

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2023.21.12853>

DA “JUSTIÇA” AO “ACESSO À JUSTIÇA”: Representação, Processo Coletivo e “Véu da Ignorância”

Gustavo Osna

Autor correspondente: Universidade Federal do Paraná (UFPR). Rua XV de Novembro, 1.299, Centro, Curitiba/PR, Brasil.
CEP 80060-000 // Universidade Católica de Brasília (UCB). QS 07, Lote 01, Taguatinga Sul – Taguatinga, Brasília/DF, Brasil.
CEP 71966-700. <http://lattes.cnpq.br/6404084238253036>. gustavo@mosadvocacia.com.br

RESUMO

Ao longo das últimas décadas tem se tornado comum, no processo civil brasileiro, a oferta de protagonismo à ideia de acesso à Justiça. Também tem sido cada vez mais corriqueira a defesa de que a proteção coletiva de direitos individuais poderia contribuir para a afirmação desse objetivo. Para avaliar esse discurso o presente artigo procura recordar que ele deve ser antecedido por uma própria definição suficiente do conceito de Justiça. Assim, adota-se como parâmetro exemplificativo a visão desenvolvida sobre o tema por John Rawls, demonstrando que a sua construção teórica, pautada na ferramenta do véu da ignorância, ratifica a adequação da tutela coletiva.

Palavras-chave: processo coletivo; acesso à justiça; justiça; véu da ignorância; garantias processuais.

FROM “JUSTICE” TO “ACCESS TO JUSTICE”: REPRESENTATION, COLLECTIVE LITIGATION AND “VEIL OF IGNORANCE”

ABSTRACT

Over the last decades, it is becoming usual the idea that Brazilian civil litigation must focus on the notion of access to justice. Additionally, it is also becoming regular the argument that collective litigation could improve the achievement of such goal. To analyze such arguments, this essay reminds that they must be preceded by a reasonable definition of the very idea of justice. In this sense, I adopt as an exemplificative parameter the notion of justice as fairness constructed by John Rawls, demonstrating that its structure, grounded on the tool of the veil of ignorance, indorses the desirability of collective litigation.

Keywords: collective litigation; access to justice; veil of ignorance; procedural rights.

Submetido em: 10/11/2021

Aceito em: 25/5/2023

1 INTRODUÇÃO

Por mais que o tema do *acesso à justiça* tenha assumido posição central no pensamento jurídico contemporâneo, parece haver uma aproximação necessária à sua concretização que nem sempre é percebida pela doutrina (especialmente por aquela mais ortodoxa do processo civil): o seu diálogo com a própria ideia de *justiça*. Em poucas palavras, procura-se sucessivamente a concretização desse postulado, sem, contudo, proceder ao imprescindível ajuste hermenêutico que ele pressupõe.

O que embasa a afirmação de que determinado modelo ou garantia processual é compatível com a efetivação do *acesso à justiça*? Quais os suportes que levam a essa conclusão? Há, de fato, o preenchimento interpretativo necessário para o seu reconhecimento?

Esse tipo de preocupação encontra-se no cerne do presente estudo, o qual, embora não possa esgotar a complexidade das indagações, procura demonstrar como uma visão própria de *justiça* corrobora o recente avanço da tentativa de *proteção coletiva de direitos individuais*. Trata-se da teoria da justiça como *equidade*, desenvolvida por John Rawls. Em resumo, tornou-se recorrente reconhecer que a tutela coletiva pode desempenhar um importante papel em nossa realidade, aprimorando a atividade jurisdicional. E, em nossa visão, a visão de *justo* desenvolvida por Rawls ratifica essa conclusão.

Para demonstrar essa adequação o presente ensaio é dividido em duas seções. Na primeira, são expostos os principais aspectos relacionados à proteção coletiva de interesses individuais, apresentando sua correlação com o postulado do *acesso à justiça* – dada a sua aptidão para reduzir os custos de transação necessários à proteção jurisdicional. Também aqui, demonstra-se a necessidade de que esse discurso seja submetido a um constante ajuste argumentativo, evitando que se converta em argumento exageradamente vago.

Na segunda seção, expõe-se a noção de justiça em John Rawls, enfatizando-se especialmente o instrumento teórico do *véu da ignorância* que é ali desenvolvido. Por fim, demonstra-se como essa ferramenta teórica pode servir como mais um alicerce em defesa da tutela coletiva, reforçando a *justeza* de sua atuação.

2 O PROCESSO COLETIVO E O “ACESSO À JUSTIÇA”

2.1 Como a tutela coletiva pode fortalecer o acesso à justiça?

Conforme indicado, o objeto de investigação elementar ao presente ensaio pode ser brevemente sintetizado: um sistema de ações coletivas, desde que construído de maneira efetiva e eficaz, pode servir como uma importante peça para a concretização do postulado de *acesso à justiça*. A partir dele, porém, surgiriam algumas indagações imediatas e necessárias: de que maneira esse aprimoramento poderia ocorrer? Por qual motivo a tutela coletiva contribuiria para a materialização desse escopo primordial de nosso atual sistema constitucional?

O atual tópico pretende enfrentar de maneira sucinta essas indagações. Para tanto, valendo-se de construções já realizadas em doutrina (ARENHART; OSNA, 2020), considera-se viável estabelecer a seguinte linha argumentativa: (i) a coletivização de direitos individuais permite que, por meio de uma única medida, proteja-se *toda uma classe* de sujeitos providos

de interesse afim; (ii) como consequência, propicia também a tutela dos membros desse grupo que, individualmente, não dispõem da *capacidade jurídica pessoal* necessária para ingressar em juízo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22-23) ; e, (iii) assim, sua concretização faz com que o *bem da vida* alcance, de maneira isonômica, aqueles que teriam ou não condição de persegui-lo. Isso, para além de outras vantagens igualmente geradas pelo mecanismo.

