

BREVES NOTAS SOBRE O ESCORÇO HISTORICO DA TUTELA COLETIVA NORTE AMERICANA

FLAVIA VIANA DEL GAIZO

Graduada pelo Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutoranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogada em São Paulo.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, as *class actions* do direito norte-americano podem ser conceituadas como:

(...) o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.¹

Tais ações foram de fundamental importância para o desenvolvimento da tutela coletiva em vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.²

¹ As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 21, n. 82, p. 93, abr.-jun. 1996.

² As *class actions* são a fonte de inspiração direta ou indireta de muitos ordenamentos jurídicos, entre os quais: Canadá, França, Itália, Alemanha, Austrália, Nova Zelândia e o Brasil. LEAL,

No entanto, é bom que se diga que não há a menor pretensão de fazer um estudo de direito comparado, o que demandaria um trabalho minucioso e demorado, posto as inúmeras diferenças que circundam os sistemas de *common law* e de *civil Law*,³ além das diferenças culturais, políticas e econômicas que interferem na compreensão de muitos institutos jurídicos.

Os Estados Unidos foram colonizados pela Inglaterra e por esse motivo adotaram o sistema jurídico vigente naquele país,⁴ embora se saiba que as ações coletivas tenham se desenvolvido muito mais nos Estados Unidos do que na Inglaterra.⁵

Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas*, cit., p. 154. No que se refere às ações coletivas brasileiras, a maior contribuição norte-americana relaciona-se com a ação coletiva para a tutela dos interesses individuais homogêneos. Sobre o assunto consultar: ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes. A ação para a tutela dos interesses individuais homogêneos: a *class action for damages* brasileira? In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 696-719.

³ Sálvio de Figueiredo Teixeira define os referidos sistemas afirmando que: “Consolidou-se através dos séculos o sistema inglês, conhecido como *common law*, calcado no precedente judicial e nos costumes, em contrapartida ao romano, igualmente conhecido como *civil law*, calcado no direito escrito e codificado”. Considerações sobre o direito norte-americano, cit., p. 113. Ainda a respeito das diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, especialmente o norte-americano e o brasileiro, consultar importante obra de: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

⁴ Nesse sentido: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano, cit., p. 114. No que se refere às ações coletivas, consistiam na existência de dois tribunais: um de equidade (*Equity*) e outro de direito (*Law*), sendo os primeiros mais flexíveis e os segundos, mais formais. “Superada a época colonial, [...] os tribunais de equidade continuaram a utilizar o *bill of peace* e consolidaram, assim, [...] dois elementos básicos para o futuro desenrolar das *class actions*, quais sejam: a extensão dos efeitos da sentença e a necessária concorrência de interesses comum ou coletivo”. ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 120-121.

⁵ VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas, cit., p. 95.

O grande responsável pela formatação das *class actions* norte-americanas e pelos primeiros estudos sobre o tema foi o juiz da Suprema Corte Joseph Story, ao se deparar com o caso *West v. Randall* ocorrido em 1820, quando começou a questionar a necessidade de inclusão de todos os interessados no processo e, a partir dos estudos dos precedentes ingleses do *bill of peace* nos tribunais de *equity*, concluiu que não precisaria ensejar sempre o litisconsórcio necessário.⁶

Dando seguimento aos estudos sobre as *class actions*, Joseph Story publicou a obra *Equity Jurisprudence*, demonstrando ter auferido grandes conhecimentos sobre o tema e afirmando que os objetivos dos *group litigation* eram acabar com os litígios inúteis e prevenir a multiplicação de demandas.⁷

Esses estudos de Joseph Story não previam a ação coletiva passiva, e nem poderiam, pois o referido jurista havia sucumbido à filosofia individualista dominante na época, preocupando-se com os direitos dos ausentes, rejeitando assim que pudessem ser afetados pela coisa julgada, o que ficou claro com a publicação da obra *Equity Pleadings*.⁸

Em 1842, a Suprema Corte norte-americana editou um conjunto de normas de equidade, entre as quais a *Equity Rule 48*,⁹ admitindo expressamente

⁶ YEAZELL, C. Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 217.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 218.

⁸ Idem, p. 218-219.

