

# Uma Introdução às Ações Coletivas no Direito Norte-Americano

por  
Patrick Woolley\*  
Beck, Redden & Secrest Professor in Law

A Suprema Corte dos Estados Unidos observou que, “constitui princípio de aplicação geral na jurisprudência anglo-americana ninguém poder ser submetido a uma decisão judicial...em causa que não for parte ou nela não tiver tomado parte”<sup>1</sup>. Mas a ação coletiva é uma exceção à regra geral. Numa ação coletiva, o representante (ou representantes) pode propor uma ação ou ser processado, em favor de sujeitos ausentes que formalmente não se ligaram à controvérsia como partes.<sup>2</sup>

Como a maioria dos feitos em curso nos tribunais americanos, a grande maioria das ações coletivas é objeto de transação antes mesmo do julgamento. Mas diferentemente da maioria das demais controvérsias, nelas não se exige o consentimento de todos os vinculados ao que ficar acordado. Os tribunais estabeleceram que o representante na ação coletiva pode transigir a respeito dos direitos da categoria, desde que o juízo entenda que o acordo é “justo, adequado e razoável”.

A natureza do instituto da representação em ações coletivas torna possível a solução de disputas de massa de modo mais eficiente do que poderia sê-lo por outra forma (por exemplo, por um acordo imposto contra os desejos de alguns membros da categoria), mas por outro lado cria um considerável potencial para abusos. O objetivo da ação coletiva é o de alcançar um equilíbrio adequado entre a resolução de demandas de massa, de um lado, e a preocupação de os sujeitos ausentes da categoria virem a controlar o litígio, por outro lado, reduzindo-se assim o risco de abuso do procedimento a um nível aceitável.

---

\* Tradução de Fernando Sá, em colaboração com o Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e revisão de Fábio Costa Morosini, Doutorando em Direito pela Universidade do Texas, Mestre em Direito pela Universidade do Texas, Especialista em Direito Internacional pela UFRGS.

<sup>1</sup> Martin Wilks, 490 U.S. 755, 761 (1989).

<sup>2</sup> No texto somente evoquei ações coletivas aforadas por uma categoria. Uma excelente fonte de referência sobre o direito de ações coletivas inclui a de Robert Klonoff & Edward Bilich, *Class Actions and Other Multiparty Litigation* (West 2000); Herbert B. Newberg & Alba Conte, *Newberg on Class Actions* (Shephard's/MacGraw Hill 1985); Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* (West 1998).

### I. Uma visão geral da Regra Federal de Processo Civil 23

A Regra Federal de Processo Civil 23\*\* – lei federal de ação coletiva – regula o uso desse instituto nas Cortes federais. Os sistemas judiciários estaduais podem livremente estatuir outras normas para as ações coletivas, embora muitos Estados tenham adotado integralmente, ou em parte substancial, o texto da lei federal, e se utilizam, de modo subjetivo, de interpretações do texto dadas pela justiça federal<sup>4</sup>. Neste trabalho, focalizarei a ação coletiva federal processada em conformidade com a Regra 23.

Uma ação coletiva pode se iniciar por uma petição em favor de um ou de alguns demandantes, que se interessem em propor a ação em benefício de uma categoria. Uma ação somente pode ser considerada como coletiva se o juízo entenda que esteja conforme às letras (a) e (b), da Regra 23. De fato, a Suprema Corte recentemente deixou claro que um tribunal somente pode permitir uma transação em ação coletiva, caso estiverem satisfeitos os requisitos previstos nas letras (a) e (b), da Regra 23.<sup>5</sup> A letra (a), da Regra 23, identifica quatro requisitos para que uma ação seja considerada como coletiva. Adicionalmente a essa letra (a), da Regra 23, uma categoria precisa enquadrar-se dentro de uma daquelas previsões estatuídas na letra (b), da Regra 23. Como a Suprema Corte observou, as “[s]ubdivisões (a) e (b) focalizam a atenção do tribunal na verificação de saber se uma ação coletiva proposta possui unidade suficiente, para que os sujeitos ausentes possam ser facilmente vinculados às decisões tomadas pelos representantes da categoria.”<sup>6</sup>

Se uma categoria qualquer tem unidade suficiente para que os sujeitos ausentes possam realmente ser vinculados às decisões de seus representantes, isso é particularmente importante quando se cuida de uma ação coletiva sujeita à transação em vez de a julgamento. Transações somente podem ser aprovados por um tribunal se o acordo for “justo, adequado, e razoável”, embora seja duvidoso que haja alguma maneira significativa de medir a justeza, adequação e razoabilidade de uma convenção.

\*\* NT. Mary Kay Kane, professora de Direito, na Universidade da Califórnia, no famoso Hastings College of Law, em seu livro *Civil Procedure In a Nutshell*, esclarece que “[H]oje há nos Estados Unidos basicamente cinco tipos de leis diferentes de ações coletivas ...[A] mais usada lei de ações coletivas é a versão de 1966 da *Federal Rule 23* que rege as Cortes federais, tanto quanto as de vários Estados” [St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1985, 2ª ed., pp. 255 e ss.]. José Rogério Cruz e Tucci, por sua vez, em monografia a respeito, traduz “Rule 23”, como *Regra 23*, nestes termos: “...a *class action* adquiriu inequívoca importância, nos Estados Unidos da América, com a edição, em 1938, da Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, atualmente de aplicação genérica, na esfera de competência dos Tribunais Federais americanos, às ações fundadas na equidade, bem como àquelas escudadas na lei” [in “*Class Action*” e *Mandado de Segurança Coletivo (Diversificações Conceptuais)*, Saraiva, 1990, p. 12]. É, pois, com esse significado que adotamos a tradução de Tucci, para a expressão original, *Federal Rule of Civil Procedure 23*, como “Regra Federal de Processo Civil 23.

<sup>3</sup> Ver a respeito do direito estadual de ações coletivas Linda S. Mullenix, *State Class Actions: Practice and Procedure* (CCH 2000).

<sup>4</sup> *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997); *Ortiz v. Fibreboard*, 119 S. Ct. 2295 (1999).

<sup>5</sup> *Amchem*, 521 U.S. at 621.