Para conferir maior enquadramento conceitual a cada um desses aspectos, é importante destacar que, por *tutela coletiva*, faz-se aqui menção à *coletivização processual de interesses tipicamente individuais*; à aglutinação de direitos que, teoricamente, poderiam ser conduzidos a juízo de maneira isolada e pulverizada; à molecularização procedimental de pretensões plenamente harmônicas à própria noção tradicional de *direito subjetivo* (OSNA, 2014. ARENHART, 2013; ZAVASCKI, 2014; ARENHART; OSNA, 2020). Enfim, fala-se daquilo que é concebido em nosso sistema legislativo sob a categoria dos “*direitos individuais homogêneos*”, hoje inseridos no espectro protetivo da ação civil pública.¹

Essa situação torna-se clara ao recorrermos à via exemplificativa. Para tanto, imaginemos que a instituição financeira X realiza uma mesma cobrança potencialmente ilegal em prejuízo a cada um dos seus correntistas. Nesse caso, é bastante evidente que todos eles, ao sofrerem abalos em sua esfera subjetiva, poderiam ingressar em juízo contra a companhia. Nesse caso, haveria potencial para que inúmeras medidas individuais fossem distribuídas perante o Judiciário, por mais que providas de contorno similar e lastreadas em uma mesma situação.

A pulverização de tais medidas, porém, seria de fato a saída mais salutar para a administração judiciária? Diante dela, não haveria o risco de que sujeitos em igual posição recebessem respostas diversas? Sob qualquer das pontas, a saída poderia ser considerada *racional ou proporcional*?

Esse tipo de indagação apresenta desdobramentos bastante sensíveis (OSNA, 2014; ARENHART; OSNA, 2020). No atual momento, cabe salientar que, além dessa série de dúvidas, há ainda outra importante peça no tabuleiro. É que, na situação hipotética anteriormente apresentada, é bastante plausível que muitos dos correntistas de X jamais tivessem sequer conhecimento da irregularidade. Além disso, mesmo entre os que possuíssem esta informação, haveria aqueles que não dispõem de mecanismos idôneos para ingressar em juízo. Em ambos os grupos, verificada a hipossuficiência técnica ou a hipossuficiência financeira, existiria uma negativa de prestação jurisdicional. A tutela constitucionalmente assegurada seria frustrada.

Não obstante, caso a questão fosse enfrentada coletivamente e as pretensões individuais passassem a ser veiculadas em uma única medida coletiva, a resposta poderia vir a ser outra. Nessa hipótese, a ação de classe poderia ter o condão de *vincular* e de *proteger* todos os titulares de interesses individuais aglutinados. Estariam sob seu espectro, então, também aqueles previamente descritos, tornando irrelevante se teriam condições de arcar com a causa ou se dispunham da informação necessária para buscar o provimento judicial. O

¹ Código de Defesa do Consumidor, art.81, parágrafo único, inc.III: “a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” É importante salientar que a ideia possui forte inspiração doutrinária no pensamento de Barbosa Moreira, que ao analisar a *class action* americana se aproximou dos “direitos individuais homogêneos” ao observar a sujeição de interesses “acidentalmente coletivos” ao regime. (BARBOSA MOREIRA, 1991).

dilema da *capacidade jurídica pessoal* é então superado, vez que os *custos de transação* que a integram são reduzidos pela coletivização.

Em relação a esses entraves, é esclarecedora a descrição formulada por Cappelletti e Garth (1988, p. 22-23):

num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos (...) mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção

Resumindo esse ponto, o que se vê é que a ação coletiva poderia, em princípio, agregar ao *acesso à justiça*. Isso, por permitir que o sujeito seja judicialmente protegido mesmo sem que tenha de adotar qualquer impulso individual para esse fim. Afinal, coletivizando os interesses, permite-se que *todos* eles sejam tutelados no âmbito de um mesmo processo – independentemente da efetiva disponibilidade de ação do seu titular.

Por outro lado, porém, essa mesma premissa também leva a um contraponto polêmico e necessário. É que, ao mesmo tempo que a ação coletiva pode contribuir para a prestação jurisdicional por alcançar sujeitos que não tomam parte da disputa, sua efetivação *pressupõe*, exatamente, a *aceitação de que sujeitos que não participaram do processo sejam vinculados ao resultado*. Em outras palavras, não há tutela coletiva caso exista franca autorização à participação individual (ARENHART; OSNA, 2020; VITORELLI, 2016; FISS, 1993; ISSACHAROFF, 2005; SHAPIRO, 1998; ROSENBERG, 2002; MULHERON, 2004). O mecanismo desafia com isso alguns dos pilares tradicionais do nosso processo, impondo a adoção de cânones mais dinâmicos como o controle de *representação adequada* (ARENHART; OSNA, 2020, p. 196-218; GIDI, 2002; ISSACHAROFF; NAGAREDA, 2008).

