

Direitos individuais homogêneos

Elementos para uma definição em dois planos

Flávia Bornéo Funck

Direitos individuais homogêneos

Elementos para uma definição em dois planos

Passo Fundo
Conhecer
2023

© 2023 Flávia Bornéo Funck
© 2023 Editora Acadêmica do Brasil - EAB Editora
Publicado em 2023 / Impresso no Brasil

Conselho Editorial

Diego José Baccin
Jacopo Paffarini
Jandir Pauli
Jean Von Hohendorff
Marisa Basegio Carreta Diniz
Nadiane Feldkercher
Paulo César Carbonari
Sidinei Cruz Sobrinho
Valdevir Both
Volmir José Brutscher

Edição: EAB Editora
Projeto gráfico e diagramação: Diego Ecker
Concepção da capa: Flávia Bornéo Funck
Capa: Diego Ecker e Rodrigo Oscar Roman
Normalização: Wanduir Sausen
Revisão: Araceli Pimentel Godinho

Dados Internacionais de Catalogação na Fonte

A659l Funck, Flávia Bornéo
Direitos individuais homogêneos : elementos para
uma definição em dois planos / Flávia Bornéo Funck. –
Passo Fundo: Conhecer, 2023.
252 p. ; 16 x 23 cm.
Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-992706-9-7.
1. Direitos individuais homogêneos.
2. Direito processual civil. 3. Tutela coletiva.
4. Processos judiciais. I. Título.

CDD: 347
CDU: 347(81)

Catalogação: Marina Miranda Fagundes - CRB 14/1707

Direitos desta edição reservados à
Editora Acadêmica do Brasil Editoração e Diagramação LTDA - EAB Editora
Rua Senador Pinheiro, 350 – Sala 01 – Bairro Vila Rodrigues
99070-220 – Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil
www.eabeditora.com.br – contato@eabeditora.com.br

Dedico este trabalho ao meu esposo, Rodrigo,
por tanto me ensinar sobre o coletivo,
e ao meu filho, Vítor,
por exigir respostas objetivas.

Ninguém é uma pessoa se não for toda a humanidade.
Mia Couto, Sombras da Água

Sumário

Prefácio	13
Apresentação	15
Introdução.....	23
1 Os dois planos e o problema conceitual.....	29
1.1 Crises e ameaças de crises no plano material	29
1.2 A antijuridicidade, o ilícito e o dano.....	34
1.3 Confusão coletiva	39
1.3.1 Os conceitos do Código de Defesa do Consumidor (CDC)...	43
1.3.2 A origem comum	46
1.3.3 As três visões sobre os direitos individuais homogêneos: material, processual e híbrida.....	50
1.4 Síntese conclusiva (1).....	58
2 A interpretação sistemática dos direitos individuais homogêneos.....	61
2.1 Direitos essencialmente coletivos <i>vs.</i> direitosacidentalmente cole- tivos.....	61
2.2 Direitos coletivos <i>vs.</i> direitos individuais	68
2.3 Classificações teleológicas e pragmáticas.....	70
2.4 Intersecção com as técnicas de coletivização	75
2.5 Síntese conclusiva (2)	79

