

AS AÇÕES COLETIVAS: COMPARAÇÃO E ANÁLISE DO “COMMON LAW E DO “CIVIL LAW”

CLASS ACTIONS : COMPARISON AND ANALYSIS OF COMMON LAW AND CIVIL LAW

*Diego M. Gandolfo de la Fuente*¹.

Advogado atuante na Argentina desde 1993 e nos Estados Unidos desde 1998. Sócio do escritório Shook, Hardy & Bacon (Kansas City) e atua em casos de responsabilidade por produtos na América Latina e nos Estados Unidos.

*Fernando Dantas M. Neustein*²

Advogado atuante no Brasil desde 1998. Mestre em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Sócio do escritório Mattos Muriel Kestener Advogados (São Paulo).

Resumo: Este artigo pretende apontar e comparar os principais aspectos das ações coletivas nos sistemas “Civil Law” e “Common Law”, evidenciando suas semelhanças e diferenças. Primeiramente serão abordados elementos básicos das ações coletivas norte-americanas: conceitos, legislação aplicável e alterações legislativas relevantes. A seguir serão apontadas as especificidades do sistema brasileiro de ações coletivas, comparando-o ao norte-americano. Por fim, será realizada uma análise crítica desses sistemas, sob o enfoque da efetivação do acesso à justiça e da economia processual.

¹ Agradece a ajuda prestada pela advogada Silvia Kim na busca e análise de material para este artigo.

² Agradece a ajuda prestada pelo acadêmico de direito Gabriel de Oliveira na tradução do artigo.

Abstract: The Article intends to present the class actions in Common-Law and Civil Law systems from a comparative point-of-view, pointing out their differences and similarities. Firstly, some basic elements of the north-American class actions will be shown, such as concepts, applicable law and relevant law reforms. Then, some important aspects of the Brazilian class actions will be discussed and compared to the north-American system. In conclusion, a critical analysis of both systems will take place, focused on the right of access to the Justice and the so-called judicial economy.

Palavras -Chave: Ações Coletivas – Comparação – “Common Law” – “Civil Law”.

Keywords: Class Actions – Comparison – Common Law – Civil Law.

1.Introdução:

Este trabalho pretende analisar e comparar brevemente as ações coletivas do direito anglo-saxão (“Common Law”) e da “Civil Law”, para identificar diferenças, similitudes e pontos de convergência, especialmente no Brasil. Faremos breve exposição de conceitos básicos sobre as ações coletivas de ambos os sistemas; uma comparação entre os sistemas; e comentaremos alguns casos concretos. Também serão analisados elementos fundamentais para que as ações coletivas cumpram sua função de tornar mais ágil o acesso à justiça, preservando direitos fundamentais.

Dentre os muitos países de tradição civilista que possuem ações coletivas similares³, toma-se o Brasil como exemplo, porque aqui as ações coletivas existem há décadas, havendo razoável experiência prática com suas normas e também porque atualmente existem intensas discussões sobre modificação da disciplina legal desses instrumentos⁴.

³ Brasil, Chile Colômbia, Espanha, Portugal, entre outros.

⁴ Pellegrini Grinover, A., e outros *Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a América Latina*. Instituto Iberoamericano de Directo Processual, Agosto de 2004.

2.As Ações Coletivas: cultura e razão de ser:

Tanto em Hollywood como no mundo dos “best sellers”⁵, as ações coletivas aparecem na vida cultural e social com frequência. As ações de classe norte-americanas (“class actions”) são parte da vida jurídica diária daquele país. Exemplos de casos envolvendo acidentes ambientais, catástrofes aeronáuticas e demandas contra instituições financeiras são tratados na mídia muitas vezes de forma sensacionalista, o que também ocorre em países de tradição civilista como Brasil, Colômbia e Chile.

É consenso, tanto nos Estados Unidos como em países de “Civil Law”, que as ações coletivas facilitam o acesso à justiça. Isto é certo, já que, havendo diversas demandas de conteúdo econômico relativamente baixo, individualmente elas não merecem o esforço do comparecimento em juízo⁶. As ações coletivas também permitem eliminar demandas repetitivas, em homenagem à economia processual. Finalmente, elas favorecem a segurança jurídica porque tendem a uniformizar a jurisprudência.