2.2 Acesso à justiça e justiça: como enquadrar o parâmetro?

A partir do elemento anterior, é corriqueiro que a coletivização de direitos seja explicitamente concebida como um mecanismo de aprimoramento do *acesso à justiça*. É que, por meio de sua efetivação, seria possível fazer com que a tutela jurisdicional alcançasse um maior número de sujeitos e superasse eventuais entraves para sua consecução. Diante dessa premissa, haveria então compatibilidade entre as pontas.

Para as presentes finalidades, porém, considera-se que essa constatação deve ser precedida por algumas indagações: A adequação anteriormente indicada, por mais que pareça cristalina, passa por um teste hermenêutico criterioso? É viável aceitá-la sem que se coloquem olhares detidos sobre seus pilares e paradigmas?

As indagações nos parecem de absoluta pertinência. E isso porque, por mais que concordemos que a coletivização de direitos é benéfica ao *acesso à justiça*, consideramos que essa assertiva só se sustenta a partir de uma noção específica de *acesso à justiça*. Em outras palavras, não é possível sustentar a adequação da técnica a um eventual *parâmetro*

sem que se estabeleça, anteriormente, no que consiste esse *parâmetro*; não há como definir se determinada música possui *mojo*, sem que se saiba o que é *mojo*.

Na situação em apreço, o problema posto possui especial importância tendo em vista que a ideia de *acesso à justiça*, assim como noções a ela correlatas (como o *devido processo legal*), podem assumir diferentes leituras e conformações (OSNA, 2017, p. 43 *et seq.*). De um modo geral, verificam-se discursos que fluem entre um maior *substancialismo* ou um maior *procedimentalismo* – ora valorizando-se a resposta a ser dada pela atividade jurisdicional, ora priorizando-se o caminho que antecede a sua manifestação.

Para compreender esse problema é importante notar, anteriormente, que essa flexibilidade decorre da própria essência contextual da resolução de disputas – inexistindo como analisá-la sem levar em conta o seu pano de fundo *cultural* (OSNA, 2017; CHASE, 2014; TARUFFO, 2009; MITIDIERO, 2004, p. 485 *et seq.*; LACERDA, 1961; JOBIM, 2018).

Diante disso, também os institutos e os conceitos do processo civil acabam se mostrando em ampla medida *maleáveis* e *flexíveis*, tratando-se de consequência geral para a própria legitimidade da matéria; de premissa umbilical para que se possa manter equilíbrio na atividade jurisdicional.

Esse tipo de enfoque, desafiando a cisão entre *objetividade* e *subjetividade* na análise do tema, já foi expressamente visto em temas como a incidência das *garantias processuais* por autores como Robert Bone. A partir dele, esse tipo de conteúdo pode se tornar mais afeto ao *procedimento* ou à *resposta*; à *participação* ou à *tutela*. Trata-se daquilo que Bone descreve como *process-based approach* ou como *outcome-based approach*, criando um leme determinante para a aplicação da matéria. Em suas palavras:

Teorias a respeito da justiça processual e dos direitos processuais se enquadram em duas grandes categorias: aquelas baseadas no processo e aquelas baseadas no resultado. Teorias baseadas no processo avaliam a justiça processual a partir do tratamento dado aos litigantes pelo próprio procedimento, independentemente da qualidade de seu resultado. Teorias baseadas no resultado avaliam essa justiça tomando por base a qualidade do resultado alcançado pelo sistema processual² (2003, p. 189).

Transpondo essa porosidade para a noção central da presente seção, a ideia de *acesso à justiça*, constatamos que também aqui a *indeterminação* inerente a esse conceito aberto tem permitido que lhe sejam conferidas diferentes leituras. Não surpreende, então, que atualmente se procure inserir nessa ideia um leque mais amplo de elementos do que em

² No original, “Theories of procedural fairness and procedural rights fall into two broad categories: process-based and outcome-based. Process-based theories evaluate fairness by the way procedure treats litigants within the litigation process itself, independent of outcome quality. Outcome-based theories evaluate fairness by the quality of the outcomes a procedural system generates”.

outro momento se poderia supor (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 9-12).³ A questão decorre do próprio ganho de complexidade da atuação pública e da sua relação com o jurisdicionado, tornando imprescindível que se enquadre essa situação com uma nova moldura.

Uma vez mais, porém, algumas dúvidas poderiam ser levantadas em relação a esse particular: O *acesso à justiça*, atualmente, passa essencialmente por uma maior capacidade de interação no processo? Sua concretização é provida de viés procedimental? Contrariamente, o ponto nodal para a efetivação do *acesso* é a própria proteção material oferecida ao interessado?

Nesse ponto, sustentamos de forma inequívoca que o *acesso à justiça* possui hoje como pedra angular a efetiva proteção material; o amparo à necessidade experimentada no mundo fático. Como consequência, haveria maior espaço para a flexibilização do procedimento de resolução de disputas e dos seus institutos – subordinando-os a uma visão essencialmente teleológica.

Para as presentes finalidades, porém, o ponto mais importante a ser percebido é que esse enquadramento interpretativo não é apenas pertinente, mas necessário. Sem que haja encaixe hermenêutico entre *premissa* e *conclusão*, entre *base* e *desenvolvimento*, não é possível construir seriamente um discurso vinculado ao processo. E a indeterminação ligada à aplicação do *acesso à justiça* pode constituir um ponto cego conectado a essa questão.

Mais que isso, consideramos que o dilema vivenciado pela concretização da garantia passa ainda por outra indeterminação conceitual que lhe é precedente e intrínseca. É que, inevitavelmente, falar em *acesso à justiça* exige que se estabeleça um filtro conceitual a respeito da própria *ideia de justiça*. O problema, então, está longe de ser simples, flertando com um dos maiores dilemas contemporâneos ligados ao Direito e ao seu suporte propedêutico e epistemológico (GARGARELLA, 2008; POSNER, 1990).