3 A materialidade dos direitos individuais homogêneos	85
3.1 Difusos <i>vs.</i> coletivos	85
3.1.1 A materialidade dos direitos difusos.....	89
3.1.2 A materialidade dos direitos coletivos	94
3.1.3 A utilidade em separar a materialidade da titularidade	97
3.2 A relação entre os direitos difusos/coletivos e os direitos individuais homogêneos	101
3.3 Deveres individuais homogêneos	105
3.4 Síntese conclusiva (3)	114
4 Direitos individuais homogêneos no plano processual	117
4.1 Direitos individuais heterogêneos	118
4.2 Jurimetria: o caso da jornada dos gerentes bancários	120
4.2.2 Os casos	121
4.2.2.1 Análise objetiva.....	122
4.2.2.2 Análise subjetiva	126
4.3 A dinâmica dos direitos individuais homogêneos	129
4.3.1 Ser ou não ser, eis a questão.....	130
4.3.2 A linha decisória	133
4.3.3 A legitimidade como questão de admissibilidade?.....	135
4.3.4 Um ponto quase fora da linha decisória.....	138
4.3.5 A falsa origem comum processual.....	140
4.3.5.1 Decisão posterior pela improcedência.....	140
4.3.5.2 Decisão posterior pela procedência	141
4.4 Síntese conclusiva (4).....	143
5 Elementos procedimentais aos direitos individuais homogêneos	147
5.1 A análise das questões prejudiciais.....	148
5.1.1 Questão de fato <i>vs.</i> questão de direito.....	150
5.1.2 A análise das questões jurídicas: crises de certeza.....	154
5.1.3 A análise das questões fáticas: crises de estabilidade	161
5.1.3.1 Caso Loggi: primazia da realidade (coletiva).....	168
5.2 Saneamento e organização do processo coletivo	177
5.2.1 A improcedência por falta de provas	178

5.2.2 A improcedência “pura e simples”	181
5.2.2.1 O caso Vioxx	183
5.2.3 Paralelos com a fase de certificação das <i>class actions</i>	190
5.3 A sentença (coletiva) genérica de procedência	196
5.3.1 Graus de generalidade da sentença: críticas e perspectivas de sistematização	197
5.3.2 Ação civil coletiva vs. ação civil pública.....	207
5.3.2.1 O caso da taxa bancária: direitos individuais homogêneos indivisíveis?	214
Conclusão	219
Referências	223

Prefácio

Este livro, resultado da dissertação que Flávia Funck defendeu na Universidade Católica de Brasília, sob minha orientação, é uma obra corajosa, que alia teoria e prática, direito nacional e comparado, para tratar de um tema dos mais difíceis e práticos do processo coletivo: os direitos individuais homogêneos.

O conceito de direitos individuais homogêneos nasceu simples, de uma intuição bastante clara: criar uma técnica processual capaz de tutelar direitos individuais razoavelmente similares, lesados de forma razoavelmente similar. Em vez de se fazer o que sempre se fez, que era exigir que cada uma das vítimas contratasse advogado e ajuizasse sua própria ação, os pioneiros dos anos 1970-1980 – Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watabane e, mais adiante, Herman Benjamim, Nelson Nery e tantos outros – visualizaram a possibilidade de que um único processo resolvesse o problema de todos.

O que era simples, no entanto, ficou cada vez mais complicado. Aprovado o Código de Defesa do Consumidor e positivado, no art. 81, um conceito extremamente aberto de direitos individuais homogêneos, abriram-se as portas para uma batalha de vários exércitos. Acadêmicos, juízes, membros do Ministério Público e advogados tentaram construir esse conceito genérico de diversas formas, mais ou menos intelectualmente honestas, mais ou menos interessadas nos resultados práticos de suas construções. As casualidades dessa batalha logo ficaram visíveis em centenas de acór-

dãos contraditórios, em processos extintos sem julgamento de mérito por razões pouco fundadas – algumas, ridículas até.

Se a ideia dos pioneiros era um processo que servisse às necessidades do direito material, o que a vida nos legou foi o protagonismo das discussões processuais. Pouco importa o conflito, pouco importa o mérito. Apeguemo-nos às filigranas.

Flávia aborda todas essas crises de forma prática e aprofundada. Sua experiência como procuradora do trabalho a auxilia a fazer um diálogo raro, que é o do processo coletivo comum com o processo coletivo do trabalho. Com isso ela busca formular um conceito de direitos individuais homogêneos no plano processual e no plano material. E, no capítulo 5, aplica suas formulações a casos práticos e polêmicos, que tivemos oportunidade de abordar em disciplinas.

No fim, Flávia é mais otimista do que eu. Eu propus o abandono da diferenciação entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sustentando que essas categorias não são operativas e que as polêmicas nunca terão fim. Penso que devemos focar o perfil do litígio, não do direito material.¹ Flávia pensa que o conceito de direitos individuais homogêneos tem salvação e que essa salvação está mesmo na simplicidade, no minimalismo.

