

EDILSON VITORELLI

COLEÇÃO
**O NOVO
PROCESSO
CIVIL**

O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO

Dos Direitos
aos Litígios Coletivos

2ª edição
Revista, atualizada e ampliada

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART
DANIEL MITIDIERO
Coordenadores

Obra vencedora
do Prêmio Mauro
Cappelletti, concedido
pela International
Association of
Procedural Law



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MATYMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitas Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Analista de Conteúdo Editorial: Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Bárbara Baraldi Sabino e Stefanie Lopes Pereira

Produção Editorial
Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thais Pereira

Estagiárias: Beatriz Fialho, Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação de capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Vitorelli, Edilson

O devido processo legal coletivo : dos direitos aos litígios coletivos / Edilson Vitorelli. -- 2. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. -- (Coleção o novo processo civil / coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero)

Bibliografia.

ISBN 978-85-5321-996-4

1. Ações coletivas (Processo civil) 2. Ações coletivas (Processo civil) - Brasil 3. Direito processual coletivo 4. Litígios de massa I. Marinoni, Luiz Guilherme. II. Arenhart, Sergio Cruz. III. Mitidiero, Daniel. IV. Título. V. Série.

19-29966

CDU-347.922.6

Índices para catálogo sistemático:

1. Processo legal coletivo : Litígios : Processo civil 347.922.6
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| APRESENTAÇÃO À 2ª EDIÇÃO | 5 |
| NOTE TO THE 2ND EDITION | 7 |
| INTRODUÇÃO E AGRADECIMENTOS | 15 |
| 1. EXPOSIÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA | 17 |
| 1.1. Problema | 17 |
| 1.2. Histórico do problema | 18 |
| 1.3. Insuficiência conceitual relativa à titularidade dos direitos: a necessidade de um referencial para a noção de tutela adequada | 20 |
| 1.4. O problema da complexidade | 23 |
| 1.5. O problema da conflituosidade | 26 |
| 1.6. Caracterização insuficiente dos “grupos” titulares de direitos | 26 |
| 1.7. A coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> e seus riscos | 27 |
| 1.8. Síntese das indagações: a necessidade de elaboração do conceito de devido processo legal coletivo | 32 |
| 2. UMA TIPOLOGIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS | 35 |
| 2.1. Proposta para um conceito sociologicamente orientado de direitos transindividuais | 35 |
| 2.2. Conceito de sociedade | 39 |
| 2.2.1 A sociedade como estrutura | 42 |
| 2.2.2 A sociedade como solidariedade | 44 |
| 2.2.3 A sociedade como criação | 47 |
| 2.3. Da Sociologia para o Direito: concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos transindividuais | 51 |
| 2.4. Titularidade dos direitos transindividuais | 58 |
| 2.4.1 Direitos transindividuais: de patrimônio estatal a direito de todos | 59 |
| 2.4.2 A desvinculação dos direitos transindividuais da propriedade estatal: efeitos práticos | 60 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 2.4.3 | Direitos difusos são mesmo de todos? E quem seriam todos? | 62 |
| 2.4.4 | “Todos” do Brasil ou “todos” do mundo? | 64 |
| 2.5. | Conflituosidade e complexidade: retomada | 67 |
| 2.5.1 | A conflituosidade como ruptura da indivisibilidade dos direitos transindividuais | 69 |
| 2.5.2 | Uma teoria do conflito para os litígios coletivos | 70 |
| 2.6. | A teoria dos litígios coletivos | 73 |
| 2.6.1 | Premissas para uma nova conceituação: dos direitos transindividuais aos litígios coletivos | 74 |
| 2.6.1.1 | A titularidade do direito definida a partir do litígio coletivo | 75 |
| 2.6.1.2 | Conceito de litígio coletivo | 76 |
| 2.6.1.3 | Conflituosidade e complexidade nos litígios coletivos | 77 |
| 2.6.2 | A incerteza e os litígios transindividuais | 78 |
| 2.6.3 | Litígios transindividuais de difusão global | 79 |
| 2.6.4 | Litígios transindividuais de difusão local | 83 |
| 2.6.4.1 | O segundo círculo dos litígios locais | 85 |