<sup>6</sup> Ver G. Donald Puckett, Nota, *Peering into a Black Box: Discovery and Adequate Attorney Representation for Class Action Settlements*, 77 *Texas L. Review* 1271 (1999).

Como não há nenhuma medida métrica para a aferição de um acordo “justo, adequado, e razoável”<sup>7</sup>, os requisitos das letras (a) e (b) fornecem proteção essencial e adicional aos membros da categoria cujas demandas sejam objeto de transação sem o consentimento deles. Deveras, nesse sentido a Corte sublinhou a importância de combinar as letras (a) e (b), da Regra 23, na revisão judicial de um acordo obtido contra a vontade de certos membros da categoria.

## B. Letra (a), da Regra 23 – Procedimento Básico da Ação Coletiva.

### 1. Visão Geral

A Regra 23, letra (a), estabelece que “[u]m ou mais membros de uma categoria podem demandar ou ser demandados como representante em benefício de todos somente se: (1) a categoria for tão numerosa que a integração de todos os membros é impraticável – requisito de quantidade, (2) existirem questões de direito ou de fato comuns à categoria – requisito de qualidade, (3) as demandas ou defesas dos representantes das partes forem típicas de demandas ou defesas de uma categoria – requisito de tipicidade, e (4) os representantes das partes protegerem justa e adequadamente os interesses da categoria – requisito da representação adequada.”<sup>8</sup>

O requisito da quantidade pretende assegurar que a medida coletiva somente será empregada quando for impraticável a união (enquanto oposta à representação) dos indivíduos alcançados pelo pedido. O requisito da qualidade (que requer somente *uma* questão comum de “direito ou de fato”) não é uma barreira significativa ao litígio coletivo. O requisito de tipicidade – requisito que as demandas ou defesas dos representantes sejam típicas daqueles de que estão representando, constitui um requisito-chave, mas é duvidoso que exija qualquer coisa que o requisito da representação adequada também não o faça.

### 2. O Adequado Requisito da Representação

O requisito de que os sujeitos ausentes estejam adequadamente representados diz respeito a um direito fundamental. As Cláusulas do Devido Processo da Constituição dos Estados Unidos desde longa data têm sido interpretadas no sentido de exigir que qualquer litigante seja normalmente citado e estabelecido o contraditório antes que seus direitos sejam julgados.<sup>9</sup> No contexto da ação coletiva, uma adequada representação, pelo menos em algumas circunstâncias, tem sido admitida como o equivalente funcional à citação e ao contraditório.<sup>10</sup>

A representação adequada, tal como o requisito é entendido hoje em dia, reclama três elementos. Por primeiro, os autores necessitam, acima de tudo, ter no feito um interesse concreto. Em segundo lugar, os patronos da classe – conselho de classe –

<sup>7</sup> Em adição aos requisitos explícitos da Regra 23 (a), os tribunais impuseram outros implícitos. Ver Robert Klonoff and Edwards Bilich, *Class Actions and Other Multiparty Litigation* at 41.

<sup>8</sup> Ver Patrick Woolley, *Rethinking the Adequacy of Adequate Representation*, 75 Texas L. Review 571 (1997).

precisam ser competentes e ter acesso aos recursos necessários para lidar apropriadamente com a controvérsia. Adicionalmente, é mister inexistir indícios de que os advogados tenham ou venham a ter interesses particulares prejudiciais aos da categoria. Finalmente, a classe precisa ser coesa, vale dizer, inexistir entre os seus membros um substancial conflito de interesses.

Sem embargo de o primeiro requisito – de que os representantes de classe sejam adequados – permanecer à parte do direito americano da ação coletiva, mostra-se duvidoso seja ele de alguma utilidade.<sup>11</sup> O conselho de classe, e *não* os representantes nominados, constitui a chave para a proteção dos sujeitos ausentes. Em muitas ações coletivas, nenhum dos membros de classe, inclusive os representantes indicados, tem interesse suficiente na causa que justifique o tempo e o dinheiro que o monitoramento da lide exige. Dessarte, muitas vezes não se pode contar com os representantes da categoria para supervisionar o conselho de classe ou até mesmo protegê-la. De qualquer sorte, não se exige dos conselhos de classe obediência aos seus representantes. Por essa razão, os conselhos de classe têm sido conclamados a exercer seus próprios e independentes critérios em benefício da categoria. Com efeito, em uma ação coletiva o conselho de classe pode transigir com o consentimento dos tribunais e a despeito do representante da categoria.

O papel central do conselho de classe tem em sua adequabilidade um elemento bastante importante. Tornou-se cada vez mais claro que os advogados, representando a categoria, podem ter com ela conflitos de interesses inaceitáveis.<sup>12</sup> O mais óbvio dentre eles centra-se nas verbas honorárias. Em casos em que os honorários não estejam bem sintonizados com a total recuperação da categoria, o conselho de classe pode ter um incentivo para colocar seus interesses antes dos dela. Em alguns, em que há transação antes do julgamento da causa, v.g., o conselho pode muito bem convir num acordo pior para a categoria em troca de honorários de sucesso maiores para os advogados do que eles poderiam obter por outra forma. Em outros casos, o advogado (que não receberia nenhuma compensação se a categoria perdesse a causa) poderia muito bem estar mais predisposto a transigir sobre o que viesse a obter, caso os interesses da classe viessem em primeiro lugar.

Muito embora os honorários dos advogados se constituam na fonte mais comum de conflito de interesses entre o conselho de classe e a categoria, seria um erro pensar que é o único. O Professor Derrick Bell sinalou em conhecido artigo, que pode haver

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> Ver Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs Attorney role in Class Action and Derivate Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. Chicago L. Ver. 1 (1991); Jean W. Burns, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, 42 Hastings L. J. 165 (1990).

<sup>11</sup> Ver Macey & Miller, *The Plaintiffs' Role*, *supra*; John C. Coffee, Jr., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Actions*, 54 U. Chicago L. Rev. 877 (1987).

