada, utilizando-as como sinônimos, sem nenhuma cautela (NEVES, 2012, p. 126).

² Título II, DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, CAPÍTULO I, DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

³ Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público:

III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (BRASIL, 1988).

Em sua obra, Curso de Processo Civil, Fredie Didier e Zaneti-Jr. (2016, p. 63) atribuem esta divergência à inspiração que a doutrina brasileira recebeu da italiana, posto que a última possuía o instituto do *interessilegitimi* (interesse legítimo).

De acordo com a lição dos autores, o ordenamento jurídico brasileiro está baseado “no princípio da unidade de jurisdição e da inafastabilidade da apreciação, pelo judiciário, da afirmação de lesão ou ameaça de direito” (DIDIER JR. e ZANETI JR, 2016, p.65), logo, os direitos subjetivos no Brasil se dividem em público e privado.

Por sua vez, ainda de acordo com os doutrinadores mencionados acima, no ordenamento italiano não se divide o direito subjetivo, logo, há os distintos: direito subjetivo e o interesse legítimo. Onde os primeiros são julgados pela justiça civil, e os últimos são julgados por órgãos da justiça administrativa (DIDIER JR. e ZANETI JR, 2016, p. 66).⁵

A presente pesquisa não tem o objetivo de resolver esta divergência, no entanto, se acostará a vertente doutrinária que entende que os direitos transindividuais são sim direitos, apoiando-se nas palavras de Watanabe (1998, p. 623), conforme citado por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 68-69):

Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Reforçando esse entendimento, exclamou Neves (2012, p. 127):

Contudo, tenho a impressão de que essa preocupação, apesar de legítima e bem-vinda, não tem qualquer consequência prática, porque não consigo imaginar um “interesse” difuso, coletivo e individual homogêneo que não possa ser tratado como direito subjetivo.

⁴ No julgamento RE 823-063-PR (2006/0036036-0) o Ministro Relator inicialmente utiliza o termo “para configuração de legitimidade ativa da associação para a propositura de ação civil pública faz-se necessário que o objeto da lide seja a defesa direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos” e, posteriormente, afirma que “A abrangência dos direitos defendidos na ação civil pública para atender à condição de interesses coletivos”.

⁵ Ou seja, enquanto o direito subjetivo, na legislação italiana, é vinculado ao indivíduo, os interesses legítimos vinculam-se ao interesse geral, possuindo relação com o Estado.

Assim disposto, para fins de compreensão da matéria aqui exposta, esse trabalho utilizará o termo “direito” sempre que se tratar de direitos transindividuais, por se apoiar em tal vertente doutrinária.

2.3 A criação do processo coletivo no Brasil

A partir do entendimento de relação circular entre o direito material e processual⁶, é possível chegar à conclusão que todos os direitos materiais necessitam de um respectivo direito processual, que, de forma eficaz, discipline sua tutela jurisdicional.

Por esse motivo, após o advento dos direitos transindividuais – direitos fundamentais de terceira geração – se fez necessário uma organização processual para a tutela desses direitos. Como bem aludiu Ada Pellegrini (*apud* RODRIGUES, 2012, p 16-17), “não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. (...) como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se, sobretudo, no plano do processo”.

A renovação processual mencionada pela autora se refere ao surgimento do processo coletivo. Dessa forma, o novo modelo do processo civil, qual seja o processo coletivo, tem seu alicerce social na crescente quantidade de relações intersubjetivas e fundamento político na inquietação social, para dar efetividade aos direitos sociais (RODRIGUES, 2012, p. 19).

Logo, a formulação do direito processual coletivo está diretamente ligada ao advento dos direitos coletivos, posto que a tradicional visão individual do processo demonstrou-se insuficiente para garantir a efetividade dos direitos transindividuais, forçando o Estado a produzir novas normas para que fosse possível tutelá-los (DIDIERJR. e ZANETI JR., 2016, p. 53).

Então, diante da necessidade de construir um modelo eficaz para a nova realidade social, os processualistas da época passaram a se dedicar ao assunto. Entre os anos de 1977 e 1981, o autor José Carlos Barbosa Moreira publicou quatro artigos que traçariam os contornos do que hoje é o processo coletivo no Brasil, introduzindo este modelo no debate jurídico nacional. O autor se baseou na doutrina

⁶ “o processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela” (DIDIER JR, 2016, p. 40)

italiana para dispor sobre o tema, tecendo conceitos, até hoje utilizados, de direitos difusos e coletivos.

Em suas obras o autor destacou a pouca utilização do instrumento da Ação Civil Pública e já previa o crescimento de litígios complexos, protagonizados pela massa social.

No mesmo sentido também produziram artigos Ada Pellegrini e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, dando ênfase ao avanço das complexidades dos conflitos sociais que não estavam sendo acompanhados pelo direito (OLIVEIRA JR., 1982, *apud* VITORELLI, 2015, p. 16).

Graças aos debates trazidos por estes doutrinadores o processo coletivo ganhou destaque no meio jurídico na década de 1980, e passou-se discutir sobre o assunto e sua necessidade.

À época a temática de processo coletivo era pouco vista nos países que adotam o sistema *Civil Law* – sistema adotado pelo Brasil, ademais não havia nenhuma aplicação prática nos países que adotam este sistema. Existiam grandes e relevantes debates sobre o assunto entre teóricos italianos, discussões essas protagonizadas por grandes nomes como Capelletti, Vigoriti e Denti, porém sem produção legislativa alguma.

A ausência de um modelo prático para a produção do processo coletivo no modelo *civil law* fez com que, no Brasil, os diálogos fossem contornados por admiração e dúvidas, sobre essa situação Kazuo Watanabe⁷exclamou:

Devo confessar, inicialmente, que vim para a palestra de hoje com a apreensão de um jogador de xadrez que vai a uma disputa levando o equipamento sem saber se está com as peças completas. O tema realmente reclama meditação profunda e o estudo a que procedi não me dá, ainda, a segurança de estar com os elementos completos.(WATANABE *apud* VITORELLI, 2015, p. 18)

Os autores⁸ que protagonizaram o debate sobre a nova modalidade processual no Brasil foram os mesmos encarregados de produzir o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. E, no referido código, evidenciou-se ainda mais as dúvidas sobre o novo assunto, principalmente sobre a titularidade dos direitos metaindividuais, como será visto em tópico específico.

⁷Vitorelli *apud* Watanabe, 2015, p. 18.

⁸Foram Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, com contribuições de Barbosa Moreira de acordo com MAZZILLI, p. 131

Na época em que o CDC estava sendo produzido, os juristas responsáveis por essa produção, acreditavam que tutelar os direitos transindividuais, naquele momento, era mais importante que formular um bom conceito para direitos transindividuais. Possivelmente motivados pela possibilidade destes direitos serem tratados como meros interesses e permanecerem sem tutela jurídica. Por esse motivo, definiram os direitos metaindividuais no CDC de forma ampla, com o objetivo de afastar interpretações que pretendessem barrar a tutela jurídica desses direitos (VITORELLI, 2015, p. 20).

Logo, devido a necessidade de tutelar os novos direitos de forma eficaz e rápida, o Código de Defesa do Consumidor – considerado o código de processo coletivo brasileiro, como será visto no tópico seguinte – foi produzido sem responder grandes questões do processo coletivo, qual seja a definição clara para os direitos transindividuais e a quem pertencem.

2.3.1 O Microssistema Processual Coletivo Brasileiro

Na legislação brasileira as matérias processuais clássicas são tratadas em códigos específicos. Estes códigos foram produzidos com o intuito de ditar o rito processual ao qual será aplicado, unificando todas as normas processuais e simplificando sua aplicação.

São processos clássicos no Brasil o processo civil e o processo penal. O primeiro é regido pelo Código de Processo Civil Brasileiro, ainda muito jovem no ordenamento jurídico nacional, de sorte que começou a produzir efeitos no ano de 2015, substituindo o antigo código que datava do ano 1973.

Enquanto o processo penal é orientado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, em vigência desde 1941.

Por sua vez, o processo coletivo não possui um código que reúna todas as normas que o regem, sendo conduzido então por legislações individuais e dispersas, formando o que o Superior Tribunal de Justiça chamou de Microssistema Coletivo.

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...) (BRASIL, 2004).

O microsistema de processo coletivo é tido como o mais enigmático do Brasil, e possivelmente do mundo. Pois todas as normas do microsistema dialogam entre si, completando-se, apesar de serem legislações de diferentes áreas específicas do direito, de sorte que não se limitam a tratar apenas de normas gerais, dispondo sobre conteúdos bastante específicos (AZEVEDO, 2012, p.118). Por exemplo, fazem parte do microsistema a legislação ambiental e a Lei de Improbidade Administrativa, leis deveras específicas.

Então, o Microsistema do Processo Coletivo Brasileiro consiste, de forma bastante resumida, em um conjunto de leis dispersas, que tratam de diversos assuntos específicos, mas que dialogam entre si e, juntas, regem o processo coletivo.

O referido microsistema é composto por duas partes, o núcleo duro e a periferia. O núcleo duro, de acordo com a obra de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 53) é composto pelo Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública e a Lei de Ação Popular, enquanto a periferia é composta por diversas leis, como a Lei de Improbidade Administrativa, A Lei do Mandado de Segurança, além daquelas que dispõem sobre o meio ambiente e sobre a acessibilidade, entre outras.