Como aferir, diante de determinado caso, qual a alternativa *justa*? Para efetivar o postulado da *justiça*, que percursos devem ou não ser adotados? Quais os percursos ou os propósitos capazes de perseguir esse desiderato com maior acuidade e assertividade?

Há diferentes temperos que podem ser inseridos nesse caldo, conferindo enquadramentos também distintos ao tema. No próximo item apresentaremos um deles, demonstrando como, a partir dele, a tutela coletiva pode encontrar um sólido fundamento.

³ “O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” (...) significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação (...) os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população”. A partir disso, esclarecem que “a medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade (...) não é surpreendente (...) que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção (...) De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (...) seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.

3 DO ACESSO À JUSTIÇA: O “VÉU DA IGNORÂNCIA” E A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

3.1 A Justiça em Rawls e a Figura do “Véu da Ignorância”: “Escolhendo às Cegas”

Se foi visto no item anterior que falar em *acesso à justiça* pode levar à provocação ligada à própria ideia de *justiça*, no presente tópico procura-se expor, em linhas breves, um dos mais tradicionais raciocínios já inseridos nessa quadra. Trata-se da teoria de *justiça* desenvolvida por John Rawls (1999), a qual, embora não raramente contestada (SANDEL, 2005; NOZICK, 1991), possui especial relevância no embate ligado à questão. Em meio a discursos elucidativos ou genéricos, incumbe a ela o inequívoco mérito de procurar consolidar um verdadeiro *procedimento* para aferição do justo; um *approach* apto a conferir maior densidade a esse elemento.

Afinal, como determinar se certa política *mais ou menos* distributiva é *justa*? De que maneira fixar a dimensão de *liberdade* ou de *coordenação necessária* a ser dada a cada esfera social? Como avaliar a *justeza* de determinada limitação trazida pela esfera pública, pretensamente orientada a um bem maior?

Para responder a esse tipo de indagação, Rawls adota uma premissa que parece bastante consentânea com a realidade: *peças razoáveis podem, razoavelmente, decidir*. Em outros termos, inexistiria como impor que todos conjugassem da mesma maneira, em cada circunstância, o conflito entre *liberdade* e *igualdade*. Assim, dada a inexistência de consenso absoluto a respeito do que representaria o *bem supremo*, seria razoável supor que nem todos possuiriam iguais convicções afetas a esse particular (1999, p. 195-196).⁴

Diante dessa disparidade, porém, como determinadas escolhas poderiam ser ou não reconhecidas como *justas*? Qual a peça-chave para que esse tipo de filtragem entrasse em cena? Partindo da divergência inerente à sociedade, como equilibrar de maneira ótima as diferentes expectativas e visões existentes em seu âmbito?

É precisamente para lidar com esse tipo de problema que Rawls constrói um discurso da justiça que se substancia, acima de tudo, em um *método de deliberação*; em um contexto decisório. Trata-se, assim, de um *procedimento que leva a um conteúdo*, mas não da afirmação de determinado conteúdo (RAWLS, 1999, p. 118).⁵ A divergência ideológica não apenas é aceita, mas encarada como premissa; é diante dela que se pretende construir um caminho capaz de servir como filtro para a análise do que, em determinada situação, mostra-se *justo* ou *não*.

⁴ “There are firm constitutional protections for certain liberties, particularly freedom of speech and assembly, and liberty to form political associations. The principle of loyal opposition is recognized, the clash of political beliefs, and of the interests and attitudes that are likely to influence them, are accepted as a normal condition of human life. A lack of unanimity is part of the circumstances of justice, since disagreement is bound to exist even among honest men who desire to follow much the same political principles. Without the conception of loyal opposition, and an attachment to constitutional rules which express and protect it, the politics of democracy cannot be properly conducted or long endure.”

⁵ “The idea of the original position is to set up a fair procedure so that any principles agreed to will be just. The aim is to use the notion of pure procedural justice as a basis of theory. Somehow we must nullify the effects of specific contingencies which put men at odds and tempt them to exploit social and natural circumstances to their own advantage. Now in order to do this I assume that the parties are situated behind a veil of ignorance. They do not know how the various alternatives will affect their own particular case and they are obliged to evaluate principles solely on the basis of general considerations”.

Com o propósito de construir esse percurso, o teórico inova ao não partir de um ambiente pré-estatal (como o Estado de Natureza) ou, mesmo, de nosso contexto objetivo concreto. Nesses casos, eventual tomada de decisão tenderia a estar maculada por *vieses parciais* ou por tentativas de obtenção de *benefícios próprios* – levando o sujeito a agir para maximização do seu proveito pessoal, ainda que sacrificando os demais. É partindo disso que Rawls percebe que a decisão, para ser *justa*, deveria ser tomada em um ambiente de *imparcialidade* – no qual o sujeito não soubesse ao certo o impacto que ela lhe traria. Residiria aqui a importância do *véu da ignorância*, como uma ferramenta retórica e teórica capaz de permitir uma verdadeira *escolha às cegas*. Veja-se a questão nas palavras do próprio autor:

Os princípios de justiça são selecionados sob um véu da ignorância. Isso assegurar que ninguém seja favorecido ou prejudicado na escolha dos princípios pelos resultados ligados a oportunidades naturais ou pelas contingências de circunstâncias sociais. Como todos se encontram em situação similar e ninguém pode eleger princípios com o propósito de beneficiar sua própria situação, os princípios da justiça se tornam resultado de acordos ou barganhas legítimos (1999, p.11).⁶

Em termos pontuais, a questão pode ser assim exposta: sob o *véu da ignorância*, os atores, ao deliberarem sobre o arranjo político, estrutural ou social de dado ambiente, *não saberiam que posição viriam a ali ocupar*. Seriam assim deixados de lado aspectos afetos às suas posições ou às suas convicções sociais, bem como ao seu *status* comunitário. Por mais que a existência de diferenças fosse conhecida, o posto a ser assumido pelos atores deliberantes, em meio a elas, não o seria. Em outras palavras, o sujeito saberia que a decisão tomada impactaria as classes A, B, C ou D, mas desconheceria em qual delas – levantado o véu da ignorância – estaria inserido (RAWLS, 1999, p. 123).

Considerando esse cenário, então, Rawls prontamente constata que a decisão tomada sob o *véu da ignorância* (isso é, sem que o ator saiba ao certo seu posto no espaço social) tenderia a ser *diversa* daquela defendida no contexto material (em que esse posto seria conhecido, levando o envolvido a possivelmente agir em proveito próprio) (1999, p. 453). Por decorrência, a própria construção dada às *desigualdades* seria impactada: embora elas existissem, tenderia a haver uma especial cautela com as condições oferecidas aos menos favorecidos – uma vez que, ao deliberar sob o *véu da ignorância*, o sujeito não saberia se não seria ele a ocupar essa posição. Residiria, aí, a *justiça como equidade*.

Há diferentes testes já tradicionais na seara da teoria dos jogos que demonstram a pertinência e os efeitos dessa “*escolha às cegas*”. Um deles é dado pela tentativa de aprimorar a forma como um bolo é dividido, pelos seus pais, entre dois filhos. A questão é assim exposta por William Poundstone:

⁶ No original, “the principles of justice are chosen behind a veil of ignorance. This ensures that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances. Since all are similarly situated and no one is able to design principles to favor his particular condition, the principles of justice are the result of a fair agreement or bargain”. E, prossegue Rawls, “for given the circumstances of the original position, the symmetry of everyone’s relations to each other, this initial situation is fair between individuals as moral persons, that is, as rational beings with their own ends and capable, I shall assume, of a sense of justice”.

A maioria já deve ter ouvido falar da maneira possivelmente mais adequada de dividir um bolo entre duas crianças malcriadas. Não importa o quão cuidadosamente os pais façam a divisão, uma das crianças (ou as duas!) sentirá que ficou com o pedaço menor. A solução, então, é deixar que uma das crianças faça a divisão, mas, após, que a outra seja a responsável por escolher seu próprio pedaço (...) a primeira criança não pode alegar que o bolo foi dividido de maneira desigual, já que ela própria o dividiu; a segunda, não pode reclamar do seu pedaço, pois o escolheu ⁷ (1993, p. 52).

Embora o exemplo pareça singelo, ele revela a plena aplicabilidade da noção de *maximin* que dá a tônica da ideia de Rawls (1999, p. 133).⁸ Em síntese, caso se facultasse à primeira criança *tanto* cortar o bolo *quanto* escolher seu pedaço, seria bastante crível que em inúmeras circunstâncias a desigualdade fosse acentuada. Por outro lado, ao saber que incumbirá a ela *apenas partilhar* o doce, sem possuir controle a respeito de qual dos pedaços lhe será dado, sua atuação presumivelmente irá perseguir o *máximo do mínimo*; irá potencializar o benefício obtido caso, ao final, caiba a ela o que parece ser o *pior pedaço*. Trata-se de efeito direto da *incerteza futura* (ou do grau de *véu de ignorância*) que lhe é posto.

Enfim, por mais que outros exemplos pudessem ser igualmente trazidos, o que se vê a partir da construção aqui formulada é que o caminho proposto por Rawls efetivamente pode servir ao preenchimento hermenêutico daquilo que é *justo*; pode auxiliar a consolidação dessa noção *indeterminada*, evitando que se transforme em *subjetivismo* desprovido de *objetividade*. Ainda que o discurso não seja o único e que diferentes críticas tenham sido a ele direcionadas, esse mérito lhe é inequívoco. Ato contínuo, o argumento deve ser compreendido e lembrado.

3.2 “Escolhendo às cegas”: a representação e a participação em perspectiva

Tomando como base a série de argumentos trazidos até aqui, podemos expressar o seguinte cenário: (i) é usual que a tutela coletiva de direitos seja reconhecida como um mecanismo de aprimoramento do *acesso à justiça*; (ii) contudo, essa noção mais ampla pressupõe um encaixe hermenêutico, no qual há espaço para diferentes discursos; (iii) nesse campo, pode-se problematizar a própria percepção a respeito do que seria *justiça*. O estudioso vê-se então obrigado a percorrer um trajeto mais amplo, ilimitado ao léxico tradicional do direito processual.

Se foi demonstrado que se insere nessa quadra o argumento de John Rawls e o seu artifício a um *véu de ignorância*, pretende-se expor, nesse último tópico, que essa construção possui *plena compatibilidade* com o reconhecimento da *justiça inerente à tutela coletiva*. No atrito entre procedimento e resposta, entre participação e resultado, considera-se, então, que

⁷ No original, “most people have heard of the reputed best way to let two bratty children split a piece of cake. No matter how carefully a parent divides it, one child (or both!) feels he has been slighted with the smaller piece. The solution is to let one child divide the cake and let the other choose which piece he wants (...) the first child can’t object that the cake was divided unevenly because he did it himself. The second child can’t complain since he has his choice of pieces”.

