

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
NOTA À 4ª EDIÇÃO – UM NOVO PROCESSO COLETIVO: DEZ ANOS DEPOIS ...	7
NOTA À 3ª EDIÇÃO	11
NOTA À 2ª EDIÇÃO	13
NOTE TO THE 2ND EDITION	15
INTRODUÇÃO E AGRADECIMENTOS	25
1. EXPOSIÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA	27
1.1. Problema	27
1.2. Histórico do problema	28
1.3. Insuficiência conceitual relativa à titularidade dos direitos: a necessidade de um referencial para a noção de tutela adequada	30
1.4. O problema da complexidade	33
1.5. O problema da conflituosidade	36
1.6. Caracterização insuficiente dos “grupos” titulares de direitos	36
1.7. A coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> e seus riscos	37
1.8. Síntese das indagações: a necessidade de elaboração do conceito de devido processo legal coletivo	44
2. UMA TIPOLOGIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS	47
2.1. Proposta para um conceito sociologicamente orientado de direitos transindividuais	47
2.2. Conceito de sociedade	51
2.2.1. A sociedade como estrutura	54
2.2.2. A sociedade como solidariedade	57
2.2.3. A sociedade como criação	60

2.3.	Da Sociologia para o Direito: concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos transindividuais.....	63
2.4.	Titularidade dos direitos transindividuais.....	70
2.4.1.	Direitos transindividuais: de patrimônio estatal a direito de todos.....	71
2.4.2.	A desvinculação dos direitos transindividuais da propriedade estatal: efeitos práticos.....	72
2.4.3.	Direitos difusos são mesmo de todos? E quem seriam todos?.....	74
2.4.4.	“Todos” do Brasil ou “todos” do mundo?.....	76
2.5.	Conflituosidade e complexidade: retomada.....	79
2.5.1.	A conflituosidade como ruptura da indivisibilidade dos direitos transindividuais.....	82
2.5.2.	Uma teoria do conflito para os litígios coletivos.....	83
2.6.	A teoria dos litígios coletivos.....	85
2.6.1.	Premissas para uma nova conceituação: dos direitos transindividuais aos litígios coletivos.....	87
2.6.1.1.	A titularidade do direito definida a partir do litígio coletivo.....	87
2.6.1.2.	Conceito de litígio coletivo.....	88
2.6.1.3.	Conflituosidade e complexidade nos litígios coletivos....	89
2.6.2.	A incerteza e os litígios transindividuais.....	91
2.6.3.	Litígios transindividuais de difusão global (litígios globais).....	92
2.6.4.	Litígios transindividuais de difusão local (litígios locais).....	96
2.6.4.1.	O segundo círculo dos litígios locais.....	99
2.6.5.	Litígios transindividuais de difusão irradiada (litígios irradiados).....	102
2.6.5.1.	Os perfis dos litígios irradiados.....	113
2.6.5.2.	Litígios estruturais.....	115
2.6.6.	Uma observação sobre dois casos duvidosos.....	117
2.7.	Conclusão parcial.....	119
2.8.	Por uma teoria unificada dos litígios coletivos: o fim dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma.....	120
2.9.	Alguns efeitos esperados da reconceituação.....	137
2.10.	Seria possível reescrever a legislação sem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos?.....	141
2.11.	Positivização da tipologia dos litígios coletivos.....	146
3.	DEVIDO PROCESSO LEGAL: PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS	149
3.1.	Insuficiência da análise atual acerca do devido processo legal coletivo...	149
3.2.	O devido processo legal coletivo na doutrina brasileira.....	154