No entanto, Neves (2012, p. 42) não inclui a lei de Ação Popular no núcleo duro do microsistema processual, apesar de o mesmo alegar que a doutrina é pacífica quanto ao assunto⁹. Quanto à periferia o autor explana:

São inúmeras as leis que compõem o microsistema coletivo, por exemplo: Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.492/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança) (NEVES, 2012, p. 41-42).

Repara-se que muitas são as leis que compõem o microsistema do processo coletivo, não sendo necessário dispor sobre todas nessa pesquisa. Por esse motivo,

⁹ Apesar da inegável pluralidade de leis a comporem o microsistema coletivo, a doutrina parece tranquila no sentido de indicar que o núcleo duro desse microsistema é formado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor 13 . Para alguns, inclusive, só existiriam o Código de Defesa do Consumidor e a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/1985 e reafirmada, contrariada ou complementada pelas demais leis mencionadas 14 . Seja como for, não há como negar a relevância das Leis 7.347/1985 e 8.078/1990 para o microsistema coletivo. P 42

destacar-se-á os quatro marcos legislativos, acompanhando o entendimento de Zavasck (2005).

A primeira legislação brasileira que trouxe os direitos transindividuais em sua redação foi a Lei da Ação Popular, que, apesar de datar do ano 1965, apenas em 1977, devido alteração sofrida com o advento da Lei 6.513/77, incluiu os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico ao patrimônio público¹⁰. Possibilitando que estes direitos fossem tutelados por meio de ação popular.

O segundo e *principal*¹¹ marco legislativo do processo coletivo ocorreu em 1985, com o advento da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85). Sobre o advento desta lei, Zavasck lecionou (2005, p.23):

Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei Veio inaugurar um autêntico sub-sistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

Nesse sentido, só após a edição da LACP, os direitos transindividuais passaram a ter um instrumento próprio para sua tutela judicial. Visto que, antes da referida lei, o ordenamento jurídico só possuía instrumento para tutela de direitos subjetivos individuais.

Após a edição da LACP, o próximo grande marco para o processo coletivo foi a promulgação da Constituição Federal, em 1988. A carta magna reconheceu a tutela de diversos direitos transindividuais, como à proteção do consumidor, à preservação da probidade administrativa, à manutenção do patrimônio cultural, e o direito ao meio ambiente sadio.

Ademais, a Constituição ainda expandiu a capacidade da LACP, além de conceder ao Ministério Público a legitimidade para suscitar inquérito civil e ação civil pública, com o objetivo de tutelar direitos transindividuais.

¹⁰ § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

¹¹ “Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países do *civil law*, a “revolução” mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de 70, a Lei 6.513/77, introduziu significativa modificação no art. 1º, §1º, da Lei de Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético e turístico”. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular. Todavia, a Lei nº 7.437, de 24/0785, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos” (ZAVASCK, 2005, p. 22-23).

A carta magna dedicou, ainda, um título aos direitos transindividuais, colocados ao lado dos direitos individuais: “Título II – Capítulo I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS”.

No entanto, apenas no ano de 1990, ocorreu o quarto marco legislativo no processo coletivo. A partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) o ordenamento jurídico nacional passou a dispor do conceito de direitos coletivos *latu sensu*.

Ademais, o art. 100 do CDC causou alteração no art. 1º da LACP, incluindo neste o inciso IV, que estabelece como instrumento de tutela de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”¹², a ação civil pública (RODRIGUES, 2012, p. 22).

O CDC é tratado pela doutrina como o Código de Processo Coletivo, pois, ao alterar a LACP, agrupou e combinou todo microsistema processual coletivo, proporcionando o diálogo entre as fontes do microsistema (DIDIER JR. e ZANETTI JR., 2016, p. 52).

O diálogo dentro do microsistema é possível pois o CDC possui as “normas de reenvio”, as quais guiam o operador dentro do microsistema, informando quando determinada lei deverá ser utilizada, possibilitando o manejo entre todas as fontes do microsistema (AZEVEDO, 2012, p. 118).

Desse modo, somente treze anos após o primeiro texto de José Carlos Moreira Barbosa (1977) sobre esta temática, completou-se o microsistema de processo coletivo.

¹²Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo

3 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO CDC E SUAS TITULARIDADES

Para proceder com o estudo comparativo entre a forma como é disciplinado os direitos transindividuais no Código de Defesa do Consumidor e a nova metodologia proposta por Edilson Vitorelli, para tratar estes direitos, é preciso conhecer bem os dois institutos.

Nesse capítulo, analisar-se-á como o CDC disciplina os direitos transindividuais, ressaltando suas divergências e peculiaridades.

3.1 Características dos Direitos Transindividuais

Os direitos coletivos *latu sensu*, também chamados de direitos transindividuais ou metaindividuais, são, de acordo com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor: (a) os direitos coletivos em *stricto sensu*; (b) os direitos difusos, e (c) os direitos individuais homogêneos.

“Os direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular determinado) e materialmente indivisíveis” (ZAVASCK, 2005, p. 26). Por isso, para a análise correta desses direitos é primordial a compreensão de duas de suas características fundamentais, são elas a transindividualidade e indivisibilidade material.

A transindividualidade consiste na característica subjetiva dos direitos transindividuais. Essa característica faz com que os direitos transindividuais não possuam titulares determinados. O referido direito é, além de indeterminado, sempre plural (ZAVASCK, 2005, p. 27), pois não se limita a um indivíduo.

O autor Péricles Prade (1987, p. 61) exclamou que, conforme citado por Zavasck (2005, p. 27), os direitos transindividuais “são titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos insurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares”. Ou seja, os direitos transindividuais são titularizados por uma coletividade ou comunidade indeterminada.

Ademais, ressalta-se que os direitos transindividuais não pertencem a cada indivíduo da coletividade ou comunidade, mas sim ao grupo como um todo, como bem alude Antoni Gidi, conforme citação de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 79):

É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos.

O fato de os direitos transindividuais não possuírem a cada membro da comunidade, ou coletividade, mas sim ao grupo como um todo, ocorre devido a indivisibilidade material do direito titulado.

Quanto ao aspecto objetivo, os direitos transindividuais são indivisíveis. Por essa razão, a solução do conflito se dará da mesma forma para todos os envolvidos na lide, sem nenhuma ponderação sobre a intensidade como cada parte foi lesada (CINTRA *et al*, 2014, p. 361).

Então, por exemplo, se a empresa “x” derramar resíduos químicos em um rio localizado no município de Jardim de Piranhas, no Rio Grande do Norte, atingirá toda a sociedade, posto a lesão ao meio ambiente.

O judiciário, quando provocado, solucionará o conflito de uma forma singular. De modo que, o pescador que foi atingido diretamente pela poluição do rio terá a mesma solução processual que uma pessoa residente na cidade de Curitiba, no Paraná. Isso acontece por consequência da indivisibilidade dos direitos transindividuais, a solução processual será apenas uma e imperativa a todos os membros da coletividade ou comunidade titular.

Não apenas o direito material é indivisível, como também o é a lesão que o referido direito sofre, de modo que a lesão a qualquer direito transindividual prejudicará toda a coletividade ou comunidade, conforme Moreira Barbosa (1984, p. 174), como cita Vitorelli (2015, p. 58).

Assim, para o CDC, o direito material não pode ser dividido em cotas entre os membros da coletividade ou comunidade, sendo suportado pelos indivíduos juntos, assim como suportaram a lesão.

3.2 Os Direitos Transindividuais na sistemática do CDC

Os direitos coletivos em *latu sensu* comportam, como já visto, os direitos coletivos em *stricto sensu*, difusos e individuais homogêneos. Os direitos coletivos e difusos são iguais quanto o seu aspecto objeto, ou seja, são materialmente

indivisíveis. Também são idênticos no seu aspecto subjetivo, pois ambos são transindividuais.

No entanto, os direitos difusos e coletivos são distintos. A primeira diferença entre eles se encontra no determinabilidade do aspecto subjetivo:

O que distingue os direitos difusos dos coletivos, no sistema do Código, é o elemento subjetivo, porquanto nos primeiros inexistem qualquer vínculo jurídico que ligue os membros do grupo entre si ou com a parte contrária, de maneira que os titulares dos interesses difusos são indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de fato – como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar das mesmas atividades empresariais, etc. nos interesses coletivos, ao contrário, tem-se um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica-base instituída entre elas (como acontece, p. ex., quanto aos membros de uma associação) ou com a parte contrária (como nas relações tributárias, em que cada contribuinte é titular de uma relação jurídica com o fisco. Portanto, os sujeitos são indeterminados, mas determináveis” (CINTRA *et al*, 2014, p. 361-362).

Logo, de acordo com a lição supra, os direitos difusos, mencionados no inciso primeiro, parágrafo único, art. 81 do CDC¹³, são indivisíveis e pertencem a pessoas indeterminadas e indetermináveis, que estão ligadas por uma circunstância de fato. Ou seja, não é possível identificar ou enumerar os componentes da comunidade titular do direito.

