

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Maria Carolina Oliveira Chiacherini

NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE A TUTELA COLETIVA
Necessidade de aperfeiçoamento dos meios de resolução de litígios coletivos

São Paulo/SP

2022

Maria Carolina Oliveira Chiacherini

NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE A TUTELA COLETIVA
Necessidade de aperfeiçoamento dos meios de resolução de litígios coletivos

Projeto de Pesquisa do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da PUC-SP como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Patrícia Miranda Pizzol.

São Paulo/SP

2022

À minha mãe, Michele Cristine, que deu tudo de si para que pudesse chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Michele, por ter dedicado sua vida à minha e por garantir que eu pudesse perseguir meus sonhos, apesar de todas as adversidades que o mundo impõe. Agradeço também ao meu pai, Sérgio, por ter entrado na minha vida para torná-la mais completa e por também não medir esforços para me ajudar a buscar meu futuro. Obrigada pelos ensinamentos que vocês me passaram e pelo companheirismo que sempre tivemos e sempre iremos ter.

Agradeço aos meus tios, Milena e Tales, que foram minha família durante esses anos em que eu tanto precisei e que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos, bons ou ruins. Aos meus primos, seus filhos, Miguel e Thomas, por terem tornado esses anos tão mais leves e felizes.

Agradeço à minha tia Mônica, que me recebeu quando cheguei nessa cidade e sempre esteve por perto para todos os momentos. À minha madrinha, Sheyla, que sempre se fez presente e se preocupou comigo. Aos meus avós, Elisete e Claudimiro, que foram, verdadeiramente, meus segundos pais. À Marlene, Maria Isabel, Gabriele e Matheus, que me acompanham desde a infância e com quem eu sempre pude contar.

Agradeço ao Jorge, que se tornou minha família e meu mais importante presente da Pontifícia. Obrigada por sempre acreditar em mim e por fazer tudo ao seu alcance para não me deixar desistir de nenhuma oportunidade, obrigada pelo companheirismo, pelo carinho e por todo o apoio emocional.

Agradeço, ainda, aos companheiros e companheiras que fizeram parte da minha história durante esses 5 anos e a tonaram mais fácil de ser vivida, em especial Ana Maria Bergamo, Andrea Campos, Gabriel Fernandes, Gabriel Lerner, Helena Barros, João Ultramari, Laura Nunes, Luã Prado, Lucas Paulino, Milena Costa e Stephany Teodoro. Obrigada pelas trocas e aprendizados.

Institucionalmente, agradeço à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que me permitiu descobrir novos mundos que eu acreditava estar fora do meu alcance. Agradeço ao Centro

Acadêmico 22 de Agosto, entidade histórica na que tive o prazer de deixar minha marca enquanto vice-presidenta e ao Coletivo Reconvexo, que me proporcionou essa e tantas outras conquistas.

Agradeço às pessoas que marcaram minha vida profissional, indissociável da vida acadêmica, em especial à Carolina Pavanelli, Caroline Cosso e Marco Lorencini, que foram verdadeiros professores.

Por fim, agradeço à minha orientadora e a todos os professores que fizeram parte da minha trajetória, especialmente ao professor Rodrigo Barioni, que despertou meu amor pelo direito e pelo processo civil e, lastimavelmente, nos deixou cedo demais.

Nada disso seria possível sem vocês.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. TUTELA COLETIVA.....	6
1.1. MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA	7
1.2. CLASSIFICAÇÃO ESTABELECIDADA PELO CDC.....	10
1.3. CONCEITUAÇÃO DA TUTELA COLETIVA	12
2. TITULARIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	16
2.1. PROPOSTA DE EDILSON VITORELLI	18
2.2. A DIVISIBILIDADE DOS DIREITOS TUTELADOS.....	22
2.3. BUSCA PELO DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO	24
2.4. PARTICIPAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE	27
3. PROCEDIMENTOS DE RESOLUÇÃO DA TUTELA COLETIVA.....	30
3.1. LITÍGIOS DE DIFUSÃO GLOBAL	30
3.2. LITÍGIOS DE DIFUSÃO LOCAL	33
3.3. LITÍGIOS DE DIFUSÃO IRRADIADA	35
3.4. A EFICIÊNCIA DAS VIAS EXTRAJUDICIAIS PARA CONCRETIZAÇÃO DA TUTELA COLETIVA	37
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará analisar as formas mais eficazes para a resolução de demandas que envolvam a tutela de direitos transindividuais, apontando as reformas necessárias ao atual sistema processual coletivo.

Para tanto, pretende-se compreender a fundo a tutela dos direitos coletivos, as espécies dos direitos tutelados, sua importância e complexidade, além das regras processuais que regem essa espécie de litígio.

A escolha do tema deste Trabalho de Conclusão de Curso se deu pela compreensão de que o cuidado dado ao assunto pela legislação e pelo judiciário é insuficiente frente à importância dos direitos tutelados nos litígios coletivos.

Isso porque, apesar de a legislação pátria ser avançada no que diz respeito à tutela coletiva, estamos longe do nível ideal de zelo com tal espécie de direitos, cujos conflitos se tornam cada vez mais comuns em um mundo capitalista e globalizado.

Desse modo, o presente trabalho se iniciará com o estudo sobre a atual definição da tutela coletiva, sua classificação e a evolução histórica de seu microsistema processual. Adiante, serão estudadas as novas propostas de alteração dessa sistemática e, ao fim, suas implicações naquilo que diz respeito às normas processuais.

1. TUTELA COLETIVA

Para que se inicie o estudo sobre a tutela coletiva, faz-se necessária a compreensão acerca dos interesses e direitos por ela resguardados. Assim, inicialmente, cumpre observar que a legislação pátria comumente adota esses termos (*interesses* e *direitos*) de forma indiscriminada ao referir-se a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, vejamos, a Constituição Federal por vezes adota o termo “*interesses*” (art. 129, III), por outras, “*interesses ou direitos*” (art. 129, V), o Código de Defesa do Consumidor (“CDC” - Lei n. 8.078/90) trata de “*interesses e direitos*” bem como “*interesses ou direitos*” (art. 81 e incisos), a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), por sua vez, refere-se à “*interesses*” (art. 1º, IV), enquanto a Lei que disciplina o Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09), faz menção a “*direitos*” (art. 21, parágrafo único).

Em que pese a opção de grande parte dos juristas nacionais em utilizar a expressão “*interesses*”, por considerá-lo um termo mais amplo e com menor carga de individualismo¹, o presente trabalho seguirá os ensinamentos de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.² e utilizará o termo “*direitos*”, por entender equívoca a importação do termo “*interesses*”, advindo da expressão italiana “*interessi legítimi*”, uma vez que a dualidade *interesse legítimo* x *direito subjetivo* não possui espaço em um sistema que prevê a unidade da jurisdição³, considerando tanto os interesses legítimos (advindos de relação entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante) quanto os direitos subjetivos (advindos de relações entre particularidades) como efetivos direitos passíveis de tutela jurisdicional.

A preocupação existente na doutrina de que o termo “*direitos*” não seja suficientemente amplo para abarcar situações não reconhecidas expressamente como direitos subjetivos, deve ser solucionada com a ampliação da interpretação dos direitos subjetivos, de modo a abarcar todas

¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2022, p. 85.

² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo*. 11. Ed: Salvador, Juspodivm, 2017 – p. 67

³ Diferentemente do que ocorre no Brasil, o sistema italiano prevê a dualidade de jurisdição, ou seja, há a separação de órgão jurisdicionais, sendo os direitos subjetivos (que dizem respeito às relações entre particularidades) julgados perante a justiça civil e os interesses legítimos (que dizem respeito à relação entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante), perante órgãos da justiça administrativa. No Brasil, em respeito ao princípio da unidade da jurisdição e da inafastabilidade da apreciação, considera-se que tanto os direitos subjetivos quanto os interesses legítimos são, simplesmente, direitos.

estas diversas situações. Nesse sentido, ensina Kazuo Watanabe 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 a busca de uma diferenciação ontológica entre eles*”⁴.

Aliás, esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer, como parte do direito subjetivo à saúde, a necessidade de concessão de medicamentos para portadores do vírus HIV, destacando-se do voto do Ministro Celso de Mello, Relator do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS, julgado em 12/09/2000:

“O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente** ao problema da saúde da população, **sob pena** de incidir, ainda que por censurável omissão, em **grave** comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”. – grifo no original

Assim sendo, compreende-se que a tradição nacional trata estes termos como sinônimos, sendo que a escolha pelo termo “direitos” parte da noção de que a tutela coletiva não busca defender meros interesses, mas sim direitos garantidos pela Constituição Federal e pela legislação vigente.

1.1. Microsistema da Tutela Coletiva

Posto isso, podemos afirmar que, tradicionalmente, o Direito se dividiu entre a tutela de direitos públicos, que se constituem, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, como o “*conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem*”⁵ e direitos privados, que, por sua vez, trata-se dos interesses pessoais e individuais de cada sujeito.

⁴ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 623.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51

Essa distinção, contudo, já não se faz suficiente para abarcar os conflitos modernos, que não se enquadram na clássica dicotomia público x privado, uma vez que não se referem nem a direitos do Estado ou da sociedade como um todo, nem a direitos individuais propriamente ditos, mas a um grupo, classe ou categoria de sujeitos que se relacionam através de um vínculo fático ou jurídico. Nesse sentido, ensina Waldemar Mariz de Oliveira:

“a complexa sociedade hodierna, por ser de produção, de troca e de consumo de massa, fica sujeita, conseqüentemente, a conflitos de massa, os quais se estabelecem em matéria de trabalho, relações entre as classes sociais, entre raças, entre religiões, e assim por diante”⁶

Estas situações são tuteladas pelos chamados direitos coletivos *lato sensu*, uma terceira categoria de direitos, admitida pela Constituição Federal de 1988, que, expressamente determina, como função do Ministério Público, a promoção de inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos “*interesses difusos e coletivos*” e, posteriormente, disciplinados pela Lei da Ação Civil Pública, que prevê a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor, entretanto, que essa categoria de direitos passou a ser, de fato, regulada, ao acrescentar o inciso IV ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública⁷, estendendo a possibilidade de responsabilização a todos os casos de violação a direitos difusos e coletivos, além de permitir a aplicação supletiva de uma Lei à outra, desde que seus princípios não se contrariem.