A obra de Flávia merece a leitura e cuidadosa reflexão de todos, acadêmicos e práticos.

No avião, de Belo Horizonte para Goiânia, em 1º de junho de 2023.

Edilson Vitorelli

Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UFMG
Desembargador Federal

1 Vitorelli, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 3.ed. São Paulo: RT, 2022.

Apresentação

Ao decidir publicar este livro, fui orientada pelos editores a fazer uma breve apresentação, como um “guia de leitura” para o leitor, já que pouco do texto original da minha dissertação seria alterado. Trata-se de um texto originado de uma pesquisa científica, ao qual procurei imprimir bastante densidade e objetividade. Além disso, trata-se de um tema complexo, nem sempre fácil de sistematizar com clareza.

Aceitei de bom grado o desafio, compreendendo-o como necessário. Assim, aqui apresentarei o tema do livro – os direitos individuais homogêneos – de modo menos formal do que os capítulos da dissertação propriamente ditos, explicitando um pouco do meu percurso em produzi-la e esperando, com isso, tornar a leitura mais útil e agradável.

O livro é direcionado ao operador da tutela coletiva brasileira, seja na área civil, seja na área trabalhista: magistrados; membros do Ministério Público e da Defensoria Pública; advogados públicos, privados e de sindicatos. Seu conteúdo será mais bem aproveitado por aqueles que já se debruçaram sobre o tema dos direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos, pois procuro aprofundar questões já amplamente debatidas há mais de trinta anos, quando estas “espécies de direitos” foram positivadas (e conceituadas) no Código de Defesa do Consumidor (CDC). O foco é nos direitos individuais homogêneos, mas, como se verá no decorrer do livro, é impossível dissociá-los das demais categorias. Portanto, falo bastante sobre os direitos difusos e sobre os direitos coletivos também.

A minha curiosidade sobre os direitos individuais homogêneos remonta aos tempos da graduação, época em que os estudei de modo perfunctório, já percebendo que as tabelas comparativas sobre o “indivisível vs. divisível”, dentre outros atributos, não davam um fechamento adequado ao tema. Ao transpor a dificuldade teórica para a prática, já como profissional na área do Direito, na prática forense não parecia haver, igualmente, solução adequada. Anos depois, quando surgiu a oportunidade de cursar a pós-graduação, não tive maiores dúvidas de que o aprofundamento do conceito de “direitos individuais homogêneos” seria por mim enfrentado, no intuito de esmiuçar melhor a origem da dificuldade em compreendê-los estruturalmente.

No pré-projeto a ser entregue para a seleção do mestrado, apresentei uma pesquisa preliminar comparativa de decisões judiciais de um mesmo Tribunal Regional do Trabalho, por meio da qual sobressaiu a abordagem pragmática que eu pretendia imprimir à pesquisa. Por meio dela, insinuei que, diante de uma mesma situação jurídica, em processos coletivos diversos, mas com os mesmos pedidos e as mesmas causas de pedir, alguns magistrados diziam estar diante de direitos individuais homogêneos e, outros, de direitos individuais heterogêneos. Esse foi o mote inicial, e não havia como não compartilhar a curiosidade diante de tal impasse: por que isso acontece? Onde está o “erro”? Qual deles está “certo” e por quê?

A conclusão preliminar, por meio do aprofundamento da análise de tais casos, já durante o curso, foi para mim impactante e, inicialmente, complicou o meu objeto de estudo, demonstrando que de fato trata-se de matéria complexa e imbricada também de uma ótica intraprocessual. De modo resumido – e de forma a já orientar a leitura que se seguirá –, as principais conclusões que obtive a partir desse estudo de jurimetria foram as seguintes:

- os direitos individuais homogêneos não se confundem com questões de admissibilidade do processo coletivo, não devendo ser caracterizados como “preliminares”; logo, o seu não reconhecimento não gera a extinção do processo sem resolução do mérito, mas, sim, sentença de improcedência;