<sup>12</sup> Derrick A. Bell, Jr. *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 Yale L.J. 470 (1976); ver também Special Project, *The Remedial Process in Institutions Reform Litigation*, 78 Columbia L. Rev. 784, 883-887 (1978)

sérios conflitos não econômicos entre o conselho e seus clientes.<sup>13</sup> O *NAACP Legal Defense Fund* desempenhou um importante papel ao ajuizar uma causa em favor dos afro-americanos na reparação de segregação racial existente nas escolas públicas. Conquanto inexistissem conflitos entre o *Legal Defense Fund* e seus clientes no tocante ao objetivo de combater a segregação racial, o mesmo estava longe de ser verdade no que concerne às soluções procuradas contra a segregação racial no ensino público. Pais afro-americanos, por exemplo, resistiam algumas vezes em aceitar a condução escolar de seus filhos para escolas em outros subúrbios, mesmo que isso fosse importante para acabar com a segregação. Esse fundo, ao revés, era um forte incentivador no uso da condução escolar contra a segregação. Em suma, conflito de interesses entre clientes e advogados podem se enraizar em diferentes perspectivas além daquelas econômicas.

Afora os conflitos entre os advogados e a categoria, eles também podem existir entre os próprios membros da categoria. Nem o conselho, nem o representante, podem patrocinar os membros da categoria caso os interesses sejam conflitantes. A assertiva clássica desse princípio básico é encontrada num dos primeiros casos, como o *Hansberry v. Lee*<sup>14</sup>. Nesta causa, o sr. Hansberry procurou um precedente em que não estivesse vinculado pelo julgamento num caso anterior, v.g., *Burke v. Kleiman*. Nesse caso, Olive Burke, supostamente demandando em favor de proprietários, aforara uma ação contra Isaac Kleiman para impor um alegado acordo havido entre eles, para excluir afro-americanos de imóveis localizados na vizinhança. Muito embora o sr. Kleiman pudesse ter se defendido sob o fundamento de que o acordo era inválido – que não havia sido assinado por um número mínimo de proprietários – apenas argumentou que o acordo era ineficaz em face da mudança das circunstâncias. A ação da sra. Burke foi julgada procedente. Tempos depois, com vistas a impor o acordo, Anna Lee e outros demandaram com relação a Carl Hansberry, um afro-americano que havia comprado uma casa no bairro. A Suprema Corte de Illinois considerou o caso anterior de *Burke v. Kleiman* como obrigatório sob o fundamento de que se tratava de uma ação coletiva. A Suprema Corte dos Estados Unidos reformou a decisão, sustentando que o sr. Hansberry não havia sido adequadamente representado no caso *Burke*. Em virtude do fato de a sra. Burke haver representado os proprietários dos imóveis que desejavam impor o acordo, ela não os poderia ter representado – tal como o sr. Hansberry – que não desejava ver o acordo implementado. O óbvio conflito de interesses impedia a sra. Burke de ser uma representante adequada dos interesses do sr. Hansberry.

Menos obviamente, a Suprema Corte decidiu que o réu no caso *Burke* – sr. Kleiman – também não havia adequadamente representado o sr. Hansberry. A Corte sugeriu que o sr. Kleiman (que havia ignorado a contestação ao acordo) realmente havia tido na demanda a mesma pretensão do sra. Burke, ou seja, a confirmação judicial da validade do acordo. Mais importante ainda, foi a decisão da Corte de que o sr. Kleiman não poderia ser considerado como um representante adequado, porque não havia sido “contratado pelos

<sup>13</sup> *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940).

<sup>14</sup> *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793 (1996).

demandantes ou constituído como representando outros”. Dito de outro modo, o caso *Hansberry* sustentava, e a Suprema Corte recentemente reafirmou isso em *Richards v. Jefferson County*,<sup>15</sup> que tanto o representante da categoria quanto o juízo, ao admitirem uma ação coletiva, necessitam entender que o representante age na qualidade de advogado. O requisito da Regra 23 que impõe ao tribunal estabelecer, “tão logo quanto possível”<sup>16</sup>, se uma demanda pode ser considerada como ação coletiva, é consistente com o estabelecido pela Suprema Corte no caso *Hansberry*.

Se as inadequações fossem sempre tão simples de ser detectadas quanto no caso *Hansberry*, a adequada representação *standard* seria fácil de resolver. Mas as divergências de interesses não precisam ser tão dramáticas quanto aquelas existentes entre a sr. Burke e o sr. Hansberry. Tal como observou a Suprema Corte no caso *Hansberry*, e mais recentemente no caso *Amchem v. Windsor*, em *algum* ponto as divergências são grandes o bastante para determinar uma separação de representações, embora tenha deixado mal delineado por onde passaria a linha divisória.

A existência de conflitos de monta entre os membros da categoria necessitando representações separadas não significa necessariamente, contudo, que o tratamento dado à categoria seja inadequado. A Regra 23, letra (c)(4)(b), prevê que a “categoria pode ser subdividida em subcategorias”. Assim sendo, divergências de interesses numa categoria podem ser resolvidas nomeando-se, separadamente, os advogados da categoria e os de conselho de classe para cada interesse diverso por subcategoria. Mas tal solução também cria dificuldades de ordem administrativa. Quanto mais subcategorias e (sub)conselhos existirem, tanto mais difícil será administrar a demanda. Em algum ponto, as dificuldades administrativas resultantes do uso de subcategorias ultrapassará os benefícios no tratamento dado à ação coletiva.

### **C. Letra (b), da Regra 23 – Procedimento Básico de Ação Coletiva.**

Para satisfazer os requisitos da Regra 23, letra (a), uma demanda precisa também preencher uma das categorias estabelecidas na letra (b). Os dois tipos mais comuns de ações coletivas são aqueles regulados pela Regra 23, letras (b)(2) e (b)(3). A Regra 23, letra (b)(2), autoriza o enquadramento se “a parte, opondo-se à categoria, agiu ou recusou-se a agir sob o fundamento geralmente aplicável à categoria, conseqüentemente tomando ou uma medida final apropriada ou um correspondente remédio declaratório com respeito à categoria como um todo”. O protótipo da demanda da Regra 23, letra (b)(2), é uma ação de anti-segregacionismo escolar na qual os advogados da categoria procuram acabar com a segregação no sistema escolar. Mas a letra (b)(2), da regra 23, outrossim, pode ser utilizada em outras situações, inclusive em demandas que buscam a aplicação de leis ambientais, desde que o remédio legal seja um mandado de segurança ou uma sentença declaratória.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Lei Federal de Processo Civil 23 (c)(1).