Estabelece o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública: “*aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*”. Já o art. 90 da lei consumerista prevê que: “*aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei*

⁶ OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz de. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos*, in Ada Pellegrini Grinover (coord.), *A tutela dos interesses difusos*, São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 10.

⁷ O amparo da ação civil pública aos direitos difusos foi inicialmente previsto na redação da Lei da Ação Civil Pública, contudo, todas as referências a essa categoria de direitos (ali referidos como “interesses”), foram retirados pelo veto presidencial, justificado pela suposta insegurança jurídica decorrente da amplitude da expressão “qualquer outro interesse difuso”, tornando, assim, o rol de direitos tutelados pela Ação Civil Pública, que seria exemplificativo, um rol taxativo.

n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Disso parte a noção defendida pela doutrina nacional de que os processos coletivos possuem um microsistema processual próprio, guiado pelo Código de Defesa do Consumidor e composto pela Lei de Ação Civil Pública, Lei de ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança e demais leis que versem sobre a garantia de direitos coletivos *lato sensu*, devendo a leitura desse microsistema ser realizado em consonância com o Código de Processo Civil⁸ e a Constituição Federal. Esse microsistema é reconhecido, inclusive, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende do voto do Ministro Luiz Fux, Relator do Recurso Especial n. 510.150/MA, julgado em 17/02/2004:

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

Acerca desse aspecto, importa destacar que o art. 1º do CDC caracteriza suas normas como dotadas “*de ordem pública e interesse social*”, o que reafirma a eficácia da lei consumerista sobre o microsistema dos processos coletivos, de modo que, mesmo com o veto presidencial ao art. 89 do CDC, que previa que suas normas aplicar-se-iam, no que fosse possível, “*a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente*”⁹, o Título III da lei

⁸ É importante notar que o advento do CPC/15 alterou completamente a relação normativa existente entre o Código de Processo Civil e o microsistema do processo coletivo. Durante a vigência do CPC/73, os diplomas relacionados ao processo coletivo se desenvolviam a despeito do CPC, que era utilizado apenas como fonte normativa subsidiária e residual, situação que mudou com o advento do CPC/15, que adotou a Teoria do Diálogo das Fontes e não apenas passou a admitir a existência do microsistema dos processos coletivos, mas também definiu novas normas jurídicas para ele. Sobre a Teoria do Diálogo das Fontes, ensina Cláudia Lima Marques que “*Trata-se, em última análise, de uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível de ‘comunicar’ a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, e a finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada’ em ambas, sob a luz da Constituição, de seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral*” (MARQUES, Cláudia de Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In.: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 2012, p. 27-29).

⁹ Destaca-se que, ainda que o referido artigo tenha sido excluído pelo veto presidencial, sua gênese se manteve em outras disposições do Código, especialmente em seus artigos 110, 111 e 117, que alteram a Lei de Ação Civil Pública para que ela passe a tutelar todos os direitos coletivos *latu sensu* e a aplicar, subsidiariamente, o CDC.

consumerista é tido, para diversos autores, como um ordenamento processual geral para a tutela coletiva. Assim nos ensina Antônio Gidi:

“Em outras palavras, não somente o microsistema da coisa julgada, mas toda a parte processual coletiva do CDC fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo”¹⁰

1.2. Classificação estabelecida pelo CDC

Outro avanço trazido pelo Código de Defesa do Consumidor é o fato de que a lei consumerista, além de regular as espécies de direitos coletivos *lato sensu* previstas constitucionalmente (direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos), inova ao criar uma nova espécie, a dos direitos individuais homogêneos:

“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.”

Assim o fez o legislador por compreender que a natureza coletiva do direito tutelado pode advir da própria essência destes direitos, ou de uma opção legislativa de tutelar conjuntamente

¹⁰ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

direitos individuais acidentalmente coletivos¹¹. É partindo desse entendimento que Teori Zavascki didaticamente distingue a “*tutela de direitos coletivos*” da “*tutela coletiva de direitos*”¹²

Todas essas espécies de direito estão agrupadas no gênero do direito coletivo *lato sensu* que, por uma questão didática, passaremos a nomear, a partir deste ponto, de direitos metaindividuais. A seguir, analisaremos brevemente as diferenças destas espécies e suas particularidades.

Em relação aos direitos difusos, o art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor os define como “*transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”. Assim, nota-se que essa categoria de direitos possui três principais características: a natural indivisibilidade do objeto, a indeterminabilidade do sujeito e a conexão fática, não jurídica, entre os sujeitos, como, por exemplo, no caso da veiculação de propaganda enganosa, que prejudica um grupo indeterminável de sujeitos, ligados entre si por este próprio fato, sendo impossível que a situação seja solucionada de forma a beneficiar ou prejudicar apenas para alguns desses sujeitos.

Quanto aos direitos coletivos *stricto sensu*, definidos pelo inciso II do artigo supracitado, são 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*”, ou seja, suas principais características são a indivisibilidade do objeto por força legal e a existência de sujeitos determináveis, que possuam entre si uma conexão advinda de uma relação jurídica preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao direito. É o caso, por exemplo, do direito garantido à classe dos técnicos de radiologia ao recebimento de adicional de insalubridade: a princípio, cada técnico poderia postular seu direito individualmente, porém, a existência de uma relação jurídica preexistente que garante a todos os sujeitos dessa classe o mesmo direito, torna impossível que uma decisão judicial beneficie a um sujeito, mas não a toda a classe.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo, v. 61, jan.-mar. 1991, p. 187.

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, são, de acordo com o inciso III do referido artigo, “*decorrentes de origem comum*”, quer dizer, carregam como principais características sua divisibilidade e a determinação dos sujeitos que se relacionam por uma situação fática comum que leva à garantia do seu direito. Nessa categoria podemos citar as vítimas de acidentes causados por defeito de fabricação de um mesmo modelo de automóveis, que poderiam ingressar em juízo com ações individuais, ou, por haver uma origem fática comum aos seus direitos, poderiam pleitear a tutela coletiva.

É interessante observar que uma mesma ação coletiva pode tutelar mais de uma espécie de direito coletivo *lato sensu*, por exemplo, uma ação coletiva que verse sobre a impugnação a uma cláusula contratual de multa que ultrapassa o permissivo legal, poderá tutelar direitos difusos ao requerer que o fornecedor se abstenha de incluir tal cláusula em contratos futuros, direitos coletivos ao requerer a declaração de nulidade da cláusula em todos os contratos já existentes e direitos individuais homogêneos, ao requerer a restituição do valor excessivo àqueles que já realizaram o pagamento¹³.

1.3. Conceituação da Tutela Coletiva

Ainda, conforme muito bem colocam Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr.¹⁴, a difundida classificação de Zavascki (*tutela coletiva de direitos x tutela de direitos coletivos*), não é suficiente para abarcar todas as situações jurídicas coletivas, que são objeto das Tutelas Coletivas. A uma, porque não apenas direitos, mas também deveres coletivos podem ser objeto da Tutela Coletiva; a duas, porque, conforme ensina Edilson Vitorelli, as situações jurídicas coletivas podem partir de litígios globais, locais, ou irradiados, que serão estudados adiante; e, a três, porque tais situações podem surgir pelo efeito de uma discussão abstrata capaz de atingir uma coletividade, como é o caso do controle de constitucionalidade ou da técnica de julgamento de casos repetitivos.

¹³ GONÇALVES, Marcus Vinicius R. *Coleção sinopses jurídicas 26 - Tutela de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 21.

¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo*. 11. Ed: Salvador, Juspodivm, 2017, p. 66.

Este último ponto destrincha o processo coletivo entre os instrumentos das ações coletivas e do julgamento de casos repetitivos (previsto no artigo 928 do CPC). Vejamos, ambos instrumentos têm por objeto a resolução de uma situação jurídica coletiva, mas se diferenciam na medida em que as ações coletivas têm como objeto a situação jurídica coletiva *per se*, enquanto o julgamento de casos repetitivos tem como objeto a definição de uma questão de direito (processual ou material).

Interessante também observar que pode haver a coincidência de uma mesma situação jurídica coletiva como objeto de uma ação coletiva e de julgamento de casos repetitivos, oportunidade na qual deverá ser priorizado o julgamento da ação coletiva, uma vez que essa, por levar à coisa julgada e ser conduzida pelo legitimado coletivo, demonstra-se a técnica mais adequada para a solução do litígio. Inclusive, conforme determina o art. 139, X, do CPC “*quando [o juiz] se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados (...) para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva*”, o que ratifica o entendimento de que a ação coletiva deve ser priorizada como meio de tutela coletiva.

Diante de todos estes pontos, compreende-se que a Tutela Coletiva pode ser conceituada como uma função jurisdicional moderna com uma especial abrangência que lhe confere o *status* coletivo. Assim ensinam Humberto Dalla Bernardina de Pinho e José Roberto Mello Porto:

A melhor maneira de conceituar tutela coletiva, portanto, passa por considerá-la uma moderna função jurisdicional que se caracteriza, principalmente, por sua especial abrangência, seja por possuir como objeto bens jurídicos propriamente transindividuais (ação coletiva que envolva direitos difusos ou coletivos), seja porque seus efeitos atingem uma coletividade, em uma discussão concreta (ação coletiva que envolva direitos individuais homogêneos) ou abstrata (incidentes de fixação de tese jurídica e controle de constitucionalidade)¹⁵.