3.Estados Unidos:

i. Conceitos básicos:

As ações de classe surgiram como conceito no século XIX⁷ mas somente em 1966⁸ a Regra Federal de Procedimento 23 (“FRCP 23”)⁹ deu vida ao procedimento que

⁵ Grisham, J. *The Rainmaker*. (1a Ed.) Nova York, Doubleday, 1995; Harr, J. *A Civil Action*. (1a. Ed.) Nova York, First Vintage Books, Setembro, 1996; Grisham, J. *The King of Torts*. (1a. Ed.) Nova York, Doubleday, Março, 2003.

⁶ *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997)(citando *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 388, 344 (7th Cir. 1997); *In re West Virginia Rezulin Litigation*, 214 W. Va. 52, 585 S.E.2d 52, 62, Prod. Liab. Rep. (CCH) P 16682 (2003) (“A ação de classe é um mecanismo processual que tem a intenção de promover a economia judicial mediante o ajuizamento conjunto de demandas que se prestam a tratamento coletivo. Não foi concebido para alterar os ônus processuais das partes, o direito ao júri, ou os pré-requisitos substantivos para se requerer indenização por ato ilícito.”)

⁷ *West v. Randall*, 29 F. Cas. 718, 722, No. 17424 (C.C.D. R.I. 1820); *Christopher v. Brusselback*, 302 U.S. 500, 505, 58 S. Ct. 350, 82 L. Ed 388 (1938); *Wabash R. Co. v. Adelbert College of Western Reserve University*, 208 U.S. 38, 58-59, 28 S. Ct. 182, 52 L. Ed. 379 (1908).

⁸ Apesar de a versão original da Regra 23 seja datada de 1937, o formalismo de seu texto impediu o avanço do uso das ações de classe. Mc. Laughlin J. M., *McLaughlin Sobre Acciones de Clase, Practica y Ley*, (4ta Ed.) Thomson West- West Legal Works (Vol. I), 2007, (citando a Benjamín Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure* (I), 81 Harv. L. Rev. 356, 381 (1967)).

conhecemos hoje. Devido aos excessos no uso da norma por parte dos demandantes, houve alterações importantes em 1998¹⁰ e 2005¹¹.

Em oposição ao sistema “Civil Law”, no direito norte-americano não existe a noção abstrata de direitos supra-individuais, difusos, coletivos, etc. Há, ao contrário, o conceito de pessoas que, ligadas por determinada circunstância (a classe), demandam por danos próprios em um só procedimento. Isto se dá por meio do representante da classe.

A FRCP 23 estabelece os requisitos a serem cumpridos por um determinado grupo de pessoas para que sejam tratados como classe. Cumpridos esses requisitos, a demanda pode prosseguir como ação de classe. O procedimento mediante o qual se define e admite a classe é conhecido como “certificação”. Sem ele, o Poder Judiciário se encheria de ações de classe; as demandas seriam exageradamente custosas e os demandados seriam forçados a realizar acordos, ainda que sem fundamento, para evitar custos e a possível quebra da entidade demandada. Em termos gerais, os elementos para determinar se uma ação de classe pode seguir como tal são os seguintes¹²:

1. Classe definida: o grupo representado e os pedidos devem estar claramente estabelecidos.
2. Classe numerosa: o grupo deve ser tão numeroso que o litisconsórcio se torna impraticável.
3. Temas comuns: deve haver questões de fato e de direito comuns ao grupo.
4. Tipicidade: os pedidos e as defesas dos representantes do grupo devem ser típicas do resto dos membros.
5. Representação adequada: os representantes do grupo devem representar o demais membros de forma justa e adequada.
6. Predominância: as questões comuns ao grupo devem predominar sobre as questões individuais dos membros.

⁹ Fed. R. Civ. P. 23.

¹⁰ Fed. R. Civ. P. 23(f) (adotada pela Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos da América sob a autoridade outorgada pelo Congresso em 28 U.S.C.A. § 1292(e)) (1998).

¹¹ *Class Actions Fairness Act*, Pub. L. No. 109-2 (Feb. 18, 2005).

¹² Fed. R. Civ. P. 23(a)(b).