Nos direitos difusos não há um vínculo jurídico-base comum entre os componentes da comunidade titular, ou seja, o grupo só será formado a partir do momento que o direito difuso for lesado ou ameaçado. Como exemplo desses direitos pode ser mencionado o direito ao meio ambiente equilibrado (DIDIER JR. e ZANETTI JR. 2016, p. 69).

Já os direitos coletivos em *stricto sensu*, dispostos no inciso II, parágrafo único, art. 81 do CDC¹⁴, são titulados por um grupo de pessoas indeterminadas, entretanto, determináveis, pois o titular do direito coletivo é um grupo, classe ou categoria, já formado antes da lesão ao direito, ou seja, os componentes do grupo já

¹³Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (BRASIL, 1990).

¹⁴Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; (BRASIL, 1990).

estavam ligados por uma relação jurídica-base pré-existente à lesão ao direito (CINTRA *et al*, 2014, p. 363).

Os direitos coletivos possuem

natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe, de pessoas indeterminadas, mas determináveis (frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe determinável) ligados entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base (DIDIER JR. e ZANETI JR, 2016, p. 70).

Destaca-se então a primeira diferença entre os direitos coletivos e difusos, a qual já fora mencionada, mas só agora percebível com clareza, qual seja a determinabilidade dos componentes do grupo titular do direito. Posto que nos primeiros são determináveis e, no segundo, indetermináveis, apesar de ambos serem indeterminados.

Quanto a relação jurídica base entre os componentes do grupo titular do direito coletivo, os autores Fredie Didier e Hermes Zaneti (2016, p.70) lecionam:

Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo *affectiosocietatis* ou pela ligação com a parte contrária. No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer outra associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão como classe, configurando-se como 'classe de pessoas' (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação configurando-se como 'grupo de pessoas' (contribuintes).

Nesse sentido, o grupo titular dos direitos coletivos precisa dispor de uma relação jurídica-base, seja essa relação entre os membros do grupo, ou dos membros do grupo com a parte oposta, desde que tal relação seja pré-existente à lesão. Uma vez que é imprescindível a feição da anterioridade.

Nesse ponto se demonstra a segunda divergência entre os direitos coletivos e difusos, pois, nos primeiros, como acaba de ser visto, a relação jurídica necessita, de forma indispensável, de uma relação jurídica-base construída antes da lesão. Enquanto nos direitos difusos a relação jurídica-base só passa a existir após a lesão ao direito.

Enquanto muito se assemelham os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos, os direitos individuais homogêneos são objeto de acalorados debates doutrinários sobre sua inclusão ou não nos direitos transindividuais, como veremos a seguir.

Os direitos individuais homogêneos, guardados pelo inciso III, parágrafo único, art. 81 do CDC¹⁵, são aqueles que derivam de uma origem comum, ou seja, uma lesão comum, e só a partir desta lesão nasce a relação jurídica entre os componentes de o grupo titular (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2016, p. 72).

A partir do referido conceito pode-se retirar dois requisitos dos direitos individuais homogêneos. A primeira delas é a necessidade de uma origem comum da lesão. Ou seja, todos os partícipes do grupo foram lesados de uma forma comum, que não necessariamente ocorreu ao mesmo tempo e na mesma situação.

Por exemplo, consumidores vítimas de propaganda enganosa reproduzida na mídia durante vários dias. Não há como todos os consumidores visualizassem a propaganda ao mesmo tempo, mas todos foram vítimas da mesma propaganda, sendo então, a origem comum da lesão entre eles.

Os direitos individuais homogêneos se diferenciam dos direitos difusos através do seu aspecto material, que, nos primeiros é divisível, enquanto nos segundos a materialidade é indivisível, no entanto essa divergência não é pacífica na doutrina.

Se os direitos individuais homogêneos possuírem sua materialidade divisível, é possível que seja dada solução diversa para cada parte, na medida do seu direito, uma vez que cada membro do grupo é um titular, enquanto a solução dada aos litígios que envolvem os direitos difusos e coletivos é uma para todos que compõe o grupo litigante, pois o titular é o grupo como um todo.

Tal situação ocorre, pois os direitos individuais homogêneos são direitos individuais, como o próprio nome diz. Assim seria plenamente possível que as partes ajuizassem sua demanda individualmente, entretanto esses direitos sofreram uma lesão singular, ou seja, uma só conduta acaba lesando o direito individual de várias pessoas, daí advém o termo homogêneo (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2016, p.76).

Os autores Antônio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (2014), em sua obra Teoria Geral do Processo produziram uma comparação entre os direitos transindividuais e os litisconsortes. No comparativo os autores aludiram que, os direitos difusos e coletivos se enquadrariam em um litisconsórcio unitário, enquanto

¹⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

os direitos individuais homogêneos se encaixariam em um litisconsorte comum e facultativo.

Apesar de os direitos individuais homogêneos estarem incluídos no rol de direitos coletivos do Código de Defesa do Consumidos, há muita divergência sobre a correta alocação destes direitos no referido rol.

O legislador então decidiu posicionar sob o manto da tutela coletiva os direitos individuais homogêneos, porque, por vezes, uma ação causa uma lesão mínima em várias pessoas, não sendo vantajoso à parte lesada recorrer judicialmente da lesão, no entanto, somando-se as quantias individuais pode-se chegar à vultuosos montantes monetários.

Os autores Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 76-77) trazem o exemplo de acionistas que sofrem lesões no mercado de ações, resultando um prejuízo insignificante para cada acionista, no entanto, somando-se o prejuízo de todos os acionistas, pode totalizar uma quantia interessante para ajuizamento de uma ação.

Existe o embate doutrinário, envolvendo inclusive julgados no Superior Tribunal Federal, a despeito da inclusão ou não dos direitos individuais homogêneos na classificação de direitos transindividuais. O ex ministro Teori Zavasck, inclusive, dedicou sua tese de doutorado para debater o tema, oportunidade em que se posicionou contra a inclusão desses direitos no rol de direitos transindividuais.

Quando se negou a aceitar o tratamento dos direitos individuais homogêneos como direitos transindividuais, Zavasck (2005) afirmou que os direitos individuais homogêneos não eram direitos coletivos, mas sim direitos coletivamente tratados, apontando disparidades entre estes direitos e os direitos coletivos *stricto sensu* e difusos.

A primeira disparidade apontada por Zavasck (2005, p. 27) refere-se ao aspecto subjetivo. Pois, nos direitos coletivos e difusos o aspecto subjetivo se apresenta como transindividual, que, nas palavras do próprio, é “sinônimo de sem titular determinado”, enquanto nos direitos individuais homogêneos o aspecto subjetivo é individual, havendo uma clara identificação do titular do direito.

O segundo tópico apontado pelo ministro diz respeito a divergência no aspecto objetivo, vez que nos direitos individuais homogêneos o aspecto objetivo é divisível e nos direitos coletivos e difusos é indivisível (Zavasck, 2005, p. 27-28).

Para o ministro, um litígio que envolve direitos coletivos ou difusos resultará em uma solução judicial una que produzirá os mesmos efeitos para todos os

envolvidos na lide, enquanto em conflitos onde um direito individual homogêneo é lesado, é plenamente possível que a solução seja dada no *quantum* necessário para suprir a lesão de cada indivíduo.

O tema já foi objeto de debates dentro da corte do Supremo Tribunal Federal em dois recursos especiais. O primeiro deles é o RE 637.853/SP, com o ministro Joaquim Barbosa como relator. No referido recurso, julgado no ano de 2012, foi debatido a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em favor de mutuários de dois conjuntos habitacionais. No seu voto, o Min. Relator Joaquim Barbosa fixou o seguinte entendimento: “4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos” (BRASIL, 2012). Ou seja, firmou-se entendimento no STF que os direitos individuais homogêneos de fato pertenciam aos direitos coletivos em *latu sensu*.

No entanto, no ano de 2014, foi julgado na Suprema Corte o Recurso Especial 631.111/GO, que debatia também a legitimidade do Ministério Público para propor ação que versasse sobre os direitos do assegurados pelo seguro DPVAT. O Ministro relator do Recurso foi o Min. Teori Zavasck, que se debruçou sobre o tema. Inicialmente, o ministro relator já expôs se tratar de um assunto complexo:

O primeiro e importantíssimo desafio que esses dispositivos impõem ao aplicador é o de identificar e distinguir a natureza do direito material a ser tutelado, uma vez que o art. 127 faz referência a ‘interesses sociais e coletivos’. Alias, a inadequada compreensão da natureza dessas duas grandes categorias de direito material tem sido o foco das freqüentes dificuldades na compreensão dos institutos e conceitos do moderno ramo do processo civil conhecido como processo coletivo, cujo instrumentos processuais são, entre outros, a ação civil pública (destinada a tutelar direitos e interesses difusos e coletivos) e a ação civil coletiva (destinada a tutelar, em forma coletiva, certos direitos individuais denominados ‘homogeneos’) (BRASIL, 2014).

O Ministro então explicou o porquê não era favorável à inclusão dos direitos individuais homogêneos figurarem dentro dos direitos transindividuais:

Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (*andebeatur, quid debeatur e quis debeat*); e outra, caso procedente na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (=a margem da heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o

cuideatur e o *quantum debeat*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios (BRASIL, 2014).