- há necessidade de delimitar o que são questões de direito (que merecem argumentos) e questões de fato (que merecem provas) dentro do processo coletivo, pois a coisa julgada sobre cada uma delas repercutirá de forma diversa na esfera individual;
- a prova, no processo coletivo que envolva direitos individuais homogêneos, será sempre amostral;
- se o juiz concluir que é necessário produzir prova individualizada da situação fática de cada substituído, a ação não pode prosseguir como uma ação coletiva, devendo ser julgada improcedente por falta de provas;
- os direitos individuais homogêneos, em sua vertente processual, são uma abstração jurídica que representa o próprio conteúdo da sentença genérica de procedência;
- o oposto de direitos individuais homogêneos (sentença improcedente), quando se tratar de matéria jurídica na questão prejudicial, são “não-direitos individuais homogêneos”;
- o oposto de direitos individuais homogêneos (sentença improcedente), quando se tratar de matéria fática na questão prejudicial, são “direitos individuais heterogêneos”.

As inúmeras conclusões iniciais, extraídas do exercício de análise de um caso concreto, clamaram por aprofundamento de tópicos que eu não imaginara ter de desenvolver: a problemática “questão de fato *vs.* questão de direito”, prejudicialidade no processo, prova amostral, dentre outros.

O referido estudo de jurimetria consta do **capítulo 4** deste livro: “**Direitos individuais homogêneos no plano processual**”, pensado originalmente para ser um artigo acadêmico. O leitor pode ficar à vontade para iniciar a leitura do livro pelo capítulo 4. Ele foi o primeiro a ser escrito e é o que mais fielmente retrata e explora as angústias da pesquisa em si, de modo empírico e de uma ótica intraprocessual. Mais relevante do que a matéria de fundo desses casos judiciais, trata-se do objetivo de compreender o “procedimento” do processo coletivo. Para a compreensão dos direitos individuais homogêneos no plano processual, é indispensável ter a noção de sucessividade das diversas etapas procedimentais e o que deve ser decidido em cada uma delas. Se os direitos individuais homogêneos forem identificados, na demanda, antes ou depois do momento adequado,

as consequências para o processo coletivo serão desastrosas ou, no mínimo, contraditórias, conforme trato na seção 4.3.5, denominada “A falsa origem comum processual”.

O capítulo 4 foi apresentado à banca de qualificação do mestrado em maio de 2021. Percebi, da análise feita pelos examinadores, que o tema ainda estava confuso e, talvez, “mal explicado”, embora para mim, como instrumento de pesquisa, tivesse sido esclarecedor e animador. A sua redação foi aprimorada no decorrer do trabalho, sem modificações significativas de conteúdo, e os diagramas foram aperfeiçoados. No entanto, não mais viria a constar como o primeiro capítulo da dissertação.

A partir da qualificação, percebi que tinha mais estrada teórica do que supus haver no início da pesquisa. Passei a ler com mais atenção (e “diretamente da fonte”) os autores precursores no estudo da tutela coletiva, como José Carlos Barbosa Moreira, Teori Zavascki, e os próprios autores do anteprojeto do CDC, especialmente Ada Pellegrini Grinover. Ao ler o artigo “Evolução das ações coletivas no Brasil”, de Alcides Munhoz da Cunha, de 1995, ficou claro que sua visão dos direitos individuais homogêneos como uma “peculiar modalidade” dos direitos difusos ou dos direitos coletivos não havia sido aprofundada por autores que o sucederam e nem incorporada aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), o que me pareceu uma omissão relevante para fins da evolução conceitual. Além disso, confirmava o que eu já havia percebido no capítulo 4 sobre a existência de uma “questão prejudicial” (de fato ou de direito) a anteceder os direitos individuais homogêneos, sendo, por isso, um alento para a persecução do restante da pesquisa.

Pude notar quão imbricada é a relação dos direitos individuais homogêneos com as demais categorias em espécie (direitos difusos e direitos coletivos). Assim, involuntariamente, meu objeto de estudo se alargou: se os direitos individuais homogêneos são “consequência” dos direitos difusos ou dos direitos coletivos, é preciso, também, estudar estes com alguma profundidade.