7. Superioridade: a ação de classe deve ser o procedimento mais adequado (justiça e eficiência) para resolver a disputa.
8. Maneabilidade: a ação de classe deve ser manejável pelo Judiciário.

Sentenciada a ação de classe, opera-se a coisa julgada para os demandados e para todos os membros da classe que não tenham optado por serem excluídos da demanda¹³.

ii. Críticas e modificações:

A FRCP 23 e especialmente as normas similares existentes em vários Estados da União norte-americana permitiram demandas temerárias e às vezes irresponsáveis, que levavam ao que se pode chamar de chantagem judicial, e em detrimento dos direitos dos membros da classe.

Um exemplo é a transação em um caso em que um grupo de consumidores (representante e escritório de advocacia), demandou a *General Mills* pelo uso de um aditivo supostamente perigoso em seus cereais *Cheerios*. Mesmo sem prova do dano, a *General Mills* transacionou pagando quase US\$ 2 milhões aos advogados (US\$ 2.000,00 por hora de trabalho) enquanto os membros da classe receberam cupons para adquirirem uma nova caixa de cereal¹⁴.

Outro exemplo notável é a transação aprovada por uma Corte do Texas em que a *Blockbuster* foi demandada por cobrar encargos por atrasos dos clientes que devolviam seus vídeos após expirado o prazo contratual. A *Blockbuster* aceitou pagar quase US\$ 10 milhões ao escritório de advocacia dos demandantes, enquanto os membros da classe

¹³ A sentença pode ser vinculante para um membro ausente da classe se certas proteções do devido processo legal forem observadas, incluindo adequada notificação à classe a respeito da existência da ação e o oferecimento de oportunidade a seus membros para participarem e serem ouvidos. A Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos decidiu que o anterior aplica-se igualmente a casos que envolvam demandas por danos materiais. *Phillips Petroleum Co., v. Shutts*, 472 U.S. 797, 811, 105 S. Ct. 2965, 86 L. Ed. 2d 628, 2 Fed. R. Serv. 3d 797 (1985). Em casos de obrigações de fazer, os membros da classe não têm a possibilidade de ser excluídos. *Amchem Proas, Inc. op. cit.*, nota 7.

¹⁴ Business Today, 1997.

- que sofreram o dano - receberam cupons para alugar vídeos e um cupom de US\$ 1,00 para comprar algo não comestível¹⁵.

Abusos como estes levaram a mudanças na lei. Uma delas foi a seção (f) da FRCP 23, adotada em 1998. Esta norma permite que os demandados apresentem recursos interlocutórios contra decisões que admitam o prosseguimento da demanda como ação de classe (“certification”). Esta norma reconhece que para um demandado, uma vez certificada a classe, o risco de perder quantias altíssimas é tão grande que muitas vezes ele se verá forçado a transacionar com os demandantes, ainda que a demanda careça de mérito.

Em 2005, o Congresso norte-americano adotou o *Class Action Fairness Act* (“CAFA”)¹⁶, facilitando a transferência à jurisdição federal de ações de classe propostas em tribunais estaduais e protegendo mais adequadamente os direitos do consumidor, especialmente no que diz respeito a acordos extrajudiciais. Em geral, a jurisdição federal é preferida pelos demandados, já que, entre outras razões, tribunais federais carecem de interesse local na resolução de disputas. No que diz respeito à “federalização” das ações de classe, a CAFA permite a transferência caso haja diversidade mínima de cidadania entre as partes do juízo¹⁷. Também permite que se transfira a ação de classe em qualquer momento processual, exige o número mínimo de cem membros da classe e que o montante total da demanda deva ser superior a US\$ 5 milhões¹⁸.

Quanto aos direitos do consumidor, a CAFA estabelece limites a transações nas quais os membros da classe não recebam os benefícios merecidos, mediante rígida revisão judicial de acordos propostos. A CAFA também priva incentivos econômicos aos

¹⁵ Forbes, Junho 2001.

¹⁶ Class Actions Fairness Act, Pub. L. No. 109-2 (Feb. 18, 2005).

¹⁷ Antes da CAFA, diversidade absoluta de cidadania entre os demandantes e demandados era necessária para poder transferir a ação a uma corte federal. Diversidade absoluta quer dizer que todos os demandantes e todos os demandados devem ser de estados diferentes. Segundo a CAFA, diversidade mínima é tudo o quanto se requer, isto é, é suficiente que qualquer demandado seja de cidadania estatal distinta da de qualquer dos membros da classe.

