

2018 - 09 - 06

Revista de Processo

2018

REPRO VOL. 283 (SETEMBRO 2018)

DIREITO ESTRANGEIRO E COMPARADO – GENERALIDADES

Direito Estrangeiro e Comparado – Generalidades

1. O fim do processo coletivo tal como o conhecemos: repensando a class action norte-americana

Ending class actions as we know them: rethinking the American class action rule

(Autor)

LINDA S. MULLENIX

Professora Titular da Cátedra “Morris and Rita Atlas in Advocacy”, Faculdade de Direito da Universidade do Texas. lmullenix@law.utexas.edu

(Tradutor)

TRADUZIDO POR BRUNO DANTAS

Pós-Doutor (UERJ), Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP). Visiting Researcher Fellow na Benjamin N. Cardozo School of Law (Nova York) e Scientific Guest no Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo). Professor do Mestrado em Direito da Uninove e da FGV Direito-Rio. Ministro do Tribunal de Contas da União. (Agradeço ao jovem e talentoso estudante da Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, Caio Victor Ribeiro dos Santos, que me prestou valioso auxílio como assistente de tradução.) dantasbruno@outlook.com

Sumário:

[Introdução](#)

[I – Narrativas rivais acerca das class actions](#)

[A\) A narrativa romântica do processo coletivo](#)

[B\) A contranarrativa sombria](#)

[II – Repensando o romance e outros contos sombrios](#)

[A\) A valiação das razões de ser da class action](#)

[1. Compensação das vítimas de atos ilícitos](#)

[2. Dissuasão da prática de atos ilícitos](#)

[3. Eficiência judicial e economia processual](#)

B) Problemas da Regra 23: elaboração doutrinária gera confusão e princípios contraditórios

1. Questões de definição

2. Categorias das classes

3. Garantias de devido processo legal (due process protections)

C) Ponderação dos efeitos positivos e negativos

1. Efetivação ou atrofia dos objetivos da Regra 1?

2. Convite à conduta antiética, conflitos de representação, patrocínio das despesas do processo por terceiros (champerty) e incentivos à litigiosidade

3. Confiança da sociedade no sistema judicial

III – Reforma na regra da class action

A) Uma única class action: extinção das diversas categorias de classe

B) Concessão apenas de tutelas mandamentais e extinção das class actions para a tutela de danos em massa/de valor-negativo

C) Notificação e princípio do opt-in (solicitação para ingressar na ação como substituído processual)

D) Análise da plausibilidade do mérito

E) Despesas processuais, honorários advocatícios e sucumbência

F) Escolha do advogado da classe

G) Acordo e audiência

Conclusão

Área do Direito: Processual

Resumo:

Por mais de 75 anos, as class actions têm sido uma ferramenta essencial no cenário da litigiosidade norte-americana. Durante a maior parte desse período, o modelo americano de contencioso coletivo era, se não desconhecido, ao menos evitado ao redor do mundo. Apesar de recepcionado com certa indiferença no exterior, o processo coletivo sempre constituiu aspecto central no excepcionalismo processual norte-americano, edificado sob uma histórica narrativa idealizada em torno da class action. Embora ainda perdure essa narrativa romântica, a experiência dos últimos 25 anos revela uma história bastante diferente no que diz respeito ao processo coletivo.

Abstract:

For more than 75 years, class actions have been an essential tool in the US litigious life scenario. Most of these 75 years, the American model of class actions were or unknown either avoided around the world. Despite this cold reception outside the US, there has been an idealistic approach of collective disputes. Although this romantic approach still exists, the reality of the last 25 years was quite different.

Palavra Chave: Conflitos coletivos – Class actions – Class actions americana

Keywords: Collective disputes – Class actions – American class actions

Introdução

Ao que parece, os americanos adoram suas *class actions*. Há mais de 75 anos a *class action* tem sido um instrumento fixo na caixa de ferramentas do sistema processual federal, tendo, por conseguinte, se tornado uma peça essencial no excepcionalismo processual norte-americano.¹ A narrativa em torno desse excepcionalismo defende que o sistema judicial dos Estados Unidos não apenas é o melhor do mundo, como também que suas normas processuais e suas técnicas de julgamento são superiores às encontradas nos países de *civil law* e *common law* mundo afora.² Porém, até pouco tempo, o mecanismo da *class action* constituía a única inovação americana ainda evitada (se não rejeitada) pela maioria dos sistemas legais estrangeiros.³

A moderna regra da *class action* surgiu durante um aclamado momento de iniciativas legislativas de cunho liberal que tinham por finalidade expandir os direitos civis e as liberdades dos cidadãos norte-americanos. O presidente Lyndon Johnson, nos primeiros 100 dias do seu mandato em 1964, deu início ao seu programa legislativo “Grande Sociedade”.⁴ Essas iniciativas legislativas criaram novos direitos substantivos que, sem a presença de mecanismos processuais que os concretizassem, logo se tornariam ineficazes. Assim, no início da década de 1960, a Comissão Consultiva para Normas Cíveis (*Advisory Committee on Civil Rules*) embarcou na tendência da época, imprimindo um teor mais liberal às Regras Federais de Direito Processual Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*).⁵ A emenda à regra das *class actions* realizada em 1966 representou uma convergência ímpar com a criação de novos direitos substantivos, pois os amparou com um regramento normativo que concebia mecanismos processuais voltados especificamente para a sua concretização.⁶

A partir de então, a prática em torno das *class actions* modernas se tornou uma consequência da emenda realizada à Regra 23, em 1966. Essa regra, há muito, tem sido revestida de uma narrativa histórica idealizada que enaltece e estimula a utilização desse instrumento processual. Essa narrativa remonta o emprego das *class actions* no fim da década de 1960 e início da década de 1970 no intuito de se promover reformas históricas de justiça social. Durante os assim chamados *anos dourados das class actions*, advogados devotados a causas de interesse público manejaram *class actions* para integrar sistemas escolares, desinstitucionalizar manicômios, reformar as condições do sistema penitenciário, bem como para impugnar leis discriminatórias acerca de alojamentos públicos, além de levar ao judiciário diversas formas de discriminação no trabalho.⁷

Esses *anos dourados* duraram aproximadamente uma década após a vigência das emendas de 1966.⁸ Como era de se esperar, o entusiasmo inicial em torno das *class actions* resultou em uma situação aparentemente preocupante quando, ao longo da década de 1970, a Suprema Corte passou a proferir decisões restritivas que limitaram o manejo vigoroso de *class actions*.⁹ Ao fim da década de 1970, as *class actions* voltadas às reformas institucionais, por alguma razão, desvaneceram do cenário judicial, sendo substituídas por *class actions* para reparação de danos de massa.¹⁰ Nesse período, o contencioso relativo a danos de massa se tornou o paradigma da litigância complexa, dominando completamente o cenário das *class actions* durante duas décadas, até o fim do século XX.¹¹

Durante cinco décadas, as *class actions* passaram por um efeito pendular, com períodos de expansão tipicamente seguidos por períodos de retração. Nessa linha, ao final do século XX, as cortes federais de apelação e a Suprema Corte efetivamente impuseram freios nos experimentos inovadores no campo do processo coletivo, pondo fim à era das *class actions* para reparação de danos de massa que tramitavam na justiça federal.¹² Em decorrência de uma análise jurídica mais rigorosa dos critérios e requisitos exigidos para a aplicação

da Regra 23, tornou-se conseqüentemente um grande desafio ultrapassar o juízo de admissibilidade das *class actions*.¹³ Tendo em vista o crescimento dos indeferimentos nas decisões das cortes, a doutrina passou a sustentar que o processo coletivo estaria morto.¹⁴ Nada poderia estar mais longe da verdade.¹⁵ Em vez disso, no fim da década de 1990, os grupos de advogados de autores de ações coletivas se reuniram e decidiram remover suas ações das cortes federais para ajuizá-las em cortes estaduais, o que resultou em uma alavancagem na litigância de classe até a promulgação do *Class Action Fairness Act* (CAFA) pelo Congresso em 2005.¹⁶

Há três aspectos que caracterizam a litigância complexa no século atual. Em primeiro lugar, ao contrário do que dizem os céticos e pessimistas, o processo coletivo no âmbito federal permanece vibrante e próspero.¹⁷ Em segundo, os advogados deixaram de manejar as *class actions* para lançar mão de outras técnicas de tutela coletiva, sendo bastante comum a busca por acordos contratuais pluri-individuais (*nonclass contractual settlements*).¹⁸ Além disso, os advogados envolvidos em litígios complexos de larga escala mudaram a retórica ao se referir à “litigância de classe”, chamando-a agora de “litigância agregada” (*aggregate litigation*).¹⁹ E, em terceiro, os procedimentos de litigância multidistrital assumiram uma nova proeminência no panorama processual.²⁰

Nesse novo cenário – diante da adoção de técnicas pluri-individuais de resolução de conflitos – o destino da Regra das *class actions*, na forma atual, ganha uma nova identidade. Entretanto, se é certo que as técnicas pluri-individuais destinadas à resolução de questões coletivas irão prevalecer, então os debates em torno da lei das *class actions* podem parecer tão inúteis quanto reorganizar cadeiras do *deck* enquanto o Titanic naufraga.

Este artigo defende que, não obstante o advento da litigância agregada pluri-individual, os litígios fundados na Regra 23 ainda constituem uma peça fundamental no cenário processual. Entretanto, a litigância agregada no século atual distanciou-se bastante daquela dos tempos áureos da década de 1960. Atualmente, ela se encontra dominada pelas *class actions* para reparação de danos, fundadas na Regra 23 (b)(3), diferentemente da Era dos Direitos Civis, quando tinham lugar principalmente *class actions* para tutelas mandamentais. Essa mudança evidenciou a existência de diversas falhas na busca e implementação de tutelas. Este artigo sugere que as *class actions* não estão mortas, mas que estão simplesmente mal formuladas, sugerindo uma séria necessidade de se repensar a regra que as regula.

A evolução do processo coletivo nos Estados Unidos poderia muito bem ser comparada à evolução do *pleading* no *common law* inglês. Como se sabe, já pela metade do século XVIII o *pleading* havia se tornado tão complexo e confuso que abrangia incontáveis armadilhas para o postulante desprevenido.²¹ Essas insuperáveis dificuldades por fim conduziram às grandes reformas no processo inglês ocorridas no século XVIII²², às quais se seguiram as reformas no *Código Field* nos Estados Unidos.²³⁻²⁴

A versão inicial da regra das *class actions*, promulgada em 1938, era igualmente complexa e de difícil aplicação, o que justificou a emenda de 1966.²⁵ No decorrer dos últimos 50 anos, o desenvolvimento do direito em torno da Regra 23 se equipara ao desenvolvimento do *pleading* inglês antes das reformas por que passou na metade do século XVIII. Deve-se ter em mente, portanto, que os princípios e requisitos que regem a Regra 23, em razão de estarem sujeitos a uma relevante discricionariedade judicial que tem acarretado entendimentos contraditórios, têm se tornado cada vez mais ininteligíveis, herméticos e de difícil aplicação. Há nuances doutrinárias em abundância, e as divergências entre as cortes de segundo grau permeiam o cenário das *class actions*. Por certo, não seria um exagero sugerir que o atual direito das *class actions* também gera armadilhas para

demandantes e demandados desprevenidos, esses que, por sua vez, frequentemente encontram precedentes judiciais para sustentar, em ambos os polos nas *class actions*, quaisquer tipos de posições.²⁶ Além disso, assim como os litigantes ingleses sujeitos ao *pleading* do século XVIII, as partes envolvidas em *class actions* geralmente veem seus processos tramitar por anos sem chegar a uma decisão de mérito.

Este artigo argumenta que a Regra 23 está mal formulada, disfuncional e necessita de uma completa reforma. A partir disso, sugere-se que a regra das *class actions* em sua versão pós-década de 1960, especialmente a partir da proeminência das *class actions* por danos, já não serve mais às razões e aos objetivos que justificavam a sua existência. Além disso, os efeitos negativos que derivam de determinados processos coletivos superam quaisquer benefícios. Este artigo milita em favor do retorno a uma regra mais simples para as *class actions*, que se limite a engendrar tutelas mandamentais, abandonando, portanto, as *class actions* por danos. Não existia nenhuma *class action* por danos antes da emenda de 1966. As reformas do século XVIII na Inglaterra – além dos preceitos básicos do *Field Code* – fornecem uma abordagem clara e um útil modelo para a elaboração de uma regra que simplifique o atual procedimento das *class actions*.

Por fim, ao argumentar em favor de uma regra reformulada e simplificada, este artigo não tem a intenção de defender os *acordos agregados pluri-individuais* como substitutos para as *class actions*. Além disso, não tem a mínima intenção de discutir os problemas associados às causas de pequeno valor ajuizadas por consumidores. Em vez disso, nesse ponto, argumenta-se em favor de uma mais frequente e severa aplicação da legislação, bem como a utilização dos *ombudsmen* – ou de mecanismos semelhantes – para a resolução de demandas pluri-individuais de tais dimensões.

I. –Narrativas rivais acerca das *class actions*

A) A narrativa romântica do processo coletivo

Uma narrativa romântica permeia todo o debate em torno da conveniência e eficácia do processo coletivo. Advogados que atuam em *class actions* e doutrinadores corroboram sistematicamente essa narrativa romântica,²⁷ que é reforçada também por inúmeras decisões judiciais.²⁸ Como será visto adiante, enquanto os defensores das *class actions* insistem repetidamente nessa narrativa romântica, as associações empresariais que frequentemente são alvo da litigância de classe têm sua própria (contra) narrativa – um tanto quanto sombria.