O presente trabalho, por buscar analisar as melhores formas de resolução para os casos de tutela coletiva, abordará especificamente as situações jurídicas coletivas tuteladas pelas ações

¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de.; PORTO, José Roberto Mello. *Manual de Tutela Coletiva*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 13.

coletivas, deixando de dispor sobre as ações de controle de constitucionalidade e sobre os julgamentos de casos repetitivos, que devem, necessariamente, seguir uma metodologia específica.

Nesse aspecto, a definição dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, como estabelecida pelo CDC, é de extrema importância para o avanço da tutela coletiva no Brasil e acarreta uma série de características próprias às ações coletivas relacionadas a cada uma dessas espécies.

Por exemplo, os direitos difusos, assim como os coletivos *stricto sensu*, são insuscetíveis de apropriação individual e de transmissão (seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*), além de que sua defesa em juízo se dá necessariamente através de substituição processual, o que leva à indisponibilidade do objeto do litígio, ou seja, não pode o autor da demanda realizar transações, renunciar, confessar ou assumir o ônus probatório.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, por comporem o patrimônio individual de seu titular, são individuais e divisíveis e, portanto, transmissíveis por atos *inter vivos* e *causa mortis* (salvo exceções em casos de direitos extrapatrimoniais) e, sendo sua defesa em juízo geralmente realizada pelo próprio titular, apesar de ser possível exercê-la através da substituição processual (como no caso de associações que litigam em nome de seus associados¹⁶), são suscetíveis de renúncia e transação (salvo exceções, como os direitos personalíssimos).

¹⁶ A legitimidade da atuação das associações civis para a propositura de ações coletivas enquanto representante ou substituta processual já foi alvo de grandes debates. Esse tema, entretanto, resta pacificado, a partir do entendimento, que será melhor abordado adiante, de que os legitimados para proposição de ações civis públicas agem em nome próprio em defesa de direitos de terceiros, ou sejam, trata-se de legitimidade extraordinária, que se dá por meio da representação processual. Esse entendimento está amparado pelos Temas 499 do STF e 948 do STJ que definem de forma muito clara que, quando proposta ação pelo ordenamento ordinário, a associação atua enquanto representante processual, enquanto quando for proposta ação civil pública, a associação exercerá o papel de substituta processual. Tema 499 do STF: “A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.” Tema 948 do STJ: “Em ação civil pública proposta por Associação, na condição de substituta processual de consumidores, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à Associação promotora.”

A coisa julgada, nos casos de ações coletivas, terá efeito *erga omnes* nas ações que versem sobre direitos difusos, *ultra partes* nos casos de direitos coletivos *stricto sensu* (limitando seus efeitos ao grupo, categoria ou classe legitimado), excetuando-se, nas duas hipóteses, os casos em que a ação for julgada improcedente por insuficiência de provas. Já no caso dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada terá efeito *erga omnes* apenas quando a ação for julgada procedente em benefício das vítimas e de seus sucessores.

Contudo, apesar das características apontadas e de outras poucas diferenças processuais na tutela desses direitos, especialmente relacionadas à legitimidade e à representatividade das partes, é notável que o sistema processual utilizado para o julgamento de casos de tutela coletiva não possui nenhuma adequação do procedimento diante dos casos concretos.

O processo coletivo precisa ser guiado a partir de uma óptica que adeque seus procedimentos ao litígio enfrentado e aos seus impactos sociais, não sendo suficiente a adoção de um único procedimento para tutelar todas as espécies de direitos coletivos. Ainda além, é necessário que se compreenda que o caso concreto poderá apresentar diferentes formas de conflitos que podem até mesmo ter por objeto a mesma espécie de direito. Por exemplo, um acidente que gere graves danos ambientais a uma grande parcela do Oceano Atlântico e outro acidente de mesma natureza que atinja um pequeno rio, gerarão ações coletivas que buscarão amparar direitos difusos, seguindo exatamente os mesmos procedimentos, sem levar em consideração a abismal diferença entre os impactos causados por cada uma dessas situações.

2. TITULARIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A partir do estudo de casos concretos envolvendo os direitos coletivos *lato sensu*, é notável que uma grande dificuldade para a resolução desses litígios reside na insuficiente definição da titularidade dos direitos tutelados, já que a atual concepção adotada pelo CDC se mostra demasiadamente genérica para a resolução de problemas práticos.

O ordenamento atual busca definir a titularidade dos direitos coletivos *lato sensu* da mesma forma que se faz com os direitos individuais: a partir do direito material. Contudo, não é possível admitir que apenas porque, genericamente, determinado grupo possui um direito, que toda e qualquer lesão a esse direito afetará igualmente a todos os indivíduos que compõem esse grupo.

Afirmar que o meio ambiente é um direito de “todos” carece de um referencial concreto que permita identificar quem são, de fato, os sujeitos cujos direitos foram especialmente violados, de forma que essa afirmação inviabiliza a averiguação da efetividade da tutela jurisdicional, já que, para tanto, é insuficiente um referencial abstrato (de que a tutela foi benéfica a “todos”), sendo necessário averiguar, concretamente, os efeitos que a tutela surtirá sobre os indivíduos interessados.

Essa situação está diretamente ligada à atuação do legitimado ativo nas ações coletivas, que deve representar os interesses dos titulares do direito tutelado através da substituição processual, constituindo-se, portanto, como um legitimado extraordinário (postula direito alheio em nome próprio). Apesar de, no caso da tutela coletiva, o substituto processual atuar de forma autônoma, ou seja, independentemente da participação do titular do direito litigioso¹⁷, sua atuação deverá buscar a melhor solução do litígio para o grupo cujos interesses são, por ele, representados, o que só é possível com uma concreta definição acerca do grupo titular do direito.

Partindo de reflexões sobre essa problemática, Edilson Vitorelli propôs a construção do processo coletivo a partir do tipo de litígio – não do tipo de direito – observado no caso concreto, justamente por entender que a titularidade dos direitos transindividuais¹⁸ só pode ser definida

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes., 2017. *Op. cit.*, p. 197.

¹⁸ A partir desse ponto, passaremos a adotar o termo “direitos transindividuais” no lugar de “direitos coletivos *lato sensu*”, por ser mais condizente à proposta de alteração das classificações dos direitos tutelados coletivamente.

quando se trata de sua violação¹⁹ e, assim sendo, a resolução desses litígios deve, necessariamente, observar que as características peculiares ao caso concreto atingirão e influenciarão de forma diferente determinados grupos de pessoas.

Da mesma forma que o universo quântico não se comporta de acordo com a mecânica newtoniana, os direitos transindividuais não se comportam como os demais direitos. Eles existem na sociedade em um estado de indeterminação, não sendo possível precisar a quem pertencem ou qual o seu exato conteúdo. Entretanto, a violação interfere nesse estado e faz com que os direitos transindividuais possam ser definidos e sua titularidade delimitada, pelo menos em alguma medida, de acordo com cada conflito. Isso não significa que, em outro conflito, anterior ou posterior, essa definição seja aplicável.²⁰

Assim, a compreensão do litígio coletivo deve perpassar não apenas pela análise do objeto do litígio, como também pelo seu grau de conflituosidade e complexidade, sendo a complexidade um elemento ligado às variadas possibilidades de tutela jurídica da violação (quanto mais possibilidades – técnicas e jurídicas – para a resolução do litígio, mais complexo ele será), e a conflituosidade, um elemento relacionado à uniformidade de posições adotadas pelos sujeitos titulares do direito amparado (quanto menor a discordância entre os sujeitos, menor a conflituosidade).

Desse modo, pouco importará, para a tutela de determinado direito transindividual, se ele é difuso ou coletivo, ou seja, se a coletividade do direito parte de uma circunstância fática ou de uma relação jurídica base e, muito menos importará a classificação dos direitos individuais homogêneos, já que, devendo a titularidade ser definida a partir do grupo efetivamente atingido pela violação do direito, a conceituação dos direitos individuais homogêneos como aqueles “*decorrentes de origem comum*”, simplesmente deixa de existir, passando essa categoria a compor os direitos transindividuais, já que “*não há elemento de direito material que torne especial essa categoria de interesses*”²¹.

¹⁹ Quando tratarmos da violação de direitos, estaremos diante de situações de *violação* ou *ameaça à violação*, sendo a opção pela utilização do termo “violação” apenas um facilitador para a compreensão do estudo.

²⁰ VITORELLI, Edilson. *Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva*. São Paulo: Revista de Processo, v. 248, 2015.

²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 48-49.

Ao abordar os litígios coletivos com enfoque nos seus efeitos práticos, percebe-se que, atualmente, o processo coletivo é insuficiente para comportar a efetiva participação dos indivíduos mais lesados pela violação, o que se explica pelas falhas existentes desde a definição de titularidade desses direitos.

Um marcante exemplo da insuficiência do atual sistema processual coletivo é o caso da tragédia de Mariana, a ruptura da barragem de Fundão, desastre que causou diversos danos ambientais, levou à mortes de dezenas de pessoas, à alta no número de desempregos e levou diversas famílias a ficarem desabrigadas, dentre outros danos suportados pela população atingida, sendo, certamente, um dos maiores desastres ambientais já ocorridos.

Proposta ação civil pública pela União e pelos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, esses legitimados firmaram Termo de Transação e Ajustamento e Conduta (TTAC) que previa investimentos na região e instalação de programas cuja finalidade seria minimizar os danos ocasionados pelo cumprimento da barragem. Os termos desse acordo, que totalizava o montante de 20 bilhões de reais, entretanto, não foram levados à consulta da população que seria por ele afetada²².