¹⁸ *Op. cit.*, ver nota 19.

representantes da classe e limita os honorários de advogados demandantes em casos que os membros da classe recebam cupons¹⁹.

4. Brasil:

i. Conceitos Básicos:

Entre 1930 e o final da década de 70, a cultura jurídica brasileira era predominante influenciada por concepções formais e liberais. O Direito era visto como uma forma de resolver disputas individuais. No final da década de 70, com o início o processo de redemocratização do país, novos paradigmas surgiram, entre eles a visão de alguns de que o ativismo judiciário seria ferramenta para solução dos problemas do país. Também houve crescente preocupação no sentido de expandir o acesso ao Judiciário àqueles que não tinham meios econômicos para demandar em juízo.

O primeiro passo nesse sentido foi a promulgação da Lei Federal 6.938 de 1981, com dispositivos sobre a Política Ambiental Nacional, lei essa que conferiu legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ações civis contra agentes poluidores sem, no entanto, criar um regime procedimental específico para a proteção de classes.

A lei da ação civil pública foi promulgada em 1985, sendo um divisor de águas na proteção contra danos coletivos no Brasil. Essa lei trouxe os direitos “metaindividuais”²⁰ para a proteção do Judiciário, aumentando o leque de interesses a serem protegidos judicialmente e estendendo a amplitude de entidades com legitimidade para propor estas ações²¹.

¹⁹ Carta de Direito dos Consumidores, CAFA, Pub. L. No. 109-2 (Feb. 18, 2005).

²⁰ Exposição de motivos da Lei: “Há outros interesses que não são individualizáveis porquanto eles correspondem a um grupo, a uma comunidade ou uma sociedade. Nestes casos, não é possível discernir claramente quem poderia defender esses direitos não-individuais em nome próprio.”

²¹ Exposição de motivos da Lei: “Ao estender a legitimidade a outras entidades, aqueles interesses serão defendidos com a eficiência requerida por sua importância. Não parece existir qualquer discrepância em relação a este requisito.”

Em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, resultado da iniciativa conjunta de legisladores e doutrinadores. As ações coletivas ganharam nova projeção e técnica sofisticada. Associações civis tornaram-se atores relevantes na defesa coletiva desses interesses. A Lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor formaram um bloco normativo que disciplina a proteção jurisdicional aos direitos “metaindividuais”. Segundo as referidas leis, a ação coletiva pode ser ajuizada visando reparar danos²²:

- (i) ambientais;
- (ii) ao consumidor;
- (iii) a bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, paisagístico e turístico;
- (iv) a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos;
- (v) à ordem econômica e à economia popular; e
- (vi) à ordem urbanística.

As entidades a seguir têm legitimidade para propor essas ações²³:

- (i) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- (ii) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- (iii) o Ministério Público;
- (iv) a Defensoria Pública;
- (v) a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; e inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção aos bens supra²⁴.

Na sistemática legal vigente, o Autor da ação coletiva é eximido de arcar com as custas judiciais, sucumbência e honorários periciais, exceto em casos de má-fé²⁵. O juiz pode inverter o ônus da prova se convencido da verossimilhança dos pedidos formulados pelo

²² Lei 7347/85, artigo 1º.

²³ Lei 7347/85, artigo 5º.

²⁴ O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz em caso de “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano ou pela relevância do bem a ser protegido.” (Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, IV)

²⁵ Lei 7347/85, artigo 17. Código de Defesa do Consumidor artigo 87.

Autor e/ou sua hipossuficiência no caso²⁶. Caso a demanda não seja proposta pelo Ministério Público, a entidade deverá atuar necessariamente como *custus legis*²⁷, emitindo pareceres sobre as questões debatidas entre as partes.

Há três tipos de direitos que podem ser protegidos pela ação civil pública: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em linhas gerais, direitos difusos são detidos por cidadãos indeterminados, como por exemplo, os atingidos por desastre ambiental. Direitos coletivos são aqueles indivisíveis que pertencem a um grupo, como os acionistas ou trabalhadores de uma determinada empresa. Os direitos individuais homogêneos são aqueles que derivam de origem comum, como aqueles causados por um acidente aéreo, por exemplo.