Existe uma série de elementos centrais que caracterizam a narrativa romântica das *class actions*. Em primeiro lugar, a litigância de classe sempre descreve os demandantes como pessoas indefesas e desesperançosas, extremamente necessitadas de assistência, que são incapazes de solucionar seus problemas sozinhas e que não podem exercer plenamente a sua autonomia: os hipossuficientes, os explorados, os pouco instruídos, os iletrados, os pobres coitados.²⁹ No mesmo sentido, essa narrativa precisa necessariamente de um vilão, papel esse exercido pelas empresas ou outras entidades empresárias.³⁰ Sob o prisma da narrativa romântica, as empresas são poderosas, maldosas e desejam lucrar às custas da saúde, segurança e bem-estar alheios.³¹ Em versões mais extremas, essa narrativa retrata os demandados – as corporações ou demais entidades empresárias – como antipáticos e insensíveis que planejam cinicamente lesar seus próprios consumidores.³²

Em segundo lugar, a narrativa chama atenção para a relação assimétrica de poder e recursos econômicos que há entre os envolvidos, situação que, por sua vez, é associada ao desamparo das partes prejudicadas. Nessa história, portanto, os demandantes não têm poder suficiente, recursos, nem informação para litigarem contra o vilão.³³ Especialmente

em casos envolvendo pequenos danos – as tão conhecidas “ações de valor negativo” (*negative-value suits*) – os demandantes individuais são incapazes de buscar uma tutela jurisdicional, pois o valor da causa é tão pequeno, e a restituição tão mínima, que faltam incentivos para um advogado assumir a demanda.³⁴ Ademais, é evidente que as empresas, enquanto demandadas, têm mais poder e recursos econômicos para vencer um litígio.³⁵ Por isso, em casos envolvendo pequenos danos, as pessoas simplesmente deixam de buscar a proteção dos seus direitos.³⁶ Acresça-se, também, que os demandados retardam, desviam, ou simplesmente frustram o desenvolvimento desses casos impedindo a produção de provas. Nesse cenário, os vilões possuem todas as cartas da disputa judicial.³⁷

Em terceiro lugar, afirma-se que sem as *class actions* os indivíduos não teriam meios efetivos de reivindicar seus direitos.³⁸ O argumento da “reivindicação efetiva” pontua que os custos e ônus da condução de alguns litígios são tão altos que praticamente não restam meios ou incentivos suficientes para se acionar o Judiciário.³⁹ Assim, a resistência judicial contra a agregação de pretensões equivale, na prática, a retirar de potenciais litigantes a possibilidade de buscar reparação judicial contra demandados poderosos.⁴⁰ Exemplos que ilustram bem o problema da reivindicação existem no contencioso antitruste. Recentemente, demandantes declararam que, a não ser que pudessem manejar uma *class action* e dividir as despesas do processo, o valor para contratar especialistas para comprovar as alegadas práticas anticoncorrenciais seria tão elevado que os impossibilitaria de reivindicar seus direitos efetivamente.⁴¹

Em quarto lugar, a referida narrativa romântica busca valorizar os propósitos fundamentais do contencioso de classe. Aqui, os defensores das *class actions* apontam que elas são um eficiente meio de resolução de conflitos, compensando, de forma justa, as partes prejudicadas, e desencorajando novas atitudes nocivas por parte dos demandados.⁴² Além disso, os doutrinadores que ensinam sobre o princípio da eficiência geralmente fazem menção ao congestionamento de processos nos tribunais, notando que a morosidade no julgamento de ações individuais viola o direito a um “*day in court*”.⁴³ Sob esse ponto de vista, a agregação de pretensões em uma única demanda promove uma resolução mais célere de casos idênticos, evitando que milhares de demandas repetitivas e similares definham nos escaninhos dos tribunais.⁴⁴ Quanto à compensação, advogados argumentam que os acordos coletivos alocam justas indenizações entre os membros da classe com mais eficiência e celeridade que os acordos celebrados em processos individuais.⁴⁵ E, finalmente, os proponentes do contencioso de classe afirmam que a mera ameaça do seu manejo serve como um poderoso meio para desestimular potenciais condutas lesivas das corporações – e essa razão, por si só, bastaria para caracterizar a *class action* como um mecanismo expressivo em favor da justiça.⁴⁶

A narrativa romântica das *class actions* também chama atenção para o papel dos advogados. Nesse ponto, os advogados dos demandantes aparecem em cena como “super-heróis”, aqueles que protegem os hipossuficientes, vítimas da ganância e abuso de poder das empresas.⁴⁷ Por conseguinte, os advogados da classe assumem difíceis responsabilidades sob um grande dispêndio pessoal, deixando sua própria atividade profissional e arriscando seus meios de subsistência para lidar com outros negócios para promover justiça aos desamparados.⁴⁸ Para ajudar os hipossuficientes, esses advogados são motivados por sentimentos idealistas, inspirados nos grandes casos de direitos fundamentais da década de 1960, e em Atticus Finch, o famoso advogado de defesa da obra *O sol é para todos*.⁴⁹ Esses são os nobres “advogados-gerais particulares” que encontram violações à lei, buscam e reivindicam a justiça onde o poder de império do Estado é débil e limitado.

Por outro lado, nessa narrativa, os advogados das empresas são retratados como vilões que procuram defender seus malvados clientes em nome da ganância corporativa e de

uma prática jurídica insensivelmente cruel.⁵⁰ Esses advogados se utilizam agressivamente de todo o poder, dinheiro e artimanhas para frustrar as demandas individuais e impedir a litigância agregada.⁵¹ Tais advogados são obstrucionistas que ocultam informações e praticam uma série de abusos quanto à produção de provas.⁵² A narrativa romântica encerra seu conto disparando críticas contra os advogados dos demandados, apontando que se venderam para proteger e preservar os privilégios de grandes empresas.⁵³

Essa última parte da narrativa se reflete na recente jurisprudência da Suprema Corte em relação às classes no processo coletivo⁵⁴ e à arbitragem coletiva⁵⁵. Do ponto de vista dos demandantes, essa coleção de decisões da Suprema Corte evidencia um profundo desprezo, bem como uma posição pré-constituída pela rejeição ao processo coletivo, demonstrando que a Corte defende os interesses corporativos em detrimento da proteção do bem-estar dos hipossuficientes.⁵⁶ Nesse sentido, os advogados de classe interpretam os últimos pronunciamentos da Suprema Corte como uma expressão de restrição de acesso à justiça aos hipossuficientes, iletrados e incapazes de exercer efetivamente sua cidadania.⁵⁷

B) A contranarrativa sombria

A narrativa romântica – perpetuada pelas entidades que congregam demandantes em *class actions*, bem como por decisões judiciais e parcela da doutrina – encontra sua contraparte mais sombria, no que diz respeito à litigância de classe, na perspectiva defendida pelas empresas, por tribunais céticos, bem como por vários grupos interessados na defesa dos demandados.⁵⁸ Dessa narrativa contraposta, evidentemente, surge um quadro sombrio da litigância de classe que se opõe a todos os aspectos apresentados pela narrativa romântica dos demandantes.

Assim, estudiosos das *class actions* têm sugerido que nem todos os membros de uma classe são vítimas indefesas, hipossuficientes, que precisam de assistência para garantir os seus direitos, apontando que essa extensa generalização constrói uma forma indesejável de paternalismo.⁵⁹ Ademais, os críticos das *class actions* também argumentam que em diversos casos os membros da classe não sabem que foram prejudicados, tampouco se interessam por pequenos danos e não têm qualquer intenção de ingressar em um litígio por tais motivos.⁶⁰ Nessa versão da narrativa, os advogados de classe são retratados como aqueles que incitam a litigiosidade ao buscar a captação de clientes de modo questionável, a fim de levarem a cabo suas próprias agendas profissionais, causas ideológicas ou para, cinicamente, garantirem honorários vultosos; ou mesmo a combinação de todos esses objetivos.⁶¹ Na pior versão da narrativa, a litigância de *class actions* conduzida por particulares é uma consequência das ideias e iniciativas dos próprios advogados, e não de pessoas prejudicadas que estejam buscando aconselhamento jurídico e tutelas coletivas.⁶²

Em relação ao alegado problema da assimetria de recursos, os demandados argumentam que nem sempre o litígio individual é prejudicado ou impedido pela disparidade de recursos financeiros ou de acesso à informação. Nesse sentido, indivíduos com pretensões relevantes e de alto valor são geralmente capazes de atrair advogados competentes desejosos de buscar vigorosamente a tutela jurisdicional tendo em vista os honorários contratuais, o que torna desnecessária a agregação de demandas.⁶³ Portanto, na litigância individual em que haja uma grande probabilidade de sucesso no mérito acompanhada de uma expressiva indenização, o cenário é nivelado de modo que os advogados assumam as custas e as despesas dos processos.⁶⁴

Ademais, a possibilidade do ingresso de terceiros financiando os litígios tem permitido, reforçado e encorajado a litigância de massa.⁶⁵ E, além disso, nem sempre acontece de os demandados controlarem toda a informação relevante que ocultam aos demandantes. Em

certas circunstâncias, os demandantes retêm ou possuem acesso a provas relevantes o suficiente para comprovarem suas pretensões sem que tenham de recorrer a uma custosa produção antecipada de provas (*discovery*). Com efeito, os demandados argumentam que os demandantes possuem um enorme poder de formular pedidos excessivos e desproporcionais na fase de produção antecipada de provas, o que afeta negativamente suas atividades, uma vez que lhes impõem relevantes ônus e despesas.⁶⁶

Em resposta ao recente argumento da “reinvidicação efetiva”, os demandados contrapõem (agora amparados pela Suprema Corte) que a negativa à utilização das *class actions* não significa impossibilidade de o indivíduo reivindicar os seus direitos.⁶⁷ Desse modo, o argumento de reivindicação efetiva é, na verdade, uma teoria retórica sem qualquer fundamento jurisprudencial ou demonstração prática. Essa posição dos demandados se alicerça no princípio fundamental de que ninguém tem o “direito” de endereçar um litígio como uma *class action*, uma vez que a Regra 23 é uma técnica processual e não cria direito subjetivo à sua utilização⁶⁸. Ademais, o indeferimento de uma *class action* não resulta em denegação do acesso à justiça, apenas significa que é necessário demandar individualmente em vez de propor uma ação coletiva.⁶⁹

Os que se opõem à narrativa romântica questionam as afirmações amplas e conclusivas quanto aos efeitos benéficos do processo coletivo. Apontam que a litigância coletiva e os acordos coletivos são falhos em realizar uma efetiva compensação dos danos, bem como em dissuadir novas atitudes lesivas, ou pelo menos que essas afirmações são, no mínimo, sem fundamento ou que carecem de provas.⁷⁰ Com relação à dissuasão, muitos advogados de empresas enxergam os julgamentos e acordos como um preço a ser pago por se fazer negócios, subsidiados por seguradoras ou transferindo aos consumidores.⁷¹ Além disso, a litigância de classe dá primazia à eficiência em detrimento da autonomia de ambos os litigantes, sacrificando, assim, direitos fundamentais previstos na Constituição.⁷² Nessa perspectiva, o interesse judicial em pôr fim aos processos (e limpar seus escaninhos), mediante uma resolução coletiva rápida, sepulta os direitos dos demandados ao devido processo legal e ao julgamento pelo júri.⁷³

O mais significativo talvez seja que os demandados são repetidas vezes alvo de litígios de classe, gerando encargos desnecessários sobre as atividades negociais e, conseqüentemente, prejudicando toda a economia.⁷⁴ Nessa situação, a defesa das empresas aponta que a litigância de classe – especialmente a atitude de um tribunal em conceder certificação a uma classe – abre espaço para chantagens da parte dos demandantes na realização dos acordos.⁷⁵ Assim, os demandados acabam se rendendo, sem discutirem o mérito do litígio, para não incorrem em despesas significativamente altas enquanto esperam por uma decisão do júri que, ao final, também pode ser adversa.⁷⁶

Nessa contranarrativa, os advogados de defesa retratam os advogados dos demandantes com características sombrias, nas quais não encontram qualquer traço de heróis da litigância. Pelo contrário, descrevem os advogados de classe dos demandantes como caçadores profissionais de recompensas que instigam falsas *class actions* no intuito de levarem a cabo seus próprios interesses mediante a obtenção de honorários exorbitantes.⁷⁷ Nessa versão da narrativa, o advogado da classe é frequentemente caracterizado como um jogador experiente que se utiliza dos demandantes mal informados como peões para alcançar suas próprias finalidades.

Ainda pior, os críticos da litigância de classe apontam que esses advogados são de uma ética duvidosa, além de serem marcados por conflitos de representação.⁷⁸ Onde objetores, por um lado, impugnam os acordos coletivos alegando colusão, negociações entre si próprios e venda de membros da classe, os advogados da classe são vistos como uma fonte de fomento ao fenômeno chamado *satellite litigation*.⁷⁹⁻⁸⁰

Por fim, os advogados dos demandados rejeitam a retórica exuberante dos demandantes em relação às últimas decisões sobre *class actions* pronunciadas pela Suprema Corte, apontando que não há qualquer negativa ao direito de acesso à justiça. Nesse contexto, os demandantes consideram que as decisões da Suprema Corte simplesmente reestabelecem os princípios fundamentais historicamente atribuídos às *class actions*, esclarecendo a medida de aplicação desses princípios nos casos concretos.⁸¹ Além do mais, a jurisprudência da Suprema Corte não é uniforme em favor dos interesses corporativos. Por exemplo, a Suprema Corte tem consistentemente confirmado a presunção de “fraude no mercado” em *class actions* envolvendo mercado de capitais – presunção essa que favorece os demandantes.⁸² Além disso, a Suprema Corte também jamais estabeleceu qualquer presunção contra a arbitragem em *class actions*.⁸³ Portanto, os protestos dos demandantes em relação ao suposto viés da Suprema Corte em favor das empresas – bem como em relação ao fim da litigância de classe de modo geral – é, a bem da verdade, simplesmente isso: uma estratégia retórica para angariar simpatizantes à narrativa romântica das *class actions*.

II. –Repensando o romance e outros contos sombrios

Os 50 anos de experiência com as *class actions* – desde a emenda de 1966 – têm revelado duas narrativas extremas e opostas acerca da utilidade e da eficiência da litigância de classe. Será possível alguma medida para reconciliar essas narrativas reconsiderando a prática da *class actions* norte-americana? Cada uma das narrativas contém elementos da verdade, porém, considerados juntos, sugerem uma necessidade de reformulação.

Nesse sentido, eventuais reformadores deveriam enquadrar esse debate a partir de três perguntas: (1) a regra atual concretiza a finalidade originária que justificou sua existência?; (2) a regra tal como é aplicada atualmente gera problemas de ações satélites (*satellite litigation*) que enfraquecem a utilidade das *class actions*?; (3) os benefícios decorrentes da aplicação da regra atual superam os seus efeitos negativos? Se a regra falha em cumprir sua finalidade e se é um instrumento de multiplicação de novas demandas cujos benefícios não superam seus malefícios, então haverá necessidade de se reformular a regra.

A) A valiação das razões de ser da *class action*

A doutrina e a jurisprudência tradicionalmente justificam a regra da *class action* e o seu procedimento a partir de três razões básicas. Tais razões incluem a compensação de vítimas que alegam ter sofrido danos, a dissuasão das empresas de cometerem atos ilícitos, bem como a celeridade e economia do processo judicial.⁸⁴ Indiscutivelmente, se a regra como é aplicada não realiza esses objetivos (ou se os realiza imperfeitamente), logo é justo questionar a sua utilidade atual.