Para Vitorelli, a indefinição de “todos” como o grupo titular do direito é um aspecto que valida situações como essa, em que os entes públicos excedem a autonomia de sua legitimidade, atuando sem observar os reais interesses dos grupos afetados pela violação, “*afinal, quem melhor para agir, em nome de “todos”, que os entes federados cujos chefes são democraticamente eleitos?*”²³. Para o autor, a ausência de definição concreta acerca da titularidade do direito permite que os legitimados atuem de forma incondicionada, possivelmente contrária aos interesses dos lesados.

2.1. Proposta de Edilson Vitorelli

²² O Ministério Público Federal propôs nova Ação Civil Pública, impugnando os termos do TTAC e estimando os prejuízos do desastre em 155 bilhões de reais.

²³ VITORELLI, Edilson. **De quem é o meio ambiente? Parâmetros para um modelo de tutela jurisdicional adequada à luz da teoria dos litígios coletivos**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 2-3.

A proposta de Vitorelli, portanto, é a fixação de três categorias de litígios coletivos, que atribuam titularidade ao direito violado partindo das premissas anteriormente apresentadas (objeto do conflito, grau de complexidade e grau de conflituosidade). A divisão proposta é a dos litígios de difusão global, local e irradiada.

A primeira categoria, de litígios de difusão global, refere-se a situações em que a violação não atinge diretamente os interesses de nenhuma pessoa ou grupo, mas de toda a coletividade, como o vazamento de uma pequena quantidade de óleo no oceano. Nestes casos, a violação ao direito não interessa especificamente a ninguém, mas genericamente a todos, razão pela qual sua titularidade deverá ser imputada à sociedade como estrutura²⁴, representada pelo Estado, que deve cumprir seu papel de zelar pelos direitos da coletividade²⁵.

A atribuição da titularidade à sociedade através da representação estatal não significa a exclusão da sociedade efetivamente titular do direito objeto do litígio²⁶, pelo contrário, essa categoria de litígios coletivos é a que mais se aproxima dos procedimentos adotados atualmente: os entes representativos da sociedade civil, uma vez demonstrada a pertinência temática e o preenchimento dos requisitos legais, poderão ajuizar Ação Civil Pública, mas não por possuírem relação direta com a titularidade desse direito, e sim por expressa permissão legal. Caso essa iniciativa não seja tomada pela sociedade civil, caberá ao Estado, através órgãos relacionados com a proteção do bem jurídico lesado, garantir sua tutela.

A Administração Pública não é representante da comunidade, mas uma organização colocada a seu serviço, o que, na essência, é diferente. Seus atos não são considerados por isso como próprios da comunidade – que é a característica da Lei, o que dá a esta sua

²⁴ Vitorelli cria seus conceitos de litígios coletivos a partir da análise da sociedade sob diferentes ópticas sociológicas: a sociedade como estrutura, a sociedade como solidariedade e a sociedade como criação. A primeira, definida como titular dos direitos envolvidos nos conflitos de difusão global, seria “a sociedade como um ente supra-coletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto” (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 79.)

²⁵ *Ibid.*, p. 79.

²⁶ Acerca desse ponto, ensina Vitorelli que “as lesões aos direitos transindividuais, se não atingem diretamente a qualquer cidadão, interessam, na mesma medida, aos habitantes do Brasil e a todos os demais cidadãos do mundo. É apenas pela ausência de um sistema transnacional 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. (...) Ainda que a titularidade desse direito seja de todos os habitantes do globo terrestre, a sociedade internacional não houve por bem criar um sistema transnacional para sua tutela”. (*Ibid.*, p. 81)

superioridade e sua irresistibilidade –, mas sim próprios de uma organização dependente, que precisa se justificar em cada caso no serviço da comunidade à qual está adstrita”²⁷.

Considerando que todos os indivíduos são igualmente beneficiados ou prejudicados pela resolução dos litígios de difusão global, seu grau de conflituosidade é bastante baixo, não havendo interesses pessoais contraditórios. Do mesmo modo, a complexidade desses litígios tende a ser baixa, havendo uma ou poucas formas de resolução apropriada.

A segunda categoria, de litígios de difusão local, se relaciona com as violações que atingem, de modo específico, uma comunidade, assim compreendida como um grupo de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, como as comunidades indígenas e quilombolas. Enquadram-se também nesse conceito, os demais grupos de minorias sociais, contanto que seus integrantes, ainda que possuam um vínculo subjetivo mais tênue, compartilhem uma perspectiva social comum²⁸.

A titularidade, nesse caso, será da própria comunidade, já que os efeitos da violação serão por ela suportados de forma especialmente grave, ainda que outros sujeitos, externos à comunidade, também tenham relação com o direito violado, o que se exemplifica muito bem com a violação ao meio ambiente ocorrida em um território indígena.

O dano ambiental ocorrido no interior do território tradicional de uma comunidade indígena causa a essa comunidade efeitos tão mais pronunciados que em todo o restante da sociedade mundial que a única solução compatível com a realidade é atribuir a essa comunidade a titularidade do direito violado. Não é admissível imaginar que o dano ambiental provocado pela extração mineral ilícita em território indígena interesse aos índios na mesma medida em que interesse aos demais habitantes do Brasil ou do mundo²⁹.

Não se deve presumir, entretanto, que a titularidade de uma determinada comunidade garanta, automaticamente, um baixo grau de conflituosidade. Apesar da existência de uma coerência na perspectiva social dos membros da comunidade, esses sujeitos não possuem, necessariamente, identidade de interesses, podendo haver diversos segmentos de opiniões

²⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo. vol. 1*. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

²⁸ VITORELLI, Edilson, 2015. *Op. cit.*, p. 83.

²⁹ *Ibid.*, p. 84

divergentes dentro de uma mesma comunidade, de modo que o grau de conflituosidade desses litígios é médio.

A última categoria, de litígios de difusão irradiada, trata de violações que afetam diretamente os interesses particulares de um grupo de pessoas que “*não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio*”³⁰. Tais litígios são marcados por altos graus de conflituosidade e complexidade, já que, por sua própria natureza, admitem titulares com interesses divergentes, ou até mesmo opostos. Um exemplo de litígio dessa espécie foi a decisão do Estado de São Paulo em utilizar o “volume morto” das represas durante o período de racionamento de água no Estado:

Em 2014, o Estado de São Paulo experimentou um conflito coletivo particularmente complexo quando, em razão da falta de chuvas, o poder público decidiu utilizar o chamado “volume morto” das represas que compõem o sistema de abastecimento de água da capital, opondo os interesses dos habitantes da cidade, que não queriam experimentar um racionamento de água, aos interesses ambientais de conservação dos mananciais.³¹

Para a resolução desse tipo de litígio é essencial que, mesmo com todas as dificuldades para tanto, se identifique ou ao menos delimite o grupo de indivíduos titulares do direito, não sendo interessante classificar os titulares de forma genérica e indeterminada. Ainda que os titulares desses direitos não possam ser perfeitamente individualizados, é preciso evitar que a indeterminação seja utilizada para a despersonalização dos indivíduos mais afetados pela violação.

Desse modo, a titularidade desses direitos será exercida, em diferentes medidas (proporcionais à gravidade da lesão experimentada), por todos aqueles que se relacionam a partir da situação fática consistente nos efeitos concretos da violação.

A despersonalização do litígio contribui para a subtração do processo da crítica pública, pois reduz o peso das objeções de pessoas efetivamente afetadas pelas consequências negativas da lesão ao direito transindividual subjacente, às quais não se atribui especial relevância, eis que não se permite que elas se afirmem titulares do direito violado. Obscurece-se, dessa forma, o fato de que, se todos perdem com a poluição de um rio,

³⁰ *Ibid.*, 88.

³¹ *Ibid.*, 90.

perdem muito mais as pessoas que habitam ao seu redor e que dele retiram o seu sustento. (...)

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.³²

Essa proposta não pretende complementar a classificação estabelecida pelo CDC, mas superá-la. Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, da forma como estabelecidos pela lei consumerista, poderão ser identificados nas diferentes espécies de litígios propostas por Vitorelli.

É certo, entretanto, que as situações tradicionalmente enquadradas como de direitos coletivos serão, na maioria dos casos, relativas a direitos transindividuais locais, uma vez que envolverão um grupo mais definido de pessoas, que compartilharão perspectivas sobre a violação. Os trabalhadores de uma categoria profissional, as mulheres prejudicadas pela desigualdade de gênero, ou os negros afetados pela desigualdade racial podem ser muito diferentes entre si, mas, em relação à lesão sofrida, compartilham perspectivas sociais consideravelmente uniformes. Os direitos difusos, por outro lado, estão distribuídos entre as três categorias, dependendo da forma como sua lesão atinge a sociedade.³³

Com essa nova classificação, mostra-se urgente repensar todo o sistema processual que envolve a resolução de litígios coletivos, para que seja possível tutelar os direitos efetivamente violados. Assim, não basta buscar aperfeiçoar a tutela coletiva a partir da adequação do processo civil individual, nas palavras de Vitorelli, “*é necessário delinear um esquema totalmente novo para lidar com esses litígios*”³⁴.

2.2. A divisibilidade dos direitos tutelados

Com isso, observa-se a proposta de mais uma importante inovação, qual seja, a ruptura com a indivisibilidade dos direitos coletivos transindividuais, característica considerada determinante para a definição de um direito transindividual, e expressamente prevista pelo art. 81 do CDC. Ela consiste no entendimento de que os interesses de todos os indivíduos do grupo titular do direito

³² *Ibid.*, 92.