<sup>16</sup> Para um bom entendimento de processos coletivos sob a égide da Regra 23 (b)(2), ver Mark C. Weber, *Preclusion and Procedural Due Process in Rule 23 (b)(2) Class Actions*, 21 U. Michigan J. L. Reform 347 (1998).

O tipo mais comum de ação coletiva é o regulado pela letra (b) (3), da Regra 23. Tais demandas são comumente conhecidas como “ações indenitárias coletivas” pois visam à reparação de danos. Supondo que os requisitos da Regra 23, letra (a), estejam satisfeitos, uma categoria pode enquadrar-se na Regra 23, letra (b) (3), desde que “as questões de direito ou de fato comuns aos membros da categoria predominem e a ação coletiva seja melhor do que outros métodos disponíveis para o justo e eficiente deslinde da controvérsia.”

Menos comum do que as demandas aforadas sob as alíneas 23 (b)(2) ou 23 (b)(3) são aquelas com base na Regra 23, letra (b)(1). Em anos recentes, no entanto, conselhos de classe têm cada vez mais procurado refúgio na letra 23 (b)(1), do que sob a 23 (b)(3). O argumento para tanto é que seguidamente existe um “fundo limitado”. Existe um fundo limitado quando a lei determina que qualquer ressarcimento provenha de um fundo específico, mas não tenha condições de satisfazer todos os pedidos formulados contra ele. Em vista do grande volume dos danos em jogo, em casos de ilícitos de massa envolvendo asbesto ou outras substâncias, tem-se algumas vezes argüido que os fundos à disposição para pagar os reclamantes é “limitado”, justificando a incidência da Regra 23, letra (b)(1).<sup>18</sup> Mas trata-se de um uso controvertido da regra, já que pode ser encarado como uma evasão do processo falimentar.

A escolha da ação sob o fundamento da alínea (b)(1) e a (b)(2), de um lado, e aquela da (b)(3), de outro, mostra-se significativa por várias razões. Para começar, a Regra 23, letra (c)(2) exige que, após o enquadramento da ação sob a alínea (b)(3), “a melhor citação prática” seja efetuada quanto aos sujeitos da ação coletiva, e que citados todos os membros da categoria, “que possam ser identificados por meio de um esforço razoável”. Um sujeito da ação coletiva enquadrável sob a Regra 23, letra (b)(3), tem também o direito de desistência, vale dizer, o direito de não ficar adstrito aos resultados da lide, a fim de que possa resolver suas pretensões em processo individual. Ao contrário, numa ação sob a Regra 23, alíneas (b)(1) ou (b)(2), a citação não é exigida, e os membros da categoria não têm o direito de desistirem do processo.<sup>19</sup> Não está claro se o devido processo

– em oposição à Regra 23

– requer citação, oportunidade de desistência, ou ambas nos processos conforme alíneas (b)(1) e (b)(2). De qualquer maneira, antes que um acordo seja aprovado numa ação coletiva, os membros da categoria têm a faculdade de alegar e a oportunidade de contestar a justiça, adequação e razoabilidade do acordo. Ver Lei Federal de Processo Civil 23 (e).

<sup>17</sup> Ver, v.g., *In re Asbestos Litigation*, 90 F. 3d. 963 (5<sup>th</sup> Cir. 1996), anulado e remetido ao Juízo inferior, 117 S. Ct. 2503 (1997), confirmado em 1<sup>o</sup> grau, 134 F. 3d. 668 (5<sup>th</sup> Cir. 1998), reformado sob o nome, *Ortiz v. Fibreboard*, 119 S. Ct. 2295 (1999).

<sup>18</sup> Não está claro se o devido processo – em oposição à Regra 23 – requer citação, oportunidade de desistência, ou ambas nos processos conforme alíneas (b)(1) e (b)(2). De qualquer maneira, antes que um acordo seja aprovado numa ação coletiva, os membros da categoria têm a faculdade de alegar e a oportunidade de contestar a justiça, adequação e razoabilidade do acordo. Ver Lei Federal de Processo Civil 23 (e).

Essas duas diferenças entre ações coletivas (b)(3) e de outros tipos apontam no sentido de que os conselhos de classe e os demandados preferirão enquadrar-se naquelas do tipo 23 (b)(1) ou 23 (b)(2), sempre que for importante uma solução unitária da controvérsia. Os conselhos também as preferirão porque evitarão, assim, despesas associadas à citação dos sujeitos ausentes da ação no momento do enquadramento, despesas essas quase sempre expressivas. Quando o valor econômico das pretensões individuais é grande o bastante para justificar uma ação individual, os membros da categoria, não-obstante, podem preferir seu enquadramento no tipo (b)(3), o que lhes garantirá o direito de desistência da lide.

## II. Ações Coletivas da Regra 23, letra (b)(3)

Sob uma perspectiva econômica, há dois tipos básicos de ações coletivas (b)(3): (i) ações onde as pretensões são tão pequenas que se tornariam inviáveis a proposição de demandas individuais, e (ii) ações em que as pretensões são grandes o bastante a ponto de torná-las economicamente possíveis de serem individualmente propostas. A diferença entre esses dois tipos de ações sempre teve um significado prático, mas tem também cada vez mais importância legal. O Quinto Circuito<sup>\*\*\*</sup>, por exemplo, estabeleceu que “a mais instigante razão a determinar a superioridade de uma ação coletiva [é] a existência de uma causa de valor negativo, isto é, ‘um grande número de causas de pequeno valor’ “\*\*\*\*”.<sup>20</sup>

### A. “Um Grande Número de Ações Coletivas de Pequeno Valor”

As ações coletivas que reúnem pequenas pretensões representam o uso mais óbvio da Regra 23, letra (b)(3). A menos que a Promotoria Pública propusesse esse tipo de ações, nenhuma causa haveria de ser economicamente viável sem esse tipo de mecanismo. De tal sorte, o conselho de classe nessas ações serve como “procurador geral privado”.