⁸ “The maximin rule tells us to rank alternatives by their worst possible outcomes: we are to adopt the alternative the worst outcome of which is superior to the worst outcomes of the others. The persons in the original position do not, of course, assume that their initial place in society is decided by a malevolent opponent. As I note below, they should not reason from false premises. The veil of ignorance does not violate this idea, since an absence of information is not misinformation. But that the two principles of justice would be chosen if the parties were forced to protect themselves against such a contingency explains the sense in which this conception is the maximin solution”.

permitir um critério de *escolha às cegas* tenderia a legitimar a coletivização em nosso atual contexto cultural.

De que maneira, porém, essa harmonização ocorreria? Por qual motivo partir da noção da justiça como *equidade* pode representar uma importante contribuição para a consolidação do processo coletivo, ratificando sua compatibilidade com os propósitos contemporâneos da jurisdição?

A resposta aos questionamentos, permitindo a realização de tal aproximação (que não é inédita) (DANA, 2005), é esclarecida ao lembrarmos que um dos pilares essenciais para a defesa da coletivização de direitos consiste na sua capacidade de permitir que o sujeito seja protegido *sem a necessidade de qualquer impulso individual*. Dispensam-se, assim, os *custos de transação* inerentes a esse impulso – os quais, em caso de capacidade jurídica pessoal reduzida ou de medidas de *small claim*, podem se mostrar proibitivos.⁹

Por outro lado, contudo, é certo que há inúmeras barreiras inerentes ao nosso processo que obstaculizam a concretização desse postulado. E elas não nos parecem limitadas a aspectos pontuais ou procedimentais. Na realidade, o principal entrave parece ser mais profundo e residir em um vetor ideológico: a visão tipicamente *individualista* do processo, levando à crença de que a jurisdição não pode alcançar o sujeito (e seus interesses) sem sua manifestação de vontade (OSNA, 2014, p. 134-135). Com isto, cria-se um claro imbróglio à funcionalidade do instrumento, dado que o traço central da coletivização é exatamente *submeter um indivíduo que não participou pessoalmente do processo à imutabilidade e à aplicabilidade da sua decisão*.

Nesse desenho, entra em rota de colisão a própria aplicação a ser dada às garantias processuais fundamentais. Como vincular alguém a determinada decisão sem que lhe seja facultado o exercício pessoal de contraditório? Esse tipo de leitura possuiria aderência à ideia de *devido processo*? A procura pela efetivação da tutela jurisdicional, mediante a redução da possibilidade de atuação individual, seria, de fato, *justa*?

Consideramos ser precisamente aqui que a coletivização de interesses pode se mostrar compatível com uma tomada de decisão, via *equidade*, sob o manto de um *véu da ignorância*. É nesse ponto, então, que essa abordagem se revela mais um alicerce salutar para o processo civil coletivo.

⁹ A questão é bem posta por Coffee Jr., que segmenta as *class actions* em três grupos, adotando o potencial de mercado dos direitos individuais tutelados coletivamente como pedra de toque para a classificação. Em suas palavras, “Type A class actions are those in which each claim would be independently marketable even in the absence of the class action device. By “marketable” I mean either that the client could convince an attorney to take the case on a contingent fee basis or that the client would herself pay the attorney on some other basis (...) Type B class actions are those in which no claim would be independently marketable (...) Type C class actions are those in which there are both marketable and unmarketable claims”. Como consequência, nessas medidas de menor monta a coletivização poderia desempenhar um papel fundamental para a própria viabilidade de intervenção judicial. COFFEE JR., 1987, pp. 877-906. Sobre o tema, veja-se ainda o pensamento de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, mencionando que “os danos (...) são frequentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e as deficiências em relação ao acesso à Justiça (...) com a cumulação de demandas, a situação tende a ser alterada (...) as ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça (...)” (MENDES, 2009, p. 28-29).

Demonstrando o que se expõe, imaginemos um jogo cooperativo como aquele descrito anteriormente em relação à *fatia do bolo*. Pensemos, porém, em *garantias processuais* e na via adotada para a sua estruturação em determinado ambiente social:

- (i) de uma forma breve, viu-se antes que o principal obstáculo para a efetivação da tutela coletiva em nossa realidade parece ser a defesa de uma visão *rígida e individual* das garantias processuais. Adotando esse pressuposto, não seria legítimo sujeitar o indivíduo a uma decisão tomada em um processo do qual não participou – algo que é indissociável da tutela coletiva;¹⁰
- (ii) esse discurso, como praxe, é empenhado precisamente por sujeitos que *possuem capacidade jurídica pessoal* para efetivar suas garantias processuais caso assim desejem. Por outro lado, é provável que na realidade brasileira a vasta maioria da comunidade *sequer saiba o que essas garantias* são. Excluídas do *habitus* jurídico, concebem-no como um campo predominantemente incerto e misterioso;¹¹
- (iii) assim, consideramos que o cenário pode servir para a experimentação de uma avaliação às cegas; de um exame pautado pelo *véu da ignorância*. Para tanto, a chave a ser adotada é a seguinte: imaginemos que, em determinado contexto, há um número substancial de pessoas em estado de hipossuficiência, não dispendo de condições de ingressar no Judiciário. Suponhamos, por outro lado, que se cogita a construção de um caminho processual para a proteção de *todos os atingidos*, tendo como contrapartida necessária o fato de, nele, ser vedada a atuação individual de cada um – impondo-se que os atores sejam representados por um terceiro;
- (iv) nessa situação, caso o sujeito delibere às cegas, haverá um ponto nuclear: partindo do desenho proposto, ele *não saberá se, levantado o véu, estará entre aqueles que possuirão ou não capacidade para ingressar pessoalmente em juízo*. Em decorrência, a dúvida central tenderia a ser a seguinte: Para assegurar o *máximo do mínimo*, o sacrifício à participação individual seria razoável? Esse preço seria *justo* o bastante para permitir uma concretização mais ampla da proteção jurisdicional?

