

EDILSON VITORELLI

COLEÇÃO
**O NOVO
PROCESSO
CIVIL**

O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO

Dos Direitos
aos Litígios Coletivos

3ª edição
Revista 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™**

1912 - 2022
110
ANOS

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILUSA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Ana Carolina Francisco, Francisco Prado, Gabriel Yeoshuah Moreira e Marco Antonio Fonseca

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

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

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

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

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

Estagiários: Beatriz Hammond, Bianca Satie Abduch, Caroline Dubovicki e Gabrielly N. C. Saraiva

Capa: Linotec

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

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

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

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

Vitorelli, Edilson

Q devido processo legal coletivo / Edilson Vitorelli. -- 3. ed. rev. e amp. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022. (Coleção o novo processo civil / coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero)

Bibliografia.

ISBN 978-65-5991-140-0

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

22-107404

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

PREFÁCIO.....	5
NOTA À 3ª EDIÇÃO	7
NOTA À 2ª EDIÇÃO	9
NOTE TO THE 2 ND EDITION	11
INTRODUÇÃO E AGRADECIMENTOS.....	19
1. EXPOSIÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA	21
1.1. Problema.....	21
1.2. Histórico do problema.....	22
1.3. Insuficiência conceitual relativa à titularidade dos direitos: a necessidade de um referencial para a noção de tutela adequada.....	24
1.4. O problema da complexidade.....	27
1.5. O problema da conflituosidade	30
1.6. Caracterização insuficiente dos “grupos” titulares de direitos.....	30
1.7. A coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> e seus riscos.....	31
1.8. Síntese das indagações: a necessidade de elaboração do conceito de devido processo legal coletivo.....	38
2. UMA TIPOLOGIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS.....	41
2.1. Proposta para um conceito sociologicamente orientado de direitos transindividuais.....	41
2.2. Conceito de sociedade.....	45
2.2.1 A sociedade como estrutura	48
2.2.2 A sociedade como solidariedade.....	50
2.2.3 A sociedade como criação	53
2.3. Da Sociologia para o Direito: concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos transindividuais.....	57
2.4. Titularidade dos direitos transindividuais.....	63

2.4.1	Direitos transindividuais: de patrimônio estatal a direito de todos	64
2.4.2	A desvinculação dos direitos transindividuais da propriedade estatal: efeitos práticos	65
2.4.3	Direitos difusos são mesmo de todos? E quem seriam todos?	67
2.4.4	“Todos” do Brasil ou “todos” do mundo?	69
2.5.	Conflituosidade e complexidade: retomada	72
2.5.1	A conflituosidade como ruptura da indivisibilidade dos direitos transindividuais	75
2.5.2	Uma teoria do conflito para os litígios coletivos	76
2.6.	A teoria dos litígios coletivos	78
2.6.1	Premissas para uma nova conceituação: dos direitos transindividuais aos litígios coletivos	80
2.6.1.1	A titularidade do direito definida a partir do litígio coletivo	80
2.6.1.2	Conceito de litígio coletivo	81
2.6.1.3	Conflituosidade e complexidade nos litígios coletivos	82
2.6.2	A incerteza e os litígios transindividuais	83
2.6.3	Litígios transindividuais de difusão global (litígios globais)	84
2.6.4	Litígios transindividuais de difusão local (litígios locais)	89
2.6.4.1	O segundo círculo dos litígios locais	91
2.6.5	Litígios transindividuais de difusão irradiada (litígios irradiados)	95
2.6.5.1	Os perfis dos litígios irradiados	105
2.6.5.2	Litígios estruturais	107
2.6.6	Uma observação sobre dois casos duvidosos	109
2.7.	Conclusão parcial	111
2.8.	Por uma teoria unificada dos litígios coletivos: o fim dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma	112
2.8.1	Alguns efeitos esperados da reconceituação	128
3.	DEVIDO PROCESSO LEGAL: PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS	133
3.1.	Insuficiência da análise atual acerca do devido processo legal coletivo	133
3.2.	O devido processo legal coletivo na doutrina brasileira	138
3.3.	Histórico da cláusula do devido processo legal até o início do século XX	142
3.3.1	O “devido” do devido processo legal	147
3.3.2	O devido processo e o <i>fair hearing</i> do direito inglês	151
3.4.	Definindo os elementos do devido processo legal: o século XX na jurisprudência norte-americana	154
3.4.1	Frankfurter e a nova jurisprudência	156