Apresenta óbvias vantagens a utilização dessa técnica de ação para viabilizar litígios de pequenos montantes. Para fins ilustrativos, sem esse mecanismo, seria muito difícil impedir grandes corporações de prejudicar um pouco a muitas pessoas. Se, por exemplo, uma corporação fraudar 100 mil pessoas em US\$10,00, o demandado não será punido e as vítimas não receberão nenhuma compensação, a não ser que (a) o governo

\*\*\* NT. “*Circuit of Appeals*” são Cortes de Apelação federais do sistema judiciário norte-americano. O *Fifth circuit*, por exemplo, é responsável pelos Estados da Louisiana, Mississipi, e Texas [cfe. Henry J. Abraham, in *The Judicial Process*, 5ª ed., New York, Oxford University Press, 1986, p. 168-170].

\*\*\*\* tradução dada à locução do texto original: “*large-scale, small claim suits*”.

<sup>19</sup> Ver *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F. 3d 734, 748 (5<sup>th</sup> Circ. 1996).

\*\*\*\*\* NT Tradução para a expressão no original: “*large-scale, large-claim suits*”.

<sup>20</sup> Realmente, pode ser conveniente àqueles mais prejudicados propor ações individuais. Há razões para acreditar que tais demandantes possam obter melhor indenização do que numa ação coletiva. Ver Kenneth S. Bordens & Irwin A. Horwitz, *Mass Tort Civil Litigation: The Impact of Procedural Changes on Jury Decisions*, 73 *Judicature* 22 (June/July 1989); John C. coffee, Jr., *Regulation of Entrepreneurial Litigation*, *supra*.

formule acusações civis e criminais *ou* (2) ajuíze uma ação. Certamente, nenhuma pessoa economicamente racional haveria de propor uma ação *individual* para recuperar US\$10,00. As custas processuais excederiam de muito os US\$10,00. Mas se proposta como uma ação coletiva, no benefício de uma categoria, as custas poderão ser justificadas pelo potencial de repetição do indébito à categoria. Assim, um advogado que fizer jus a parte dos danos como compensação pelo patrocínio da causa poderá muito bem ser persuadido a prosseguir no feito.

Uma crítica que pode ser levantada contra a utilização da técnica desse tipo de ação coletiva é a de que as motivações para demandar estarão unicamente baseadas no interesse econômico do conselho de classe. Se faltar ao governo os recursos para prosseguir no processo num caso particular, é possível que os interesses econômicos de um “procurador geral privado” excederão os esforços de cumprimento legal por alguma forma não objetável. Os interesses econômicos de um advogado, no entanto, podem não se coadunar com o interesse público. Caso a decisão de propor uma ação (nos casos em que as pretensões individuais são muito pequenas para justificar ações individuais) for deixada ao governo, este pode considerar não haver interesse público para prosseguir na ação (mesmo se existirem recursos suficientes para tanto). Dessarte, embora essa técnica seja vista como um meio de evitar uma aplicação deficiente da lei, ela pode também conter um potencial de abuso.

#### B. “Um Grande Número de Ações Coletivas de Grande Valor”\*\*\*\*\*

Diferentemente das ações coletivas de pequeno valor, nas de valor elevado os autores têm interesses consideráveis em jogo que podem justificar aforamentos de demandas individuais<sup>21</sup>. A técnica de ação coletiva nesse sentido pode ter, todavia, um importante papel. Agregando as pretensões de vários membros da categoria, esse mecanismo *pode* promover uma resolução eficiente das pretensões. De fato, em alguns casos, o número de reclamantes potenciais pode ser tão elevado que o litígio do conjunto das pretensões individualmente consideradas bloquearia os tribunais, postergando assim por um longo período a outorga da justiça às partes afligidas. Por outro lado, não está claro se o emprego das ações coletivas se mostrará sempre o procedimento mais eficaz. A concentração de muitas ações em um único processo pode criar dificuldades na administração do pleito, fazendo com que ela seja menos eficiente do que se fossem utilizadas ações individuais. Naturalmente, saber se essa técnica processual é um meio *superior* de resolver a controvérsia é uma questão que precisa ser determinada pelo tribunal e respondida afirmativamente, antes que a ação coletiva possa ser enquadrada na Regra, alínea 23 (b) (3). Presumivelmente, a eficiência será um fator significativo (talvez conclusivo) na determinação de ser a ação coletiva o meio “superior” de resolver uma lide.

---

<sup>21</sup> Ver David Rosenberg, *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, 37 Harvard J. on Legislation 393 (2000).

Ação coletiva, em escala, de valor elevado pode proporcionar um outro tipo de benefício a uma categoria de reclamantes. Caso seja permitido aforar esse tipo de ações individualmente, os réus desfrutarão de uma vantagem estratégica em termos de recursos.<sup>22</sup> Certo que muitas questões podem ser rerepresentadas várias vezes, caso aforadas individualmente, os réus acabam por distribuir as despesas para a preparação da defesa entre todas as demandas. Os autores, todavia, não terão a mesma possibilidade caso não se utilizem desse meio (ou outro método para agregar um elevado número de pleitos). Sendo assim, não estando os autores conjuntamente representados, os réus normalmente poderão investir mais no preparo da defesa do que um demandante individualmente considerado no ajuizamento de sua demanda.