| 2.6.5 | Litígios transindividuais de difusão irradiada | 88 |
| 2.6.6 | Uma observação sobre dois casos duvidosos | 98 |
| 2.7. | Conclusão parcial | 99 |
| 2.8. | Por uma teoria unificada dos litígios coletivos: o fim dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma | 100 |
| 2.8.1 | Alguns efeitos esperados da reconceituação | 114 |
| 3. | DEVIDO PROCESSO LEGAL: PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS | 119 |
| 3.1. | Insuficiência da análise atual acerca do devido processo legal coletivo | 119 |
| 3.2. | O devido processo legal coletivo na doutrina brasileira | 124 |
| 3.3. | Histórico da cláusula do devido processo legal até o início do século XX | 128 |
| 3.3.1 | O “devido” do devido processo legal | 133 |
| 3.3.2 | O devido processo e o <i>fair hearing</i> do direito inglês | 137 |
| 3.4. | Definindo os elementos do devido processo legal: o século XX na jurisprudência norte-americana | 140 |
| 3.4.1 | Frankfurter e a nova jurisprudência | 142 |
| 3.4.2 | A década de 1970 e o conceito contemporâneo do devido processo legal | 146 |
| 3.4.3 | <i>Mathews v. Eldridge</i> : o devido processo como garantia instrumental | 149 |
| 3.5. | Breve referência ao devido processo legal nos sistemas de <i>Civil Law</i> | 152 |
| 3.6. | <i>Notice and hearing</i> : a participação como núcleo do devido processo legal | 156 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 3.6.1 | O direito de ser ouvido | 156 |
| 3.6.2 | O contraditório como o direito de participar adequadamente do processo | 161 |
| 3.6.3 | O direito de ser cientificado do processo | 164 |
| 3.7. | Participação, ações coletivas e pamprocessualismo | 168 |
| 3.8. | Para que serve a participação no processo? | 172 |
| 3.9. | Participação instrumental e participação essencial | 182 |
| 3.10. | Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação essencial | 187 |
| 3.10.1 | A participação essencial e o apelo democrático | 187 |
| 3.10.2 | A participação essencial e a autoridade das decisões | 190 |
| 3.10.3 | A participação essencial e a restrição da autoridade do juiz | 191 |
| 3.10.4 | Participação essencial e o obstáculo à tutela jurisdicional adequada do direito | 191 |
| 3.10.5 | Participação essencial e a legitimação do processo | 195 |
| 3.10.6 | Participação essencial e satisfação das partes | 196 |
| 3.10.7 | Participação essencial e a objeção filosófica | 201 |
| 3.11. | Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação instrumental | 202 |
| 3.11.1 | Participação instrumental e a definição de indicadores | 202 |
| 3.11.2 | A participação é capaz de aumentar a precisão das decisões? | 204 |
| 3.11.3 | Participação instrumental, custo do processo e risco sistêmico ... | 205 |
| 3.11.4 | Participação, precisão das decisões e coisa julgada, | 208 |
| 3.12. | Uma nova ideia de participação processual | 210 |
| 3.13. | Processos representativos em perspectiva histórica | 214 |
| 3.13.1 | Aspectos históricos das ações coletivas na Inglaterra | 216 |
| 3.13.2 | <i>Class actions</i> nos Estados Unidos | 226 |
| 3.14. | Condições de possibilidade da representação processual | 230 |
| 3.14.1 | A representação política | 234 |
| 3.14.2 | A liberdade de atuação do representante: vontades e interesses ... | 238 |
| 3.14.3 | A representação e o conflito: agindo contra a vontade dos representados | 241 |
| 3.14.4 | A crise e o futuro da representação | 245 |
| 3.15. | Teoria geral do processo representativo | 250 |
| 3.15.1 | Condições para uma teoria geral do processo representativo | 251 |
| 3.15.2 | Representação de vontades, interesses e perspectivas , | 252 |
| 3.15.3 | Uma proposta para a representação no processo | 256 |
| 3.15.3.1 | O princípio da titularidade definida dos interesses representados | 259 |
| 3.15.3.2 | O princípio da atuação orbital do representante | 261 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 3.15.3.3 | O princípio da complementaridade entre representação e participação..... | 263 |
| 3.15.3.4 | O princípio da variância representativa..... | 264 |
| 3.15.4 | Conclusão parcial..... | 266 |