3.4.2	A década de 1970 e o conceito contemporâneo do devido processo legal.....	160
3.4.3	<i>Mathews v. Eldridge</i> : o devido processo como garantia instrumental.....	163
3.5.	Breve referência ao devido processo legal nos sistemas de <i>Civil Law</i>	166
3.6.	<i>Notice and hearing</i> : a participação como núcleo do devido processo legal.....	170
3.6.1	O direito de ser ouvido.....	170
3.6.2	O contraditório como o direito de participar adequadamente do processo	175
3.6.3	O direito de ser cientificado do processo	178
3.7.	Participação, ações coletivas e pamprocessualismo.....	182
3.8.	Para que serve a participação no processo?	186
3.9.	Participação instrumental e participação essencial.....	196
3.10.	Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação essencial.....	201
3.10.1	A participação essencial e o apelo democrático	201
3.10.2	A participação essencial e a autoridade das decisões	204
3.10.3	A participação essencial e a restrição da autoridade do juiz.....	205
3.10.4	Participação essencial e o obstáculo à tutela jurisdicional adequada do direito	205
3.10.5	Participação essencial e a legitimação do processo	209
3.10.6	Participação essencial e satisfação das partes.....	210
3.10.7	Participação essencial e a objeção filosófica	215
3.11.	Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação instrumental.....	216
3.11.1	Participação instrumental e a definição de indicadores	216
3.11.2	A participação é capaz de aumentar a precisão das decisões?	218
3.11.3	Participação instrumental, custo do processo e risco sistêmico	219
3.11.4	Participação, precisão das decisões e coisa julgada.....	222
3.12.	Uma nova ideia de participação processual	224
3.13.	Processos representativos em perspectiva histórica.....	228
3.13.1	Aspectos históricos das ações coletivas na Inglaterra	230
3.13.2	<i>Class actions</i> nos Estados Unidos	240
3.14.	Condições de possibilidade da representação processual	244
3.14.1	A representação política	248
3.14.2	A liberdade de atuação do representante: vontades e interesses....	253
3.14.3	A representação e o conflito: agindo contra a vontade dos representados	255
3.14.4	A crise e o futuro da representação	259
3.15.	Teoria geral do processo representativo.....	264

3.15.1	Condições para uma teoria geral do processo representativo	265
3.15.2	Representação de vontades, interesses e perspectivas.....	267
3.15.3	Uma proposta para a representação no processo	270
3.15.3.1	O princípio da titularidade definida dos interesses representados.....	273
3.15.3.2	O princípio da atuação orbital do representante	276
3.15.3.3	O princípio da complementaridade entre representação e participação.....	278
3.15.3.4	O princípio da variância representativa.....	279
3.15.4	Conclusão parcial.....	281
4.	MODELOS PROCESSUAIS REPRESENTATIVOS EM PERSPECTIVA COMPARADA	287
4.1.	Introdução	287
4.2.	Visão geral da <i>Rule 23</i> e de sua aplicação contemporânea	288
4.3.	O modelo representativo nas <i>class actions</i> nos Estados Unidos.....	300
4.3.1	A delimitação da classe.....	300
4.3.2	A definição do representante.....	310
4.3.3	Representante <i>versus</i> advogado: conflitos de interesse	326
4.3.4	Representatividade adequada.....	332
4.3.4.1	A adequação da representação na jurisprudência americana.....	336
4.3.4.2	Propostas acadêmicas de critérios de adequação da representação.....	347
4.3.4.3	Avaliação empírica da adequação.....	351
4.3.4.4	Avaliação retrospectiva da adequação em demandas futuras	353
4.3.5	Subclasses	357
4.3.6	Os ausentes	365
4.3.6.1	Notificação, <i>opt-out</i> e <i>day in court</i>	369
4.3.6.2	<i>Fairness hearings</i>	383
4.4.	O modelo representativo brasileiro	387
4.4.1	Histórico do modelo brasileiro.....	387
4.4.2	O dilema do papel das associações civis no processo coletivo.....	388
4.4.3	O curioso e excepcional caso do acordo coletivo dos planos econômicos.....	393
4.4.4	O modelo representativo público	396
4.5.	Avaliação empírica do modelo representativo brasileiro.....	413
4.6.	Conclusão parcial.....	419