3.3.	Histórico da cláusula do devido processo legal até o início do século XX	158
3.3.1.	O “devido” do devido processo legal	163
3.3.2.	O devido processo e o fair hearing do direito inglês.....	168
3.4.	Definindo os elementos do devido processo legal: o século XX na jurisprudência norte-americana	171
3.4.1.	Frankfurter e a nova jurisprudência	173
3.4.2.	A década de 1970 e o conceito contemporâneo do devido processo legal.....	177
3.4.3.	<i>Mathews v. Eldridge</i> : o devido processo como garantia instrumental	179
3.5.	Breve referência ao devido processo legal nos sistemas de <i>Civil Law</i>	183
3.6.	<i>Notice and hearing</i> : a participação como núcleo do devido processo legal.....	186
3.6.1.	O direito de ser ouvido	187
3.6.2.	O contraditório como o direito de participar adequadamente do processo	192
3.6.3.	O direito de ser cientificado do processo	195
3.7.	Participação, ações coletivas e pamprocessualismo	199
3.8.	Para que serve a participação no processo?	203
3.9.	Participação instrumental e participação essencial.....	213
3.10.	Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação essencial	218
3.10.1.	A participação essencial e o apelo democrático	219
3.10.2.	A participação essencial e a autoridade das decisões	221
3.10.3.	A participação essencial e a restrição da autoridade do juiz	222
3.10.4.	Participação essencial e o obstáculo à tutela jurisdicional adequada do direito	223
3.10.5.	Participação essencial e a legitimação do processo	227
3.10.6.	Participação essencial e satisfação das partes.....	227
3.10.7.	Participação essencial e a objeção filosófica	232
3.11.	Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação instrumental.....	233
3.11.1.	Participação instrumental e a definição de indicadores	234
3.11.2.	A participação é capaz de aumentar a precisão das decisões?	235
3.11.3.	Participação instrumental, custo do processo e risco sistêmico	237
3.11.4.	Participação, precisão das decisões e coisa julgada.....	239
3.12.	Uma nova ideia de participação processual	242
3.13.	Processos representativos em perspectiva histórica.....	246
3.13.1.	Aspectos históricos das ações coletivas na Inglaterra	248
3.13.2.	<i>Class actions</i> nos Estados Unidos	259

3.14.	Condições de possibilidade da representação processual	262
3.14.1.	A representação política	267
3.14.2.	A liberdade de atuação do representante: vontades e interesses	271
3.14.3.	A representação e o conflito: agindo contra a vontade dos representados	274
3.14.4.	A crise e o futuro da representação	278
3.15.	Teoria geral do processo representativo	283
3.15.1.	Condições para uma teoria geral do processo representativo	284
3.15.2.	Representação de vontades, interesses e perspectivas.....	286
3.15.3.	Uma proposta para a representação no processo	289
3.15.3.1.	O princípio da titularidade definida dos interesses representados.....	292
3.15.3.2.	O princípio da atuação orbital do representante	295
3.15.3.3.	O princípio da complementaridade entre representação e participação.....	298
3.15.3.4.	O princípio da variância representativa.....	299
3.15.4.	Conclusão parcial.....	300
4.	MODELOS PROCESSUAIS REPRESENTATIVOS EM PERSPECTIVA COM- PARADA	307
4.1.	Introdução	307
4.2.	Visão geral da <i>Rule 23</i> e de sua aplicação contemporânea.....	308
4.3.	O modelo representativo nas <i>class actions</i> nos Estados Unidos.....	320
4.3.1.	A delimitação da classe.....	320
4.3.2.	A definição do representante	331
4.3.3.	Representante <i>versus</i> advogado: conflitos de interesse	347
4.3.4.	Representatividade adequada.....	354
4.3.4.1.	A adequação da representação na jurisprudência americana.....	357
4.3.4.2.	Propostas acadêmicas de critérios de adequação da representação.....	369
4.3.4.3.	Avaliação empírica da adequação.....	373
4.3.4.4.	Avaliação retrospectiva da adequação em demandas futuras	375
4.3.5.	Subclasses	379
4.3.6.	Os ausentes	387
4.3.6.1.	Notificação, <i>opt-out</i> e <i>day in court</i>	391
4.3.6.2.	<i>Fairness hearings</i>	406
4.4.	O modelo representativo brasileiro	410
4.4.1.	Histórico do modelo brasileiro	410