1. Compensação das vítimas de atos ilícitos

Um objetivo primário da regra da *class action* é viabilizar que grandes grupos de demandantes sejam indenizados ou obtenham uma tutela mandamental como consequência de alegados atos ilícitos praticados pelos demandados. A Suprema Corte e os tribunais federais têm ressaltado que esse objetivo é notável principalmente em ações de valor negativo (*negative-value suits*) e pequenas causas relacionadas ao consumidor, em que os demandantes individualmente são desencorajados ou incapazes de buscar a tutela dos seus direitos.⁸⁵ A Regra 23, nesse caso, permite a agregação de demandas de pequenas causas relacionadas a questões consumeristas e os tribunais deferem a certificação dessas demandas, o que frequentemente conduz a uma celebração em massa de acordos coletivos.⁸⁶

Entretanto, há muito que não se sabe acerca da atual (e eventual) compensação distribuída aos membros da classe em *class actions* de pequenas causas consumeristas ou em litígios complexos baseados em teorias de direito material (*substantive theories*), como antitruste, valores mobiliários ou discriminação no trabalho. Embora haja vários estudos com relação à totalidade das quantias que resultam de acordos coletivos,⁸⁷ não há qualquer estudo que evidencie os valores distribuídos específica e individualmente a cada membro da classe. Na realidade, praticamente todas as *class actions* que passam pela certificação resultam em acordos, sendo raros os casos de uma *class action* certificada perdurar até o julgamento.⁸⁸ A notificação da classe (*class notice*) comunica aos membros da classe a quantia total resultante do acordo, porém, não contém informações acerca do quanto receberá cada demandante individualmente (*individual claims*).

Aprovada uma proposta de acordo pelo tribunal após uma audiência (*fairness hearing*), profissionais credenciados (*commercial vendors*)⁸⁹ geralmente cuidam do processamento das reivindicações. Entretanto, estudos sugerem que uma porcentagem mínima de membros da classe recebe a compensação a partir dos fundos advindos de tal acordo.⁹⁰ Nos casos em que a taxa de reivindicação é muito baixa, por exemplo, os fundos do acordo podem ser revertidos para o próprio demandado, bem como podem ser aplicados com uma finalidade *cy pres*⁹¹, dependendo dos termos acordados. Evidentemente, acordos reversivos (*reversionary settlements*) ou *cy pres* não servem como compensação às vítimas de um ato ilícito. Em qualquer caso, embora seja difícil, não é impossível obter informações em relação aos valores distribuídos individualmente a cada membro de classe.

Há, portanto, escassas evidências para se concluir que as *class actions* e os acordos de classe atualmente concretizam o objetivo de compensar as vítimas de atos ilícitos. Os relatórios publicados acerca dos fundos de acordos globais não revelam as informações fundamentais que seriam capazes de comprovar se a litigância de classe concretiza ou não o objetivo de compensar as vítimas. Pelo contrário, ao analisar a administração da classe, as evidências sugerem que uma grande parcela dos membros não recebe qualquer compensação.

2. Dissuasão da prática de atos ilícitos

O objetivo frequentemente apontado como justificativa para a existência das *class actions* é que a regra cria incentivos aos demandados – que, no cenário de *class actions*, geralmente são empresas – para que não pratiquem atos ilícitos no futuro. De fato, alguns doutrinadores apontam que a dissuasão deve ser reconhecida como o escopo principal da regra das *class actions*, o que conseqüentemente sugeriria que todas elas deveriam ser obrigatórias para potencializar a litigância de classe.⁹² A teoria da dissuasão se fundamenta na simples concepção de que a grande extensão da classe e a potencial exposição do demandado a uma indenização massiva induzem as empresas a evitarem a prática de condutas ilícitas.

Assim como o objetivo de compensar os ofendidos está na base da regra das *class actions*, a teoria sobre seu efeito dissuasório carece de evidências empíricas e se fundamenta em hipóteses relacionadas aos possíveis comportamentos das empresas. Em diversos casos, as assessorias prudentemente aconselham seus clientes corporativos a atuar no mercado na expectativa de uma litigância de classe. Entretanto, é igualmente frequente que a expectativa de uma ação coletiva não sirva como um desincentivo, visto que grande parcela das companhias compreende esse tipo de contencioso como o preço por se fazer negócios, e repassam, assim, os custos ao consumidor. Nós não sabemos, e cientistas sociais ainda não verificaram empiricamente, a efetividade do efeito dissuasório das *class actions*. Em razão disso, as posições jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas a esse

efeito são amplamente teóricas, mas sem comprovação.

Além disso, o fundamento dissuasório também influi inadequadamente na forma como as *class actions* se desenvolveram. Normalmente os demandados impugnam agressivamente o pedido de certificação de classe dos demandantes. Se os demandados têm êxito na impugnação da certificação, logo a regra de *class action* não terá tido qualquer serventia (senão para gerar incômodo). Se, no entanto, o tribunal certifica a *class action*, os demandados geralmente barganham até alcançar os termos mais vantajosos (v.g. acordos baratos) e geralmente os *danos punitivos* são removidos no processo de negociação. Além disso, os demandados não admitem qualquer responsabilidade. Consequentemente, a combinação desses fatores (acordos baratos, sem danos punitivos, sem responsabilização, somados a disposições reversivas ou *cy pres*) desmorona significativamente qualquer razão dissuasória que a litigância de classe pudesse apresentar.

Finalmente, o fundamento dissuasório das *class actions* possui pouco peso em situações-limite da litigância de classe, uma vez que as empresas demandadas, sem qualquer assombro e felizes, estão dispostas a subornar advogados da classe e assim obter, como retorno, uma rápida e barata rejeição das demandas de classe. Em suma, é improvável que o incômodo valor da litigância de classe sirva a qualquer função dissuasória.

3. Eficiência judicial e economia processual

Uma terceira razão em apoio à regra das *class actions* é que seu procedimento otimiza a eficiência judicial e a economia processual.⁹³ Nessa visão, o processo coletivo beneficia não apenas as partes como também o próprio sistema judicial, já que de outro modo esse poderia ser congestionado por centenas ou milhares de demandas repetitivas similares.

Por isso, argumenta-se que em situações em que haja um amplo número de demandantes com pretensões similares decorrentes das mesmas questões de fato ou de direito, é ineficiente buscar tutela jurisdicional pela via individual, isto é, ordinária. Isso ocorre especialmente na seara das pequenas causas consumeristas, visto que os indivíduos podem não conseguir reivindicar efetivamente seus direitos em razão dos elevados riscos e despesas que naturalmente decorrem dos litígios individuais.

A agregação de pretensões, portanto, alivia o congestionamento que poderia ocorrer no judiciário se centenas ou milhares de demandas repetitivas fossem ajuizadas. Além disso, a agregação de pretensões permite uma economia de escala, nivelando equitativamente a disputa entre os litigantes e diminuindo o custo e as despesas decorrentes do litígio. Finalmente, argumenta-se também que a litigância de classe, por agregação, contribui para a celeridade na resolução das disputas judiciais, já que um único procedimento enlaça múltiplas pretensões. Um outro comentário frequente em favor da litigância de classe – e em detrimento da litigância individual – é que “justiça atrasada, é justiça negada” (*justice delayed is justice denied*)⁹⁴. Diante disso a litigância de classe alcança os três escopos da Regra 1: assegurar a justa, célere e eficiente resolução de disputas cíveis.⁹⁵

Assim como as justificativas anteriores para a existência das *class actions*, o problema quanto ao fundamento da eficiência é que não há evidências empíricas suficientes para sustentá-la. Por exemplo, simplesmente não temos ideia se há ou se haveria congestionamento de processos na ausência da regra da *class action*. Com relação a demandas consumeristas de pequeno valor (*small consumer claims*) é mais provável que praticamente ninguém busque tutela pela via individual. Indiscutivelmente, uma ampla parcela das potenciais partes em um processo de baixo valor perde interesse na disputa, argumentando que esses casos – em uma via coletiva – “não valem a pena”. Além do mais, é muito difícil avaliar se a compensação estimada para esses potenciais litigantes valeria ou não o esforço. Se a razão dissuasória não é suficiente – significando que as empresas

não são dissuadidas por *class actions* de baixo valor –, então é difícil entender a necessidade de uma regra destinada à resolução de pequenas causas consumeristas, uma vez que estas podem ser endereçadas melhor mediante uma fiscalização regulatória robusta, penalidades, ou outros meios não jurisdicionais.

Em relação a demandas mais substanciais (*substantial claims*), também não há evidências de congestionamento do judiciário na ausência da regra das *class actions*. De 1980 até 1990, os tribunais em geral se aprisionaram em uma espécie de “crise de mentalidade” ao tratar de demandas de danos em massa, em cuja materialização fracassaram em vários sentidos. A bem da verdade, há escassas evidências a comprovar que, em virtude de demandas individuais, os tribunais ficaram sobrecarregados de processos que poderiam ser endereçados melhor pela via coletiva. É mais provável que aqueles que possuam demandas de danos substanciais e bem fundamentadas busquem litigar individualmente (optando por se excluir de uma classe certificada), abandonando as peculiares agregações de pretensões juridicamente duvidosas ou de baixo valor. Nesse contexto, juízes federais têm demonstrado que os tribunais são capazes de estruturar, implementar e gerir um programa que processa um amplo número de demandas individuais, como fez o juiz Eduardo Robreno com os processos envolvendo amianto que lhe foram confiados após a decisão da Corte no caso *Anchem*.⁹⁶

É verdade que as *class actions* permitem alcançar economias de escala tendo-se em conta as despesas processuais, porém, uma pergunta permanece: comparado a quê? Além disso, existem raras evidências de que a litigância de classe contribui para uma célere resolução das pretensões. Os procedimentos de classe dão oportunidade para diversas postulações e adiamentos do processo. As partes podem engendrar um número considerável de petições e de postulações de produção de provas antes mesmo da certificação da classe. E não é incomum que frequentemente ocorram emendas às petições no decorrer do processo. É de se destacar que diversas *class actions* se arrastam no tempo por anos, incluindo aquelas que já atingiram a fase de acordo.

Ademais, acordos coletivos não implicam necessariamente no encerramento do processo, uma vez que objetores podem interpor recursos contra as decisões de certificação de classe ou de aprovação dos acordos. Além disso, é possível que a revisão do processo resulte em modificações das decisões anteriores, proferidas pelos tribunais inferiores, sujeitando efetivamente as partes a novos procedimentos ou extinguindo o processo sem deliberar sobre o mérito, depois de anos de disputa judicial. Em última análise, estudos empíricos carecem de informações que demonstrem a eficiência temporal da litigância de classe quando comparada à litigância individual em casos surgidos dos mesmos eventos, embora essa eficiência seja sustentada como um truísmo da *class action*.

B) Problemas da Regra 23: elaboração doutrinária gera confusão e princípios contraditórios

Historicamente, as regras processuais precisam ser reformadas quando, paulatinamente, a sua aplicação fica tão complexa e hermética que se tornam intrinsecamente injustas ou – como foi o caso do antigo processo inglês – criam armadilhas para o litigante mais incauto.⁹⁷ As regras devem ser simples e voltadas à concretização da justiça, o que, indiscutivelmente, não ocorre na interpretação e aplicação da atual regra da *class action*. Nos últimos 50 anos, o texto da Regra 23 cresceu, e a interpretação dos juristas acerca dela se transformou em um pântano doutrinário geralmente contraditório e de difícil aplicação.

A jurisprudência em torno da *class action* se tornou tão complicada que o tratado de *Wright, Miller & Kane* sobre a prática e o direito processual civil federal agora dedica quatro volumes inteiros apenas para a prática das *class actions*.⁹⁸ Além desse, há dois

outros tratados igualmente volumosos que se concentram em sintetizar a doutrina.⁹⁹ Como estima grande parcela dos profissionais que atuam em *class actions*, as milhares de opiniões doutrinárias e outras milhares de decisões judiciais criaram um corpo de direito que torna possível encontrar posicionamentos a favor de qualquer tese. Em vez de uma doutrina esclarecedora, os tribunais criaram uma estrutura confusa acerca dos princípios básicos que regem o processo das *class actions*.

O problema da complexidade e da confusão doutrinária na jurisprudência das *class actions* está em que isso abre oportunidade aos litigantes de atravancarem o processo com inesgotáveis petições, audiências e recursos, conseqüentemente gerando morosidade. Assim como o antigo processo inglês inspirava a interposição sem-fim de recursos, impedindo que os litigantes atingissem o mérito da questão, da mesma forma a atual litigância de classe frustra o escopo da Regra 23. Além disso, no antigo processo inglês, os litigantes por vezes eram derrotados no processo em razão de erros formais.¹⁰⁰ Semelhantemente, a disputa doutrinária dá oportunidade aos litigantes para que evitem ou adiem a discussão do mérito do litígio, o que provoca, frequentemente, a rejeição das *class actions* por motivos de erros técnico-processuais. Alguns (mas não todos) problemas envolvidos na atual aplicação da Regra 23 serão demonstrados a seguir.

1. Questões de definição

A atual jurisprudência em torno das *class actions* apresenta armadilhas herméticas ao demandante mais incauto desde o início da demanda e, concomitantemente, oferece ao demandado diversas oportunidades de obter a extinção do processo antes da resolução de mérito. Entre os diversos pântanos doutrinários capazes de iludir a perspectiva do demandante na fase de postulação estão os requisitos implícitos que precisam ser preenchidos para configurar uma adequada definição da classe,¹⁰¹ incluindo-se, entre esses, se os membros da classe são identificáveis¹⁰² e se têm legitimidade.¹⁰³ De forma problemática, os princípios que governam a adequação da classe, a legitimidade e a possibilidade de identificação dos membros da classe são contraditórios entre os tribunais federais,¹⁰⁴ tornando convidativa a litigância de má-fé (*gamesmanship*) e o desdobramento de litígios acessórios (*satellite litigation*).

Da mesma forma, a jurisprudência relativa à aplicação dos requisitos explícitos da Regra 23 é igualmente complexa, contraditória, incoerente, ambígua, vaga e confusa. Por isso, ainda que um demandante satisfaça todos os requisitos implícitos, haverá também o ônus de preencher os requisitos da Regra 23(a): numerosidade (*numerosity*), comunalidade (*commonality*), tipicidade (*typicality*) e adequação da representação (*adequacy of representation*).¹⁰⁵ Ademais, o demandante deve indicar a espécie de *class action* para a qual busca certificação, de acordo com as categorias previstas na Regra 23(b).¹⁰⁶

Em relação às regras que orientam a decisão do tribunal quanto aos requisitos da Regra 23(a), percebe-se também obscuridades. Embora a Suprema Corte tenha endossado a necessidade de uma “análise rigorosa” antes de deferir um pedido de certificação¹⁰⁷, os tribunais inferiores divergem acerca do que essa análise rigorosa significa.¹⁰⁸ Conseqüentemente, os demandantes recebem uma análise dos requisitos de admissibilidade para certificação de classe mais rigorosa ou suave de acordo com a localidade em que se encontram.