Não existe o procedimento de certificação de classe (“certification”) no Brasil. A lei pressupõe, no que toca ao Autor da ação, que ele representa adequadamente os interessados. Exceção é feita às associações civis, das quais se exige pré-existência de um ano e adequação a um dispositivo constitucional²⁸, cuja obrigatoriedade, no entanto, é controversa.

Nos casos que envolvem direitos individuais homogêneos - os mais similares às “class actions” norte-americanas - a classe é definida se e quando a ação for julgada procedente. A decisão deve ser genérica²⁹, cabendo aos favorecidos ingressar com liquidações individuais a fim de provar o nexo de causalidade e o dano específico. As liquidações podem ser propostas no foro onde for domiciliado o cidadão, sem coincidência necessária com o foro onde foi julgada a ação coletiva³⁰.

Os efeitos territoriais da decisão proferida na ação coletiva constituem tema controvertido no Brasil. A lei determina que a decisão opere *res judicata erga omnes*

²⁶ Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, VIII.

²⁷ Lei 7347/85, artigo 5º, §1º.

²⁸ Constituição Federal, artigo 5º, XXI: “as entidades associativas, **quando expressamente autorizadas**, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.” (ênfase acrescentada)

²⁹ Código de defesa do Consumidor, artigo 95.

³⁰ Código de defesa do Consumidor, artigo 98, §2º, I, e artigo 101, I.

“dentro dos limites da competência territorial do juiz”³¹. Esse dispositivo tem sido objeto de crítica doutrinária, que o considera contrário aos objetivos perseguidos pela ação coletiva, pois que permite o ajuizamento de demandas repetitivas. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a limitação territorial das decisões proferidas nessas ações³². O tema, por ora, resta definido.

A coisa julgada em ações que versam sobre direitos homogêneos opera *secundum eventum litis*. Isto é, precedente a demanda, a decisão beneficia todos os membros da classe³³. A improcedência da ação não impede a propositura de ação individual baseada nos mesmos fatos e direitos, tampouco afeta os idênticos casos individuais em curso³⁴. A mecânica da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras cria a seguinte situação:

- Se o autor individual requerer a suspensão do seu caso por 30 (trinta) dias, contados do conhecimento da ação civil pública: julgada precedente esta, o autor individual se beneficia da decisão; julgada improcedente, o autor individual pode retomar normalmente a sua ação.
- Se o autor individual não requerer a suspensão de sua ação individual após tomar conhecimento do ajuizamento da ação coletiva: julgada precedente ou improcedente esta, seus efeitos não se estenderão ao autor individual.

Indivíduos que não estejam demandando podem requerer a sua admissão como litisconsortes da ação coletiva em curso, submetendo-se ao risco do litígio: beneficiam-se caso a ação coletiva for julgada precedente, mas ficam proibidos de ingressar com ações individuais na hipótese de a ação coletiva ser julgada improcedente³⁵. Resultado prático: ninguém requer admissão como litisconsorte.

³¹ Lei nº 7347/85, artigo 16.

³² Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 411.529, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.3.2010.

³³ Código de Defesa do Consumidor, artigo 103, III.

³⁴ Código de Defesa do Consumidor, artigo 103, §3º.

³⁵ Código de Defesa do Consumidor, artigo 103, §2º.

ii. A realidade:

Após atingir progresso significativo no tocante à expansão do acesso à Justiça, o Brasil tem experimentado um *boom* de litígios desde o advento da Constituição Federal de 88³⁶. O número de advogados aumenta a cada ano, permitindo maior acesso a aconselhamento jurídico pela população.

Apesar disso tudo, há uma percepção de que a estrutura do Poder Judiciário e as leis existentes são inadequadas para responder à crescente demanda por justiça no país. Em relação ao Poder Judiciário, existe um abismo entre o que a tecnologia oferece e aquilo que dela se efetivamente aproveita, além de problemas relacionados ao serviço público brasileiro, freqüentemente associado à falta de eficiência.