Escrevi o **capítulo 2: “A interpretação sistemática dos direitos individuais homogêneos”**, a partir da leitura daqueles textos primários no estudo da tutela coletiva, procurando resumir os pontos-chave da evolução histórica de sua interpretação, desde 1985 até os dias de hoje. Anotei que

os bordões teóricos que refletiram a dicotomia formal dos estudiosos da tutela coletiva (por exemplo, “acidentalmente coletivos” vs. “essencialmente coletivos”) viriam a dificultar a interpretação dos direitos individuais homogêneos, desde antes de eles existirem positivados no CDC, em 1993. Sugeri a realocação da linha classificatória entre as espécies, em preterição à classificação tradicional, na qual sobressai o seu aspecto de “dependência” com os direitos difusos e direitos coletivos, além de considerar também como elemento classificatório o tipo de tutela adequada para cada uma das divisões, inibitória ou ressarcitória, conforme figura 3.

Embora abordado de forma sintética, a primeira metade do **capítulo 1, “Os dois planos e o problema conceitual”**, é relevante para situar o problema de pesquisa, ainda que ele não tenha nascido propriamente sob tal roupagem (pois o estudo, seria, em princípio, sobre aspectos processuais do instituto). O leitor pode concentrar-se, se preferir, inicialmente, na figura 1, pois ela resume objetivamente a noção de sucessividade entre os planos material e processual, sendo importante para a compreensão do problema conceitual.

Em seguida, o subcapítulo 1.3 (“Confusão coletiva”) está diretamente relacionado com a dicotomia dos planos em relação aos direitos individuais homogêneos. Concluí (apesar de o estudo não ter sido linear) que, embora usando abordagens diversas, as três vertentes teóricas principais tratam os direitos individuais homogêneos como “pretensões” individuais homogêneas. Concordo que essa é, efetivamente, a sua melhor definição técnico-jurídica, tal como consta posicionado no CDC, o que igualmente ocorre com relação aos direitos difusos e com os direitos coletivos.

Vencidos os capítulos 4, 2 e 1, mais ou menos nessa ordem, enfrentei o **capítulo 3: “A materialidade dos direitos individuais homogêneos”**. Esse, sem dúvida, foi o capítulo mais difícil de ser escrito. Era necessário entender melhor, também, a materialidade dos direitos difusos e dos direitos coletivos *antes* de adentrar a dos direitos individuais homogêneos. Tive de fazer uma breve incursão sobre institutos do Direito Civil. Na seção 3.1.3, “A utilidade em separar a materialidade da titularidade”, procuro salientar que o aspecto diferencial dos direitos difusos e dos direitos coletivos sempre ocorrera, no direito brasileiro, pela delimitação do seu aspecto subjetivo (o da “titularidade”), e que uma nova divisão pelo seu

“objeto” poderia mostrar-se útil. A exposição dessa possibilidade consta da figura 4. No capítulo 3 também, há breves considerações sobre os “deveres individuais homogêneos”, matéria pouco explorada na doutrina, mas cuja compreensão reflete na impossibilidade teórica de existirem ações coletivas passivas.

Por fim, escrevi o **capítulo 5: “Elementos procedimentais aos direitos individuais homogêneos”**, que teria sido, na minha concepção inicial, a segunda metade da dissertação, e que se trata, de fato, do maior capítulo da pesquisa. Nele, os casos práticos citados na introdução puderam ser mais bem explorados, cada um deles com suas idiossincrasias com relação ao conceito de “direitos individuais homogêneos”, reforçando as repercussões práticas advindas da confusão conceitual. Eles foram se encaixando naturalmente nos respectivos subtópicos e fiquei satisfeita com o resultado, pois me permitiu alternar entre a teoria e a prática, além de enfrentar casos concretos atuais e/ou emblemáticos.