| 4. | MODELOS PROCESSUAIS REPRESENTATIVOS EM PERSPECTIVA COMPARADA | 273 |
| 4.1. | Introdução..... | 273 |
| 4.2. | Visão geral da Rule 23 e de sua aplicação contemporânea..... | 274 |
| 4.3. | O modelo representativo nas <i>class actions</i> nos Estados Unidos..... | 285 |
| 4.3.1 | A delimitação da classe..... | 285 |
| 4.3.2 | A definição do representante..... | 295 |
| 4.3.3 | Representante <i>versus</i> advogado: conflitos de interesse..... | 312 |
| 4.3.4 | Representatividade adequada..... | 318 |
| 4.3.4.1 | A adequação da representação na jurisprudência americana..... | 322 |
| 4.3.4.2 | Propostas acadêmicas de critérios de adequação da representação..... | 333 |
| 4.3.4.3 | Avaliação empírica da adequação..... | 337 |
| 4.3.4.4 | Avaliação retrospectiva da adequação em demandas futuras..... | 340 |
| 4.3.5 | Subclasses..... | 343 |
| 4.3.6 | Os ausentes..... | 351 |
| 4.3.6.1 | Notificação, <i>opt-out</i> e <i>day in court</i> | 356 |
| 4.3.6.2 | <i>Fairness hearings</i> | 369 |
| 4.4. | O modelo representativo brasileiro..... | 374 |
| 4.4.1 | Histórico do modelo brasileiro..... | 374 |
| 4.4.2 | O dilema do papel das associações civis no processo coletivo..... | 375 |
| 4.4.3 | O curioso e excepcional caso do acordo coletivo dos planos econômicos..... | 380 |
| 4.4.4 | O modelo representativo público..... | 383 |
| 4.5. | Conclusão parcial..... | 398 |
| 5. | CONFLITOS E DISSENSOS EM LITÍGIOS COLETIVOS | 401 |
| 5.1. | Introdução..... | 401 |
| 5.2. | A origem dos conflitos..... | 403 |
| 5.3. | As espécies de conflitos intraclasses e seu tratamento..... | 408 |
| 5.3.1 | O caráter inevitável do conflito..... | 408 |
| 5.3.2 | Pressupostos para a análise dos conflitos intraclasses..... | 410 |
| 5.3.3 | A solução dos conflitos por uma perspectiva rawlsiana: conflitos solucionáveis, administráveis e de soma zero..... | 411 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 5.3.4 | Conflitos entre membros presentes e membros futuros da classe | 416 |
| 5.3.5 | Dificuldades processuais decorrentes da solução dos conflitos ... | 418 |
| 5.3.6 | Exoneração sem compensação e imposição de resultados negativos | 420 |
| 5.4. | Conflitos intraclasse em litígios de interesse público | 422 |
| 5.4.1 | O conflito intraclasse em <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i> ... | 426 |
| 5.4.2 | O conflito relativo a outros subgrupos minoritários, no contexto da dessegregação | 430 |
| 5.4.3 | Conflitos, vieses cognitivos e boas intenções | 432 |
| 5.4.4 | A influência dos vieses cognitivos no processo e na decisão judicial | 434 |
| 5.5. | <i>Martin v. Wilks</i> e os conflitos intraclasse nas <i>structural injunctions</i> | 437 |
| 5.6. | Análise de um exemplo empírico de conflitos intraclasse em perspectiva comparada: o caso da desinstitucionalização psiquiátrica | 445 |
| 5.7. | Conclusão parcial: o que se pode aprender com os conflitos?..... | 456 |
| 6. | UM NOVO PROCESSO COLETIVO..... | 465 |
| 6.1. | Introdução | 465 |
| 6.2. | O processo dos litígios coletivos globais | 467 |
| 6.2.1 | Características do processo nos litígios coletivos globais simples ... | 468 |
| 6.2.1.1 | Coletivização obrigatória de litígios globais simples ... | 474 |
| 6.2.1.2 | Coletivização obrigatória e a teoria geral dos litígios representativos | 480 |
| 6.2.1.3 | Coisa julgada nos litígios globais simples | 482 |
| 6.2.1.4 | Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: o <i>Multidistrict Litigation</i> | 485 |
| 6.2.1.5 | Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: <i>bellwether cases</i> , julgamentos estatísticos e matemáticos | 489 |
| 6.2.1.6 | Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: fundos de reparação | 493 |
| 6.2.2 | O processo nos litígios coletivos globais complexos | 495 |
| 6.2.2.1 | Participação nos litígios globais complexos: o papel limitado das audiências públicas no processo coletivo | 498 |
| 6.2.2.2 | Limites temporais da coisa julgada nos litígios globais complexos | 505 |
| 6.2.2.3 | Legitimidade e participação em litígios globais complexos | 512 |