Dá a crescente busca por meios alternativos de solução de controvérsias. A arbitragem foi objeto de Lei Federal em 1996, com o manifesto propósito de “desobstruir o Judiciário da forma como tem sido feito em diversos países, especialmente na Europa e América do Sul”³⁷. A adoção de procedimentos de conciliação nos tribunais tem se vulgarizado, como forma de aliviar o alto índice de represamento de processos na segunda instância.

O excesso de trabalho nas cortes inferiores e superiores³⁸, juntamente com a inexistência de parâmetros objetivos que levem à segurança jurídica motivou a introdução, no direito brasileiro, de diversos mecanismos inspirados na “Common Law”. É o caso da súmula vinculante³⁹ e do requisito da repercussão geral para o

³⁶ Informações oficiais estão disponíveis no site <http://www.stf.gov.br/dndpj> revelam um crescimento significativo no número de ações ajuizadas no Brasil entre os anos de 1990 e 2003, perante a justiça comum e federal. Em nível de país, por exemplo, 3.617.074 ações foram ajuizadas em 1990, em comparação a 11.949.824 ajuizadas em 2003 – um aumento de mais de 300%. Entre 1990 e 2004, a população brasileira cresceu aproximadamente 25% (de 146 milhões para 180 milhões), segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística - <http://www.ibge.gov.br>). A comparação proporcional entre o aumento no número de ações e da população no mesmo período demonstra que o acesso à justiça tem sido real e concreto.

³⁷ Exposição de motivos da Lei Federal nº 9307/96 (Lei de Arbitragem).

³⁸ Dados oficiais disponíveis no site <http://www.stf.gov.br/dndpj> indicam no sentido de um significativo e continuado déficit entre o número de ações ajuizadas e julgadas na última década e no começo da década atual: em 1993 e 2003 esse déficit chegou a quase 30%.

³⁹ Constituição Federal artigo 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre

recurso extraordinário⁴⁰, ferramentas que buscam dotar a administração da justiça de maior racionalidade e previsibilidade. Instrumentos similares, como as propostas visando banir a interposição de recursos⁴¹, estão sendo discutidas no Congresso Nacional para desobstruir a apertada agenda do STJ.

Em resumo, sob qualquer perspectiva que se enfrente o problema relativo à explosão de casos no Brasil, as soluções parecem passar pelo desestímulo à litigiosidade desmedida. Desperta-se a consciência de que o Judiciário não existe para resolver todo e qualquer tipo de problema, porque isso simplesmente o tornaria inoperante. Por isso, os desafios impostos às ações coletivas são relacionadas a como dotá-las de maior racionalidade e eficiência, e não em simplesmente encorajar o seu uso. Ao invés de fomentar a propositura de ações coletivas, seria melhor buscar formas de torná-las mais efetivas.

A experiência prática confirma essa observação. Dados sobre a efetividade das ações coletivas não são animadores. Pesquisa feita pelo Ministério da Justiça em 2007 sobre as ações coletivas concluiu que “o sistema jurídico em vigor, como interpretado pelos tribunais, provou ser ineficiente para processar racionalmente o volume expressivo das ações coletivas concorrentes (bem como as ações individuais) ajuizadas, sendo também incapaz de cumprir um dos principais objetivos das ações coletivas, qual seja, o de evitar o ajuizamento de milhões de ações individuais repetitivas.”

Apesar da demonstração, pela pesquisa, de que “porcentagem relevante das decisões em favor dos autores das ações coletivas estejam ocorrendo nas instâncias inferiores”, o oposto está ocorrendo perante os tribunais. O tribunal que logrou compilar dados a esse respeito, concluiu que o número de ações coletivas julgadas procedentes (total ou

matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

⁴⁰ Constituição Federal artigo 102 § 3: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁴¹ Proposta de Emenda Constitucional n°. 358/2005.

parcialmente) durante um período de 5 anos foi inferior ao número de julgamentos de improcedência⁴².

Considerando que o julgamento no tribunal é colegiado, o que teoricamente lhe torna menos suscetível a erro, os dados demonstram que, no cômputo geral, autores das ações coletivas têm menos razão do que o oposto, confirmando que a simples propositura dessas ações não deve ser um valor em si, mas sim o seu manejo responsável e fundado.