A seção 5.2.3, “Paralelos com a fase de certificação das *class actions*”, faz uma comparação entre a certificação norte-americana e a fase de organização e saneamento do processo brasileiro, o que permitiu uma aproximação acerca de problemas enfrentados lá e cá, questionando mitos sobre a suposta superioridade funcional daquelas. Seja *common law*, seja *civil law*, o processo civil é construído por uma sucessividade de fases que, na prática, são muito similares; e o mesmo ocorre com o processo coletivo.

Cheguei a esboçar um capítulo 6, que seria intitulado “Perfis da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos”, mas entendi que estava no momento de encerrar, deixando o caminho aberto para pesquisas futuras. Eu já havia respondido a contento a minha hipótese inicial, confirmando-a: há disparidade interpretativa dos direitos individuais homogêneos pela comunidade jurídica, o que prejudica, na prática, a efetividade da tutela coletiva brasileira.

Há quem diga que não há “certo” ou “errado” quando se trata da ciência do Direito. Eu não concordo com tal afirmação. Entendo que há preceitos básicos e objetivos que devem ser entendidos e partilhados por todos que com eles operam, sob pena de, como efetivamente ocorre, criar-se um caos jurídico-conceitual, prejudicando a coesão e a operabilidade do sistema. Se há interessados em que o sistema assim permaneça (caótico),

certamente não é o titular da prestação jurisdicional. O Brasil não pode se orgulhar de ter um sistema de tutela coletiva dos mais complexos e elogiados dos países de *civil law* se, ainda assim, conta com 100 milhões de processos judiciais (dados do Conselho Nacional de Justiça de 2021). Em cada processo, perde-se tempo em demasia com questões formais em vez de concentrarem-se esforços (que devem ser conjugados e compreendidos pelo sistema judiciário, o serviço “justiça”) na identificação do direito material e na entrega da prestação jurisdicional ao seu titular, finalidade para a qual o processo deve servir.

Ao final da pesquisa, senti-me, além de realizada por terminar o mestrado, recompensada com o seu resultado e com as repercussões práticas de sua aplicação que já pude perceber no trabalho com a tutela coletiva (ainda que em uma fase investigativa, prévia ao processo judicial coletivo propriamente dito), o qual venho desenvolvendo com maior racionalidade, objetividade e segurança.

Em tempo: com relação às notas de rodapé e citações. Procurei obstinadamente evitar que as notas de rodapé contivessem material para uma “segunda dissertação”, mantendo-as para exemplos ou complementações que não fossem imprescindíveis à compreensão da tese no seu texto principal. Quanto às citações, percebi que, em geral, os acadêmicos da área do Direito repudiam citações diretas, entendendo que elas deixam a leitura truncada. No entanto, na academia, acabei por me acostumar com essa modalidade, entendendo-a como mais científica e direta, e optei por assim deixar na versão final do livro.

Sugiro a leitura sem pressa, com idas e vindas e consultas às figuras quando necessário. Coloco-me à disposição para críticas, elogios, sugestões e troca de ideias sobre o tema por meio do *e-mail*: <flavia.funck@gmail.com>.

Brasília/DF, 14 de março de 2023.

Introdução

O que têm em comum pedidos judiciais de restituição de valores indevidamente cobrados a título de taxa bancária, pedidos de pagamento de horas extras, pedidos de reconhecimento de vínculo empregatício e pedidos de indenização por danos à saúde causados por uso de medicamento? A par da pretensão à tutela ressarcitória, todos eles foram caracterizados, na demanda, como direitos individuais homogêneos. No entanto, em todas as ações em que eles foram analisados, os magistrados adotaram concepções variadas desses direitos, o que redundou em decisões judiciais, igualmente, divergentes em conteúdo.

Os casos citados serão abordados com mais detalhes em momentos diversos de nosso texto, pretendendo-se, com a menção liminar, reforçar o objetivo pragmático a nortear a presente pesquisa, que parte da seguinte hipótese: não há delimitação jurídica precisa do que sejam os direitos individuais homogêneos, o que se reflete de modo temerário nas decisões a seu respeito.