Talvez a mais dura crítica às ações coletivas de escala de alto valor esteja baseada na pressão por elas exercidas nos réus para transigirem, bem como no fato de que, se a ação fosse ajuizada, a responsabilidade do réu em um universo de muitas pessoas dependeria do resultado de uma única causa. Na *In re Rhône-Poulenc Rorer Inc.*, um caso importante em que foi negado enquadramento numa demanda com relação a laboratórios, promovida por hemofílicos infectados pelo Vírus de Deficiência Imunológica Humana (“HIV”), por exemplo, o Juiz Richard Posner assim expressou sua preocupação acerca da pressão que os réus enfrentavam para transigirem a causa:

“[Os réus] poderiam, dessarte, estar facilmente fazendo face a uma responsabilidade de 25 bilhões dólares (talvez até mais do que isso)...[Mesmo que eles não estivessem obrigados] [e]les poderiam não querer arriscar. Isso para dizer o mínimo. Estarão sob intensa pressão para transigir. Se transigem, o enquadramento legal – a incidência da regra que os forçara a transigir – jamais será revista. O juiz Friendly, que não é dado a hipérboles, denominou de “transações de chantagem”, obtida numa ação coletiva, aquelas induzidas por uma pequena probabilidade em um processo muito grande. A preocupação judicial a respeito deles é legítima, mas não “sociológica”, assim como foi jocosamente definida na *In re Sugar Antitrust Litigation*.”<sup>23</sup>

O juiz Posner expressou ademais a preocupação de que mesmo se os réus resistissem à pressão, eles estariam sujeitos a riscos injustificáveis caso a demanda prosseguisse como ação coletiva. O mesmo magistrado Posner observou que era “perfeitamente possível” admitir “múltiplas demandas envolvendo diferentes juízos”, em que em 12 ou 13 processos individuais os réus fossem considerados como não responsáveis<sup>24</sup>. Enquadrar uma categoria permitiria a um juízo:

“manter o destino de uma indústria na palma da mão. Esse julgamento, de número 14, pode discordar dos 12 ou 13 anteriores – e lançar a indústria na bancarrota. Tal tipo de situação pode acontecer em nosso sistema de justiça civil (não é provável que aconteça, porque a indústria provavelmente transigiria) sem violar os direitos de alguém. Mas é de mister não ser tolerado, quando existe a alternativa de submeter a

<sup>22</sup> *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d. 1293, 1298-99 (7<sup>th</sup> Cir. 1995).

<sup>23</sup> *Id.* p. 1299 (pontuação modificada). Juiz Posner deixou de considerar que os 13 processos julgados podem não se terem constituído uma amostragem representativa de casos.

questão a múltiplos julgamentos, constituindo, no agregado, uma ainda maior e mais diversa quantidade de decisões.”<sup>25</sup>

Enquanto o juiz Posner concordava em que esses riscos precisavam ser aceitos, quando “as apostas de cada membro da categoria [são] diminutas para cobrir as despesas processuais,” concluía que, se o membro da categoria pudesse suportar o ajuizamento individual da ação e as apostas agregadas se contassem em “dezenas ou centenas de milhões de dólares, ou até mesmo em bilhões, então não seria um desperdício de recursos judiciários conduzir mais de uma causa...”<sup>26</sup>

### III. Ações coletivas indenizatórias de massa.

Ações de indenizações de massa incluem casos em que um número expressivo de pessoas sofreu um dano pessoal <sup>27</sup>(no sentido de oposto ao econômico). O caso *Rhone Poulenc* encontra-se entre os inúmeros processos de indenização de massa que foram levados aos tribunais federais; o agente laranja, o asbesto e o fumo são algumas das substâncias que foram alvo desse tipo de litígio. Muitas das questões mais difíceis na prática contemporânea das ações coletivas foram levantadas neste contexto, em parte devido ao grande número de situações *individuais* (enquanto opostas às coletivas) que devem ser resolvidas em causas atinentes de controvérsias indenizatórias de massa. Vários processos de danos materiais podem ser caracterizados como sendo “casos à jusante[,] isto é, casos em que o dano é alegado para constituir-se em conduta de alguma forma uniforme do réu, a partir da qual tudo o mais segue”.<sup>28</sup> Mas as hipóteses típicas de indenização de massa requerem uma especial atenção às características das partes ofendidas.<sup>29</sup>

Tenha-se em conta, por exemplo, que 500 passageiros de uma estrada de ferro sofreram danos num acidente ferroviário. Uma questão importante – a negligência da companhia – será comum a todos os membros do grupo. Mas também várias outras questões individuais necessitam do mesmo modo ser perquiridas. Um passageiro, v.g., pode ficar paraplégico após o acidente. Outro pode ter escapado ileso, mas emocionalmente perturbado para sempre. Em suma, os danos sofridos por cada uma das pessoas não podem ser diligenciados coletivamente. Mesmo com respeito a questões de responsabilidade, alguns casos não poderão ser tratados de forma coletiva. Cuidando-se de negligência, a da pessoa prejudicada, por exemplo, pode haver contribuído para o dano, conduzindo a um resultado que reduz ou serve de defesa à responsabilidade do ofensor.

---

<sup>24</sup> *Id.* p. 1300.

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> Focalizei este trabalho em ações indenitárias de massa, envolvendo danos pessoais. Para o exame de outros tipos de controvérsia de indenização de massa, ver Mullenix, *Mass Tort Litigation*, *supra*.

<sup>27</sup> Samuel Isacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Review 805, 832.

<sup>28</sup> Ver Patrick Woolley, *Mass Tort Litigation and the Seventh Amendment Reexamination Clause*, 83 Iowa, L. Review 499 (1998).

<sup>29</sup> *Amchem*, 521 U. S. p. 625.

A existência de um número significativo de questões particulares, em casos de indenização de massa, tem sido um respeitável obstáculo ao enquadramento da espécie. Os tribunais têm julgado que nessas circunstâncias os requisitos de predomínio e de superioridade não podem ser preenchidos. De fato, as observações do Comitê Jurídico, elaborador da norma federal retora da ação coletiva, sugerem que:

“Um ‘acidente de massa’, resultando em danos a inúmeras pessoas, é de regra inadequado para servir de base a uma ação coletiva, porque a semelhança de questões significativas, não apenas de danos mas também de responsabilidade e de defesa de responsabilidade, estaria presente, afetando as pessoas de formas diferentes. Nessas circunstâncias, uma ação proposta nominalmente como coletiva degeneraria na prática em múltiplos processos, julgados separadamente.”

A Corte Suprema tornou claro, recentemente no caso *Amchem*, que os comentários do Comitê Jurídico não deveriam ser considerados como um impedimento absoluto no enquadramento de ações coletivas, relativos a indenizações de massa. Mas os comentários da Corte Suprema não eram um endosso sem qualificação para justificar ações coletivas indenizatórias de massa. Com efeito, a Corte explicou que “o aviso do Comitê...continua a advertir quando os interesses individuais são elevados e as diferenças entre as pessoas acentuadas.”<sup>30</sup>

Algumas vezes tribunais que admitiram tais casos empregaram técnicas controversas, a fim de evitar que a possibilidade de questão ou questões coletivas fossem sobrepujadas por questões pessoais. Saber se essas técnicas podem ser utilizadas num caso particular – ou em todos – determinará muitas vezes a admissibilidade de uma ação de indenização de massa. Discuto essas possibilidades abaixo.