Além disso, os princípios relacionados à satisfação dos requisitos de admissibilidade da Regra 23(a) são confusos. De fato, a Suprema Corte confessou que a separação dos requisitos dessa regra em comunalidade, tipicidade e adequação frequentemente se sobrepõem¹⁰⁹, revelando uma dúvida sobre a necessidade desses requisitos. Não obstante, no decorrer de cinco décadas, uma jurisprudência elaborada e repleta de nuances tem levantado distinções entre os três requisitos de admissibilidade, variando minuciosamente

entre os tribunais federais e podendo ser fatal para a certificação de classe.¹¹⁰

Finalmente, quando os demandantes buscam a certificação de uma *class action* de danos de massa com base na Regra 23(b)(3) – a que exige a predominância de questões em comum –¹¹¹, a Suprema Corte e os tribunais inferiores têm indicado que o requisito da predominância satisfaz, automaticamente, o requisito da comunalidade (*commonality*) previsto na Regra 23(a)¹¹², tornando-o irrelevante nas *class actions* de danos.

2. Categorias das classes

Considerando que os demandantes sejam capazes de satisfazer tanto os requisitos implícitos como também os expressamente previstos na Regra 23(a), as partes postulantes devem indicar a espécie de *class action* para a qual postulam certificação. Há quatro espécies de classes previstas na Regra 23(b)¹¹³, porém essa tipografia de categorias – que deveria fazer sentido na década de 1966 – já não faz mais sentido hoje. De fato, a jurisprudência das *class actions* progressivamente mesclou as diferentes categorias, resultando em uma categoria deformada que fulminou a utilidade dessa classificação em categorias distintas. Além do mais, a jurisprudência acerca das circunstâncias apropriadas para a certificação de cada espécie encontra-se amplamente desordenada.

Para começar, a espécie encontrada na Regra 23(b)(1)(A) é raramente manuseada, assim como é raramente certificada, restando como um apêndice da regra. Esporadicamente é possível ver um demandante buscando a certificação da espécie Regra 23(b)(1)(A) e, no entanto, nessas raras ocasiões, acontece de tê-lo feito em razão de um engano interpretativo quanto aos propósitos dessa espécie de classe¹¹⁴. Além disso, os tribunais tradicionalmente têm indicado que essa regra não tem a finalidade de conceder indenização para membros da classe¹¹⁵. Entretanto, no decorrer do tempo – ilustrando os traços da deformação – alguns tribunais têm permitido indenizações, bem como certificado classes fundadas na Regra 23(b)(1)(A) que incluem em suas petições pedidos de indenização.¹¹⁶ Desde que os tribunais passaram a certificar classes para a tutela de danos com base nessa regra, deixou de haver necessidade para que essa confusa categoria permaneça separada.

A decisão da Suprema Corte no caso *Ortiz v. Fibreboard Corp.*¹¹⁷ efetivamente tornou a Regra 23(b)(1)(B) bastante irrelevante. Essa decisão restringiu o manejo da categoria de “*class action* para constituir fundos limitados” a algumas poucas hipóteses de antecedentes históricos.¹¹⁸ Além disso, os princípios que orientam a certificação das “*class actions* de fundos limitados” com base na Regra 23(b)(1)(B) são de tão difícil satisfação¹¹⁹ que os demandantes dificilmente buscam certificar suas demandas com base nessa regra. Durante os 15 anos que sucederam o caso *Ortiz*, nenhum tribunal certificou ou aprovou qualquer classe fundada na Regra (b)(1)(B).¹²⁰

Além do mais, as emendas à Regra 23 aprovadas em 2003 concederam poder aos juízes para ordenar o envio de notificação aos futuros membros de classes fundadas na Regra 23(b)(1) e (b)(2).¹²¹ Tendo em vista que a notificação pode ser feita aos membros de classe fundada na Regra 23(b)(1) e (b)(2) – uma proteção do devido processo legal antes reservada apenas às classes de danos prevista na Regra 23(b)(3) –, essa emenda erodiu as diferenças conceituais entre as diversas categorias de classes. Juntas, as categorias de classes da Regra 23(b)(1)(A) e (b)(1)(B) sobreviveram ao seu propósito primitivo e atualmente são raramente úteis na litigância de classe, senão para criar oportunidades de demandas-satélite (*satellite litigation*), tendo em vista a postulação imprópria das classes da Regra 23(b)(1).

Conquanto a *class action* para tutelas mandamentais e declaratórias da Regra 23(b)(2) pudesse parecer a classe mais simples de se compreender, ela se tornou, no entanto,

igualmente confusa no emaranhado de controvérsias doutrinárias. Embora a Suprema Corte, no caso *Dukes*, tenha tentado esclarecer as circunstâncias em que a tutela de danos pode ou não ser apropriada sob a disciplina da regra (b)(2), ela acabou errando ao não estabelecer os requisitos que as cortes inferiores deveriam observar nas hipóteses em que a tutela de danos fosse requerida com base nessa mesma regra.¹²² Consequentemente, a adequação das classes para a tutela de danos com base na Regra 23(b)(2) permanece uma questão em aberto, sujeita a uma variedade de interpretações entre os tribunais federais.¹²³

Ademais, como mencionado, as emendas de 2003 concederam aos juízes poder para determinar a notificação dos futuros membros da classe prevista na Regra 23(b)(2), fazendo, efetivamente, com que essa classe se assemelhe à categoria prevista na Regra 23(b)(3) referente a danos de massa. Em determinadas circunstâncias envolvendo classes de danos os juízes têm determinado tanto a notificação quanto a oportunidade de autoexclusão (*opt-out*) para os membros de classe da Regra 23(b)(2).¹²⁴ Indiscutivelmente, não há razão para existir uma categoria isolada de classe sob a Regra 23(b)(2) que combine tutela mandamental e indenizatória, além de permitir notificação e autoexclusão (*opt-out*). Nesses casos, há pouca diferença entre esse tipo de *class action* e a indenizatória fundada na Regra 23(b)(3).

Como comprovação da deformidade na categorização das classes, a evolução da jurisprudência em torno da Regra 23(b)(2) sobrepôs um requisito de “coesão” para certificação de classe.¹²⁵ Em qualquer caso prático, o requisito de “coesão” previsto na Regra 23(b)(2) imita o de *predominância* previsto na Regra 23(b)(3) no sentido de que a presença de questões individuais na demanda da classe desvanecerá tanto a *coesão* quanto a *predominância*. Por isso, a doutrina da *class action* efetivamente convergiu para as categorias de classe da Regra 23(b)(2) e (b)(3).

Por fim, a jurisprudência aplicável à *class action* para a tutela de danos de massa sob a Regra 23(b)(3), na qual se funda a maior parcela dos atuais litígios coletivos, é marcada por conflitos sobre seus requisitos de *predominância* e *superioridade*.¹²⁶ Os tribunais estão divididos entre se o requisito de *predominância* deve ser avaliado com referência às diferenças entre membros da classe ou se deve refletir a uniformidade do curso de conduta do demandado.¹²⁷ Consequentemente, saber se uma classe fundada na Regra 23(b)(3) será ou não certificada geralmente depende do local específico em que a tutela é requerida.¹²⁸ As complicadas situações de testes para os requisitos de *predominância* e *superioridade*, de outro lado, incentivam os demandantes a ajuizar suas ações em tribunais que lhes sejam favoráveis.

3. Garantias de devido processo legal (due process protections)

A jurisprudência das *class actions* demonstra séria preocupação com a efetividade das garantias inerentes ao devido processo legal para os membros ausentes da classe (*absent class members*),¹²⁹ porém a prática forense em torno da Regra 23 frequentemente passa longe de cumprir esse objetivo, considerando-o meramente retórico. Se as medidas atuais da regra são precárias para atingir o objetivo de efetividade na proteção, logo é razoável encorajar medidas de proteção mais robustas para os membros de uma classe.

Como indicado anteriormente, as emendas de 2003 à Regra 23 concederam poder aos juízes para determinar a notificação nas classes obrigatórias da Regra 23(b)(1) e (b)(2).¹³⁰ Contudo, não estenderam a oportunidade de autoexclusão (*opt-out*) a essas classes. Ou seja, as emendas de 2003 não cuidaram adequadamente da questão das garantias de devido processo legal aos membros das classes da Regra 23(b)(1) e (b)(2) – problema que permanece em aberto desde a decisão no caso *Philips Petroleum Co. v. Shutts*.¹³¹

Além do mais, a aplicação pelos tribunais do requisito de *adequação* da Regra 23 (a)(4), particularmente no que diz respeito à adequação dos representantes da classe, geralmente não garante as proteções do devido processo aos membros ausentes.¹³² Se os tribunais falham em aplicar corretamente o requisito de *adequação* da Regra 23(a)(4), é legítimo questionar se tal requisito não serve a outro propósito senão enfeitar a Regra 23(a). Semelhantemente, a transposição do requisito de adequação dos advogados da classe para a Regra 23(g) tem efeito insignificante sobre a avaliação sumária que os tribunais realizam sobre a lista de advogados proposta.¹³³

Em tese, o requisito previsto na Regra 23(e), segundo o qual o tribunal deve realizar uma audiência no intuito de apreciar a equanimidade, adequação e razoabilidade da proposta de acordo, deveria trazer mais proteção aos membros ausentes da classe.¹³⁴ Na prática, porém, a pressão imposta sobre os tribunais os leva a homologar superficialmente os acordos coletivos.¹³⁵ Portanto, embora a promulgação da lei chamada *Class Action Fairness Act* (CAFA) em 2005 tivesse o intuito de lidar com acordos abusivos,¹³⁶ evidências demonstram que os tribunais raramente têm censurado transações de probidade duvidosas. Nesse contexto, as partes têm contornado as intenções do CAFA em eliminar os grandes “acordos de cupons” (*coupon settlements*)¹³⁷ mediante a criação de sucedâneos que geram os mesmos efeitos,¹³⁸ permitindo que polêmicas cláusulas *cy pres* e reversivas permaneçam sendo incluídas nos acordos coletivos.¹³⁹ Além disso, os tribunais rotineiramente chancelam valores exorbitantes para honorários advocatícios, muitas vezes a despeito das impugnações oferecidas por objetores.¹⁴⁰

Por fim, a jurisprudência da *class action* norte-americana há muito resiste em analisar o devido processo legal a partir de uma perspectiva de democracia participativa, preferindo, ao contrário, apostar no procedimento de autoexclusão (*opt-out*) da Regra 23 como um mecanismo sucedâneo da jurisdição voluntária (*consent jurisdiction*).¹⁴¹ A União Europeia recentemente endossou o princípio do *opt-in* como regime-modelo para seus mecanismos de tutela coletiva.¹⁴² No processo coletivo norte-americano, ainda permanece questionável se a Regra 23, como atualmente aplicada, protege adequadamente os interesses da autonomia individual dos membros ausentes.

C) Ponderação dos efeitos positivos e negativos

Se a Regra 23 precisa ser reformada, a resposta deve ser dada a partir da ponderação dos benefícios e malefícios decorrentes de sua aplicação. A regra da *class action* permite a agregação de pretensões comuns e empodera os indivíduos a partir de uma ação coletiva. De fato, a estrutura facilita economicamente a busca pela tutela jurisdicional. A *class action* é, indiscutivelmente, um mecanismo processual poderoso para alcançar a tutela de pretensões de consumo de baixo valor. No entanto, na balança, a litigância de classe como atualmente é realizada desenvolveu uma estrutura de consequências indesejáveis que não pode ser desprezada. Muitos desses efeitos adversos decorrem da jurisprudência complexa e hermética que amplificou os limites da regra, permitindo estratégias de litigância de má-fé capazes de subverter e dismantelar a sua utilidade. Algumas dessas consequências atroz para a regra da *class action* serão discutidas a partir de agora.

1. Efetivação ou atrofia dos objetivos da Regra 1?

Assim como indicado anteriormente, o procedimento das *class actions* é louvado por buscar dar concretude ao objetivo da Regra 1 de obter uma resolução justa, célere e eficiente dos litígios complexos de larga-escala.¹⁴³ Além disso, o modelo das *class actions* é também enaltecido porque, em teoria, exerce um poderoso efeito dissuasório em empresas potencialmente infratoras.¹⁴⁴ Se, por um lado, há muito o que se admirar na teoria do processo coletivo, por outro, na prática, essas belas aspirações passam longe de

ser uma realidade.

As *class actions* relacionadas a valores mobiliários apresentam um exemplo interessante dos efeitos perversos do processo coletivo. De diversas formas, essas ações coletivas apresentam o arquétipo das tão louvadas ações de pequenas causas. Entretanto, a prática em torno de tal ação demonstra como a exegese doutrinária vem contribuindo para a litigância de má-fé e para distorções no cenário das *class actions*. Nesse sentido, as *class actions* envolvendo valores mobiliários falham em concretizar os principais objetivos da regra que as justifica: a compensação das vítimas, a dissuasão à prática de novos atos ilícitos e a eficiência na resolução dos litígios.

Essas *class actions* são beneficiadas pela facilidade na certificação, uma vez que o postulado da “presunção de fraude no mercado” é aplicável nesses casos.¹⁴⁵ Por consequência, a práxis de certificação sumária gera um efeito *in terrorem* nos demandados, forçando-os frequentemente a realizar acordos sem ao menos chegarem à análise do mérito das pretensões.¹⁴⁶ Em razão disso, em *class actions* de valores mobiliários, os demandados realizarão acordos duvidosos mesmo se confrontados com uma chance mínima de terem perdas elevadas com aquele processo.¹⁴⁷ E isso ocorre, inclusive, em outros tipos de processos coletivos.¹⁴⁸

O efeito *in terrorem* da certificação de uma *class action* envolvendo valores mobiliários é tão poderoso que praticamente nenhuma ação desse tipo chega à fase de julgamento. Desde 1995, de 3.988 *class actions* certificadas, apenas 14 delas foram a julgamento, representando apenas 0,3% de todos os casos. Em 2012, nem sequer uma única *class action* de valores mobiliários foi a julgamento.¹⁴⁹

Os riscos assimétricos na seara de litígios coletivos envolvendo valores mobiliários, a partir de então, impulsionou a proliferação de ações desse tipo. Analistas da indústria apontam que a cada período de cinco anos há dez por cento de chance de que uma empresa seja processada mediante uma *class action* fundada na Regra 10(b)(5).¹⁵⁰ Ironicamente, advogados especialistas em “presunção de fraude no mercado” acreditavam que essa regra poderia diminuir o número de *class actions*, no entanto, engaram-se.¹⁵¹ No período entre 1988 e 1991, as ações triplicaram.¹⁵² Ademais, desde a promulgação da lei de reforma no contencioso em mercado de capitais (*Private Securities Litigation Reform Act*), de 1995,¹⁵³ cujo objetivo era controlar *class actions* abusivas envolvendo valores mobiliários, o número cresceu ao longo de 2012.¹⁵⁴