4.4.2.	O dilema do papel das associações civis no processo coletivo.....	411
4.4.3.	O curioso e excepcional caso do acordo coletivo dos planos econômicos	416
4.4.4.	O modelo representativo público	420
4.5.	Avaliação empírica do modelo representativo brasileiro.....	437
4.6.	Conclusão parcial.....	443
5.	CONFLITOS E DISSENSOS EM LITÍGIOS COLETIVOS	447
5.1.	Introdução	447
5.2.	A origem dos conflitos.....	449
5.3.	As espécies de conflitos intraclasse e seu tratamento.....	454
5.3.1.	O caráter inevitável do conflito	455
5.3.2.	Pressupostos para a análise dos conflitos intraclasse	457
5.3.3.	A solução dos conflitos por uma perspectiva rawlsiana: conflitos solucionáveis, administráveis e de soma zero.....	457
5.3.4.	Conflitos entre membros presentes e membros futuros da classe.....	462
5.3.5.	Dificuldades processuais decorrentes da solução dos conflitos.....	465
5.3.6.	Exoneração sem compensação e imposição de resultados negativos	466
5.4.	Conflitos intraclasse em litígios de interesse público	469
5.4.1.	O conflito intraclasse em <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i>	472
5.4.2.	O conflito relativo a outros subgrupos minoritários, no contexto da dessegregação	477
5.4.3.	Conflitos, vieses cognitivos e boas intenções	479
5.4.4.	A influência dos vieses cognitivos no processo e na decisão judicial	481
5.5.	<i>Martin v. Wilks</i> e os conflitos intraclasse nas <i>structural injunctions</i>	483
5.6.	Análise de um exemplo empírico de conflitos intraclasse em perspectiva comparada: o caso da desinstitucionalização psiquiátrica	492
5.7.	Conclusão parcial: o que se pode aprender com os conflitos?.....	503
6.	UM NOVO PROCESSO COLETIVO.....	511
6.1.	Introdução	511
6.2.	O processo dos litígios coletivos globais.....	514
6.2.1.	Características do processo nos litígios coletivos globais simples.....	514
6.2.1.1.	Coletivização obrigatória de litígios globais simples...	521
6.2.1.2.	Coletivização obrigatória e a teoria geral dos litígios representativos.....	526
6.2.1.3.	Coisa julgada nos litígios globais simples	529

6.2.1.4.	Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: o <i>Multidistrict Litigation</i>	532
6.2.1.5.	Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: <i>bellwether cases</i> , julgamentos estatísticos e matemáticos	536
6.2.1.6.	Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples: fundos de reparação	540
6.2.2.	O processo nos litígios coletivos globais complexos.....	542
6.2.2.1.	Participação nos litígios globais complexos: o papel limitado das audiências públicas no processo coletivo	545
6.2.2.2.	Limites temporais da coisa julgada nos litígios globais complexos	553
6.2.2.3.	Legitimidade e participação em litígios globais complexos	559
6.3.	O processo nos litígios coletivos locais.....	562
6.3.1.	Metodologia de identificação da vontade da comunidade em litígios locais	564
6.3.1.1.	Pesquisas quantitativas	565
6.3.1.2.	Pesquisas qualitativas	571
6.3.2.	Os limites da atividade representativa nos litígios locais	576
6.3.3.	Participação, competência jurisdicional e coisa julgada em litígios locais.....	581
6.4.	O processo nos litígios coletivos irradiados.....	584
6.4.1.	O processo coletivo estrutural.....	586
6.4.1.1.	O juiz no processo coletivo estrutural.....	599
6.4.1.2.	Desafios da reforma estrutural pela via jurisdicional: entre a legalidade estrita e a realidade alcançável	602
6.4.2.	O Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural.....	607
6.4.3.	A pluralização da representação nos litígios irradiados	618
6.4.4.	A conflituosidade e a vontade da sociedade.....	624
6.4.4.1.	Conhecendo a vontade da classe: abordagens majoritárias e pluralistas	626
6.4.4.2.	Efeitos positivos periféricos da participação da sociedade no processo.....	632
6.4.4.3.	As assessorias técnicas independentes	639
6.4.4.4.	A participação na implementação do acordo de Brumadinho: o caso mais sofisticado de participação processual do país	641
6.4.5.	Características do processo coletivo nos litígios irradiados	643
6.4.5.1.	A insuficiência dos modelos tradicionais	643

6.4.5.2. Policentrismo, democracia deliberativa e o modelo processual do tipo “ <i>town meeting</i> ”	646
6.4.5.3. A mutabilidade e o moto-perpétuo entre conhecimento e execução	651
6.4.5.4. A insuficiência da legislação projetada brasileira em relação aos litígios irradiados	656
6.4.5.5. Participação da sociedade: possibilidades e limites da construção de um modelo processual coletivo para os litígios irradiados	658
6.4.6. Como fazer um processo do tipo <i>town meeting</i> ?	665
6.5. Conclusão parcial	670
CONCLUSÃO – UM GUIA PARA A IMPLEMENTAÇÃO CONCRETA DA TEORIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS	671
REFERÊNCIAS	679