A resposta parece-nos potencialmente positiva. E isso, inclusive, pelo fato de um modelo ótimo de tutela coletiva não permitir *qualquer representação*, impondo uma *representação adequada* (ARENHART; OSNA, 2020, p. 202 *et seq.*). Sob esse prisma, colocam-se constantes olhares de controle sobre a atuação do *agente* (representante), garantindo que sua conduta

¹⁰ “Em resumo, é impositivo que as garantias processuais, no plano coletivo, apresentem configuração um pouco diferente da tradicional, e que aflore com maior ênfase a sua dimensão política. Torna-se mais relevante oferecer ao interesse protegido as garantias processuais fundamentais – acesso à Justiça, tempestividade, efetividade, contraditório e ampla defesa, etc. – do que propriamente entregá-la aos sujeitos processuais que gerem a relação processual” (ARENHART; OSNA, 2020, p. 118).

¹¹ Nas palavras de Hespanha, “embora não se possa dizer que o direito é neutral em relação a interesses ou objetivos ligados ao poder (...) a verdade é o direito aparece como uma esfera relativamente autónoma, resistente à influência de outras esferas da actividade social. Isto é frequentemente realçado, tanto quando se refere o modo como os juristas resistem a adoptar conceitos estranhos à sua própria maneira de pensar e de falar, como quando se sublinha como eles cultivam um espírito corporativo (...) podem ser listados alguns dos elementos desta estratégia de alegada *tomada de distância* em relação ao mundo. Um deles é o carácter formalizado da linguagem jurídica que, dificultando aos outros o acesso a ela, cria para os juristas o monopólio de um saber decisivo sobre a vida quotidiana” (HESPANHA, 2012, p. 306-307). Também sobre o tema ver BOURDIEU, 1989, p. 225-226; OSNA, 2018).

efetivamente se materialize em atenção à melhor proteção do interesse do *principal* (classe substituída).¹²

Dessa maneira, se a visão puramente individualista das garantias processuais inibe uma atuação efetiva do processo coletivo, consideramos que há poucos argumentos que corroboram em nossa realidade essa premissa. Trata-se de proteger aspectos cujo exercício é *negado a muitos*, priorizando interesses que sequer parecem realmente pertencer à comunidade (OSNA, 2019, p. 227-246; CHIARLONI, 1975, p. 20 *et seq.*).

Esmiuçando brevemente esse ponto, vale ainda perceber que, em ampla medida, essa dificuldade de concretização da garantia de acesso não é tema recente. Pelo contrário, já nos estudos de Piero Calamandrei observa-se contundente análise ligada a essa questão, expondo-se a necessidade de que o jurista possua um *approach* crítico em relação a esse ponto. Como notado pelo teórico:

Até mesmo na administração da justiça há o perigo real de que o homem pobre se encontre na mesma situação de desvantagem que o atinge em qualquer local em que o sistema democrático deva proteger seus direitos políticos e suas liberdades, os quais deveriam ser titularizados por qualquer cidadão. Para aqueles que não possuem os meios econômicos necessários para concretizar essas liberdades, elas não costumam ser mais do que uma promessa não cumprida (...) o problema ligado à defesa dos pobres, que é, na realidade, o problema de criação de um equilíbrio adequado entre as partes na disputa judicial, ainda não encontrou uma solução satisfatória (1956, p. 89-94)¹³.

Se a questão ainda não encontrava resposta naquele momento, parece que, mesmo após o passar de décadas, o ponto cego segue existindo. Na realidade, soa bastante claro que, em nosso atual momento, o distanciamento entre a efetivação da *justiça* e boa parte da comunidade passa pelas dificuldades inerentes ao seu *acesso*. O problema não é exclusividade da realidade brasileira ¹⁴. Considera-se, contudo, ser um nó constante em nosso cotidiano, exigindo atenção.

É nesse fluxo que, conforme exposto, a superação de uma leitura estritamente individual da atividade jurisdicional, favorecendo modelos providos de um enfoque mais coletivo, pode desempenhar um importante papel. Há inúmeros enfoques que corroboram essa leitura. E, como visto, a ideia de *justiça como equidade* de Rawls – um dos mais sólidos discursos contemporâneos a respeito do ideal de *justiça* – também se insere nessa seara.

¹² As menções às ideias de “*agente*” e de “*principal*” não são involuntárias, procurando revelar que, no processo coletivo, verifica-se verdadeiramente um *vínculo de agência* entre o representante que age em juízo e a classe substituída. Nesse sentido, conforme já percebido em doutrina, também se torna necessário considerar os custos e os mecanismos necessários para atenuar possíveis desvios e conflitos entre esses dois feixes de interesse (*agency costs*). Como exemplo, se “D” contrata “F” como administrador de sua empresa, espera-se que esse “*agente*” atue em favor do “*principal*”; contudo, essa expectativa pode materialmente não se confirmar, exigindo que “D” procure ao máximo fidelizar o contratado. Sobre o tema ver BERLE; MEANS, 1932 e JENSEN; MECKLING, 1976.