⁹ Confira-se o texto da *Equity Rule 48*: “Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the

o litígio de grupo, sem fazer nenhuma distinção acerca da existência da coletividade no pólo passivo ou ativo da demanda,¹⁰ desde que adequadamente representado, primeiro importante passo para a viabilização da ação coletiva passiva, mesmo com a proibição de não-extensão da coisa julgada aos ausentes da relação processual.

A *Equity Rule 48* foi a primeira codificação sobre a matéria e, nas palavras de Gregório Assagra de Almeida:

[...] admitia o ajuizamento desse tipo de ação de classe, quando fosse tão numerosa a quantidade de partes, que o comparecimento de todas elas em juízo causaria sérias inconveniências, como tumulto e atraso no processo. Contudo, somente o tribunal, analisando o caso concreto, é que tinha discricionariedade para dispensar o comparecimento de todas as partes.¹¹

Ocorre que essa regra, influenciada pelos estudos de Joseph Story, não permitia que os efeitos do julgado atingissem os interessados ausentes do processo, tendo em vista que apenas os participantes da relação processual estariam vinculados à decisão, não significando mudança substancial em relação ao resultado obtido com os institutos processuais tradicionais como o

suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties". Idem, p. 221, note 20. Tradução livre da autora: "Onde as partes forem numerosas em ambos os lados, e não puderem, sem a manifesta inconveniência e opressivas demoras na demanda, figurar como parte, a corte, discricionariamente, pode dispensar a participação de todos e prosseguir com o processo, se houver pessoas suficientes para representar adequadamente os interesses dos autores e dos réus. Mas, nestes casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões dos ausentes".

¹⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 123.

¹¹ Idem, ibidem, p. 121.

litisconsórcio.

Todavia, ignorando a orientação da *Equity Rule 48*, no julgamento do caso *Smith v. Swormstedt*, em 1853 a Suprema Corte norte-americana entendeu que não haveria problema em estender a coisa julgada aos ausentes da relação processual, caso estivessem adequadamente representados.¹²

Vale lembrar que esse importante caso supramencionado tratava-se de uma ação duplamente coletiva, em que seis pastores da Igreja Metodista Episcopal do Sul (representando mais ou menos 1.500 pessoas) demandavam em desfavor de três pastores da Igreja Metodista Episcopal Nacional (que por sua vez representavam cerca de 3.000 pessoas), na tentativa de recuperação de uma propriedade.¹³

Na mesma esteira, em 1898 a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Wire Drawers' & Die Makers' Unions v. American Steel & Wire Co.*,¹⁴ que vislumbrava outra hipótese em que a coletividade se encontrava no pólo passivo da demanda, e a coisa julgada foi estendida aos membros ausentes, o que denota a inobservância, mais uma vez, da disposição da *Equity Rule 48* que proibia a extensão do julgado aos membros ausentes do processo.

Logo, em atenção aos julgamentos da Suprema Corte norte-americana que desobedeciam a restrição de que a coisa julgada não poderia atingir os

¹² YEAZELL, C. Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 221.

¹³ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva, cit., p. 335.

¹⁴ YEAZELL, C. Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 223-224.

membros ausentes da relação processual, em 1912, a *Equity Rule* 48 foi revogada pela *Equity Rule* 38,¹⁵ que continuou a ser aplicada apenas para os casos de equidade.¹⁶

Essa nova regra acabou com a proibição de extensão subjetiva da coisa julgada aos ausentes do processo e estabeleceu que, onde as partes fossem muito numerosas para formar um litisconsórcio, algumas poderiam figurar no pólo ativo ou passivo da relação jurídica processual, em nome dos demais membros do grupo ou da classe,¹⁷ o que significou mais um importante passo para a estruturação da ação coletiva passiva.

Entretanto, mesmo com essas alterações expressas pela nova *Equity Rule* 38, a Suprema Corte norte-americana continuou oscilando sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada aos ausentes da relação processual,¹⁸ e só alguns anos depois, em 1938, a matéria foi novamente reformulada entrando em vigor as *Federal Rules of Civil Procedure*.¹⁹

¹⁵ Texto da *Equity Rule* 38: “When the questions is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole”. Tradução livre feita pela autora: “Quando a questão versar sobre um interesse comum ou geral de muitas pessoas, que constituem uma classe tão numerosa que torna impraticável trazer todas as pessoas para o processo, uma ou mais pessoas podem processar ou ser processados por todos”. MAIA, Diogo Campos Medina. *A ação coletiva passiva*, cit., p. 335.