#### A. Questões Coletivas

O método mais comum para evitar problemas criados em função da existência de questões individuais importantes, em ação indenizatória de massa, é a utilização de uma questão coletiva. A regra 23, alínea (c) (4), dispõe que “[q]uando adequada (A), uma ação pode ser ajuizada ou sustentada como ação coletiva relativamente a questões particulares”.<sup>31</sup> Assim, a questão coletiva permite o julgamento coletivo da questão ou questões comuns à categoria. Se essa prevalecer na ação coletiva, então as questões individuais poderão ser decididas mais tarde, numa causa individual. No hipotético acidente ferroviário acima mencionado a negligência da ferrovia poderia, v.g., ser determinada por meio de uma ação coletiva, após a qual, se a ferrovia fosse considerada culpada, os prejudicados poderiam propor ações individuais para provar e recuperar os danos sofridos com relação à linha férrea.

---

<sup>30</sup> A previsão da Norma 23 que autoriza a questão coletiva está intimamente ligada à Lei Federal de Processo Civil 42 (b) que autoriza a separação de questões em procedimentos ordinários.

Os tribunais e a doutrina levantaram inúmeras objeções à utilização de questões coletivas em ações indenizatórias de massa. Várias dessas objeções são técnicas.<sup>32</sup> Focarei o debate na *eficácia* e na *justiça* da questão coletiva nos casos em que questões coletivas e individuais se sobrepõem.

No caso *Rhone-Poulenc*, por exemplo, o juiz Posner argumentou que a questão da negligência do fabricante (uma questão comum) e a negligência comparada dos hemofílicos (uma questão individual) se sobrepunham. (A negligência comparativa é uma questão individual, pois só o caso concreto irá determinar se e até onde alguém pode contribuir para seu próprio dano.) As duas questões se sobrepõem já que não se pode precisar a culpa entre alguém prejudicado e um alegado ofensor sem considerar a extensão da culpa por este perpetrada.

Pode-se argumentar que, numa ação coletiva, faz pouco sentido julgar a questão da negligência de um laboratório, enquanto é reservado a um processo individual a determinação da culpa dos laboratórios e dos prejudicados. Uma preocupação nessas circunstâncias é que o emprego de uma questão coletiva significaria que robustas evidências necessitariam ser apresentadas em *ambas* as lides, a coletiva e a individual, pressupondo-se que os prejudicados fossem prevalecer no julgamento coletivo. No entanto, não está claro se o uso da questão coletiva é ineficiente, até mesmo quando as questões coletivas e individuais se sobrepõem. Quando os tribunais aprovam a utilização de questões coletivas em tais casos, as partes essencialmente negociam sobre o risco da repetição, caso a categoria vença a ação coletiva em troca do fim da lide e uma significativa redução de custos se os réus vencerem. Em outras palavras, quanto mais provável for a vitória do réu na causa coletiva, tanto mais viável será o emprego econômico da ação coletiva. Mesmo se o réu não vencer integralmente, o emprego da questão coletiva pode estreitar o caminho das soluções. E mesmo quando a categoria prevalece completamente, a resolução da questão ou questões coletivas em favor das categorias pode facilitar o acerto de toda a disputa, redundando em uma substancial redução das despesas processuais.

Uma última preocupação com questões separadas para julgamento é a possibilidade que a separação das questões, que normalmente seriam julgadas juntas, possa resultar em decisões diferentes das que teriam sido obtidas se tivessem sido julgadas em conjunto<sup>33</sup>. Em uma ação indenizatória de massa, por exemplo, o tribunal pode perfeitamente admitir uma questão coletiva, a fim de determinar se uma substância química em particular é capaz de produzir uma doença especial, deixando para os feitos individuais determinar se a substância (enquanto oposta a qualquer outro elemento) é responsável pela doença de

<sup>31</sup> O 5º e o 7º Circuito concluíram, por exemplo, que a utilização de questões coletivas para o julgamento de ações coletivas que se sobrepõem a questões individuais é excluída pela "Seventh Amendment Reexamination Clause". Essa cláusula prevê que "nenhum caso julgado por um tribunal será reexaminado por qualquer outro dos Estados Unidos, senão conforme as leis civis". Para a compreensão e crítica desses casos, ver Woolley, *Mass tort litigation*, *supra*; Simon v. Phillip Morris, Inc., 2001 Westlaw 114413 (S.D.N.Y. February 8, 2001)

<sup>32</sup> Ver Albert P. Bedcarré, *Regra 42 (b) Bifurcation*, *supra*; Bordens & Horwitz, *Mass Tort civil Litigation*, *supra*.

membros individualmente considerados da categoria. Há evidência de que as pretensões têm menos probabilidade de prevalecer quando estiverem assim separadas.<sup>34</sup> Permanece, porém, em debate se desse modo apartadas resultam em decisões mais ou menos precisas.