³³ *Ibid.*, 100.

³⁴ *Ibid.*, 92.

apenas poderão ser atendidos de forma conjunta, ou seja, a solução de um litígio coletivo será sempre a mesma para todo o grupo.

No ordenamento jurídico brasileiro, por definição legislativa (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor), os interesses difusos e coletivos apresentam, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto. Isso significa que a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, a mesma para todo o grupo, podendo afirmar-se que, se houvesse litisconsórcio entre os membros, se trataria de litisconsórcio unitário.³⁵

A atribuição da característica de indivisibilidade dos direitos transindividuais tem grande importância histórica, por exemplo, ao considerar os direitos transindividuais como pertencentes a todos e atribuir a esses direitos a característica da indivisibilidade, sua titularidade deixa de ser do Estado, enquanto Poder Público, e passa a ser de uma sociedade ou grupo e das pessoas que a compõem.

Essa mudança de perspectiva demonstra inegável avanço no que diz respeito à preocupação de que a tutela desses direitos observe as necessidades do grupo efetivamente lesado pela sua violação e é exatamente por isso que, com os avanços dos estudos sobre os direitos transindividuais, parece necessário que se supere a ideia da indivisibilidade.

A realidade concreta a todo tempo evidencia que a concepção de que as violações aos direitos transindividuais afetam igualmente todos os membros da sociedade ou grupo titular é errônea e falha exatamente naquilo que pretendia garantir, ou seja, que os interesses dos grupos e indivíduos especialmente lesados pela violação sejam, de fato, atendidos.

O dogma da indivisibilidade visualizou os direitos transindividuais em situação de integridade, o que inviabilizou a percepção de que a intensidade com a qual os indivíduos são atingidos por sua lesão é empiricamente variável (...)

Na verdade, a indivisibilidade do objeto e a indeterminação do sujeito, características atribuídas aos direitos transindividuais, parecem existir apenas para sustentarem-se mutuamente, uma só pode existir quando existir a outra. Contudo, conforme se demonstrou, a definição da

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000, p. 20

titularidade de modo a atender da melhor forma cada um dos direitos especialmente lesados, não comporta nenhuma dessas características.

A indeterminação só é aceitável se a lesão for indivisível, porque, nesse caso, é irrelevante saber quem foi lesado. Entretanto, essa formulação é incompatível com a realidade dos conflitos transindividuais, na qual é perceptível que indivíduos ou grupos de indivíduos podem ser mais gravemente impactados que o restante da sociedade, dependendo das características da lesão.

Essa ruptura abre espaço para maiores reflexões acerca da resolução da conflituosidade dos litígios coletivos, permitindo uma discussão mais aprofundada sobre os impactos dos interesses individuais dos titulares do direito violado na busca pela melhor solução a ser empregada ao litígio.

Por mais que essa conflituosidade já fosse reconhecida pelos doutrinadores estudiosos dos direitos transindividuais, poucas foram as conclusões alcançadas, deixando-se de constatar que a própria existência da conflituosidade nos direitos transindividuais, demonstram que é impossível atribuir a esses direitos a característica da indivisibilidade. Ora, se existem diversos interesses contrapostos perante um litígio, não é possível afirmar que sua resolução atenderá ou deixará de atender, de igual forma, a todos os interessados.

A atenção dada à análise da intensidade da conflituosidade do litígio é essencial para a definição dos procedimentos a serem adotados para a sua resolução. É a partir dela que será possível compreender a necessidade e o grau de participação dos titulares do direito, a viabilidade e o interesse na resolução por vias alternativas à judiciária e até mesmo o papel do juiz no processo coletivo.

2.3. Busca pelo devido processo legal coletivo

Conforme exposto, o processo coletivo como atualmente concebido parte de uma tentativa de adaptação da lógica empregada ao processo individual e, por assim ser, importa premissas que, apesar de extremamente importantes ao desenvolvimento da segunda espécie processual, pouco dialogam com a primeira.

Após diversas considerações históricas sobre a formulação das garantias que compõem o chamado devido processo legal, Vitorelli estabelece como pilares de sua definição “*a ciência das partes acerca do processo que pode afetar seus interesses, seguindo-se o direito de que sejam ouvidas antes da decisão, sua plena participação durante todas as fases do processo e a decisão pública e fundamentada de um juiz imparcial*”³⁶.

Contudo, as características que permeiam a titularidade dos direitos transindividuais dificultam, em muito, o enquadramento do processo coletivo nos reconhecidos pilares do devido processo legal, de modo que a mera adaptação do princípio à lógica coletiva parece insuficiente, sendo necessária a construção de uma nova perspectiva sobre o que viria a ser o devido processo legal nos litígios coletivos.

Isso porque, características como o grande número de titulares e a comum dificuldade em identificar todos os sujeitos, por exemplo, torna impraticável a exigência de que todos esses indivíduos cujos interesses possam ser afetados sejam cientificados da existência do processo e tenham plena participação durante todas as suas fases.

Caso fosse exigido, nas ações coletivas, o preenchimento dos requisitos do devido processo legal tal como ocorre nas ações individuais, o procedimento seria completamente inviabilizado, de forma que, para que se alcance o devido processo legal coletivo, faz-se necessário adaptar o conceito do devido processo legal às características peculiares à tutela coletiva, em especial, à relação entre representante e representado³⁷.

Para solucionar esse problema, doutrinadores como Sérgio Cruz Arenhart propõem a utilização de uma perspectiva panprocessualista, de modo que as garantias processuais ultrapassem a relação processual propriamente dita, levando-se em conta, para a resolução do litígio, as relações

³⁶ VITORELLI, Edilson, 2015. *Op. cit.*, p. 169.

³⁷ Assim como fizeram os principais autores estudados para a confecção do presente trabalho, falaremos sobre a relação entre “representante” e “representado”, bem como falaremos sobre a “adequada representação”, sendo necessário destacar que o uso de tais termos não possui relação com o instituto da representação processual. Conforme exposto no capítulo 2, essa figura corresponde a um substituto processual, que representa os interesses dos grupos afetados pela violação.

existentes entre o autor coletivo e os titulares do direito, assim como as relações existentes entre os próprios titulares, já que a legitimidade ativa coletiva não está diretamente relacionada com a titularidade do direito.

É notável, portanto, que o debate acerca da construção de um devido processo legal coletivo perpassa, necessariamente, pela análise da eficácia processual da representação e da participação e de como esses institutos se relacionam entre si, ainda mais quando observado que no sistema processual pátrio, diferentemente do que ocorre nas *class actions* norte americanas, o representante processual não é parte do grupo titular do direito, mas um ente legalmente determinado.

O direito à participação processual é tradicionalmente compreendido como primordial para a eficácia do contraditório e do devido processo legal, seja por uma perspectiva de participação essencial, justificada pela necessidade formal da participação para que a resolução do litígio seja legítima, seja por uma perspectiva instrumental, para que, através da participação, o litígio seja solucionado na forma mais adequada aos interessados.

O conceito de participação, entretanto, é bastante nebuloso quando se trata de litígios coletivos, tendo em vista a recorrente impossibilidade prática de que todos os titulares do direito violado participem diretamente do processo, defendendo seus próprios interesses, e até mesmo o comum desinteresse por parte dos titulares de, por iniciativa própria, acompanharem devidamente o processo.

Assim, é necessário indagar sobre os objetivos buscados com a garantia da participação processual dos titulares do direito e em que grau ela pode ser suprida pela participação do legitimado, sem interferência direta do interessados.

Do ponto de vista da participação essencial, parece inviável atribuir à eficácia de uma decisão judicial o preenchimento de um quesito meramente formal, desconsiderando-se o resultado material da decisão e o verdadeiro potencial contributivo da participação ao resultado. É nesse sentido que Lawrence Alexander afirma: “*eu rejeito teorias de que o devido processo legal*

*processual é um direito constitucional independente, a serviço de valores distintos e divorciados das normas constitucionais de direito material*³⁸.

Caso o devido processo legal carecesse apenas da participação essencial, para o preenchimento de requisitos formais, a participação adequada do representante se mostraria suficiente, uma vez que este é parte legítima no desenvolvimento do caso, o que não é o caso.

A participação instrumental, por outro lado, parece mais condizente à noção do processo coletivo, o que não significa que ela deva ser absoluta. Sendo a participação um instrumento para que se alcance a melhor resolução do litígio, essa deve envolver diretamente os grupos interessados, bem como deve ser aplicada conforme sua real possibilidade de contribuição para o resultado e na medida em que lhe for relevante.

Nessa perspectiva, as características atribuídas aos litígios de difusão global, local e irradiada, quais sejam, a complexidade e a conflituosidade, são essenciais para que se determine o grau de necessidade e os limites da participação dos titulares do direito, assim como os requisitos e procedimentos para a eficaz representação desse grupo.

2.4. Participação e representatividade

A participação dos titulares e sua representação pelo autor da ação coletiva são conceitos estritamente ligados e codependentes, uma vez que, nos moldes atuais, a participação nas ações coletivas se dá através da representação, o que não parece suficiente se não forem delineados os requisitos para a adequação dessa representação, de modo que seja possível realizar uma regressão lógica do representante aos representados, de acordo com os critérios de complexidade e conflituosidade do litígio.

³⁸ ALEXANDER, Lawrence. *The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights*. In: University of Florida Law Review, vol. 39, 1987, p. 323-343. Tradução: VITORELLI, Edilson, 2015. *Op. cit.*, p. 204.