O ministro em seu voto (*supra*) excluiu os direitos individuais homogêneos do rol de direitos transindividuais uma vez que visualiza no processo desses direitos duas características comuns ao processo individual e incomuns ao processo coletivo. Teori Zavasck observa que, de fato, os direitos individuais homogêneos se encaixam no processo cognitivo do processo coletivo, sendo possível que o magistrado identifique se é devido, o que é devido e quem deve. Tais respostas darão ao processo um núcleo homogêneo.

No entanto o ministro observou que nesses direitos é possível que o magistrado reconheça, na fase cognitiva, a quem é devido e o quantum da dívida, respostas que dão ao processo contornos heterogêneos. Mudando assim a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, posto sua explanação foi acompanhada com unanimidade dos ministros da corte.

A mudança jurisprudencial da Suprema Corte não agradou os favoráveis a inclusão dos direitos individuais homogêneos no grupo dos direitos transindividuais, foi o caso dos autores Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016) que, em sua obra Curso Processual Civil, acrescentaram ao voto do Min. Teori Zavasck uma terceira fase processual.

A terceira fase que se referem os autores é ao *fluidrecovery*, momento em que, segundo os mesmos, o problema voltará ao núcleo homogêneo do processo, pois o valor devido voltaria a ser devido a todos os litigantes, reparando dano de forma integral deixando-se de verificar a quem se deve, analisando-se apenas quanto se deve, vez que o valor será revertido ao Fundo de Direitos Difusos¹⁶.

Para fins desta pesquisa não utilizaremos os direitos individuais homogêneos, pois se trata de pesquisa comparativa, ao há respectivo para este direito na teoria de Edilson Vitorelli.

Ademais, a pesquisa dá evidencia ao debate sobre a titularidade dos direitos transindividuais, e a titularidade dos direitos individuais homogêneos é quase um consenso na doutrina, “são direitos que pertencem a cada um dos indivíduos que integram o grupo, sendo apenas tutelados coletivamente” (DINIZ, 2015, p. 51).

¹⁶ Art. 100 CDC

3.3 Definição de Titularidade

É parte fundamental para a compreensão desta pesquisa a consciência sobre a titularidade dos direitos transindividuais. De acordo com a definição do dicionário Aurélio, a palavra Titularidade significa: “o estado do que ou de quem possui um título, representação, de um direito ou de uma qualidade jurídica: troca de titularidade. Característica ou condição de titular, que ocupa um cargo efetivo”.

A titularidade de um direito é de suma importância para a sua compreensão e, ainda, sua eficiência. Ora, como conseguirá exigir um direito, seja na via social ou jurídica, se não é sabido quem é o proprietário deste? Isso mesmo, o titular do direito é o proprietário deste, o seu detentor.

No entanto, no gume de direitos transindividuais, muito há o que se debater sobre a sua titularidade, uma vez que se destoa da forma como é definida a titularidade dos direitos individuais.

Dentro de tal explanação também se faz necessário a compreensão do que se é a legitimidade, posto que, nos direitos individuais este se confunde com a titularidade, ou, no mínimo a contém.

Todos os seres humanos nascidos com vida são vistos como pessoa e, logo, como sujeito de direito, aos olhos do direito moderno. Assim, uma vez que o indivíduo é classificado como pessoa, já possui personalidade jurídica, no âmbito jurídico (GARCIA, 2015, p. 50-51).

Para Garcia (2015, p. 50) personalidade jurídica é a possibilidade de possuir direitos e exercer os atos da vida civil, para si ou para terceiro. Logo, a personalidade jurídica entrega à pessoa a capacidade de adquirir direitos e deveres. Nesse sentido, a personalidade jurídica possibilita que a pessoa seja titular de direitos.

Os dois primeiros artigos do Código Civil Brasileiro (2002) reafirmam esse entendimento, vez que preceituaram que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, concebendo a personalidade civil a todos os nascidos com vida¹⁷.

¹⁷Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil; Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL, 2002).

No direito português essa relação entre nascer com vida e ser titular de direitos é assegurado por princípio constitucional, chamado Princípio da Universalidade, como estabelece Sarlet (2010, p.209):

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas dão titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a diferenciação entre brasileiro nato e naturalizado, bem como algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras.

Assim, é possível identificar a correlação entre personalidade jurídica e a titularidade dos direitos. Ou seja, a personalidade jurídica é o que permite que a pessoa seja titular de direitos e obrigações. Pois, ao nascer com vida, o ser humano, automaticamente, já adquire a personalidade e, logo, a capacidade de ser titular de direitos.

Importante ressaltar que o conceito de personalidade caminha lado a lado ao conceito de capacidade, como bem alude Miguel Reale (2001, p. 217):

Em sentido amplo, poderíamos estabelecer uma sinonímia entre 'personalidade' e 'capacidade'. A personalidade é a capacidade in abstracto de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade. O conceito de capacidade, em sentido estrito e próprio, não se confunde, porém, com o de personalidade. A palavra 'capacidade' por si mesma está dizendo que ela indica uma extensão do exercício da personalidade, como que a medida da personalidade em concreto.

Nesse mesmo contexto exclamou Rodrigues (*apud* Gonçalves, 2011, p. 98): afirmar que uma pessoa tem personalidade é o mesmo que afirmar que ela possui capacidade para ser titular de direitos. No entanto, apesar de estarem interligados, os conceitos de capacidade e personalidade são distintos.

Francisco Amaral, conforme citação de Gonçalves (2011, p. 98), esclarece bem o assunto, ao afirmar que a personalidade é um valor, enquanto a capacidade é a materialidade desse valor, quantificando-o, posto que a capacidade pode ser medida – em relativamente e absolutamente capaz, ou capacidade limitada e plena – enquanto a personalidade sempre é absoluta.

A capacidade será dividida então em capacidade de fato e capacidade de direito. A capacidade de direito ou de gozo, a qual é mais importante para esse estudo, se refere a capacidade adquirida ao nascer com vida, possibilitando que

todo ser humano nascido com vida seja capaz de ser titular de direitos, independente de suas características (GONÇALVES, 2011, p. 98).

É devido a capacidade de direito, ou de gozo, que é possível um infante receber uma doação ou ser beneficiado com uma herança, por exemplo.

Por sua vez, a capacidade de fato diverge da capacidade de direito, uma vez que não são todas as pessoas que possuem aquela, pois não se nasce com a mesma. Também chamada de capacidade de exercício ou ação esta permite a pessoa praticar os atos da vida civil. Tal capacidade pode ser conquistada no decorrer da vida, desde que sejam preenchidos alguns requisitos materiais, como, por exemplo, a maioridade civil e a lucidez mental (GONÇALVES, 2011, p. 99).

Aquela pessoa que não preencher os requisitos necessários para obter a capacidade de fato, usufruirá de sua capacidade de direito, posto que esta não será negada a nenhuma pessoa, como já esclarecido.

A capacidade de fato, quando atribuída ao indivíduo, lhe permitirá praticar, por si só, todos os atos da vida civil, bem como figurar em contratos e contrair matrimônio. Aqueles que não possuírem essa capacidade poderão praticar alguns atos da vida civil, no entanto, acompanhado de seus responsáveis legais e, algumas vezes, com restrições.

Dessa forma, a capacidade de fato ou de exercício qualifica a pessoa para exercer por si só os direitos, de modo que a pessoa plenamente capaz poderá ajuíza demanda judicial.

A legitimidade, por sua vez, é a permissão que o indivíduo possui para praticar atos jurídicos, em função de uma relação jurídica (GARCIA, 2015, p. 51), assim, a definição de legitimidade se aproxima deveras da capacidade de fato.

A própria Constituição Federal assegura o direito de provocar a jurisdição para solução de litígio, no entanto é indispensável que a parte autora seja a legítima e interessada em propor o litígio contra a parte que possua legitimidade para figurar no polo passivo da relação jurídica, como determina o Código de Processo Civil.

Ou seja, para que se ajuíze uma ação de cobrança de alimentos, por exemplo, a pessoa legítima para ajuizar esta demanda deve ser o titular do crédito alimentício contra a parte devedora dos mesmos.

O autor Neves (2012, p.159) definiu legitimidade da seguinte forma:

Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimitas ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é

a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o pólo passivo dessa demanda. Tradicionalmente afirma-se que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante, mas essa definição só tem serventia para a legitimação ordinária, sendo inadequada para a conceituação da legitimação extraordinária.

Diante dessa explanação chega-se à conclusão que no processo individual (ordinário) a legitimidade, em regra, pertence ao titular do direito. De forma que, em uma demanda individual, o titular do direito material pode provocar o judiciário para alcançar a solução de sua lide.

Com isso, chegamos que a titularidade do direito individual é bastante específica e clara. Mas tal situação não acontece nos direitos transindividuais, como veremos no tópico seguinte.

3.2.1 A Titularidade no Processo Coletivo

Parte da doutrina defende que os direitos transindividuais não possuem titulares individuais e determinados, pois são titulados por uma coletividade ou comunidade. De sorte que, até mesmo os direitos individuais homogêneos pertencem a uma coletividade antes de pertencerem a um indivíduo (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2016, p. 78).