#### B. Amostra estatística

Ainda mais controverso do que o empenho das questões coletivas é a utilização das técnicas de amostragem estatística no julgamento das demandas. A mais conhecida foi aquela levada a efeito pela corte Distrital dos Estados Unidos para os Estados Ocidentais do Texas. No caso *Cimino v. Raymark Industries*, o juiz Robert Parker teve de apreciar demandas com mais de 2.000 membros de uma categoria, que sustentavam ter sido prejudicados pela exposição ao asbesto. A terceira fase do processo determinou as indenizações que receberia cada um deles individualmente. Normalmente, as indenizações de cada membro da categoria seriam fixadas individualmente, mas o juiz Parker estava preocupado com o fato de que isso seria impraticável. Assim, o magistrado separou os reclamantes em cinco grupos, conforme o tipo de doença que estavam sofrendo, e selecionou, ao acaso, alguns em cada grupo para uma exaustiva ação de cognição indenizatória. Foram selecionados 160 membros no total. Tão logo essas ações foram julgadas, o juiz rateou o resultado correspondente à cada grupo entre seus membros, de acordo com a respectiva amostragem aritmética.<sup>35</sup> Os réus não concordaram com esse procedimento, argumentando que tinham direito a uma fixação individual em cada ação de indenização. Para motivar sua decisão de dispensa do julgamento de 2.100 ações individuais, o juiz Parker ponderou:

“Exsurge do esforço e do tempo expendidos para o julgamento destes 160 processos que, a menos que este ou qualquer outro procedimento, para a determinação integral do dano, fosse aprovado, as causas não poderiam ser julgadas. Os réus argumentam sobre 1% de possibilidade que o resultado seria significativamente diferente. Entretanto, os autores enfrentam 100% de certeza de lhes ser negado acesso à Justiça.”<sup>36</sup>

O Quinto Circuito de Apelações rejeitou ao fim e ao cabo a utilização da amostragem do juiz Parker<sup>37</sup>, mas alguns tribunais a aceitaram. No caso *Hialo v. Estate of Marcos*, v.g., o Nono Circuito de Apelações aprovou o uso de técnicas de amostras estatísticas no julgamento de ações sobre direitos humanos aforadas por vítimas de Ferdinando Marcos, o ex-ditador das Filipinas.<sup>38</sup> A doutrina, por seu lado, divide-se quanto à aplicação de tais técnicas em causas de massa.<sup>39</sup>

Os defensores dessa técnica argumentam que ela pode determinar com precisão a responsabilidade de um réu acerca de uma categoria. Colocado de outro modo, pode-se esperar que a utilização de amostras estatísticas cubra perfeitamente a fixação das

<sup>33</sup> *Cimino v. Raymark Industries, Inc.* 751 F. Supp. 649 (E. D. Tex. 1990).

<sup>34</sup> O tribunal considerou, assim, depois de ter concluído, que 160 processos julgados realmente eram uma amostragem representativa de demandas em cinco categorias de doenças.

<sup>35</sup> *Id.* p. 666.

<sup>36</sup> *Cimino v. Raymark Industries, Inc.* 151 F 3d 297 (5<sup>th</sup> Cir. 1998).

indenizações de forma muito próxima ao total das indenizações que seriam fixadas ao réu, caso todas as ações fossem ajuizadas individualmente. Uma amostragem estatística, contudo, pode produzir uma acurada determinação da responsabilidade do réu, somente se um programa for apropriadamente desenvolvido. Como muitos juristas notaram, é muito difícil assegurar o desenvolvimento correto de um programa de amostragem.

Enquanto a determinação da responsabilidade de um réu é ao menos *teoricamente* possível, pode-se ter certeza que muitos reclamantes restarão recompensados para mais ou para menos. Esse é a conclusão inevitável a que se chega pela concessão de um resultado baseado em amostragem estatística aos demandantes de uma categoria específica. Todavia, interessa notar que são os réus, e não os autores, quem mais se queixam com o resultado baseado em amostragem. No caso *Cimino*, ao que se saiba, todos os autores concordaram com o emprego da amostragem. Mas mesmo que não tivessem consentido, a concepção do juiz Parker ter-lhes-ia sido interessante. Conforme se observa de sua motivação nesse caso, a necessidade de julgar 2.000 processos separadamente, retardaria em muito qualquer indenização para um grande número de reclamantes. Mesmo se a demora fosse desconsiderada, o Professor David Rosenberg argumentou que métodos não sofisticados também beneficiam os queixosos, inclusive àqueles com pretensões de alto valor:

“Ao lado do valor dos pedidos envolvidos, seria alcançada a mais dramática redução nos custos, se o cronograma pudesse providenciar compensações de acordo com a média da renda perdida e provavelmente causada à população como um todo. Vítimas de danos acima da média crêem que o tratamento dado a elas, segundo uma média estatística, seria mais do que compensado pelas poupanças obtidas nas despesas processuais, incluindo verbas honorárias.”<sup>40</sup>

Mesmo se demonstrado, de maneira conclusiva, que nem réus nem autores seriam prejudicados pela utilização da amostragem, não está claro se a técnica obteria uma aprovação geral dos tribunais. Como acima mencionado, o Quinto Circuito rejeitou o procedimento. A juíza Pamela Rymer, dissentindo no caso *Marcos*, argumentou que “[m]esmo no contexto de uma ação coletiva, a motivação e as indenizações individuais ainda precisam ser provadas individualmente”<sup>41</sup>. Uma objeção chave parece ser, em suma, a de que um “processo”, por definição, contempla que a *ambos*, autores e réus, seja concedida a oportunidade de apresentar provas e argumentos com relação às questões individuais, mesmo se a amostragem conduzir a uma razoavelmente acurada decisão do

<sup>37</sup> *Hilao v. Estate of Ferdinando Marcos*, 103 F. 3d 767 (9<sup>th</sup> Cir. 1996).

<sup>38</sup> Ver, v.g., Michael J. Sacks & Peter David Blank, *Justice Improved: The Unrecognized Benefits of Aggregation and Sampling in the Trial of Mass Torts*, 44 *Stanford L. Review* 815 (1992); Robert G. Bone, *Statistical Adjudication: Rights, Justice, and Utility in a world of Process Scarcity*, 46 *Vanderbilt L. Review* 561 (1993); Kenneth S. Bordens & Irwin A. Horwitz, *The Limits of Sampling and Consolation in Mass Tort Trials*, 22 *Law & Psychology Review* 43 (1998); Laurens Walker & John Monahan, *Sampling Damages*, 83 *Iowa L. Review* 5435 (1998).

<sup>39</sup> David Rosenberg, *Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means*, 62 *Indiana L. S.* 561, 5721-73 (1987).

<sup>40</sup> *Hilao*, 103 F. 3d p. 788.

ponto de vista do réu. Vale dizer, os casos de amostragem levantam de forma particularmente evidente uma questão central que recorrentemente surge em controvérsias coletivas: até aonde estamos preparados para sacrificar modos tradicionais de resolver disputas, quando grupos desarticulados estão envolvidos ?