Assim, a representação exige a adoção de medidas nomeadas por Iris Marion Young de ciclo de antecipação de ações futuras e retomada de ações pretéritas³⁹, que consistem, basicamente, na definição de “*instâncias participativas dentro do processo representativo*”⁴⁰, que garantam a influência prévia dos titulares sobre as ações adotadas pelo representante, bem como a consulta desse grupo, conforme a necessidade, durante o decorrer do processo e, finalmente, sua posterior avaliação do resultado.

Desse modo, a representação processual seria realizada de acordo com a consulta dos interesses dos titulares do direito, com a possibilidade de o representante, levando em consideração a participação dos representados, buscar a solução que julgue a mais adequada em resposta ao grau de complexidade e conflituosidade do caso concreto, ressalvado seu dever de prestação de contas sobre as decisões tomadas. Diante dessa perspectiva de representação processual, Vitorelli extrai quatro princípios aptos a compor uma “teoria geral do processo representativo”⁴¹, abaixo destrinchados.

O primeiro princípio foi chamado de princípio da titularidade dos direitos representados, consistindo na compreensão da representatividade como atividade instrumental para a tutela de direitos cuja titularidade é definida a partir dos efeitos da lesão. Quer dizer, o representante não age de acordo com interesses próprios, mas de forma instrumental, a fim de atender às expectativas dos representados.

O segundo, o princípio da atuação orbital do representante, busca garantir que a atuação do representante atente-se, em última instância, à vontade do grupo representado, ainda que em determinados momentos processuais seus atos se afastem dessa vontade em função da complexidade e conflituosidade da questão.

O terceiro, nomeado princípio da complementariedade entre a representação e a participação, refere-se ao método de aproximação da representação e da participação acima

³⁹ YOUNG, Iris Marion. *Representação política, identidade e minorias*. Tradução: MORELES, Alexandre. In: Revista Lua Nova, vol. 67, 2006, p. 152.

⁴⁰ Edilson, 2015. *Op. cit.*, p. 268.

⁴¹ VITORELLI, Edilson, 2017. *Op. cit.* p. 259.

exposto, exigindo que a representação contemple momentos participativos anteriores, simultâneos e posteriores à atuação do representante.

Por fim, o princípio da variância representativa busca estabelecer um limite aos princípios acima descritos, indicando que casos com diferentes graus de complexidade e conflituosidade demandam diferentes graus de participação dos representados, na medida de sua relevância para a resolução da demanda.

Assim, uma ação coletiva que discutisse a legalidade da construção de uma obra com grande proveito econômico, mas diversas implicações ambientais e sociais, seria extremamente complexa e conflituosa, pelo que demandaria um grande esforço para que fosse garantida a adequada participação de todos os diferentes subgrupos envolvidos que, certamente, teriam perspectivas bastantes diversas sobre o assunto.

Por outro lado, uma ação coletiva que versasse sobre um dano ambiental de pequeno impacto, que não afetou especialmente os direitos de nenhum grupo em particular, por se tratar de situação com baixos graus de complexidade e conflituosidade, não teria grandes proveitos com a participação direta dos titulares do direito violado, que poderia ser mitigada.

Também resultam em diferentes graus de participação dos representados o valor jurídico titulado pelo indivíduo. Quer dizer, um consumidor que perdeu centavos em decorrência de uma cláusula contratual ilegal tem um interesse visivelmente menor na participação processual do que um sujeito que teve graves lesões de saúde em decorrência do uso de um medicamento com vício em sua fórmula.

Ou seja, a proteção do devido processo legal coletivo estará presente quando a representação processual se atentar aos interesses dos titulares dos direitos violados, com a garantia de momentos participativos anteriores, simultâneos e posteriores à atuação do representante, sendo essa participação proporcional à possibilidade de identidade dos titulares e da gravidade da lesão por eles enfrentada. Nas palavras de Young, “*o representante está autorizado a agir, mas suas avaliações estão sempre em questão*”.

3. PROCEDIMENTOS DE RESOLUÇÃO DA TUTELA COLETIVA

Como demonstrado, a técnica de resolução de determinado litígio de natureza transindividual, deve ser definida a partir de uma concreta análise dos efeitos do litígio, perpassando necessariamente pela verificação do grau de conflituosidade e complexidade existentes para sua resolução.

3.1. Litígios de difusão global

Os litígios de difusão global, marcados pelo fato de a violação não atingir diretamente os interesses de nenhuma pessoa ou grupo, mas de toda a coletividade, possuem, por sua própria natureza, baixo grau de conflituosidade, já que o impacto de seus efeitos sobre o grupo titular tende a ser bastante uniforme.

Seu grau de complexidade, entretanto, pode oferecer variações. Isso porque, um litígio de difusão global pode ser de simples resolução, quando a própria análise da controvérsia já aponta para a tutela certamente mais adequada para sua resolução, como no caso de litígios que envolvem a abusividade de determinada cláusula em desfavor dos consumidores.

Essa solução óbvia, entretanto, não é sempre identificada. O litígio de difusão global pode envolver situações que dependam da análise de questões técnicas, podendo existir diversas alternativas aparentemente adequadas para a resolução de um mesmo litígio, devendo o procedimento adotado ser capaz de absorver todas essas possibilidades e, dentre elas, eleger a que se mostre mais adequada.

Para que se alcance a adequada resolução desses litígios, é necessário definir o real objetivo do litígio, já que a adequação é uma característica demasiadamente subjetiva. Tradicionalmente, entende-se que o objetivo a ser alcançado com a tutela coletiva é a restituição das partes ao *status quo* observado antes da violação.

Essa busca pelo princípio do *restitutio ad integrum*, através da restituição do dano, contudo, não parece convergente com a ideia ora estabelecida de que a tutela coletiva, especialmente no que diz respeito aos litígios globais, possui, como sua principal finalidade, a redução dos danos causados à sociedade, fim esse que só pode ser verdadeiramente alcançado quando se objetiva impedir a ocorrência de novas violações.

Como afirma Vitorelli, citando Craig Jones, “*a única forma de se dar à vítima de um evento lesivo a verdadeira restitutio ad integrum é criar condições que impeçam o dano de jamais ocorrer*”⁴². Quer dizer, se o causador da violação, antes de praticá-la, sopesa os riscos de sua ocorrência com os custos de sua prevenção, e ele o faz⁴³, o objetivo principal a ser buscado com a tutela coletiva, é o estímulo à cessação dessas práticas lesivas, o que se faz impedindo que o proveito obtido com o ilícito seja incorporado ao patrimônio do agente causador da violação. Assim ensina Rosenberg:

(...) o nível ótimo de desestímulo ao ilícito beneficia a todos os indivíduos, porque reduzir o custo dos acidentes através de precauções razoáveis significa mais riqueza para ser distribuída na sociedade, deixando todos em melhor situação.⁴⁴

Partindo-se dessas considerações, cumpre estabelecer as características que serão peculiares à resolução dos litígios globais, bem como em que medida essas características serão diferentes em casos que possuem baixo grau de complexidade (litígios globais simples) dos casos que possuem alto grau de complexidade (litígios globais complexos).

Logo de início, cabe estabelecer que os litígios globais simples demandam a exclusividade do meio processual coletivo para que se efetive sua tutela, impedindo-se o ajuizamento de

⁴² VITORELLI, Edilson, 2015. *Apud*. JONES, Craig. Theory of class actions. Toronto: Irwin Law Inc., 2003, p. 27.

⁴³ Segundo Vitorelli, “*O produtor assumirá o custo da prevenção se a estimativa de seu valor for inferior à dos danos que puder vir a ser obrigado a indenizar, na hipótese deles ocorrerem, adicionado ao custo processual. Como se sabe, poucas pessoas atingidas por um dano recorrem ao Judiciário, especialmente se o custo de oportunidade dessa atuação for elevado. Com isso, em lesões pequenas, como seria o caso de uma infecção alimentar, a maioria delas acaba assumindo o prejuízo com seu próprio patrimônio ou transferindo-o à sociedade, ao utilizar serviços públicos, tais como os de saúde pública. Logo, a sociedade como um todo assume parcela considerável do custo que deveria ter cabido ao produtor, estimulando-o, assim como a todos aqueles que estão em posição equivalente à sua, a manter uma postura de negligência, aumentando o risco de provocar novos danos no futuro.*” (VITORELLI, Edilson, 2015. *Op. cit.*, p. 491.)

⁴⁴ ROSENBERG, David. Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't. In: Harvard Journal on Legislation, vol. 37, 2000, p. 408. Tradução: VITORELLI, Edilson, 2015. *Ibid.*, p. 204.

demandas individuais. Isso porque, o objetivo social buscado pela tutela coletiva só pode ser alcançado dessa forma, devendo ser deixados em segundo plano os eventuais interesses individuais relacionados a essa situação.

A obrigatoriedade da coletivização dessa espécie de litígio pode, em um primeiro momento, parecer contraditória com os princípios da participação e representação. Contudo, a própria natureza dos litígios globais simples demonstra que a participação dos titulares do direito tutelado é de pouca, se não nenhuma, relevância, já que ela dificilmente contribuiria para a resolução do caso. Nesse sentido, apesar da exigência da atuação orbital do representante, essa espécie de litígio poderá contemplar menos momentos participativos.

Outra característica importante para essa teoria é o cabimento da coisa julgada *pro et contra* e *erga omnes*, já que, sendo inadmissível o ajuizamento de demandas individuais para esses casos, não se vislumbra nenhuma restrição à solução definitiva da controversa, efeitos esses que valem também para as resoluções extrajudiciais dessas demandas.

Os litígios globais complexos, por sua vez, ao enfrentar a insuficiência das respostas binômicas típicas do direito (lícito/ilícito)⁴⁵, exigirá um modelo representativo muito mais completo que o apresentado para os litígios globais simples, especialmente a partir da consulta de especialistas, através de audiências públicas ou da habilitação de *amici cureae*. Aliás, justamente por isso, os litígios globais complexos devem privilegiar a atuação de instituições imparciais para o exercício da legitimidade ativa, como o Ministério Público, evitando-se a legitimidade de entidades civis, a fim de não privilegiar soluções que se mostrem mais favoráveis ao seu âmbito de atuação em detrimento aos interesses da sociedade.