Inclusive, como já visto em lição de Antonio Gidi, é importante lembrar que a titularidade então dos direitos coletivos, diferente dos direitos individuais, não pertencem a um indivíduo, mas sim a uma coletividade ou comunidade como uma unidade e não aos seus membros. Essa impossibilidade de uma única pessoa ser titular de um direito coletivo em *latu sensu* se dá em razão da indivisibilidade do objeto deste direito.

Assim, sob a definição determinada no Código de Defesa do Consumidor, o usufruto dos direitos transindividuais não pode ser feito apenas por uma ou algumas pessoas da comunidade ou coletividade. Os direitos transindividuais, então, só poderão ser desfrutados pela coletividade de forma singular, pois não é possível fracionar estes direitos.

No entanto, há entendimento doutrinário no sentido contrário, afirmando que os direitos transindividuais pertencem aos membros da coletividade, e não a ela

propriamente dita, nesse liame doutrinário encontram-se os autores Péricles Prade e Marcelo Abelha.

Para essa vertente doutrinária:

Os direitos, mesmo que atinentes a todo o grupo, são pertencentes, de fato, aos indivíduos que o compõem, embora não seja possível identificar esses indivíduos, os quais, eventualmente, podem ser todas as pessoas (DINIZ, 2015, p. 54).

Além de a doutrina não entrar em consenso quanto a titularidade dos direitos coletivos, outro ponto que dificulta essa conclusão é o caso da legitimidade no processo coletivo.

Enquanto no processo individual a legitimidade coincide com a titularidade – legitimidade ordinária, no processo coletivo os legitimados para a ação são representantes da coletividade imbuídos a essa função por meio de lei – legitimidade extraordinária. Como bem aludido por Viviane Siqueira Rodrigues (2012, p.53):

Na primeira hipótese, em que é o próprio titular do direito material deduzido em juízo que ostenta a qualidade de parte legítima, convencionou-se falar em legitimidade ordinária. Por sua vez, quando a lei autoriza, excepcionalmente, que um terceiro atue judicialmente, em nome próprio, em prol do verdadeiro titular da relação material, fala-se de legitimidade extraordinária ou substituição processual.

Didier Jr. e Zaneti Jr. definiram os conceitos de legitimidade ordinária e extraordinária:

Há legitimação ordinária quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute uma situação jurídica de que se afirma ser titular. Há legitimação extraordinária quando se atribuí a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade afirmada é de outro sujeito. Na legitimação ordinária, age-se em nome próprio na defesa dos próprios interesses; na legitimação extraordinária, age-se em nome próprio na defesa de interesse alheio (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2016, p. 176).

A legitimidade aplicada ao processo coletivo é extraordinária, ainda de acordo com lição dos autores:

A legitimação ao processo coletivo é extraordinária: autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2016, p. 177).

A legitimação extraordinária impossibilita que os membros da coletividade ou comunidade, provoquem o judiciário de forma isolada ou juntos, uma vez que o grupo, apesar de titular do direito, não é parte legítima para ajuizar ação coletiva.

Os legitimados para promover ações coletivas são definidos em lei e todos são considerados representantes sociais, como a defensoria pública, associações e o próprio Ministério Público, como disposto no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (BRASIL, 1990).

O elo entre o Ministério Público e as ações coletivas possui, ainda, base constitucional, firmado no inciso III, art. 129 da Carta Magna, que afirma ser uma das funções oficiais do ente “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988).

Inclusive, de acordo com o art. 92 do CDC, o Ministério Público deve atuar em todas as ações coletivas, mesmo quando não for o autor da ação, situações em que atuará como fiscal da lei¹⁸.

¹⁸ Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

4 A PROPOSTA DE UMA NOVA TIPOLOGIA POR EDILSON VITORELLI – TEORIA DA DIFUSÃO

Durante todo o desenvolvimento dessa pesquisa observamos divergências dentro da doutrina do processo coletivo.

Começamos vendo o questionamento sobre a essência dos direitos transindividuais, discutindo se estes são, de fato, direitos ou se são apenas interesses.

Passamos pelo debate acerca da inclusão dos direitos individuais homogêneos na lista de direitos transindividuais. Nesse momento, observamos Zavasck (2005) dividir os direitos transindividuais entre direitos coletivos e direitos coletivamente tratados, seguindo o delineado feito por Moreira Barbosa, o qual definiu os direitos entre essencialmente e acidentalmente coletivos.

Pudemos observar também o questionamento doutrinário sobre a titularidade dos direitos transindividuais. Momento em que vimos a doutrina divergir quanto a tal titularidade. Posto que, enquanto no CDC consta como indeterminados, parte doutrinária mantém o entendimento de que o titular desses direitos está determinado de forma bastante clara, pois é a própria coletividade.

Ainda analisamos a definição feita pelo Código de Defesa do Consumidor para os direitos transindividuais, questionando até qual ponto sua indivisibilidade é positiva.

Nota-se então, com o decorrer de todas essas discussões, que os direitos transindividuais não são uma questão pacífica na doutrina. Por esse motivo, o objetivo principal dessa pesquisa é analisar a titularidade dos direitos coletivos em *latu sensu*, sob a perspectiva de uma nova teoria acerca desses direitos, comparando-a com a atual definição dada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A teoria, que será usada para comparação nesta pesquisa, pertence ao Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima, foi objetivo de sua tese de doutorado, denominada “O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional”, onde propõe “uma nova tipologia dos litígios coletivos”, publicada em 2015.

A tese do autor recebeu nota máxima de todos os avaliadores em sua banca, na qual estavam grandes nomes do direito processual civil, como o próprio

FredieDidier Jr. Inclusive, este incluiu a tese de Vitorelli no seu livro sobre processo coletivo.

Por esse motivo, passaremos a analisar, nesse capítulo, o estudo do autor, mas, antes, nos aprofundaremos na necessidade, ou não, de uma nova conceituação para os direitos transindividuais.

4.1 Os problemas da Titularidade dos Direitos Transindividuais

No segundo capítulo desta pesquisa tivemos a oportunidade de definir os aspectos gerais da titularidade dos direitos de modo que, neste ponto, já é possível identificar do que se trata e sua importância. No mesmo capítulo, foi demonstrada a dificuldade de identificar o titular dos direitos coletivos *latu sensu*. Agora passaremos a nos aprofundar nessa problemática.

A complexidade da titularidade dos direitos transindividuais não é recente dentro do ordenamento jurídico, uma vez que aquela existe desde o nascimento do processo coletivo. Em 1984 Waldemar Mariz de Oliveira Jr. já alertava sobre as incertezas que contornavam a titularidade dos direitos transindividuais, informando que eles eram titulados por todos, mas, concomitantemente, por ninguém (OLIVEIRA JR., 1984, p. 13).

Em 1988, Barbosa Moreira expressou sua dificuldade para definir os titulares dos direitos coletivos da seguinte forma:

o conjunto de interessados apresenta contornos fluídos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos, superlativamente difícil, a individualização exata para todos os componentes (MOREIRA, 1988 *apud* DINIZ, 2015, p. 19).

O autor então decidiu por não se voltar para essa definição, não chegando ao conceito de direitos coletivos, dedicando-se então às questões processuais (DINIZ, 2015, p.19).

Nos últimos anos da década de 80, época de produção do Código de Defesa do Consumidor, ainda não havia homogeneidade quanto a definição dos direitos coletivos, fazendo com o que o código fosse desenvolvido em meio a um emaranhado de opiniões diferentes sobre o tema (RODRIGUES, 2012, p. 35).

O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado quando ainda não havia um conceito maduro sobre o tema, isso fez com que o legislador se valesse de uma teoria italiana prematura, ainda muito sintética e especulativa, vez que foi formulada quando surgiram as primeiras ações coletivas nos países de *common law*, como os Estados Unidos (GIDI, 2008, 201-202). Nesse sentido, Vitorelli formulou crítica à forma de elaboração do CDC:

Optou-se, contrariamente ao que se costuma considerar boa técnica legislativa, por conceituar os direitos 'ou interesses' difusos, coletivos e individuais homogêneos e, ainda, por estabelecer conceitos abrangentes o bastante para eliminar quaisquer interpretações que sustentassem a impossibilidade de sua tutela jurídica (VITORELLI, 2015, p. 20).

A seguir, o autor afirma que, apesar de o CDC conceituar os direitos coletivos, essa conceituação não foi feita com o intuito de esclarecer, de fato, a natureza desses direitos, mas sim para dar-lhes garantia de tutela jurisdicional.

A decisão de incluir em uma norma – nesse caso no CDC – quem são os titulares de um direito está sobre uma linha tênue. Pois, a conceituação é positiva, vez que auxilia o operador do direito (ZANETI JR. *apud* RODRIGUES, 2015, p. 35).

Por outro lado, enquanto a doutrina acompanha as alterações sociais de forma rápida e fluida, a legislação não o faz.

Assim, um termo disposto na legislação está propício a desatualiza-se, e, com isso, perder seus efeitos (MARTINS *apud* RODRIGUES, 2015, p. 35). Por sua vez a doutrina, atualiza-se à cada edição, em concordância com as novas interpretações da própria lei, inclusive valendo-se de novas legislações, jurisprudências e necessidades sociais.