Ao questionarmos qual é precisamente a definição dos direitos individuais homogêneos, aqueles “decorrentes de origem comum” – conhecida denominação presente no artigo 81, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) –, tomamos partido, ainda que involuntariamente, por uma determinada concepção jusfilosófica: deve existir uma resposta precisa, a qual deve ser objeto de justificação no plano da ciência jurídica.

Apesar da sempre presente multivocidade semântica da palavra “direito”, há um problema de delimitação conceitual relativamente aos direitos individuais homogêneos, pois, mesmo quando há univocidade de tratamento, isto é, quando se usa (ou quando se tenta usar) o termo

no mesmo sentido, sobressaem relevantes divergências doutrinárias e jurisprudenciais a seu respeito. A problemática se apresenta também sob uma perspectiva relacional com as demais categorias previstas no CDC, direitos difusos e direitos coletivos, dando margem a um “caos conceitual” (Carrió, 2011, p. 306).

A busca por essas definições, no atual estado da arte, vem sendo mitigada em prol de um suposto direcionamento de esforços intelectuais visando à maior efetividade do processo coletivo para a defesa do direito material, em vez de “dispêndio de energia e tempo na questão formal das categorias em espécie” (Pereira, R., 2016, p. 39). Diz-se, também, que os conceitos do CDC são “devidamente imprecisos”, a fim de que a definição/concretização do direito material seja feita caso a caso, pelo julgador, (Moreira *et al.*, 2020, n.p.), e vêm surgindo novas formas de classificação para a tutela coletiva, pela ótica do litígio coletivo, em preterição à classificação tradicional (Vitorelli, 2019a).

A efetividade do processo, por sua vez, está relacionada com a sua instrumentalidade, que encontra novas forma de expressão, como o “direito à efetividade da tutela jurisdicional”, que deve atender ao direito material. Muito do que já se falou sobre instrumentalidade do processo nas últimas décadas restou positivado na Lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil (CPC), em que são consolidados os direitos fundamentais a um procedimento adequado, justo e célere. Além disso, é usualmente reconhecido que o Brasil tem uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de tutela coletiva dentre os países de tradição civilista.

Se verificamos, no entanto, que a procedimentalidade instrumental não se impulsiona sem uma estabilização conceitual, não há sintonia entre o que significa hoje a instrumentalidade do processo coletivo (ou a tutela jurisdicional efetiva) e o que se poderia dela esperar com relação aos direitos individuais homogêneos. As inúmeras tentativas de sistematização de um Código de Processo Coletivo, brasileiro ou ibero-americano, mantiveram em seus textos os “direitos individuais homogêneos”, com alteração mínima conceitual, não denotando qualquer perspectiva metodológica de eliminar a figura do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, o objetivo do presente estudo é contribuir para que se possa delimitar melhor a zona de certeza conceitual, seja positiva (o que

são), seja negativa (o que não são), dos direitos individuais homogêneos, não como uma finalidade última, mas como um meio de assegurar o direito material aos jurisdicionados.

Nossa investigação terá por substrato o direito positivo sob o aspecto dogmático, peculiar à ciência do direito, e na qual Tércio Sampaio Ferraz Junior (2018) distingue três dimensões que serão exploradas no presente trabalho: a “analítica”, que identifica e isola o direito em um sistema fechado; a “hermenêutica”, que pretende entender o direito identificado, para poder decidir, na perspectiva da teoria da interpretação; e a da “argumentação jurídica”, que vem a ser a investigação, a partir de ambas as anteriores, sobre como se obtém a decisão prevalecente.