O contencioso coletivo no campo do mercado de capitais, de fato, tem falhado em seu objetivo de compensar vítimas de atos ilícitos. Evidências sugerem que acordos realizados em virtude de fraude no mercado de capitais mal indeniza as vítimas.¹⁵⁵ Por isso, no período entre 1996 e 2010, a média dos acordos gerou o retorno de apenas 2,8% nas perdas dos demandantes; em 2012, a porcentagem diminuiu para 1,8%.¹⁵⁶ Além disso, os valores das indenizações representam grosseiramente os retornos gerados, isto é, sem contar os altos custos de transação, como honorários advocatícios, custas processuais, seguros pessoais para executivos de empresas, custos com a interrupção das atividades, assim como os danos de imagem e o estigma decorrentes da publicidade negativa.¹⁵⁷

Além do mais, as *class actions* de valores mobiliários também falham em dissuadir os culpados dos atos ilícitos. Afinal, o efeito dissuasório é afastado já que são as empresas e suas seguradoras, em vez dos seus agentes, que pagam pelos acordos.¹⁵⁸ É extremamente raro que um diretor ou executivo da empresa arque pessoalmente com as consequências da conduta ilícita. Os indivíduos culpados chegam a pagar menos que 0,25% dos acordos.¹⁵⁹ Por outro lado, as seguradoras pagam aproximadamente 68% do valor dos acordos judiciais, e as empresas pagam 31%.¹⁶⁰ Nesse cenário, percebe-se que os próprios acionistas minoritários é que acabam pagando a conta.¹⁶¹ Tem-se observado que a

estrutura atual gera um sistema perverso em que os inocentes se encarregam de acordos e não o culpado, o que acaba por constituir um arranjo que destrói o efeito dissuasório.¹⁶²

Enfim, o contencioso coletivo na área de mercado de capitais oferece um contraexemplo da eficiência que se exige com as *class actions*. Por consequência, doutrinadores têm notado que essas *class actions* consomem excessivos recursos judiciais, observando que 60% a 70% dos casos que se encerram em acordo requerem, no mínimo, três anos de disputa judicial.¹⁶³ Além disso, 20% das *class actions* envolvendo valores mobiliários levam mais de cinco anos para chegarem ao fim.¹⁶⁴

2. Convite à conduta antiética, conflitos de representação, patrocínio das despesas do processo por terceiros (*champerty*) e incentivos à litigiosidade

Em síntese, outra consequência negativa da atual prática da *class action* está em que os honorários advocatícios envolvidos são tão elevados que se tornam convidativos a condutas profissionais antiéticas ou patrocínio ilícito das despesas do processo (*champerty*).¹⁶⁵ Embora a litigância de classe tenha inspirado uma considerável literatura em relação aos principais problemas envolvendo conflitos de representação,¹⁶⁶ na prática atual do contencioso coletivo ocorrem poucas censuras às condutas antiéticas. Uma vez que a primeira avaliação sobre as condutas antiéticas está incluída nos requisitos de adequação, a frágil fiscalização judicial frequentemente deixa de identificá-las, e não limita, nem penaliza a infração cometida pelo advogado, em detrimento dos membros ausentes da classe. Além disso, os objetores de acordos coletivos duvidosos têm mostrado relativa fraqueza na proteção dos interesses da classe, tendo em vista que a maioria das cortes rejeitam sumariamente as impugnações realizadas.¹⁶⁷

Adicionalmente, os significativos incentivos gerados pelos honorários advocatícios que decorrem dos acordos coletivos têm contribuído para fomentar a litigância de classe; por isso, tão logo qualquer produto apresenta um defeito, os advogados ajuízam múltiplas e repetitivas *class actions* no país inteiro. A onipresença da mídia digital contribui para disseminar informações acerca do ingresso das *class actions*, ao que se seguem solicitações de pessoas que desejam participar do processo coletivo. Na narrativa romântica, essa situação é considerada positiva, apontando-se o exercício privado da advocacia em favor da reivindicação daqueles que sofreram perdas. Na contranarrativa, por outro lado, a mesma situação representa a atitude dos “caçadores de recompensas” que se utilizam do processo judicial como forma de empreendedorismo.¹⁶⁸ De forma similar aos problemas de fiscalização precária de condutas antiéticas nos acordos coletivos, os tribunais ignoram amplamente os patrocínios ilícitos e os incentivos à litigiosidade.¹⁶⁹

3. Confiança da sociedade no sistema judicial

No fim, aqueles que consideram viável uma reforma na regra da *class action* norte-americana devem questionar se a atual prática gera confiança da sociedade no sistema judicial. Embora o conceito das *class actions* seja admirável, é questionável se sua prática inspira confiança no Poder Judiciário. Não sabemos. É possível que a resposta dependa de onde cada um depositará credibilidade e se essa crença repousará sobre a narrativa romântica ou sobre a narrativa sombria dos litígios coletivos.

A litigância de classe é amplamente noticiada nas mídias sociais, inclusive as vultuosas indenizações e honorários que dela decorrem.¹⁷⁰ Consequentemente, é razoável que o público em geral tenha consciência da existência desse modelo de litigância. É difícil verificar, contudo, se os cidadãos concebem os litígios de classe como um veículo efetivo de reivindicação individual ou se, em vez disso, esses litígios geraram neles um certo grau de descrença em relação aos advogados. Além disso, existe uma escassez de comentários

acerca da satisfação dos membros da classe com os resultados da litigância coletiva, bem como faltam dados sobre a satisfação com o serviço dos advogados durante o processo. Se é o caso de a *class action* se tornar o ponto central de descrença em relação ao operador do direito e ao sistema judicial, então parece ser razoável que haja uma reforma para atacar essas causas.

III. – Reforma na regra da *class action*

A “Comissão Consultiva de Regras Civis” (*Advisory Committee on Civil Rules*) está novamente considerando modificar a Regra 23, uma iniciativa abrangente que se iniciou no início em 1991, mas foi abandonada em 1997.¹⁷¹ A Comissão, até então, emendou a regra em 2003, a fim de acrescentar questões pontuais sobre a escolha de advogados e seus respectivos honorários,¹⁷² além de outras questões menos relevantes.¹⁷³ A Comissão mais uma vez está considerando a possibilidade de acrescentar regras sobre acordos coletivos, revolvendo o debate que em 1990 se desenvolveu significativamente entre operadores do direito e a comunidade acadêmica.¹⁷⁴

Este artigo, no entanto, propõe uma mudança mais radical na regra das *class actions*, tendo em vista que ela, indiscutivelmente, já não serve aos propósitos que afirma ter, provou ser ineficiente e injusta, tem inspirado a litigância como empreendedorismo e desenvolveu uma jurisprudência hermética e complexa que contribui para a litigância de má-fé e cria armadilhas para o litigante incauto. Além disso, um modelo de *class actions* cuja prática é caracterizada pela concessão de substanciais honorários advocatícios e parcos retornos aos membros da classe pode ter gerado descrédito em relação ao sistema de Justiça.

Em 1991, durante a revisão da Regra 23, a Comissão inicialmente considerou reformá-la integralmente.¹⁷⁵ Essa iniciativa, no entanto, foi rejeitada após considerável resistência generalizada dos operadores do direito. Este artigo convida a Comissão a considerar uma revisão integral da Regra 23 à luz do conhecimento atual sobre a prática da litigância de classe. Os princípios que, de agora em diante, serão apresentados devem servir para simplificar a regra, retornar às suas origens, reduzir a confusão doutrinária e jurisprudencial, mitigar as práticas abusivas, eliminar a litigância de má-fé e as armadilhas postas aos litigantes incautos, assim como inspirar a confiança da sociedade no sistema judicial.

O que se seguirá estabelece um conjunto de princípios norteadores formulados para renovar completamente a regra e a prática das *class actions*. Claramente, alguns dos conceitos que serão apresentados devem esbarrar na codificação atual; outros podem ser inadequados por razões constitucionais previstas na *Rules Enabling Act*.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷ Entretanto, essas recomendações podem servir mais apropriadamente para considerações legislativas.

A) Uma única *class action*: extinção das diversas categorias de classe

Como sugerido anteriormente,¹⁷⁸ as atuais categorias de classe previstas na Regra 23(b), ou são instrumentos agonizantes da emenda de 1966, como no caso das categorias (b)(1), ou problemáticas doutrinariamente, como no caso das categorias (b)(2) e (b)(3). Além disso, a separação das classes no decorrer do tempo passou por uma mudança deformadora ou erosiva que tornou suas distinções em parte irrelevantes. Nesse contexto, a introdução da notificação discricionária em *class actions* obrigatórias mesclou essencialmente todas as classes, ao passo que, concomitantemente, manteve a difícil questão de apenas os membros da classe (b)(3) terem oportunidade de solicitar sua autoexclusão (*opt-out*). Em essência, as categorias de classes da Regra 23(b) não

representam nada senão um formalismo que permite a litigância de má-fé e contribui para o desperdício de tempo e de dinheiro.

O atual requisito de que as *class actions* sejam propostas com a especificação de uma das categorias previstas na Regra 23(b) remonta a um antigo requisito do *common law* segundo o qual os demandantes deveriam peticionar a partir de modelos específicos para cada caso, baseados nos *writs* apropriados. Esse complicado sistema de *writs*, que mais gerava frustrações do que justiça, foi solenemente abandonado em uma reforma do século XXVIII. A razão principal da reforma estava justamente na abolição de todas as formas preexistentes de ação e do complicado sistema de *writs*.¹⁷⁹ Com um único golpe, a reforma extinguiu décadas de confusão judicial, tornando-se um princípio que depois foi adotado pelo *Field Code*¹⁸⁰ e pelas *Federal Rules of Civil Procedure*.¹⁸¹

A regra de *class action* deve ser modificada para refletir a realidade que, em essência, existe apenas um tipo de *class action*, e ela devia ser simplesmente denominada “uma *class action*”. Nesse sentido, as categorias previstas na Regra 23(b) deveriam ser eliminadas em sua integralidade tendo em vista serem resíduos da emenda de 1966 que apenas geram incômodo. Apesar de os reformadores terem entendido que as categorias da Regra 23(b) deveriam ser implementadas, a existência isolada dessas categorias, no século XXI, sobreviveu à sua utilidade. Hoje, essas categorias de classe servem meramente como impedimentos formais à resolução das disputas agregadas.

Ironicamente, em vez de adotar a concepção de que as categorias atualmente se fundiram, a Comissão está ressuscitando a proposta de acrescentar mais uma categoria para os acordos coletivos.¹⁸² Essa proposta foi derrubada ao final da década de 1990,¹⁸³ mas pode ganhar impulso nesse novo círculo de reformas. A ideia de acrescentar uma nova categoria para os acordos coletivos revela a lamentável tentativa de modificar a regra a partir do acréscimo de artigos, obliterando a possibilidade de uma reforma integral e verdadeiramente significativa.

B) Concessão apenas de tutelas mandamentais e extinção das *class actions* para a tutela de danos em massa/de valor-negativo

Possivelmente – e de modo controverso – desde a emenda de 1966, o carro-chefe de situações abusivas na prática das *class actions* se concentra na categoria prevista na Regra 23(b)(3). A *class action* para a tutela de danos foi uma invenção dos legisladores de 1966, sendo que antes dela não houve qualquer previsão de *class action* para reparação de danos.¹⁸⁴ O advento da crise do contencioso de massa entre 1980 e 1990, acompanhada pela onda de *class actions* consumeristas do século atual, tornou essas demandas para a tutela de danos dominantes no cenário do contencioso judicial.¹⁸⁵

A ascensão das *class actions* para a reparação de danos tem sido acompanhada por uma série de problemas que a conduzem ao descrédito. Essa *class action*, marcada pelos vultuosos honorários advocatícios, tem criado incentivos a que a litigância agregada se transforme em um grande negócio. Nesse contexto, apresentam-se uma série de condutas abusivas que passaram a ser objeto das críticas ao contencioso agregado: empreendedorismo dos advogados (taxados de “caçadores de recompensas”) incentivos à litigiosidade coletiva, apresentação de demandas temerárias, “venda de membros da classe” por advogados (principais conflitos de representação), acordos ilegítimos chancelados por juízes acomodados (proteções de devido processo legal inadequadas, medidas reversivas, acordos de *cupom*, indenizações *cy pres*), e insuficiente ou insignificante compensação para os litigantes. Talvez, a maior evidência que comprova a transformação das *class actions* de danos em um negócio lucrativo está no financiamento desses litígios por terceiros,¹⁸⁶ que esperam um retorno substancial a partir do montante

que investiram.

Grande parte dos recentes prejuízos causados por *class actions* poderia ser evitada com a eliminação das *class actions* para a reparação de danos. Isso não é exagero: essa *class action* não existia antes de 1966. Ausentes os honorários advocatícios admitidos nessas *class actions*, boa parte da atual mercantilização da litigância de classe basicamente desapareceria. Nesse contexto, uma reformulação na prática das *class actions* pode fazer com que a litigância de classe retorne à função primária que desempenhava na década de 1960: obter tutelas mandamentais, apenas. Os legisladores estão convidados a imaginar um cenário de litigância agregada transformado no qual se dispensa as *class actions* de danos e permanece apenas com as *class actions* de tutelas mandamentais.

Defensores das *class actions* para a reparação de danos apontam qualidades quase divinas, defendendo-as como o melhor veículo para reivindicar pequenas-causas de consumo, que sem elas ficariam sem qualquer resolução. Mas se as *class actions* consumeristas, na verdade, não têm serventia para dissuadir o infrator, e, além disso, geram insignificante retorno aos membros da classe, é razoável questionar se há legitimidade nessa espécie de ação – ou se ela existe principalmente para remunerar advogados empreendedores com seus honorários altíssimos.

Comportamentos empresariais abusivos, que dão ensejo a pequenos danos devem ser combatidos com atuação regulatória, incluindo penalidades, multas, *recall* de produtos (ou sua retirada do mercado) e sanções penais. Os demandantes apontam que o regime regulatório norte-americano é precário, e que por isso não apoiam tal proposta. No entanto, a resposta não está em criar um sistema de *class action* com seus próprios graves problemas, mas, em vez disso, defender e trabalhar em favor de uma fiscalização regulatória mais robusta e eficiente.

C) Notificação e princípio do *opt-in* (solicitação para ingressar na ação como substituído processual)

A Regra 23 em vigor e a jurisprudência em matéria de *class actions* promove toda uma confusão nas disposições acerca da notificação, algumas são obrigatórias e outras discricionárias, dependendo da categoria da classe.¹⁸⁷ Além disso, não obstante o fato de a notificação ser possível nas classes (b)(1) e (b)(2), a classe das vítimas de danos é a única categoria na qual se exige a oportunidade de autoexclusão (*opt-out*).¹⁸⁸ Após essa bagunça no quadro das *class actions*, alguns juízes voluntariosos passaram a oferecer discricionariamente a oportunidade de autoexclusão (*opt-out*) nas espécies (b)(2).¹⁸⁹ Essas contradições jurisprudenciais têm reconstruído a tão conhecida questão de devido processo do caso *Shutts*,¹⁹⁰ que, aliás, ainda precisa ser resolvida pela Suprema Corte.