5.	CONFLITOS E DISSENSOS EM LITÍGIOS COLETIVOS	421
5.1.	Introdução	421
5.2.	A origem dos conflitos	423
5.3.	As espécies de conflitos intraclasse e seu tratamento	428
5.3.1	O caráter inevitável do conflito	428
5.3.2	Pressupostos para a análise dos conflitos intraclasse	430
5.3.3	A solução dos conflitos por uma perspectiva rawlsiana: conflitos solucionáveis, administráveis e de soma zero	431
5.3.4	Conflitos entre membros presentes e membros futuros da classe ...	436
5.3.5	Dificuldades processuais decorrentes da solução dos conflitos	438
5.3.6	Exoneração sem compensação e imposição de resultados negativos	440
5.4.	Conflitos intraclasse em litígios de interesse público	442
5.4.1	O conflito intraclasse em <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i> ...	446
5.4.2	O conflito relativo a outros subgrupos minoritários, no contexto da dessegregação	450
5.4.3	Conflitos, vieses cognitivos e boas intenções	452
5.4.4	A influência dos vieses cognitivos no processo e na decisão judicial	454
5.5.	<i>Martin v. Wilks</i> e os conflitos intraclasse nas <i>structural injunctions</i>	457
5.6.	Análise de um exemplo empírico de conflitos intraclasse em perspectiva comparada: o caso da desinstitucionalização psiquiátrica	465
5.7.	Conclusão parcial: o que se pode aprender com os conflitos?	475
6.	UM NOVO PROCESSO COLETIVO	485
6.1.	Introdução	485
6.2.	O processo dos litígios coletivos globais	487
6.2.1	Características do processo nos litígios coletivos globais simples ...	488
6.2.1.1	Coletivização obrigatória de litígios globais simples ...	494
6.2.1.2	Coletivização obrigatória e a teoria geral dos litígios representativos	500
6.2.1.3	Coisa julgada nos litígios globais simples	502
6.2.1.4	Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: o <i>Multidistrict Litigation</i>	506
6.2.1.5	Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: <i>bellwether cases</i> , julgamentos estatísticos e matemáticos	510
6.2.1.6	Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: fundos de reparação	513
6.2.2	O processo nos litígios coletivos globais complexos	515
6.2.2.1	Participação nos litígios globais complexos: o papel limitado das audiências públicas no processo coletivo ...	518

6.2.2.2	Limites temporais da coisa julgada nos litígios globais complexos	526
6.2.2.3	Legitimidade e participação em litígios globais complexos	532
6.3.	O processo nos litígios coletivos locais	535
6.3.1	Metodologia de identificação da vontade da comunidade em litígios locais	537
6.3.1.1	Pesquisas quantitativas	538
6.3.1.2	Pesquisas qualitativas	544
6.3.2	Os limites da atividade representativa nos litígios locais	548
6.3.3	Participação, competência jurisdicional e coisa julgada em litígios locais	554
6.4.	O processo nos litígios coletivos irradiados	557
6.4.1	O processo coletivo estrutural	559
6.4.2	O juiz no processo coletivo estrutural	571
6.4.2.1	Desafios da reforma estrutural pela via jurisdicional: entre a legalidade estrita e a realidade alcançável	574
6.4.3	A pluralização da representação nos litígios irradiados	579
6.4.4	A conflituosidade e a vontade da sociedade	585
6.4.4.1	Conhecendo a vontade da classe: abordagens majoritárias e pluralistas	587
6.4.4.2	Efeitos positivos periféricos da participação da sociedade no processo	593
6.4.5	Características do processo coletivo nos litígios irradiados	599
6.4.5.1	A insuficiência dos modelos tradicionais	599
6.4.5.2	Policentrismo, democracia deliberativa e o modelo processual do tipo “town meeting”	602
6.4.5.3	A mutabilidade e o moto-perpétuo entre conhecimento e execução	607
6.4.5.4	A insuficiência da legislação projetada brasileira em relação aos litígios irradiados	611
6.4.5.5	Participação da sociedade: possibilidades e limites da construção de um modelo processual coletivo para os litígios irradiados	614
6.4.6	Como fazer um processo do tipo <i>town meeting</i> ?	620
6.5.	Conclusão parcial	625
CONCLUSÃO: UM GUIA PARA A IMPLEMENTAÇÃO CONCRETA DA TEORIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS		627
REFERÊNCIAS		635