Nosso enfoque será nos direitos individuais homogêneos como *objeto* do processo coletivo, assumindo que esse último é gênero ao qual pertencem duas espécies: as ações coletivas e os incidentes de casos repetitivos (Didier Júnior; Zaneti Júnior, 2020, p. 36). Partir da análise dos direitos individuais homogêneos como objeto do processo coletivo trouxe consigo algumas dificuldades, pois nem sempre se consegue separá-los das técnicas processuais para a sua tutela, sendo essa, justamente, uma das controvérsias doutrinárias a seu respeito. O problema conceitual relativamente aos direitos individuais homogêneos mistura de modo quase inseparável os planos material e processual, uma vez que, no atual estágio hermenêutico, resta bem sedimentada a ideia de que eles “podem ser tutelados coletivamente apenas por conveniência processual, permanecendo, em essência, individuais” (Vitorelli, 2019a, p. 100). Seriam, dessa forma, processualmente coletivos e materialmente individuais, locução que expressa uma dicotomia cruzada cuja origem e significado também procuraremos compreender.

O processo não se confunde com o direito material, mas não pode ser indiferente às variadas situações de direito substancial (Marinoni, 2019b, p. 46). Diante do aparente paradoxo de que, para alguns autores, os direitos individuais homogêneos não existem no plano material, como seria possível desenvolver a melhor técnica para tutelá-los (coletivamente)? Além disso, como justificar a existência de “direitos individuais heterogêneos” em um processo coletivo, termo abundantemente encontrado na jurisprudência, especialmente (mas não só) na seara trabalhista? De outra parte, existi-

riam “deveres individuais homogêneos”, tidos como substrato a justificar a existência de ações coletivas passivas?

Procuramos observar, tal como sugerira Hermes Zaneti Júnior (2014), uma metodologia de análise sob uma ótica quadridimensional: direito material, direito processual, direito constitucional e direito comparado. Sobre os cortes metodológicos, adotaremos uma ampla suposição de que os legitimados ativos coletivos representam adequadamente os titulares do direito material, como forma de destacar outro aspecto da tutela coletiva: a “decidibilidade” e como a percepção dos direitos individuais homogêneos nela interfere. Utilizaremos, também, figuras e quadros, por serem, em nosso sentir, facilitadores dialógicos.

Exploraremos casos concretos advindos da seara trabalhista, o que não significa dizer que esta seja uma construção sobre Direito Processual do Trabalho; apesar das diferenças de origem, no atual estágio de desenvolvimento do processo coletivo, não há relevantes diferenças ontológicas e nem práticas no que concerne ao tratamento dos direitos individuais homogêneos entre as tradições civil e trabalhista.

Assim, a área de pesquisa se insere no ramo do Direito Processual Civil. A metodologia de análise das fontes de pesquisa por nós utilizada será pluralista; além do enfoque quadridimensional já mencionado, tratamos de trazer olhares variados para o estudo (histórico, crítico, propositivo, zetético, dogmático) a partir de bases materiais também plurais (legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias), utilizados como ferramentas para a compreensão do “labirinto de interações” (Feyerabend, 2007, p. 32) em que se insere o fenômeno jurídico estudado.

Esta obra foi dividida em cinco capítulos. O primeiro expõe o problema conceitual que perpassará todo o texto e situa-o em relação aos planos material e processual do Direito, dicotomia que será brevemente explicitada em seus elementos primordiais. O segundo capítulo traz um retrospecto histórico-dogmático sobre a perspectiva relacional dos direitos individuais homogêneos com as demais “espécies de direitos” do CDC. O terceiro aborda elementos sobre a materialidade dos direitos individuais homogêneos (o plano material), além de trazer breves apontamentos sobre “deveres individuais homogêneos” e sobre as ações coletivas passivas.

Os dois capítulos seguintes exploram com mais detalhes os elementos processuais e procedimentais dos direitos individuais homogêneos (o plano processual), nos quais haverá incursão em estudos de casos, embora não se possa dizer estarem segregados aspectos teóricos e práticos. No quarto capítulo, dedicamo-nos a um estudo jurimétrico buscando a “origem comum” processual dos direitos individuais homogêneos. Por fim, no quinto capítulo, exploramos as suas fases procedimentais decisórias e respectivas peculiaridades.

Após cada um dos quatro primeiros capítulos, faremos conclusões parciais que contêm elementos propositivos sobre nosso objeto de estudo; após o quinto capítulo, seguirá a conclusão principal.