Uma regra reformulada de *class action* poderia resolver o problema e eliminar os entendimentos contraditórios ao tornar a notificação um requisito obrigatório em quaisquer *class actions*. Além disso, a fim de ancorar a litigância de classe sobre os princípios da democracia participativa e da autonomia da vontade, uma regra reformada se basearia no princípio do *opt-in* em vez do atual *opt-out*.¹⁹¹ A jurisprudência das *class actions* já não teria de confiar nos artifícios da teoria do consenso implícito, mas, ao contrário, os membros da classe teriam de afirmar seu desejo de participar do processo coletivo consentindo expressamente com a representação.¹⁹²

D) Análise da plausibilidade do mérito

Uma boa parcela de tempo, energia e dinheiro é dedicada no início do processo coletivo para a certificação da classe. Como já indicado,¹⁹³ esse procedimento é orientado pelos

requisitos de admissibilidade implícitos que se desenvolveram na jurisprudência, assim como por aqueles previstos na Regra 23(a). Esse momento se tornou o principal motivo de conflito e lentidão entre as partes do processo, uma vez que se perdem em discussões paralelas à busca pela resolução de mérito. O processo de certificação da classe, então, deve ser descartado em favor de um procedimento que, em vez disso, garanta que causas cujo mérito seja plausível sejam julgadas na via agregada.

O requisito implícito para a adequada definição de uma classe se tornou um campo minado para os demandantes, uma vez que o requisito de determinabilidade (*ascertainability*) tem inspirado um peculiar jogo de esconde-esconde, que agora pode frustrar a certificação já na fase postulatória (*pleading stage*).¹⁹⁴ Os requisitos de admissibilidade previstos na Regra 23(a) deixam a desejar. A previsão do requisito de numerosidade (*numerosity*) se tornou um apêndice pitoresco perante a amplitude das atuais *class actions*, além de estar acompanhado de uma jurisprudência hermética que se atém a questões tão esquisitas quanto a *dispersão geográfica da classe*.¹⁹⁵ O requisito da *comunalidade* (*commonality*) da Regra 23(a)(2) tem sido negligenciado, na medida em que o requisito de *predominância das questões comuns* (*predominance*), quando corretamente preenchido, automaticamente o satisfaz. Vale destacar que nas espécies (b)(1) e (b)(2)¹⁹⁶ a “teoria da coesão” introduz o princípio da *predominância* dentro do requisito da *comunalidade*. Além disso, os tribunais divergem sobre a qualidade e sobre a natureza do requisito da *comunalidade* (*commonality*), gerando dificuldades em definir quando uma classe finalmente preenche esse requisito e, por consequência, abrindo espaço para significativas oportunidades de impugnação.¹⁹⁷

Semelhantemente, há tempos a jurisprudência tem combatido o requisito da *tipicidade* previsto na Regra 23(a)(3), frequentemente definindo-o de uma maneira tautológica ou indicando que esse se sobrepõe entre os requisitos de *comunalidade* (*commonality*) e *adequação* (*adequacy*). E, como mencionado,¹⁹⁸ os tribunais negligenciam o requisito da *adequação* previsto na Regra 23 (a)(4), tornando-o letra morta. Finalmente, a exigência de que os proponentes de certificação da classe o façam com fundamento em uma ou mais categorias da Regra 23(b) tem sido tumultuada pela jurisprudência exótica que vem se formando a respeito dessas categorias de classe, conforme explanado anteriormente.¹⁹⁹

Todo o procedimento de certificação, assim, frequentemente reflete um debate complexo em que os resultados dependem mais da localidade na qual se ingressa com a ação. Além de todo o gasto decorrente das ineficiências geradas pelo processo de certificação, o senso de justiça de qualquer pessoa fica ofendido pelas decisões contraditórias de certificação que variam de lugar em lugar. Portanto, assim como foi sugerido em relação às categorias da Regra 23(b), também os requisitos da Regra 23(a) devem ser removidos da norma. Esses pré-requisitos – por constituírem um agrupamento de princípios desarmônicos e contraditórios – precisam ser eliminados em favor de um verdadeiro juízo de admissibilidade sobre a necessidade de uma tutela coletiva de eventuais danos.

A *class action* ora proposta não deveria se afogar desde o início em requisitos de admissibilidade intrincados e herméticos, como hoje em dia, em que a fase preliminar de provas durante a certificação gera excessivas despesas, inclusive com testemunhas especialistas e audiências *Daubert*.²⁰⁰⁻²⁰¹ Um requisito de admissibilidade de *comunalidademínima* (não predominância) deveria gerar presunção de validade e isso ser tudo o que se exige para ajuizar-se uma ação.²⁰² Além disso, o processo deveria continuar até que fosse validamente contestado pelas partes que se opusessem à classe.²⁰³ A fim de contrabalancear essa presunção de validade, os demandados deveriam receber uma oportunidade preliminar de se opor às teses e ao mérito da ação.

Um dos principais problemas da prática forense atual em torno das *class actions* está na

resistência dos tribunais em analisar e decidir acerca dos requisitos de admissibilidade da petição inicial antes de avaliar o pedido de certificação, apesar de o *Federal Judicial Center* já ter indicado que essas questões devem ser endereçadas em um momento inicial do caso.²⁰⁴ O cenário jurídico seria aperfeiçoado pelo reconhecimento de que nem todas as *class actions* propostas são substancialmente meritórias, e que, pelo menos algumas, são juridicamente temerárias ou completamente sem sentido.

Uma parcela relevante de doutrinadores, nesse contexto, tem sugerido que os tribunais deveriam ser investidos no poder de proferir uma decisão preliminar acerca do mérito da *class action* durante a fase de certificação.²⁰⁵ Uma possível revisão do processo da *class action* eliminaria os juízos atuais da Regra 23(a) e (b) e, assim, traria a atenção da Corte para a decisão preliminar acerca do mérito do litígio de classe, com base na Regra 12(b)(6) ou nas petições de julgamentos sumários. Dessa forma, os tribunais poderiam avaliar eventuais controvérsias acerca do mérito no início do processo agregado, a fim de evitar as ineficiências geradas ao permitir ações infundadas ou temerárias.

E) Despesas processuais, honorários advocatícios e sucumbência

Em 2003, a Comissão Consultiva acrescentou à Regra 23(h) um dispositivo relacionado a honorários advocatícios.²⁰⁶ A regra não estabelece qualquer método em particular para o recebimento dos honorários, porém, a Comissão sugere algumas possíveis abordagens.²⁰⁷ A adoção da Regra 23(h) tinha a intenção de codificar a então prática forense em torno dos honorários advocatícios, reunindo tanto o método *lodestar*²⁰⁸ quanto o método do percentual do proveito econômico.²⁰⁹ O dispositivo da norma que diz respeito aos honorários advocatícios suscita problemas com o *Rules Enabling Act*, uma vez que a questão dos honorários advocatícios envolve direito material. Nesse sentido, qualquer reconsideração sobre os honorários e suas metodologias precisa ser resolvida pelo Poder Legislativo.

A crítica sobre a atual prática das *class actions* se concentra frequentemente na dimensão desproporcional dos honorários advocatícios, já que não refletem propriamente o trabalho e o tempo despendido pelo advogado, tampouco a natureza do litígio ou a indenização que é concedida aos membros da classe. É desnecessário reiterar que aqueles que defendem as *class actions* são igualmente defensores do sistema de honorários vigente.²¹⁰ Não obstante, os honorários advocatícios permanecem elevando a desconfiança sobre a litigância agregada, e além disso são objeto de significativa desaprovação no exterior.²¹¹ Além do mais, como sugerido anteriormente,²¹² a expectativa de expressivos honorários advocatícios é, sem dúvida, o carro-chefe do crescimento exponencial no século XXI das *class actions* para a tutela de danos da Regra 23(b)(3), impulsionando não só a litigância empreendedora como também esquemas de financiamento por terceiros.

A reforma do sistema de honorários e do financiamento das despesas processuais serviria para filtrar a litigiosidade oportunista e de mérito duvidoso. O financiamento por meio de terceiros deve ser impedido, uma vez que incentiva o ingresso de pessoas motivadas apenas pelo lucro – desinteressadas necessariamente no melhor para os membros da classe. Além disso, o financiamento por terceiros introduziu desafiantes conflitos ético para a litigância de classe, não menos importantes que o próprio controle dos litígios por terceiros.²¹³

Em vez disso, tendo em conta diversos modelos que existem no mundo, o financiamento público dos litígios de classe pode ser benéfico.²¹⁴ Isso, especialmente, se esse contencioso voltar à sua natureza mandamental originária: ou seja, uma reforma institucional com propósitos públicos. Há diferentes modelos de financiamento público, os quais incluem

comissões de triagem (*screening committees*) que avaliam as solicitações e determinam quando empregar os fundos públicos para subsidiar o processo coletivo.

Os fundos para o financiamento das *class actions* devem ser gerados a partir de uma contribuição vinculada à declaração de imposto de renda²¹⁵, semelhante ao atual financiamento das campanhas eleitorais. Nesse sentido, indivíduos altruístas preocupados com o acesso à justiça por meio de *class actions* poderiam apoiar sua convicção enquanto aqueles que se opõem ao contencioso coletivo poderiam simplesmente declinar. Além do mais, os honorários advocatícios devem ser estipulados pelo Legislativo em tabelas pré-definidas, permitindo que os advogados tenham ciência antecipadamente acerca dos possíveis honorários que podem auferir em decorrência do êxito em uma *class action*. Finalmente, a promulgação de uma lei segundo a qual o vencido devesse pagar pelos honorários advocatícios de sucumbência serviria para aperfeiçoar o julgamento de questões agregadas realmente meritórias e, ao mesmo tempo, para frear o entusiasmo daqueles que propõem *class actions* temerárias.

F) Escolha do advogado da classe

A Regra 23(g), concebida em 2003, estabelece os requisitos necessários para a escolha dos advogados da classe.²¹⁶ Assim como a Regra 23(h), seu objetivo é codificar os princípios relacionados à escolha dos advogados da classe, bem como a sua adequação para representá-la. Em casos complexos e de grande escala, muitas vezes isso levou à discussão judicial de múltiplas petições envolvendo tal escolha²¹⁷.

No século atual, a litigância de classe tem se tornado altamente especializada, repleta tanto de advogados experientes como de neófitos atraídos pelo canto da sereia das *class actions*. Nesse cenário, os clientes e o sistema judicial são bem servidos quando os advogados são comprometidos e experientes, bem como munidos de recursos suficientes para defender as causas em que atuam.

Para essa finalidade, pode ser útil a criação de um cadastro nacional que contenha o nome dos advogados mais experientes, apontando aqueles que são pré-qualificados como especialistas em *class actions*, capazes de servir como advogados de classe. Cumpre destacar que diversos estados certificam os advogados especializados em uma determinada área,²¹⁸ o que, se aplicado às *class actions*, pode consideravelmente otimizar os instrumentos de avaliação que auxiliam os tribunais e litigantes na escolha daqueles mais competentes para representar uma classe.

G) Acordo e audiência

A Regra 23(e) determina a realização de uma audiência para aferir a equanimidade de um acordo quando as partes tiverem conseguido pactuá-lo.²¹⁹ Essa é uma boa medida, e parece não haver necessidade de criar novo dispositivo tratando dessa questão para outros acordos, o que só complicaria mais a regra já existente. Se a regra da *class action* fosse revisada de modo a eliminar os requisitos das Regras 23(a) e (b), então um juízo sobre os requisitos da certificação de classe seria desnecessário. Não haveria necessidade de se criar uma classe para aqueles que negociam acordos coletivos sujeita a requisitos distintos daqueles exigidos para as classes que optam pelo processo.

Ao contrário, a prática das *class actions* seria aperfeiçoada por uma análise judicial mais robusta acerca das negociações nos acordos coletivos, em vez da avaliação *pro forma* ou mecânica que simplesmente endossa as propostas apresentadas. Institucionalizar um papel para “objetores profissionais” (*professional objectors*) ou “guardiões independentes da classe” (*independent class guardians*) pode auxiliar na avaliação objetiva da

equanimidade, adequação e razoabilidade dos acordos propostos. Evidentemente, a necessidade de uma análise judicial mais detida e minuciosa dos acordos de classe não pode ser determinada pela lei, mas deve ser gerada a partir da cultura jurídica.

Além disso, as atuais objeções aos acordos coletivos geralmente se voltam à inadequada compensação e representação dispensada aos membros da classe, aos “acordos reversivos” ou *cy pres* e aos “acordos cupom” (*coupon-like remedies*), entre outros. Muitos, se não todos, desses argumentos surgem em razão dos acordos coletivos realizados em *class actions* para a tutela de danos. Esses problemas, porém, desapareceriam se essa espécie de *class action* não fosse mais admitida na Regra 23.

Conclusão

A reflexão sobre o contencioso coletivo por meio de *class actions* tem se tornado majoritariamente um espaço para debates ideológicos e partidários, nos quais ambas as partes ignoram a opinião uma da outra. Aqueles que defendem as *class actions*, de um lado, persistem na narrativa romântica e se recusam a concordar com as alegações de litigância agregada abusiva. Além disso, também resistem a qualquer modificação na prática ou na jurisprudência, que, em sua visão, implicaria em denegação ao acesso à justiça. Os críticos das *class actions*, de outro lado, rejeitam a necessidade ou os benefícios decorrentes desse modelo, apontando-as como forma economicamente injusta de implementação do estado de bem-estar social. Assim, apoiam os esforços para a reforma que pretende limitar esse tipo de contencioso. Com isso, o debate sobre o tema se resume a uma postura retórica e amplamente partidária de ambos os lados.

A regra de *class action* já foi várias vezes emendada e a Comissão Consultiva para Regras Civis (*Advisory Committee on Civil Rules*) vem tornando a reconsiderar as disposições da Regra 23. A Comissão normalmente modifica a regra a partir do acréscimo de novas disposições. A audácia não é sua qualidade marcante.²²⁰ Diante dessa postura, de acordo com a experiência passada, é provável que a Comissão proponha mudanças meramente acessórias na Regra 23, que certamente causarão confusão doutrinária, litigância de má-fé e interpretações divergentes. E inevitavelmente, nesse ínterim, é provável que qualquer proposta de mudança à Regra encontre resistência ideológica de ambos os lados da moeda.

O que a Comissão Consultiva não fará é considerar qualquer mudança radical na regra ou na prática das *class actions*. Isso pode ser útil, entretanto, para reconhecer que a atual prática das *class actions*, no que toca à Regra 23, se tornou consideravelmente disfuncional. Na década de 1960, os reformadores reconheceram que a Regra 23 original, naquela época, estava defasada, e a modificaram. Talvez tenha chegado o momento de reconhecer a defasagem dessa Regra após a emenda de 1966.