Com isso não objetiva-se dizer que não é papel da norma determinar quem é o titular do direito. Pretende-se demonstrar, apenas, que a titularidade de um direito possui extrema importância para sua efetividade, e, ao construí-lo é necessário cautela e dedicação. De forma que reste claro quem são esses titulares, o que segundo autores como Edilson Vitorelli e Antonio Gidi, o CDC não conseguiu fazer.

Sobre a importância da definição correta para a titularidade dos direitos, Vitorelli afirmou que “sem essa definição, não existe referencial concreto para que se avalie a adequação da pretensão posta em juízo pelo legitimado coletivo, bem como o conteúdo da tutela jurisdicional outorgada” (VITORELLI, 2015, p. 21).

Por exemplo, na Constituição Federal Brasileira concede a todos o direito a um meio ambiente equilibrado¹⁹, no entanto não especifica quem são todos os titulares de tal direito. O texto constitucional não especifica sequer se são de todos os brasileiros ou de todas as pessoas do planeta. Tal questão pode parecer abstrata demais, mas é de suma importância.

Em questões ambientais, por exemplo, essa indefinição pode possibilitar que um habitante de outro país possa mover ação, na jurisdição de seu país e se embasando nas normas do referido país, contra a forma como o meio ambiente localizado em território brasileiro é utilizado.

Pensando nessa situação, Edilson Vitorelli (2015, p. 61) discorreu sobre o conceito de “todos”, conduzindo-se pela obra de Cláudia Werneck, a qual objetiva debater o conceito de todos, no âmbito de uma sociedade inclusiva. No entanto, o autor não chegou a uma definição conclusiva para o termo e, diante de tamanha indefinição do termo, compara a palavra “todos” a “ninguém”, posto que algo que não é possível afirmar a quem pertence muito se assemelha a algo que não pertence a ninguém.

Ademais, os conceitos trazidos pelo CDC de direitos transindividuais conseguem solucionar incontáveis litígios coletivos. No entanto, utilizando-se desses conceitos, apenas litígios coletivos simples conseguem serem solucionados de forma satisfatória. Enquanto os litígios complexos obtêm uma resolução simples, não sendo solucionados de forma adequada (DINIZ, 2015, p. 21).

4.2 A proposta de Edilson Vitorelli

Motivado pela insatisfação do debate sobre a forma como a doutrina nacional abandonou as discussões acerca da titularidade dos direitos transindividuais, sem definir, para Vitorelli, de forma clara a quem eles pertencem, o autor propôs uma nova tipologia a estes direitos.

Ademais, Vitorelli se demonstrou inconformado com o fato de nenhum autor conseguiu formular um conceito para os direitos coletivos que conseguissem ultrapassar o aquele traçado no final dos anos oitenta (VITORELLI, 2015, p. 36).

¹⁹Art. 225. Todos têm direito ao 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 (BRASIL, 1988).

Então, uma vez que a doutrina nomeou os titulares dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como, respectivamente, sociedade, coletividade e grupos, Vitorelli inicia sua explanação com uma análise sociológica acerca destes termos, pois, segundo ele, eles foram utilizados sem a fundamentação científica necessária.

Após análise sociológica o autor chega à conclusão que a sociologia não possui um conceito *uno* de sociedade, vez que a referida ciência possui diversos conceitos para o termo, conceitos estes elaborados no decorrer de toda história sociológica, da sociologia clássica à sociologia contemporânea. Utilizou, ainda, as palavras dos sociólogos Elliot e Turner para dispor sobre o assunto:

É um dos termos mais opacos e desconcertantes, desde a Sociologia clássica até a atualidade, especialmente porque o mundo não é mais o mesmo de quando foram elaboradas as concepções fundantes da Sociologia, com Durkheim, Simmel, Weber e Marx. (ELLIOT e TURNER, p. 40)

Passando então a discorrer sobre a análise sociológica, Vitorelli debruçou-se sobre a linha didática traçada pelos sociólogos Anthony Elliott e Bryan Turner, para estudar o conceito de sociedade. Esses sociólogos dividiram os conceitos de sociologia em três seções:

a) sociedade como estrutura; b) sociedade como solidariedade ou comunidades de cuidado, atenção e consenso e, c) sociedade como processo criativo ou as dimensões imaginárias da comunicação e sociabilidade". (ELLIOT e TURNER, p. 40)

Após longa explanação sociológica, Vitorelli concluiu que só é possível valer-se do termo "sociedade" para determinar os titulares dos direitos coletivos, se indicar a qual sociedade está se referindo, devido a vultuosa quantidade de conceitos do termo, além das grandes divergências entre eles.

Apesar de a indivisibilidade ser uma das principais características dos direitos transindividuais, afirmada pela grande maioria da doutrina nacional, o termo carece de discussão, posto a impossibilidade de definir a qual coletividade ou comunidade possuem tais direitos.

Edilson Vitorelli reconheceu a importância da indivisibilidade para a evolução do processo coletivo, entretanto, a característica é alvo de críticas do autor, a despeito da forma como o CDC trata aqueles direitos, característica estudada no tópico 2.1.2.

Na sua crítica, o autor condena a indivisibilidade, afirmando que ela não só é errônea, como também presta, algumas vezes, desserviço ao tramite processual coletivo, na tutela dos direitos difusos e coletivos (VITORELLI, 2015, p. 61).

Ao se referir ao meio ambiente o autor atribui a característica da indivisibilidade à “deficiência na formulação conceitual da titularidade”, posto que, para o autor, sem essa característica o conceito estabelecido pelo CDC não se sustenta, e prossegue:

Como não se sabe de quem é o meio ambiente, passa a ser essencial que se afirme que todas as lesões que lhe são causadas interessam a todas as pessoas na mesma medida, lesam a todas as pessoas, na mesma medida e, ao serem reparadas, reparam todas as pessoas, igualmente na mesma medida(VITORELLI, 2015, p.61).

A crítica tecida por Vitorelli faz bastante sentido e de fácil percepção na prática. Ora, há várias situações onde os indivíduos são lesados de formas distintas, com intensidades diferentes. O autor menciona um caso sobre poluição de ar:

Por exemplo, não parece difícil refutar a idéia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP, interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Cruzeiro do Sul/AC (VITORELLI, 2015, p.61).

É claro que a poluição do ar, assim como a degradação do meio ambiente, atinge todos os seres vivos, entretanto, não é possível afirmar que todos sofrem com essas ações de forma igualitária. Há pessoas que vivenciam diretamente a lesão ao meio ambiente, como, no exemplo utilizado acima, a população do município de Piracicaba. Por outro lado, a população de Cruzeiro do Sul será atingido de forma muito menos agressiva.

A indivisibilidade dos direitos transindividuais também foi questionada por Remo Caponi (*apud* DINIZ, 2015, p. 65), chegando até a afirmar que seria preciso criar uma nova divisão dos direitos transindividuais, em função dessa problemática.

Ademais, em função da indivisibilidade dos direitos transindividuais, a lesão a tal direito terá a mesma solução para toda a coletividade ou comunidade, apesar de poder causar a lesões diferentes aos membros do “grupo”.

Em função disto a indivisibilidade carece de debate, para que os litígios coletivos consigam ser solucionados de forma satisfatória, para os integrantes da coletividade ou comunidade, e não apenas de forma homogênea entre eles.

4.3 A construção de um novo conceito

A novidade trazida por Edilson Vitorelli dentro do processo coletivo mantém a divisão dos direitos transindividuais em três tipos, porém, essa divisão é feita avaliando-se os titulares sob a perspectiva do conflito fruto da lesão àqueles direitos e, não mais na relação jurídica base ou determinabilidade do titular, como é na definição do CDC.

A proposta da presente tese é no sentido de que há a necessidade de que os direitos transindividuais, em decorrência de seu variado perfil, sejam cindidos em três categorias, de acordo com a sociedade que os titulariza, sob a perspectiva da lesão ou ameaça de lesão que é afirmada no processo e que sustenta a pretensão de tutela (VITORELLI, 2015, p. 74).

Entretanto, apesar de, em sua pesquisa, conseguir identificar os titulares dos direitos transindividuais, o autor afirma que definir a titularidade desses direitos só será possível quando o direito for lesado, ou seja, após a lesão, exemplificando: “Não importa de quem é o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. Pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado” (VITORELLI, 2015, p.74).

Assim, não será necessário, para esta interpretação, saber a quem pertencem os direitos transindividuais intactos, pois eles, nesta condição, não podem ser monetizados ou utilizados. É indispensável, então, para poder se definir a titularidade dos direitos transindividuais a existência de um conflito coletivo.

E preciso também, para compreender a nova teoria, compreensão de concepções a respeito da complexidade e da coletividade. Para Vitorelli (2015, p. 76) a complexidade será diretamente proporcional à quantidade de possibilidades para a solução de um litígio coletivo, como exemplo de um litígio com um alto grau de complexidade ele cita a revitalização de um rio poluído, pois essa atividade pode ser feita de várias formas, e todas estas formas alcançarão, igualmente, o fim desejado.

Ainda de acordo com o mentor desta teoria, a conflituosidade será inversamente proporcional a homogeneidade que se encontram os componentes da sociedade no que concerne ao conflito. Ou seja, quanto menos homogêneo for a forma como os indivíduos que sofreram lesão, mais conflituoso será.