O alto grau de complexidade desses litígios também resulta na impossibilidade de atribuir às suas resoluções os efeitos da coisa julgada, sob pena de se provocar uma estagnação das mudanças sociais, já que, questões assim complexas apenas podem ser solucionadas em

⁴⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 224. “as respostas binômicas típicas do direito (lícito/ilícito, válido/inválido, conforme/desconforme com o direito) às vezes são insuficientes”

conformidade aos costumes, crenças e conhecimentos científicos da época em que proposta a controvérsia.

Havendo diferentes possibilidades de resolução para o litígio, não se pode admitir ser ela imutável, a uma, porque seria impossível determinar que, dentre todas as opções de resolução, a adotada foi, necessariamente, a mais benéfica a toda a sociedade e, a duas, porque os fundamentos que levaram à essa opção podem vir a mudar ao longo do tempo, seja por mudanças sociais ou por avanços científicos.

Um caso muito interessante utilizado por Vitorelli para exemplificar essa questão, foi a condenação de um médico, em 1971, a dois anos de reclusão pelo crime de lesão corporal grave, consistente na realização de uma cirurgia de transgenitalização em uma paciente transexual, com seu consentimento⁴⁶. Se, à época, tivesse sido ajuizada uma Ação Civil Pública que resultasse na proibição da prática da referida cirurgia, essa decisão contrariaria valores que, atualmente, consideram-se fundamentais. Quer dizer, caso os efeitos da coisa julgada se aplicassem a esse caso hipotético, a cirurgia de transgenitalização, hoje custeada pelo Sistema Único de Saúde, seria proibida no Brasil.

Desse modo, parece apropriado que a resolução dos litígios globais complexos surta efeitos *pro et contra e erga omnes*, mas não imutáveis, por compreender a impossibilidade de apreciação de todos os elementos sociais e científicos passados, presentes e futuros que se relacionem ao litígio.

3.2. Litígios de difusão local

Em completa oposição aos litígios globais, os litígios locais são marcados pelos efeitos da violação, que serão suportados de forma especialmente grave por um grupo restrito que possua relações de identidade entre seus membros, ainda que outros sujeitos, externos a esse grupo, também tenham relação com o direito violado.

⁴⁶ Apenas a título de esclarecimento, destaca-se que a referida condenação foi revertida em sede recursal.

Em razão de sua natureza, essa espécie de litígio possui graus potencialmente elevados de conflituosidade e são, inevitavelmente, complexos, o que afeta diretamente na relação entre a participação e a representação, já que, nesses litígios, o que se objetiva é, principalmente, a reparação do dano causado àquela comunidade.

Assim, a principal questão a ser tratada é através de quais meios o legitimado ativo poderá atuar de forma a verdadeiramente representar os interesses da comunidade titular do direito, especialmente quando considerada a probabilidade de divergências de opiniões sobre a resolução do litígio dentre os membros do próprio grupo.

Assim, caberá ao legitimado adotar métodos realmente eficazes para a consulta da opinião dos membros da comunidade afetada pela violação, sendo que o nível do impacto que essa discussão surtirá na vida de cada um desses membros, sua consulta não pode se limitar a poucos momentos participativos consistentes em audiências públicas.

Pelo contrário, é necessário que, diante dessas situações, o legitimado adote uma postura ativa de consulta popular, através de pesquisas quantitativas e qualitativas que possam expressar verdadeiramente os interesses dos membros do grupo, especialmente aquelas que divergem do posicionamento majoritário.

Para que as pesquisas alcancem o resultado necessário, é preciso que o legitimado se atente à escolha da amostra que, para que seja eficaz, deve ser guiada pelo grau de conflituosidade do grupo, já que a opinião de um grupo bastante homogêneo poderá ser compreendida a partir de uma pesquisa realizada com pequena amostragem, diferentemente do que ocorreria com um grupo pouco homogêneo.

Partindo-se dessas consultas (que, frisa-se, devem ser frequentes), o legitimado deverá agir de acordo com os resultados através delas obtidos, atuando com baixa autonomia, não sendo possível admitir que o legitimado atue contra a vontade do grupo representado, tampouco que ele ignore a opinião de subgrupos divergentes ao pensamento majoritário do grupo. Nesse sentido, os

litígios locais admitem, inclusive, a participação direta de representados, contanto que o façam não em interesse próprio, mas a fim de expor as perspectivas desses subgrupos.

Para além da necessidade de incentivo aos momentos participativos, os litígios locais devem, preferencialmente, ser representados não por um órgão público imparcial, mas por entidades civis que compartilhem as perspectivas do grupo lesado e, dessa forma, possam atuar de forma mais motivada a alcançar o melhor resultado para o litígio.

Em relação à coisa julgada, ela será, também, *pro et contra* e *erga omnes*, contanto que os interesses do grupo lesado tenham sido representados de forma eficaz. Quer dizer, caso uma nova ação seja ajuizada sobre o mesmo fato demonstrando-se que existe interesse diverso ou oposto aos já considerados no litígio anterior, não haverá que se falar em vinculação à coisa julgada.

Ainda, nos casos de litígios locais, não há como se exigir uma obrigatoriedade na coletivização da tutela (salvo quando o objeto do litígio possuir natureza indivisível), já que os titulares do direito serão individualmente afetados de forma bastante gravosa pela solução dada ao litígio, devendo ser permitido ao interessado que postule seus direitos individualmente.

3.3. Litígios de difusão irradiada

Os litígios irradiados possuem como principal característica o alto grau de conflituosidade e complexidade, já que tratam situações que afetam um vasto grupo de pessoas que serão afetadas pela sua resolução de formas diferentes ou antagônicas. Diante disso, a resolução dessa espécie de litígio demanda grande dificuldade procedimental, sendo certo que os modelos processuais existentes são ainda mais insuficientes para sua resolução do que para a resolução dos litígios globais e locais.

A pluralidade de grupos e indivíduos com interesses divergentes torna essencial que haja uma grande preocupação com aquilo que diz respeito à representação processual, uma vez que

difícilmente um único legitimado seria capaz de defender todos os interesses conflitantes e antagônicos que envolvem o litígio.

A eficácia da solução nesse tipo de litígio só poderá ser alcançada se todos os interesses relevantes forem devidamente considerados, o que só parece possível através da pluralidade de representação, ou seja, da designação de um representante diferente para cada um dos subgrupos cujos interesses sejam especialmente relevantes para o deslinde do litígio.

Essa pluralidade, entretanto, não poderia ser determinada de forma indiscriminada, permitindo-se um infinito número de representantes que defenderiam interesses minimamente divergentes ou relevantes. Quer dizer, para que determinado subgrupo fosse representado de forma apartada, seus interesses teriam de ser de tal forma relevantes e divergentes dos demais subgrupos que justificassem a necessidade de sua atuação.

Interesses menos relevantes ou pouco divergentes poderiam ser representados de formas mais simples, como com a nomeação de um terceiro interessado encarregado de expor e defender os interesses desses grupos, em uma função similar à figura do *special master* do direito norte americano, papel esse que poderia, ainda, ser desenvolvido por entes públicos ou privados ou por *parquet* especialmente designado para essa função. O que importa, para a análise da resolução desse tipo de litígio, é assegurar que os diversos interesses ligados ao objeto do litígio sejam devidamente representados.

No mesmo sentido, será de extrema importância a busca por meios eficazes de participação, priorizando-se a definição dos objetivos buscados pelos próprios titulares e, conseqüentemente, diminuindo a autonomia do representante, que não poderá agir de acordo com o que crer ser a solução mais benéfica, a despeito da discordância de seus representados.

Essa participação, entretanto, deverá ser incentivada de forma proporcional à intensidade da consequência suportada pelo indivíduo ou grupo, quer dizer, quanto mais intensas forem as consequências, mais relevantes serão os interesses e, portanto, mais deverá ser o cuidado para garantir a sua participação.

Também em decorrência do alto grau de conflituosidade e complexidade do objeto, dificilmente o objeto de um litígio irradiado poderia ser apreciado de forma individual, de modo que, com exceção de situações em que se busque determinada compensação financeira, parece necessário que esse tipo de litígio seja tratado de modo obrigatoriamente coletivo.

A solução desse tipo de litígio, muito provavelmente, será o que se chama de decisão estrutural, ou seja, “*aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios)*”⁴⁷.

Embora não se pretenda realizar, nesse trabalho, o estudo acerca dos processos estruturais, a definição acima exposta demonstra que, sendo alta a probabilidade de que a decisão de um litígio irradiado seja uma decisão estrutural, o conceito da coisa julgada dificilmente poderá ser aplicado a essa decisão, embora os efeitos da decisão devam ter caráter *pro et contra e erga omnes*.

Isso porque, tratando-se de questão nesse nível importante, complexa e conflituosa, dificilmente poder-se-á dizer que a aparente resolução do litígio será definitiva. Ora, a implementação da decisão poderá revelar novas consequências antes não avaliadas, o avanço científico e as mudanças sociais poderão criar novos interesses não defendidos no processo, enfim, muitas são as possíveis situações que demonstram a impossibilidade de que essa decisão seja coberta pelo manto da coisa julgada, sendo necessário que ela permaneça passível de alteração conforme se demonstrar necessário.