¹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 68.

¹⁷ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*, cit., p. 152.

¹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 68-69.

¹⁹ Equivalente ao nosso Código de Processo Civil.

Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontrava-se a *Rule 23*,²⁰ destinada a regular as *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos baseados na equidade, constituindo a forma mais relevante de tutelar os direitos metaindividuais.

A *Rule 23*, em sua alínea (a),²¹ autorizou o uso da ação coletiva passiva ao afirmar ser possível que um ou mais membros de um grupo podem demandar ou ser demandado como representante de todos. Portanto, a utilização das ações coletivas passivas no direito norte-americano advém de expressa previsão legal.²²

Além disso, a *Rule 23* previa três categorias diversas de ações coletivas: *true* (puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas), *hybrid* (híbridas) e *spurious* (espúrias).²³

Ocorre que essa classificação tripartida das *class actions* continha uma redação tão truncada, causando tantas discussões, que em 1966 a Suprema

²⁰ A versão atual da Regra 23 possui oito alíneas, com vários itens e subitens e pode ser encontrada no seguinte *site*: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>, acesso em: 8 set. 2008, bem como na obra de: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 506-509.

²¹ *Rule 23*. (a) "Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if".

²² KLONOFF, Robert H. *Class action and other multi-party litigation in a nutshell*. St. Paul: West Group, 1999. p. 254.

²³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 69.

Corte norte-americana modificou novamente a *Rule 23*.²⁴

Assim, foram criados novos tipos de *class actions*,²⁵ o instituto da representatividade adequada obteve importância ainda maior, acabou-se com a regra do *opt in*, “que era orientada pela teoria do consentimento, no sentido de que a representação adequada, para efeitos da extensão subjetiva da coisa julgada, somente seria possível se consentida expressamente” e instalou-se a regra do *opt out*, “cujo consentimento é presumido pela falta de manifestação em sentido contrário do interessado ausente que, notificado [...] não optar pela sua exclusão do processo”.²⁶

Portanto, em 1966 a representatividade adequada foi tratada com mais intensidade, e até hoje é o requisito mais importante a ser observado no sistema norte-americano, fazendo com que a ação coletiva passiva tenha se desenvolvido naturalmente, bastando que para isso preencha os mesmos requisitos da ação coletiva ativa, a fim de que seja certificada como uma ação coletiva.

²⁴ Confirmam-se as lições de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes acerca das razões que resultaram na alteração substancial da *Rule 23*: “A grande dificuldade em efetuar a distinção entre as categorias de ações de classe, a falta de vinculação nas *spurious class action*, conhecida como ‘one way intervention’ e a ausência de exigência relacionadas com a aferição da predominância de questões supra-individuais sobre as peculiares, bem como superioridade e vantagem do processamento coletivo sobre o individual, passaram a ser os maiores problemas dos tribunais na aplicação da *Rule 23*, com a redação de 1938”. Idem, *ibidem*, p. 72.

²⁵ As espécies de *class actions* (que prescindem da satisfação dos pressupostos de admissibilidade contidos na alínea (a)) são estabelecidas pela alínea (b) e encontram-se divididos em três seções: b(1): ações de classe para compatibilidade de conduta (*incompatible standards class actions*); b(2): conduta uniforme do réu; e b(3): predominância de questões comuns (*class action for damages*), não sendo cumulativos entre si, e, no caso de b(1), reparte-se ainda em b(1)(A) e b(1)(B).

²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 122. Ainda sobre o assunto consultar: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 479.

Não obstante isso, o fato é que as ações coletivas passivas atualmente são mais difíceis de ser encontradas se comparadas com as ações coletivas ativas (*plaintff class action*), e, quando utilizadas, têm maior incidência nos litígios envolvendo questões relativas a apólices, violação de patentes e direitos civis.²⁷

Cumpre salientar que o texto da *Rule 23*, formulado em 1966, encontra-se basicamente mantido, com pequenas alterações nos anos de 1987, 1998 e 2003.²⁸

²⁷ KLONOFF, Robert H. *Class action and other multi-party litigation in a nutshell*, cit., p. 255.

²⁸ GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 506-509.