Percebe-se então que a complexidade é exterior aos indivíduos possuidores dos direitos transindividuais, enquanto a conflituosidade é interna a estes. Esses termos servirão de termômetros para a aplicação da teoria aqui estudada.

A nova teoria proposta analisa os direitos transindividuais a partir de seus litígios, como explanado acima. Por esse motivo, os litígios transindividuais foram divididos em formas de difusão, são elas: 1- Litígios Transindividuais de Difusão Global; 2- Litígios Transindividuais de Difusão Local; 3- Litígios Transindividuais de Difusão Irradiada (DINIZ, 2015).

Os direitos transindividuais globais são objeto dos litígios transindividuais de difusão globais. Assim, os direitos transindividuais globais, quando lesionados, dão início aos litígios transindividuais globais. No entanto, a lesão que causa o litígio não atinge de forma significativa os àqueles direitos, como exemplo o autor menciona:

um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em perfuração profunda, no meio do oceano, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão (DINIZ, 2015, p. 78).

Os titulares dos direitos transindividuais globais serão, de acordo com Vitorelli, a sociedade como estrutura. Assim, estes direitos pertencem a todas as pessoas do globo terrestre, não só a brasileiros, excluindo-se, apenas, o “causador da violação” (DINIZ, 2015, p. 82).

A partir da análise sociológica realizada pelo autor, pode-se concluir que a os a sociedade como estrutura é uma sociedade controlada por um Estado forte e autoritário.

No entanto, a atuação do Estado se faz necessária para esses direitos, pois são lesões mínimas que provavelmente não seriam levadas à juízo por alguém que não o Estado. Ademais, eles pertencem a todas as pessoas que habitam o planeta terra, enquanto não existe uma forma de jurisdição global:

Esse conceito deixa claro que as lesões aos direitos transindividuais, se não atingirem diretamente a qualquer cidadã, interessam, na mesma medida, aos habitantes do Brasil e a todos os demais cidadãos do mundo. É apenas pela ausência de um sistema tradicional de proteção ao patrimônio transindividual da humanidade que caberá a um determinado Estado, no exercício de sua soberania, tutelar os interesses de todos os membros dessa sociedade global. (DINIZ, 2015, p. 81)

Ao verificar as concepções de conflituosidade e complexidade dos litígios transindividuais de difusão global, pode-se verificar que sua conflituosidade será mínima, posto que atingirá todos da mesma forma. Quanto a complexidade, em regra, também será pequena, pois há diversas formas de compensação deste direito.

E ainda, a complexidade destes litígios podem sofrer variações, quando, por exemplo, a ciência não for unânime quanto a forma mais eficaz para solucionar o litígio, aumentando, assim, a complexidade.

Já os direitos transindividuais de difusão local são aqueles que, quando lesionados, iniciam um litígio transindividual de difusão local, quanto a este litígio:

A segunda categoria de litígios a ser analisada, e que demanda um conceito diferente de titularidade dos direitos transindividuais, é a das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tonnies, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grã de consenso interno. É o caso das comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos tradicionais minoritários, referidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. (DINIZ, 2015, p. 83)

Devido a relação única que essas comunidades matém com o local onde habitam, a lesão aos direitos transindividuais lhe causam traumas gravíssimos, de modo que Vitorelli os definiu como titulares dos direitos transindividuais de difusão local (DINIZ, 2015, p. 84).

A concessão destes direitos às comunidades tradicionais aconteceu porque nenhuma outra pessoa será atingida tão intensamente quanto estas comunidades quando o meio ambiente, localizado em um território tradicional, for lesado.

Podem ser incluídos, ainda, como litígios locais os que envolvem direitos transindividuais das demais minorias. Os integrantes dessas minorias podem ser ligados até mesmo por uma ideologia, vez que o elo subjetivo é o que permitirá tal inclusão. São exemplos das minorias incluídas aos litígios locais os trabalhadores, as mulheres e os LGBTQ+ (DINIZ, 2015, p. 87).

Assim, os titulares dos direitos transindividuais locais são de fácil identificação, pois são os membros da minoria que sofre a lesão.

Nos litígios transindividuais de difusão local, a conflituosidade se apresenta a meio termo, ponderando-se a homogeneidade da forma como a comunidade

visualizará o litígio, e a existência de grupos com opiniões diferentes dentro da comunidade.

Por fim, os direitos de difusão irradiada são os últimos e mais complexos direitos conceituados por Vitorelli (2015), pois se associam aos “megaconflitos”. Uma vez lesados os direitos de difusão irradiada, iniciará um litígio de difusão irradiada, atingindo de forma incisiva uma quantidade vultuosa de pessoas, de diversos setores sociais.

A heterogeneidade do grupo de pessoas atingido, posto que eles não formam uma comunidade, fará com quem o litígio seja visto por várias percepções diferentes, e, ainda, não afetará todas essas pessoas igualmente e, tampouco, na mesma proporção. (DINIZ, 2015, p. 88). Como exemplo desses litígios o autor cita o caos social ocorrido em função da construção de uma usina hidroelétrica:

Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores, que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. (DINIZ, 2015, p.88)

Esses litígios são extremamente conflituosos, pois alcançam uma imensa gama de pessoas, de vários setores sociais e de várias localidades – em decorrência do tamanho da lesão – e dentro desses tantos grupos sociais, muitas serão as formas de lidar com o conflito.

A complexidade desses conflitos também, devido ao tamanho e gravidade da lesão, há muitas formas possíveis, e necessárias, de solucioná-los.

O autor afirma que os titulares destes direitos são a sociedade definida quanto à criação. Tal definição significa que “não é uma sociedade dada, estática, tal como uma comunidade, mas uma sociedade elástica, que não depende necessariamente de relações jurídicas, dimensões geográficas ou fronteiras nacionais, mas apenas da circunstância fática de terem todas sofrido a mesma lesão, ainda que em diferentes intensidades” (DINIZ, 2015, p. 93).

Esses são os litígios mais complexos em todos os aspectos, inclusive quanto a determinação da sociedade. Como o autor afirmou acima, os titulares são lesionados de muitas formas. O autor compara a lesão ao direito como jogar uma pedra em um lago, que gerando ondas de agitação, cada onda será uma intensidade de lesão diferente, de modo que, quanto mais próximo você estiver do centro, mais intensamente será atingido²⁰

Em conclusão, essa terceira categoria, atinente aos litígios coletivos que atingem pessoas determinadas, mas o fazem de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista qualquer tipo de perspectiva uniforme em relação ao conflito, dá lugar a um outro conceito de direitos transindividuais, que são aqueles pertencentes a uma sociedade elástica, composta pelas pessoas que efetivamente experimentaram os efeitos concretos da violação, as quais o titularizam na proporção em que foram atingidas (DINIZ, 2015, p. 93).

Os titulares desses direitos são quem são atingidos ou podem ser atingidos pela lesão.

4.4 Análise comparativa sobre as definições de titularidade dos direitos transindividuais

Assim, aos olhos do Código de Defesa do Consumidor, os direitos transindividuais se dividem entre direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.

²⁰“Graficamente, a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais próximo está desse ponto central e, por essa razão, integra, com maior intensidade, essa sociedade elástica, que é a sociedade das pessoas atingidas pelo prejuízo e, por essa razão, titulares do direito violado¹⁹⁹.

As pessoas que sofrem os efeitos da lesão ao direito transindividual em menor intensidade se posicionam em pontos mais afastados desse centro, mas, nem por isso, deixam de integrar aquela sociedade. Fora dela estarão as pessoas que, mesmo tendo algum interesse abstrato ou ideológico na questão litigiosa, não são por ela afetadas. Suas vidas seguirão da mesma maneira, independentemente da ocorrência da violação ou da forma como ela for tutelada. Com essa proposição, não interessa de quem é “o” meio ambiente, ou “o” mercado consumidor, mas sim a quem atinge, e em que grau atinge, a lesão àquele meio ambiente ou àquela relação de consumo, especificamente considerados a partir de seus efeitos concretos.

Esse círculo hipotético não termina em uma linha precisa, tal como as ondas causadas em um lago não terminam em um ponto perfeitamente determinado, mas em um ralentando de situações jurídicas. As pessoas da periferia do círculo são afetadas de modo progressivamente menor, até que não se possa mais definir uma lesão pessoalmente atribuível a alguém, o que marca o limite externo da sociedade. Uma lesão transindividual é irrelevante para a vida da maior parte dos habitantes do planeta, por mais grave que seja para as pessoas que com ela convivem. Isso não significa que alguém distante não possa sentir empatia pelo sofrimento alheio, ou se mobilizar para a proteção do meio ambiente, mas tais atitudes não o colocam na mesma posição das pessoas que efetivamente experimentam os efeitos da conduta” (DINIZ, 2015, p. 93-94).

A titularidade dos primeiros é indeterminada e indeterminável, denominada pela doutrina majoritária como comunidade, que não possuíam relação jurídica-base antes da lesão. E ainda, é impossível identificar quem são os membros dessa comunidade.

Quanto aos direitos coletivos *stricto sensu* sua titularidade é indeterminada e determinável, uma vez que os membros dessa coletividade já possuíam relação jurídica-base antes da lesão. A doutrina denominou os titulares desses direitos como coletividade.