3.4. A eficiência das vias extrajudiciais para concretização da tutela coletiva

Com o avanço do direito processual civil, a doutrina vem, cada vez mais, buscando um ideal de justiça que não limita a adequada resolução dos litígios à sua judicialização, admitindo a

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. vol. 303/2020, p. 109.

efetividade dos meios alternativos para a resolução de litígios, em especial, a autocomposição. Busca-se, assim, o que se chama de justiça multiportas.

Apesar de os métodos de autocomposição terem sido criados a partir de uma óptica ligada aos litígios individuais (como também foram os meios judiciais), não se vislumbram óbices à sua utilização em casos de litígio coletivos, contanto que devidamente resguardadas as particularidades inerentes a esses litígios, já expostas nos capítulos anteriores.

Isso porque, uma vez reconhecida a tutela dos direitos coletivos, não seria condizente impor óbices à sua efetivação pelo meio que se apresentar como o mais adequado. Apesar do caráter indisponível desses direitos, essa característica deve ser relativizada na medida em que a autocomposição não implique na abdicação dos direitos, mas na sua concretização de forma mais benéfica aos interessados.

Diferentemente do que ocorre com os direitos individuais, em que a autocomposição busca a maior celeridade para a resolução e a diminuição do número de processos judiciais, no caso dos direitos transindividuais, o que se busca é, a partir do reconhecimento da conflituosidade interna ao grupo titular do direito, incentivar participação dos interessados na resolução do litígio e, com isso, atingir resultado mais adequado, célere e duradouro, que reflita os interesses dos grupos cujos direitos foram violados e alcance o melhor resultado social.

Para que isso ocorra, entretanto, a autocomposição que verse sobre direitos transindividuais necessitará da adoção de mecanismos que garantam a proteção dos grupos titulares dos direitos tutelados conforme as peculiaridades a eles intrínsecas. É necessário garantir, assim como nos processos judiciais, que a resolução extrajudicial dos litígios transindividuais observe a adequada representação dos titulares do direito, bem como garanta sua efetiva participação, observadas as especificidades de cada espécie de litígio e seu grau de complexidade e conflituosidade.

Ademais, realizada transação sobre o objeto litigioso, se mostra adequada a exigência de controle jurisdicional não apenas sobre o preenchimento dos requisitos formais, como também

sobre seu conteúdo, podendo o juiz deixar de homologá-la ou recomendar aos legitimados que realizem determinadas alterações, ou até mesmo supervisionar o processo de negociação.

Ainda, a homologação judicial da autocomposição não poderá obstar a futura rediscussão do seu objeto, caso seja identificada uma questão não considerada quando da resolução do litígio que seja capaz, por si só, de alterar a conclusão do acordo, seja pela alteração da situação fática, pela identificação de um subgrupo cujos interesses, que poderiam impactar a definição dos termos do acordo, não foram considerados.

Apesar do efeito *rebus sic stantibus* da coisa julgada da homologação da autocomposição, os termos pactuados surtirão efeitos *erga omnes e pro et contra*, impedindo a propositura de ações individuais mesmo àqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. Por essa razão, o interessado que não participar da celebração da autocomposição, poderá questionar a homologação do acordo pela via recursal, caso contrário, a ele seriam impostos os efeitos de uma decisão sem que lhe fosse assegurado o direito de participação.

Nesse caso, não demanda o terceiro ação nova; exerce, pelo recurso, a ação cuja legitimidade também é sua já fora exercida por outro colegitimado. Assume o processo no estado em que se encontra, sem alterá-lo, objetivamente. Não há com isso, supressão de instâncias. Aliás, o parágrafo único do art. 996 do CPC expressamente diz que cabe recurso de terceiro que se afirme substituto processual para a discussão da situação jurídica litigiosa – refinamento promovido pelo CPC de 2015 que foi pouco notado pela doutrina, mas que, para o processo coletivo, é fundamental.⁴⁸

Desse modo, conquanto que respeitadas todas as características desse tipo de litígio, a resolução através da autocomposição se apresenta com grande potencial para o alcance da melhor tutela dos direitos transindividuais, pois exige um menor grau de burocratização e, assim, permite a adaptação do procedimento conforme as necessidades do caso concreto.

⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes, 2017. *Op. cit.*, p. 346.

CONCLUSÃO

O avanço do mundo em um sistema capitalista e globalizado acarretou um aumento expressivo na massificação das relações, de modo que as violações aos direitos passaram a ocorrer, cada vez mais, de modo a atingir não a um indivíduo, mas à coletividade.

Neste contexto, a resolução de demandas individuais provenientes dessas violações se mostrou insuficiente para a eficaz garantia dos direitos tutelados, seja pela imputação de sobrecarga ao judiciário, pela impossibilidade de resolução concreta da violação ou pela disparidade de armas entre lesador e lesado.

Assim, as ações coletivas passaram a se mostrar cada vez mais necessárias e, com isso, foram reguladas pelo que é chamado de microssistema da tutela coletiva, um importante avanço legislativo.

Entretanto, apesar do indiscutível valor histórico desse microssistema, verifica-se que ele pouco dialoga com a realidade concreta dos litígios coletivos, de modo que dificilmente será suficiente para que se alcance o melhor resultado para a demanda.

Diante disso, a proposta de Edilson Vitorelli, ao explorar a titularidade dos direitos coletivos a partir da sua violação, abre diversas possibilidades de reformas desse microssistema, para que ele verdadeiramente atenda à sua função social.

Com a proposta, denota-se que quaisquer mudanças a serem realizadas no microssistema do direito coletivo devem, perpassar pela relação *legitimado x titular*, já que as principais dificuldades encontradas se relacionam diretamente com os quesitos da representação e da participação.

Assim, deve-se inicialmente compreender que a atual definição dos direitos transindividuais, por atribuir sua titularidade com base na relação entre o direito material violado e o grupo atingido, não é capaz de abranger as diferentes situações jurídicas, que podem ser mais

ou menos complexas e conflituosas. Para tanto, é necessário encarar a ação coletiva a partir da óptica do conflito, analisando a titularidade do direito de acordo com os efeitos da violação sobre cada grupo.

A partir dessa definição, será possível estabelecer a representação processual adequada e o grau necessário de participação dos titulares do direito, bem como a forma ideal de garantir a participação, a fim de que a tutela jurisdicional seja adequadamente prestada, conforme os reais interesses dos grupos envolvidos.

Em suma, o que se pretende demonstrar é que o microsistema do direito coletivo falha ao não admitir que as mesmas espécies de direito material podem sofrer diferentes violações, afetando diferentes grupos em diferentes intensidades.

É necessário romper com a lógica de adequação do processo civil individual e pensar o processo civil coletivo de forma autônoma, respeitando todas as suas particularidades e assim garantindo a maior eficiência e adequação da tutela jurisdicional.

Apesar de não apresentar novas soluções para absolutamente todos os pontos levantados por Vitorelli, merece destaque nesse trabalho o Projeto de Lei

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo, v. 61, jan.-mar. 1991.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/. Acesso em 10/11/2022.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm/. Acesso em 10/11/2022.

BRASIL. Lei n. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347compilada.htm/. Acesso em 10/11/2022.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm/. Acesso em 10/11/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS**. “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.”. Recorrente: José Câmara Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Min. Luiz Fux. J. 17/02/2004. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300078957&dt_publicacao=29/03/2004/. Acesso em 10/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS**. “EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA”. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravados: Eduardo Von Muhlen e outros. Relator: Min. Celso de Mello. J. 12/09/2000, Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538/>. Acesso em 10/11/2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 303/2020.

_____. **Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo**. 11. Ed: Salvador, Juspodivm, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo. vol. 1**. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995

GONÇALVES, Marcus Vinicius R. Coleção sinopses jurídicas 26 - Tutela de interesses difusos e coletivos. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553172955. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172955/>. Acesso em: 10/11/2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos**. In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2022,

MARQUES, Cláudia de Lima. **O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme**. In.: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz de. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos**. In Ada Pellegrini Grinover (coord.), A tutela dos interesses difusos, São Paulo: Max Limonad, 1984.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de.; PORTO, José Roberto Mello. **Manual de Tutela Coletiva**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555590890. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590890/>. Acesso em: 10/11/2022.

RODRIGUES, Leonardo. **Um ano após tragédia de Mariana, Samarco planeja reconstruir distritos em 2018**: In: Agência Brasil [online], 2018. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/um-ano-apos-tragedia-de-mariana-samarco-planeja-reconstruir-distritos-em-2018/> . Acesso em 11/12/2022.

_____. **Tragédia em Mariana: novo acordo não sai, e governo mineiro deixa mesa**. In: Agência Brasil [online], 2022. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2022-08/tragedia-em-mariana-novo-acordo-nao-sai-e-governo-mineiro-deixa-mesa/> . Acesso em 11/12/2022.

_____. **Sete anos após tragédia de Mariana, entenda o processo indenizatório.** In: Agência Brasil [online], 2022. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-11/sete-anos-apos-tragedia-de-mariana-entenda-o-processo-indenizatorio/>. Acesso em 11/12/2022.

_____. **Comunidade em Mariana toma forma, mas se distancia do aspecto rural.** In: Agência Brasil [online], 2022. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-11/comunidade-toma-forma-mas-lembra-pouco-distrito-atingido-em-mariana/>. Acesso em 11/12/2022.

VITORELLI, Edilson. **Devido processo legal coletivo.** In NERY Jr., Nelson; ABBOUD, Georges; FREIRE, André Luiz (coord.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VI: direitos difusos e coletivos. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/321/edicao-1/devido-processo-legal-coletivo/>. Acesso em 10/11/2022.

_____. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

_____. **De quem é o meio ambiente? Parâmetros para um modelo de tutela jurisdicional adequada à luz da teoria dos litígios coletivos.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva.** São Paulo: Revista de Processo, v. 248, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.248.09.PDF/. Acesso em 10/11/2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.