5. Uma comparação entre os sistemas:

Uma diferença fundamental entre os procedimentos norte-americano e brasileiro é a de que, no direito norte-americano, a ação coletiva pressupõe a existência de pessoas que tenham sofrido dano concreto; enquanto que no Brasil parte-se da noção de que há determinados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem protegidos.

As ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos são as que mais têm em comum com as “class actions” norte-americanas. No entanto, segundo o direito brasileiro, os pedidos se limitam à origem comum dos direitos, enquanto que nos Estados Unidos devem ser demonstrados os elementos da FRCP 23, com destaque para a predominância das questões comuns sobre as individuais – uma ferramenta útil para evitar a chamada “falsa ação coletiva” (aquela em que se pretende discutir coletivamente questões essencialmente individuais).

Outra diferença consiste no fato de que o direito norte-americano contempla o procedimento de admissibilidade prévio, chamado “certification”, que permite decidir, no início do processo, se o caso pode prosseguir como uma ação coletiva ou não. Este procedimento prévio é fundamental para proteger a sociedade de abusos.

Também o tema da coisa julgada é tratado de forma distinta. Nos Estados Unidos um dos objetivos das ações coletivas, que é dar fim a conflitos, atinge-se mediante a

⁴² Segundo os dados obtidos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 761 ações coletivas foram julgadas total ou parcialmente procedentes durante um período de 5 anos, enquanto 788 foram julgadas improcedentes ou extintas sem julgamento de mérito no mesmo período.

vinculação da classe e dos demandados à sentença⁴³. Já no Brasil a abordagem é mais abstrata e permissiva com os autores das ações, que podem demandar individualmente mesmo após o fracasso das ações coletivas (talvez justamente pela ausência de um procedimento prévio de “certificação” da classe). Também permite-se o início de ações individuais com pedidos iguais aos das ações coletivas. Neste sistema, podem-se distorcer as noções de uniformidade de decisões e de finalidade dos conflitos.

6. Conclusão:

Para proteger os consumidores e os interesses da sociedade, a ação coletiva pode ser uma ferramenta relevante, já que permitem acesso à justiça e tornam o trabalho do Poder Judiciário mais eficiente. Ao mesmo tempo, se a ação coletiva não for regulada cuidadosamente (isto é, não como um valor em si, senão como ferramenta útil para deduzir determinadas pretensões), o resultado pode contrariar a sua razão de ser, prejudicando a sociedade e os consumidores.

Elementos fundamentais a serem considerados em qualquer discussão sobre modificação das leis sobre ações coletivas no Brasil são (i) o processo de admissibilidade prévio no qual se defina a classe e se estabeleça se a ação pode prosseguir como uma ação coletiva ou não; e (ii) a coisa julgada para as partes, incluindo os membros do grupo.

A adoção de um mecanismo prévio de definição da classe protegeria o Judiciário e a sociedade do abuso no manejo das ações coletivas (seja no ajuizamento, seja na manutenção de várias ações já propostas que, em verdade, não veiculam pretensões transindividuais), permitindo ao Judiciário concentrar esforços intelectuais e materiais naquelas demandas que efetivamente têm natureza coletiva. A ferramenta também fortaleceria a própria proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, oferecendo-lhes a devida tutela no mérito, sem dispersão que hoje ocorre pela completa ausência de mecanismos de aferição sobre a natureza coletiva da ação.

⁴³ Se a ação coletiva é extinta com resolução de mérito, os indivíduos que não tiverem exercido o “opt out” ficam proibidos de demandar individualmente.

Regras mais rígidas sobre coisa julgada impediriam ações repetidas, aplacando o indesejado risco de decisões contraditórias entre demandas coletivas e individuais. Essa disciplina mais rigorosa é consistente com o propósito da ação coletiva, que é justamente o de ensejar uma única solução ao conflito, prestigiando a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

MC. LAUGHLIN J. M., *McLaughlin Sobre Acciones de Clase*, Practica y Ley, (4ª Ed.) Thomson West- West Legal Works (Vol. I), 2007, (citando a Benjamín Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure* (I), 81 Harv. L. Rev. 356, 381 (1967)).

PELLEGRINI GRINOVER, A., e outros *Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a América Latina*. Instituto Iberoamericano de Direito Processual, Agosto de 2004.