¹³ No original, “even in the administration of justice there is a real danger that the poor man will find himself at the same disadvantage that his lot wherever the democratic system protects only his political and civil liberties, which are the common possession of all citizens. For the man who lacks the economic means necessary for making these liberties a reality, are often nothing but an unfilled promise (...) the problem of defending the poor, which is actually the problem of creating an effective equality between the parties in the judicial process, has not yet found a satisfactory solution”.

¹⁴ Ver, por exemplo, emoldurando a situação na realidade norte-americana, Rhode, 2004.

4 CONCLUSÃO

Se um dos principais benefícios da tutela coletiva consiste na proteção de sujeitos que *não participaram do processo*, é também nessa *ausência de participação* que reside o ponto mais crítico para a plena aceitação do mecanismo. Trata-se de uma mesma moeda, com duas faces rigorosamente diversas: de um lado, a coletivização de interesses permite a proteção individual sem a necessidade de impulso próprio, facilitando o acesso à jurisdição; de outro ela pressupõe uma extensão subjetiva que não se limita às partes do processo, exigindo uma flexibilização das garantias processuais.

Nesse cenário, por mais que se procure usualmente alinhar a técnica ao discurso do acesso à justiça, sua utilização efetivamente seria *justa*? Esse parâmetro seria preenchido de maneira satisfatória pela construção de um processo avesso à plenitude de participação individual?

Ao longo das últimas décadas, esse tipo de dúvida tem sido recorrente. E o presente ensaio procurou expor que o discurso *favorável* às ações coletivas, além de dispor de outras fontes de legitimação, é igualmente reforçado por uma das mais importantes construções acadêmicas sobre o projeto *justiça* feitas no último século: a teoria de John Rawls.

Como visto, o ponto nodal para a formulação desse discurso consiste na tentativa de obtenção de *decisões imparciais*. E, para tanto, o instrumento teórico do *véu da ignorância* entra em cena. Demonstrou-se que, por meio dele, viabiliza-se uma decisão tomada às cegas, a qual, por força disso, tenderia a se mostrar mais *justa*.

É assim que se pode concluir que, deliberando às cegas, parece pouco provável que as críticas à coletivização de direitos baseadas na proteção da ação individual se sustentem. Afinal, em nosso atual contexto, esse exercício individual de ação é *materialmente negado* a muitos. Sem saber se estaria ou não nesse grupo, soa pouco crível que alguém privilegiasse o *contraditório individual* em detrimento do *bem da vida*; a *participação teórica* em desfavor da *representação material*. Ainda que as respostas pudessem ser outras em um contexto diverso, a nossa realidade parece facilitar cabalmente essa decisão.

5 REFERÊNCIAS

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

ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora RT, 2020.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição de 1988. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 61, 1991.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation & private property*. New York: Harcourt, Brace & World, 1932.

BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.

- CHIARLONI, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto processuale*. Turim: G. Giappichelli, 1975.
- COFFEE JR., John. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. *University of Chicago Law Review*, n. 54. p. 877-906. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.
- DANA, David. Using the Veil of Ignorance to Ensure Distributive Justice in Class Actions: A Rawlsian Approach to “Adequacy of Representation” after Stephenson. Chicago: Northwestern School of Law, 2005. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol54/iss3/4>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- FISS, Owen. The allure of individualism. *Iowa Law Review*, Iowa City: Iowa Law Review, n. 78, 1993.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora RT, n. 108, 2002.
- HESPAHNA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. Lisboa: Almedina, 2012.
- ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2005.
- ISSACHAROFF, Samuel; NAGAREDA, Richard A. Class Settlements Under Attack. In: *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia: University of Pennsylvania Law School, n. 156, 2008.
- JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: *Journal of financial economics*, Amsterdam: North Holland Publishing Company, v. 3, n. 4. 1976.
- JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, 1961.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em Direito Processual Civil. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, n. 33, 2004.
- MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- NOZICK, Roberto. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- OSNA, Gustavo. Ações coletivas e acesso à justiça: por que o discurso não encontra a prática? In: REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (org.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019.
- OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora RT, 2014.
- OSNA, Gustavo. Processo Civil democrático: cantando “Go Yankees” no Fenway Park. In: *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa: CIDP, v. 6, 2018.
- OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. São Paulo: Editora RT, 2017. p. 43 et seq.
- POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- POUNDSTONE, William. *Prisoner’s Dilemma*. New York: Anchor Books, 1993.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RHODE, Deborah L. *Access to Justice*. New York: Oxford University Press, 2004.
- ROSENBERG, David. Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases. In: *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard University Press, v. 115, 2002.
- SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SHAPIRO, David L. Class Actions: The Class as Party and Client. In: *Notre Dame Law Review*, Notre Dame: University of Notre Dame, v. 73, 1998.
- TARUFFO, Michelle. Cultura e processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. LXIII, 2009.
- TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. In: *Texas Law Review*, Austin: The University of Texas Law School, n. 87, 2009.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo: Editora RT, 2016.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora RT, 2014.

Todo conteúdo da Revista Direitos Humanos e Democracia
está sob Licença Creative Commons CC – By 4.0