A regra da *class action*, em si, não é um instrumento ruim. Apenas não está funcionando, ou funciona ineficientemente. A premissa fundamental deste Artigo aponta que existem escassas evidências aptas a confirmar que as *class actions* cumprem os objetivos de compensação, dissuasão e eficiência para os quais foram idealizadas. Além disso, grande parcela das alegações sobre litigância agregada abusiva está relacionada às *class actions* de danos, essencialmente inventada em 1966. Vale destacar que a Regra 23 vigente funciona mal porque a rede intrincada de jurisprudência sobre as *class actions* serve como um impedimento para se obter uma significativa tutela coletiva. Portanto, para esse fim, a regra da *class action* deve ser revisada para retornar à sua forma simplificada e, assim, poder melhor servir aos fins da Justiça.

Como indicado alhures, a litigância de classe se tornou um negócio lucrativo e que reúne

inúmeros atores no sistema vigente, incluindo também os litigantes, os tribunais, os profissionais credenciados (*commercial notice vendors*) e os terceiros patrocinadores. Consequentemente, as propostas aqui delineadas acenderão a ira desses muitos envolvidos. Por exemplo, os advogados dos demandantes rechaçarão a proposta de extinguir as *class actions* de danos, enquanto os advogados dos demandados a acolherão bem. Os advogados das empresas rechaçarão a proposta de criação da regra de presunção de classe com base na simples satisfação do requisito de *comunalidade* (*commonality*), enquanto os advogados dos demandantes abraçarão a proposta como um avanço aos interesses da justiça. Os demandantes se oporão a qualquer análise preliminar do mérito; e os demandados verão nisso um mecanismo sensível contra *class actions* infundadas. Além disso, os demandados apreciarão as limitações ao financiamento por terceiros e as mudanças no modelo de honorários advocatícios, entendendo-as como modificações racionais para um sistema que busca dissuadir a litigância especulativa. Os demandantes, porém, detestarão essas limitações alegando cerceamento da liberdade de contratar e denegação do acesso à justiça. Por fim, ambos os lados e o Poder Judiciário são propensos a se rebelarem diante da cogitação de substituir o atual modelo de *opt-out* pelo de *opt-in*.

Não devemos nos iludir pensando que a Comissão (*Advisory Committee on Civil Rules*) consideraria qualquer das propostas aqui esboçadas. Além do mais, praticamente todas essas recomendações seriam natimortas caso fossem apresentadas à Comissão para sua ciência e comentários. Por isso, essas recomendações são destinadas às reflexões teóricas da numerosa comunidade acadêmica que vive em uma torre de marfim, isolados da prática jurídica. Em última análise, forças poderosas inevitavelmente convergirão para frustrar significativas mudanças na atual prática das *class actions*: notadamente, os investidores que têm muito investido no atual sistema – embora disfuncional – e a própria Comissão Consultiva, que é tímida, conservadora e constrangida por forças políticas.

Foi, portanto, nada menos que um milagre o fato de os reformadores da Regra 23 no início da década de 1960 terem formulado uma norma completamente nova. No mais, este artigo convida à consideração e ao debate acerca do que seria o universo processual sob um regime de tutela coletiva diferente.

Pesquisas do Editorial

- **ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CLASS ACTIONS NORTE-AMERICANAS (PEQUENOS CONTRAPONTO COM AS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS)**, de Flávia Batista Viana - RePro 159/2008/93
- **AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS: POR QUE ELAS NÃO EXISTEM NEM DEVERIAM EXISTIR?**, de Edilson Vitorelli - RePro 278/2018/297

FOOTNOTES

1

Veja, por exemplo, Richard Marcus, *'American exceptionalism' em goals for civil litigation*, em

Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems 123, Alan Uzelac ed., 2014, louvando o excepcionalismo processual como um instrumento singular do contencioso norte-americano, representado por acesso à justiça facilitado, ampla produção de provas e julgamento pelo júri); Linda S. Mullenix, *American exceptionalism and the theory of convergence: are we there yet?*, in *Common law, civil law and the future of categories* 41 (Janet Walker & Oscar G. Chase eds., 2010).

2

Veja supra nota 1.

3

Veja, por exemplo, Richard B. Cappalli & Claudio Consolo, *Class actions for Continental Europe? A preliminary inquiry*, 6 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 217, 218-19 (1992), relatando a resistência europeia quanto ao modelo de contencioso de classe norte-americano, referindo-se a essa modalidade como um tipo de procedimento *Ruber-Golderg*. (*Nota do Tradutor*: a expressão “Ruber-Golderg”, nos EUA, se popularizou para fazer referência a qualquer sistema confuso e complicado).

4

Veja Robert Dallek, Lyndon B. *Johnson: portrait of a president 190-207* (2004).

5

Veja David Marcus, *The history of the modern class action, Part I: Sturm und Drang, 1953-1980*, 90 *Wash. U. L. Rev.* 587, 600-01 (2013) descrevendo o fracasso da regra de *class action* originária. Veja genericamente Sherman L. Cohn, *The new federal rules of civil procedure*, 54 *Geo. L.J.* 1204 (1966), um comentário sobre a revisão da regra em 1966; Benjamin Kaplan, *Continuing work of the civil committee: 1966 Amendments of the federal rules of civil procedure* (pt. 1), 81 *Harv. L. Rev.* 356 (1967), anotações do Relator da Comissão Consultiva sobre as emendas de 1966.

6

Veja supra nota 5.

7

Veja, por exemplo, *Soc’y for the Good Will to Retarded Children, Inc. v. Cuomo*, 572 F. Supp. 1300 (E.D.N.Y. 1983) determinando medidas corretivas em uma instituição estadual para crianças com deficiência mental que se encontrava em violação dos direitos constitucionais, revogado pelo 737

F.2d 1239 (2d Cir. 1984); *Manicone v. Cleary*, No. 74 C 575, slip op. (E.D.N.Y. June 30, 1975), assegurando, com certa limitação, *inter alia*, o direito ao preso de ter acesso a telefones; *United States v. Kahane*, 396 F. Supp. 687 (E.D.N.Y.), direito aos acusados de obter comida de acordo com requisitos dietéticos, o que foi modificado, em 527 F.2d 492 (2d Cir. 1975); *Hart v. Cmty. Sch. Bd.*, 383 F. Supp. 699 (E.D.N.Y. 1974), determinando um plano de integração para escola fundamental *Mark Twain*, em *Coney Island*, no *Brooklyn*, *aff'd*, 512 F.2d 37 (2d Cir. 1975); *Wilson v. Beame*, 380 F. Supp. 1232 (E.D.N.Y. 1974), tolerância com os prisioneiros muçulmanos. Veja genericamente Abram Chayes, *The role of the judge in public law litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976) discutindo o novo paradigma do contencioso de direito público.

8

Veja Richard L. Marcus, *Public law litigation and legal scholarship*, 21 U. Mich. J.L. Reform 647, 648 (1988), “basicamente, o foco de Chayes no contencioso de direito público parece mal concebido, pois a incidência do tipo de ações judiciais que ele tinha em mente – acabar com a segregação nas escolas ou melhorar condições penitenciárias – minguaram até mesmo enquanto ele escrevia”.

9

Veja, por exemplo, *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 177-79 (1974) alocando custos de notificação para os membros da classe sobre os seus advogados; *Zahn v. Int'l Paper Co.*, 414 U.S. 291, 301 (1973) requerendo que todos os membros da classe, em *diversityclass actions*, satisfizessem individualmente o valor da causa, o que foi substituído pela lei, a partir do Federal Courts Study Implementation Act de 1990, Pub. L. No. 101-650, tit. III, § 310, 104 Stat. 5104, 5113-14 (codificado no 28 U.S.C. § 1367 (2012)), *tal como reconhecido em Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs., Inc.*, 545 U.S. 546, 562 (2005).

10

Veja Peter H. Schuck, *Agent orange on trial: mass toxic disasters in the courts* (1986). Veja genericamente Linda S. Mullenix, *Mass tort litigation: cases and materials* (2d ed. 2008), ampla análise jurídica sobre os desafios que os litígios de reparação de danos de massa impõem; Jack B. Weinstein, *Individual justice in mass tort litigation* (1995), uma análise sobre o litígio de reparação de danos de massa e a avaliação de sua efetividade.

11

Veja genericamente Richard A. Nagareda, *Mass torts in a world of settlement* (2007) que produziu uma análise sobre a função dos advogados nas ações de reparação de danos de massa e a discussão que atravessou a década de 1990.

12

Veja, por exemplo, *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999); *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 519 (1997); *Cimino v. Raymark Indus., Inc.*, 151 F.3d 297 (5th Cir. 1998); *Castano v. Am. Tobacco Co.*, 84 F.3d 734 (5th Cir. 1996); *também relacionado Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995).

13

Veja, por exemplo, *Comcast Corp. v. Behrend*, 133 S. Ct. 1426 (2013); *Amgen Inc. v. Conn. Ret. Plans & Trust Funds*, 133 S. Ct. 1184 (2013); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011); *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig.*, 552 F.3d 305 (3d Cir. 2008).

14

Veja, por exemplo, Myriam Gilles, *Opting out of liability: The forthcoming near-Total demise of the modern class action*, 104 Mich. L. Rev. 373 (2005); Robert H. Klonoff, *The decline of class actions*, 90 Wash. U. L. Rev. 729 (2013); George Rutherglen, *Wal-Mart, AT&T Mobility, and the decline of the deterrent class action*, 98 VA. L. Rev. In Brief 24 (2012); Benjamin Sachs-Michaels, Note, *The demise of class actions will not be televised*, 12 Cardozo J. Conflict Resol. 665 (2011).

15

Veja Andrew J. Trask, *Reactions to Wal-Mart v. Dukes: Litigation strategy and legal change*, 62 Depaul L. Rev. 791, 793 (2013) afirmando que “embora diversos doutrinadores e advogados tenham sustentado o contrário, [as decisões dos tribunais] não significam o definhamento das *class actions*”, em vez disso demonstra a tendência de mudanças no modelo que são necessárias ao longo do tempo.

16

Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4 (condicionado como 28 U.S.C. §§ 1332(d), 1453, 1711-1715, 2074 (2012)). A lei prescreve que não ocorreria qualquer efeito sobre a autoridade normativa dos Tribunais.

17

Veja Linda S. Mullenix, *Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution*, 107 NW. U. L. Rev. 511, 531-36 (2013); veja também *Class Action*, LAW360, [www.law360.com/classaction/] (última visita 14 de dezembro de 2014), *blog* de notícias diárias acerca das decisões em *class actions*.

18

Veja, por exemplo, Howard M. Erichson & Benjamin C. Zipursky, *Consent versus closure*, 96 Cornell L. Rev. 265 (2011) discutindo problemas de acordos agregados pluri-individuais; Thomas E. Willging & Emery G. Lee III, *From class actions to multidistrict consolidations: aggregate mass tort litigation after Ortiz*, 58 U. Kan. L. REV. 775 (2010), discutindo a tendência dos acordos pluri-individuais.

19

Am. Law Inst., Principles of the law of aggregate litigation § 1.02(a) (2010), “a ação agregada é uma única ação que engloba diversas demandas ou contestações de múltiplas partes ou representantes”.

20

Veja 28 U.S.C. § 1407 (2012); *see also* Willging & Lee, *supra* nota 18, em 776.

21

Veja Victor E. Schwartz & Christopher E. Appel, *Rational pleading in the modern world of civil litigation: the lessons and public policy benefits of Twombly and Iqbal*, 33 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 1107, 1111-12 (2010).

22

Id. em 1109 aponta-se que, na década de 1930, a notificação foi desenvolvida como uma reação às regras herméticas do *pleading* do *common law* e à rigidez do *pleading* codificado.

23

Veja Doug Rendleman, *Simplification – A civil procedure perspective*, 105 Dick. L. Rev. 241, 243 (2001) a notificação federal surgiu para substituir o método trabalhoso do *pleading* codificado.

24

Nota do Tradutor: o chamado “Field Code”, promulgado no Estado de Nova York em 1848, foi idealizado pelo jurista David Dedley Field e amplamente adotado (total ou parcialmente) por muitos estados americanos e no sistema judiciário federal.

Veja Cohn, *supra* nota 5; Kaplan, *supra* nota 5, em 380-86; Marcus, *supra* nota 6, em 600-01.

Veja Schwartz & Appel, *supra* nota 21, em 1111-12.

Por exemplo, Elizabeth J. Cabraser, *Enforcing the social compact through representative litigation*, 33Conn. L. Rev. 1239, 1242 (2001) discutindo regulação a partir das *class actions* como instrumento para reparar transgressões de grandes corporativas que ofendem a saúde pública, segurança e os direitos do consumidor; tutela contra o comportamento das corporações que transgridem o pacto social” e restauração “do equilíbrio das liberdades, direitos e obrigações na comunidade de iguais”; Elizabeth J. Cabraser & Thomas M. Sobel, Practitioners’ Note, *Equity for the victims, equity for the transgressor: the classwide treatment of punitive damages claims*, 74 Tul. L. Rev. 2005 (2000) discussão sobre punição de danos em massa como método efetivo para punir transgressões de corporativas; Elizabeth J. Cabraser, *The essentials of democratic mass litigation*, 45 Colum. J.L. & Soc. Probs. 499, 501-03 (2012) examinando como as *class actions* proporcionam consistências e eficiências para a reparação de danos em massa, bem como estimulam e protegem os princípios democráticos no direito do consumidor, na saúde pública, na segurança e na violação de direitos humanos; Elizabeth J. Cabraser, *The Procedural Vision of Arthur R. Miller: A practitioner’s Tribute*, 90 Or. L. Rev. 929, 931 (2012) descrevendo a função das *class actions* como promotora de acesso à justiça para investidores, consumidores e vítimas de danos.

Veja, por exemplo, *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997), a *Comissão Consultiva (Advisory Committee)* tinha predominantemente a reinvidicação de “direitos de associações de pessoas que individualmente não teriam efetividade em trazer seus ofensores ao Tribunal”; citação de Benjamin Kaplan, *A prefatory note*, 10 B.C. Indus. & Com. L. Rev. 497, 497 (1969); *Beattie v. CenturyTel, Inc.*, 511 F.3d 554, 567 (6th Cir. 2007) “a essência da política do mecanismo de classe é superar o problema das pequenas reivindicações que não concedem qualquer incentivo para um único indivíduo ingressar ação em favor de seus direitos”; citando também *Amchem*, 521 U.S. em 617, *internal quotation marks omitted*; *Smilow v. Sw. Bell Mobile Sys., Inc.*, 323 F.3d 32, 41-42 (1st Cir. 2003) discutindo os escopos políticos das *class actions* com foco sobre *class actions* de consumo de pequenos-valores; *Allison v. Citgo Petrol. Corp.*, 151 F.3d 402, 427 (5th Cir. 1998), Dennis J. diverge, em resumo, dos objetivos das *class actions*: sobre promoção de eficiência e economia, evidencia a necessidade de múltiplos procedimentos, agregação de pequenas causas e o desenvolvimento de acesso à justiça.