Ambos os direitos possuem sua materialidade indivisível, ou seja, o litígio será solucionado, perante o judiciário, com apenas uma solução, que será imposta a todos os membros da coletividade.

Ainda devido a indivisibilidade material destes direitos, não é possível que apenas um membro da coletividade provoque o judiciário com a intenção de proteger seu direito lesado. Pois o membro da coletividade, ou comunidade, não é titular desse direito. O titular desses direitos é a coletividade ou comunidade, una e indivisível, para uma parte da doutrina.

A definição dada pelo CDC é bastante usual para litígios coletivos simples, mas a sua indivisibilidade não permite que tutele de forma satisfatória os litígios coletivos complexos, pois, nesses litígios, as pessoas atingidas sofrem lesões em diferentes intensidades.

Em contrapartida a definição do CPC, Edilson Vitorelli propôs uma definição onde substitui a utilização dos termos “difuso” e “coletivo” – o autor não trata sobre os direitos individuais homogêneos – pelos direitos derivas dos litígios de difusão global, local e irradiada.

Uma questão curiosa sobre a teoria do autor é que, para ele, o direito só passa a ser significativo quando a lesão já ocorreu. Ou seja, quando o direito já foi lesado.

Assim, quando ocorre um litígio de difusão global, os titulares desses direitos são todas as pessoas que habitam no planeta terra. Geralmente o dano, nesses litígios, é muito pequeno e insignificante para seus titulares, fazendo com que o Estado que procure ajuizar ação para reparar este dano.

Por sua vez, os direitos que decorrem de um litígio de difusão local são aqueles que atingem diretamente uma minoria. Os titulares desses direitos, segundo o autor, são as comunidades tradicionais e quilombolas. Isso porque essas

comunidades possuem um laço muito íntimo com o local onde habitam e, assim, ninguém sofrerá mais que eles com um dano ambiental em um lugar onde vive uma comunidade tradicional. Estes direitos se estendem também para outras minorias, sendo necessário apenas o laço subjetivo que os une.

Até então, os direitos propostos por Edilson Vitorelli apresenta seus titulares de forma muito clara. Mas aqui chegamos aos litígios coletivos de difusão irradiada, onde ocorrem os megaconflitos.

Esses litígios atingem vários setores sociais, fazendo com que sua conflituosidade seja extrema, porque quanto mais heterogêneo é o grupo atingido, mais diversas são as formas como a lesão será vista.

Para esses litígios, Vitorelli utiliza de o conceito sociológico de “sociedade quanto a sua criação”. Apesar de tecer duras críticas ao uso de termos gerais para a titularidade dos direitos coletivos, Vitorelli se vale desse termo após longa análise sociológica, além de especificar qual é o conceito que quer usar – enquanto os outros doutrinadores utilizaram o conceito de sociedade como se este fosse uno.

Dessa forma, em razão do litígio titulado, não é possível especificar com clareza quais são as pessoas atingidas. Por isso o autor utilizou o conceito sociológico. A sociedade quanto a sua criação é um conceito bastante abstrato da sociedade.

A proposta de Vitorelli pode ser muito eficaz para os conflitos complexos, devido a possibilidade de proporcionar soluções diferente para o mesmo litígio, uma vez que neste não existe indivisibilidade. Mas pouco altera a situação dos litígios simples, vez que estes são bem tutelados pelo Código de Processo Civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matéria tratada neste trabalho ainda enfrenta muitas dificuldades. A natureza dos litígios coletivos em si é muito complexa, pois o envolvimento de muitas pessoas em uma demanda há de ser levado em conta a subjetividade de cada um.

É inegável que a definição trazida pelo CDC sobre os direitos coletivos *latu sensu* proporcionou um grande pico de desenvolvimento para o processo coletivo no Brasil, pois, apenas com ele, muitas lesões passaram a ser amparadas pelo judiciário.

Ademais, apenas com o advento do CDC se solucionou uma incógnita que rondou os debates acadêmicos durante treze anos, de 1977, data do primeiro artigo de Moreira Barbosa sobre o tema, até 1990, ano de publicação do CDC. Incógnita esta que dizia respeito a quais eram os direitos coletivos e quem os titulava, questões respondidas no art. 81 do referido código.

Entretanto, o legislador não foi cauteloso quando decidiu tratar todos os direitos coletivos de forma igual no processo, não se atentando a complexidade destes direitos, utilizando-se sempre do mesmo instrumento para tutelá-los, a Lei de Ação Civil Pública, além de proporcionar apenas uma solução

Fora do código de defesa do consumidor ficou o interesse do estado pela subjetividade de casa indivíduo, pois, com o princípio da indivisibilidade, tratam todos de forma una.

Faltou, ainda, ao código de defesa do consumidor uma indicação clara dos titulares dos direitos coletivos, obrigando a doutrina a utilizar conceitos abstratos para defini-los, permanecendo, assim, o conceito vazio sobre a titularidade dos direitos transindividuais.

Atento a esta brecha do processo coletivo, Edilson Vitorelli se arriscou ao propor uma nova conceituação e nomenclatura para esses direitos. Mas a grande inovação está na forma como o autor observou esses direitos.

Vitorelli, inicialmente, deixou de lado a titularidade dos direitos, e os dividiu a partir do conflito. Em sua teoria, a titularidade dos direitos transindividuais só será definida após a lesão.

Os termos “grupo”, “coletividade”, “comunidade”, “sociedade” são muito utilizados pela doutrina para afirmar quem são os titulares dos direitos

transindividuais. Num primeiro momento, antes de qualquer reflexão, se imagine que é fácil identificar os titulares desses direitos, pois todos sabem quem é a sociedade, de forma corriqueira.

No entanto, após uma análise sociológica, percebe-se que nem a própria ciência social possui um conceito uno para a sociedade. E, a doutrina utiliza esses conceitos de forma grosseira, sem especificar a qual dos conceitos sociológicos se refere.

No seu estudo, Vitorelli analisa de forma profunda estes conceitos, para só depois aplicá-los à sua teoria. O autor, assim, utiliza o termo “sociedade” para indicar os titulares de dois dos seus direitos, mas identifica e delimita o conceito antes de utilizá-los.

Quando o autor utiliza o conceito de sociedade para titular os direitos de sua proposta, a titularidade fica palpável. Enquanto a utilização não fundamentada do termo coloca a titularidade no plano abstrato.

No que se refere aos litígios coletivos simples, pouco se distancia a nova teoria proposta da teoria utilizada pelo CDC. Pois, o litígio de difusão global atinge todas as pessoas do mundo, de forma geral. E, quando o código afirma que um direito pertence a todos sem restrição, o entendimento é que este direito pertence a todas as pessoas do mundo.

Por outro lado, muda-se completamente a visão quando se observa os litígios complexos. A indivisibilidade aplicada aos direitos transindividuais pelo CDC, o impossibilita resolver de forma satisfatória os litígios complexos. Enquanto a teoria de Edilson Vitorelli compreende a subjetividade do litígio, quando utiliza o conceito “sociedade quanto a criação”.

Por fim, resulta fundamental que o debate sobre esta temática não se encerre, até o momento da conceituação perfeita dos direitos transindividuais. É importante encarar essa temática destacando que a teoria proposta por Edilson Vitorelli não pode ser posta sobre o CDC, uma vez que o último compõe o ordenamento jurídico nacional, enquanto a primeira consiste em teoria doutrinária.

Por esta existir tantas divergências sobre os direitos transindividuais, se viu a necessidade de estudar e pesquisar a respeito, sem intenção de esgotar a temática, haja vista, que certamente ainda perdurará no direito brasileiro. Todavia, esta pesquisa entende como mais completa a teoria de Edilson Vitorelli, pelos motivos expostos no corpo deste trabalho.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **O Microsistema de Processo Coletivo Brasileiro: Uma análise feita à luz das tendências codificadoras.** 2012 Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/43. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental - AgRg no Ag 1.249.559/RJ.** Primeira Turma. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21283674/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1249559-rj-2009-0221588-9-stj/relatorio-e-voto-21283676?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 823.063/PR.** Quarta Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21249423/recurso-especial-resp-823063-pr-2006-0036036-0-stj/inteiro-teor-21249424?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recuso Especial - Resp. 510/MA.** Relator: Min. Luiz Fuz. Brasília, 29 de março de 2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178726308/recurso-especial-resp-1186857-ma-2010-0056098-3>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI-MC: 3540 DF.** Tribunal Pleno. Relator: Celso de Mello. Brasília, 01 de setembro de 2005. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento - AI: 637853 SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de agosto de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16718539/agravo-de-instrumento-ai-637853-sp-stf>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE: 631111 GO**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342219/recurso-extraordinario-re-631111-go-stf/inteiro-teor-159437490?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 out. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30.ed. refundida. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DIDIER-JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER-JUNIOR, Fredie; ZANETI-JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do Direito: teoria geral do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 26.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUNES-JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Viviane Siqueira. **O Processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013->

085945/publico/Dissertacao_de_mestrado_final_Viviane_Siqueira_Rodrigues.pdf.
Acesso em: 15 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisadas à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 4, n. 10, p. 205-228, janeiro-março 2010. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/449>. Acesso em: 10 out. 2019.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 05 set. 2019.

ZAVASCK, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.