| | | |
|---|---|------------|
| 6.3. | O processo nos litígios coletivos locais..... | 514 |
| 6.3.1 | Metodologia de identificação da vontade da comunidade em litígios locais..... | 516 |
| 6.3.1.1 | Pesquisas quantitativas..... | 517 |
| 6.3.1.2 | Pesquisas qualitativas..... | 523 |
| 6.3.2 | Os limites da atividade representativa nos litígios locais..... | 528 |
| 6.3.3 | Participação, competência jurisdicional e coisa julgada em litígios locais..... | 533 |
| 6.4. | O processo nos litígios coletivos irradiados..... | 536 |
| 6.4.1 | O processo coletivo estrutural..... | 538 |
| 6.4.2 | O juiz no processo coletivo estrutural..... | 550 |
| 6.4.2.1 | Desafios da reforma estrutural pela via jurisdicional: entre a legalidade escrita e a realidade alcançável..... | 554 |
| 6.4.3 | A pluralização da representação nos litígios irradiados..... | 558 |
| 6.4.4 | A conflituosidade e a vontade da sociedade..... | 564 |
| 6.4.4.1 | Conhecendo a vontade da classe: abordagens majoritárias e pluralistas..... | 567 |
| 6.4.4.2 | Efeitos positivos periféricos da participação da sociedade no processo..... | 572 |
| 6.4.5 | Características do processo coletivo nos litígios irradiados..... | 579 |
| 6.4.5.1 | A insuficiência dos modelos tradicionais..... | 579 |
| 6.4.5.2 | Policentrismo, democracia deliberativa e o modelo processual do tipo "town meeting"..... | 582 |
| 6.4.5.3 | A mutabilidade e o moto-perpétuo entre conhecimento e execução..... | 587 |
| 6.4.5.4 | A insuficiência da legislação projetada brasileira em relação aos litígios irradiados..... | 591 |
| 6.4.5.5 | Participação da sociedade: possibilidades e limites da construção de um modelo processual coletivo para os litígios irradiados..... | 593 |
| 6.4.6 | Como fazer um processo do tipo town meeting?..... | 598 |
| 6.5. | Conclusão parcial..... | 603 |
| CONCLUSÃO: UM GUIA PARA A IMPLEMENTAÇÃO CONCRETA DA TEORIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS..... | | 605 |
| REFERÊNCIAS..... | | 613 |