Veja, por exemplo, Helen Perry Grimwood, *Lawyers as leaders-Part II*, Ariz. ATT'Y, Oct. 2005, em 6, 6 descrevendo o mundo dos advogados dos demandados como aquele que “assegura os direitos do pobres e hipossuficientes; que representa os direitos de pessoas que sem ajuda estariam sem esperança”; Troy A. McKenzie, “*Helpless*” *Groups*, 81 Fordham L. Rev. 3213 (2013) descrevendo a importância da função dos hipossuficientes na história da litigância de classe.

Veja, por exemplo, John Alan Cohan, *Obesity, public policy, and tort claims against fast-food companies*, 12 Widener L.J. 103, 130 (2003) aponta que “as *class actions* são úteis para impedir o mal comportamento das corporações [...] As empresas são responsáveis pela ausência de vigilância em relação à saúde e vida humana, o que as torna alvo de muitos processos”.

Veja, por exemplo, James M. Finberg, *Class actions: useful devices that promote judicial economy and provide access to justice*, 41 N.Y.L. Sch. L. Rev. 353, 353-54 (1997) *class actions* permitem demandantes no intuito de “equilibrar o conflito contra empresas grandes e ricas”; Alexandra Lahav, *Fundamental principles for class action governance*, 37 Ind. L. Rev. 65, 100-01 (2003) caracterizando as *class actions* como mecanismo significativo “num mundo onde as interações econômicas e políticas são invasivas na vida das pessoas comuns”; Kathleen Flynn Peterson, *Standing up for high standards*, Trial, Apr. 2008, em 9, 9 apontando que aqueles que se utilizam das *class actions* precisam de “lutar contra os poderosos recursos revestidos de interesses especiais para garantir os direitos que permitem os norte-americanos a no mínimo litigar contra as grandes corporações”; Winnie Chau, Nota, *Something old, something new, something borrowed, something blue and a silver sixpence for her shoe: dukes v. Wal-Mart & Sex Discrimination Class Actions*, 12 Cardozo J.L. & Gender 969, 970 n.4 (2006) pontuando a metáfora em que a perspectiva das *class actions* se sustenta em uma forma de “nobres guerreiros das cruzadas [...] que reivindicam contra seus inimigos, as corporações”, lembrando *Talk of the nation: analysis – Class action lawsuits* (National Public Radio broadcast July 15, 2004). Veja genericamente as fontes citadas supra nota 27, trabalhos de Ms. Cabraser que meditam sobre a perspectiva das *class actions*.

Veja Cohan, supra nota 30, em 130; Jonathan Turley, *A crisis of faith: tobacco and the madisonian democracy*, 37 Harv. J. On Legis. 433, 467 (2000) diz que “A responsabilidade das empresas sobre a insensibilidade com a saúde e vida humana é apropriadamente sob o risco de procedimento de massa

Veja David Rosenberg, *Decoupling deterrence and compensation functions in mass tort class actions for future loss*, 88 Va. L. Rev. 1871, 1906, n. 62 (2002) apontando o “dominante consenso” entre doutrinadores e acadêmicos sobre as *class actions* servirem para “corrigir a óbvia assimetria de poder entre os litigantes” em casos de pequenas causas”.

Veja, por exemplo, *Jerry Enters, of Gloucester Cnty., Inc. v. Allied Beverage Grp., LLC*, 178 F.R.D. 437, 445 (D.N.J. 1998) “Deve ser compreendido que o demandante das *class actions* não gera grandes incentivo a um advogado ou à investigação de uma possível demanda quando o valor da causa é insignificante [...] O mecanismo em geral das *class actions* reconhece a ausência de incentivo e também os problemas de litígio de massa inerentes à agregação de demandas individuais homogêneas de pequeno valor, encorajando por isso os advogados a ingressar nessas ações sobre a promessa de receberem grandes quantias em honorários”.

Veja Rosenberg, *supra* nota 33, em 1906-07.

Veja David L. Shapiro, *Class actions: the class as party and client*, 73 Notre Dame L. Rev. 913, 923-24 (1998) definindo demandas de pequeno valor em *class actions* como “aqueles casos em que a demanda de qualquer membro individualmente apresenta justificativa insignificante diante dos custos do litígio”.

Veja Klonoff, *supra* nota 14, em 756-57 sugerindo que enquanto os tribunais impõem limites à produção de provas dos demandantes, ao mesmo tempo têm permitido que os demandados reivindiquem a extinção da certificação da classe sem no mínimo submeter provas

Veja *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304 (2013) negando aplicar a doutrina da efetiva reivindicação para repudiar a onda de *class actions* acordadas em sede de arbitragem; casos citados *supra* nota 12; Veja também Ellen Meriwether, *Class action waiver and the effective vindication doctrine at the antitrust/arbitration crossroads*, *Antitrust*, Summer 2012, em 67 descrevendo a doutrina da efetiva reivindicação; Linda S. Mullenix, *Arbitrating federal antitrust claims, class action waivers, and the “effectivevindication” doctrine*, 40 *Preview U.S. Sup. CT. Cases*

191 (2013) analisando *Italian colors*; Linda S. Mullenix, *The not-so-effective vindication decision; the U.S. Supreme Court's ruling in Italian colors and its aftermath are a big blow to the class action bar*, Nat'l L.J., Sept. 9, 2013, em 30, resumindo a decisão no caso *Italian Colors* e como houve a aplicação da doutrina.

39

Veja Memoriais dos réus em 1-2, 19-28, *Italian colors*, 133 S. Ct. 2304 (No. 12-133), 2013 WL267025.

40

Veja *ibidem*, p. 46-57.

41

Idem.

42

Veja, por exemplo, Mary J. Davis, *Toward the proper role for mass tort class actions*, 77 Or. L. Rev. 157, 169 (1998) apontando que “o processo de *class action* evoluiu como um produto relacionado à ‘conveniência e economia’ jurídica, coligado ao direito de dirigir uma tutela significativa para um amplo número de pessoas impedidas de assegurar os seus direitos”. (nota de rodapé omitida); Finberg *supra* nota 31, em 353, explicando que as *class actions* servem a objetivos judiciais de economia e acesso à justiça); Klonoff *supra* nota 14, em 729, apontando que as razões para existência das *class actions* estão ligadas à compensação, ao desincentivo e à eficiência; Lahav *supra* nota 31, em 70, relatando que suas justificativas substanciais das *class actions* são: compensação e desincentivo; Viivi Vanderslice, comentário, *Viability of a nationwide fen-phen/redux class action lawsuit in light of Amchem v. Windsor*, 35 Cal. W. L. Rev. 199, 216 (1998) sobre o recrudescimento do acesso e eficiência entre os objetivos das *class actions*.

43

Cimino v. Raymark Indus., Inc., No. B-86-456-CA, slip op. (E.D. Tex. Dec. 29, 1989), *reprinted in* Mullenix, *supra* nota 10, em 38, 39 certificação de uma *class action* sobre os casos de amianto, em que as demandas ficaram suspensas por volta de três anos e os demandantes estavam doentes ou tinham morrido, levando à conclusão de que o tribunal “não observou qualquer denegação de acesso à justiça aos demandantes ao conceder tempo aos demandados para afirmar suas defesas no processo repetitivo”. Veja genericamente Robert G. Bone, *The puzzling idea of adjudicative representation: lessons for aggregate litigation and class actions*, 79 Geo. Wash. L. Rev. 577 (2011) disponibilizando uma ampla análise sobre a teoria do direito de acesso à justiça (*a day-in-court*) e como isso se relaciona à litigância de classe.

Veja *Jenkins v. Raymark Indus., Inc.*, 782 F.2d 468, 470-71 (5th Cir. 1986) estabelecendo que os tribunais “têm sido despreparados para acompanhar a avalanche de *class actions* [sobre o caso de Amianto]” e explicam que “o propósito das *class actions* serve para conservar recursos dos tribunais e das partes envolvidas, permitindo uma discussão que vincule todos os membros da classe de modo eficiente”; *Chavarria v. N.Y. Airport Serv., LLC*, 875 F. Supp. 2d 164, 171 (E.D.N.Y. 2012) defendendo os acordos de classe e explicando que “os acordos são fortemente favoráveis no viés político, uma vez que ‘por diminuir o congestionamento de processos, os acordos tornam possível a operação eficiente e equilibrada no sistema judicial, assim também criam maiores possibilidades de os demandantes serem ressarcidos em menor período de tempo’” (citando *Evans v. Jeff D.*, 475 U.S. 717, 761 n.15 (1986)).

Veja Cimino, relembado em Mullenix, *supra* nota 10, em 39.

Veja, em geral, Brian T. Fitzpatrick, *Do class action lawyers make too little?*, 158 U. Pa. L. Rev. 2043, 2047 (2010) propondo que “o valor ótimo para concessão dos honorários advocatícios em *class actions* de valor-negativo é fazer com que os casos cheguem sempre [isto é, cem por cento], permitindo alcançar o objetivo de dissuasão da litigância de classe”; Myriam Gilles & Gary B. Friedman, *Exploding the class action agency costs myth: the social utility of entrepreneurial lawyers*, 155 U. Pa. L. Rev. 103, 105-07 (2006) descrevendo o objetivo de dissuasão como o principal das *class actions*; Linda Sandstrom Simard, *Fees, incentives, and deterrence*, 160 U. PA. L. Rev. Pennumbra 10 (2011) analisando a proposta de Fitzpatrick sobre promover o máximo efeito de dissuasão no comportamento das empresas a partir das *class actions*. Mas, também, veja David Marcus, *Attorneys’ fees and the social legitimacy of class actions*, 159 U. Pa. L. Rev. Pennumbra 157 (2011) contrariando Fitzpatrick em relação ao alcance máximo do efeito de dissuasão somente realizado a partir de incentivos a volumosos honorários advocatícios.

Veja, por exemplo, Edward Brunet, *Improving class action efficiency by expanded use of parens patriae suits and intervention*, 74 Tul. L. Rev. 1919, 1927 (2000) discutindo o estereótipo cultural em que os advogados de classe são “super-heróis”, reivindicando a efetivação de direitos que, sem a sua intervenção, ficariam obsoletos. Esses “super-heróis” do direito não apenas alcançam a reivindicação para seus clientes, como também servem como barreira contra abusos de grandes empresas. Essa narrativa é o sonho dos advogados da classe e a forma que se amolda o “estereótipo cultural” das *class actions*.

Veja, por exemplo, Jay Tidmarsh, *Rethinking adequacy of representation*, 87 Tex. L. Rev. 1137, 1150 (2009) discutindo a oportunidade de custo para os advogados de classe em declinar de uma causa; Jay Tidmarsh, *Rethinking adequacy of representation*, 87 Tex. L. Rev. 1137, 1150 (2009) descrevendo as *class actions* como “um alto custo de oportunidade para os advogados de classe, os quais poderiam se voltar para outros empreendimentos mais produtivos se não houvesse valor social a partir das *class actions* que valessem os esforços e recursos investidos”.

Veja Derrick A. Bell, Jr., *serving two masters: integration ideals and client interests in school desegregation litigation*, 85 Yale L.J. 470, 493 (1976). Professor Bell descreve a relação entre advogado-cliente, especialmente, advogados românticos e seus clientes durante a Era dos Direitos Civis: essa doença deve afligir grande parcela dos advogados idealistas que buscam, por meio das *class actions*, alcançar amplamente a sociedade a partir de intervenção judicial. A *class action* oferece um veículo eficiente para os idealistas avançarem rumo ao objetivo. Ao mesmo tempo, ajuizar e vencer um grande caso reforça o senso do advogado sobre a sua imagem profissional e a sua habilidade jurídica. O Dr. Andrew Watson tem sugerido que “as *class actions* têm a capacidade de compensar o ego, o que pode ser uma das razões para que sejam tão famosas em clínicas jurídicas para hipossuficientes”. A motivação psicológica que influencia o advogado a buscar pela causa mais difícil por meio de *class action* pode indiciar a tendência de o advogado buscar antes as suas preferências ou objetivos do que as do cliente. Idem. (alterações no original); veja também Mike Papantonio, in *Search of Atticus Finch: a Motivational Book for Lawyers* (1995); Elizabeth J. Cabraser, *Human rights violations as mass torts: compensation as a proxy for justice in the United States civil litigation system*, 57 Vand. L. Rev. 2211, 2216 (2004) “Esses casos do Holocausto exemplificam o modelo de uso mais idealista das *class actions*, com o reconhecimento de princípios de direitos humanos de âmbito internacional incorporados no direito comum (*common law*), e a acessibilidade dos tribunais norte-americanos como um espaço para demandas internacionais contra entidades governamentais e privadas relacionadas aos EUA”. De acordo com Papantonio, Atticus Finch (personagem de *O sol nasce para todos*) serve de modelo aos potenciais advogados de classe: “Se lidarmos com os impedimentos da vida à maneira que Atticus cuida da sua, certamente muitos impedimentos desapareceriam, assim também muitos dos nossos problemas poderiam ser fácil e satisfatoriamente resolvidos. Papantonio, *supra*, em 34-35.

Morton Mintz, *At any cost: corporate greed, women, and the dalkon shield* 194-95 (1985) descrevendo a tática abusiva de testemunho utilizada pelos advogados de defesa em Dalkon IUD.

A. Darby Dickerson, *The law and ethics of civil depositions*, 57 Md. L. Rev. 273, 365 n. 426 (1998) “Os

advogados da defesa parecem determinados a instigar o medo nos indivíduos que testemunham. [...]. A tentativa de aproximação foi como isca, menosprezo ou para ridicularizar (até mesmo imitando os trejeitos ou sotaque da testemunha) e ameaçando ('se você perder, você deverá cobrir um número gigantesco decorrentes dos honorários advocatícios da companhia')." (citando M. Vanderveer, *Face to face with an abusive attorney*, Nat'l L.J., May 14, 1984, em 13); Monroe Inker, *Abusive discovery tactics in depositions*, 26 Fam. L.Q. 27, 34 (1992) descrevendo o advogado da corporação no litígio agregado como alguém determinado a "perseguir uma linha de questionamentos que se voltada a desafiar a ascendência da testemunha de modo escandaloso".

52

Veja, por exemplo, Christine Hatfield, Comment, *The privilege doctrines-Are they just another discovery tool utilized by the tobacco industry to conceal damaging information?*, 16 Pace L. Rev. 525, 527-28 (1996). O potencial de um litígio classe em relação a danos incentiva os advogados dos demandados a encobrir informações: grande parcela das companhias, como a indústria do tabaco, que se envolvem em litígios de danos ou de responsabilidade têm grandes incentivos a encobrir informações; esse incentivo é diretamente proporcional ao tamanho do dano a ser avaliado como positivo ou em favor dos demandantes. Normalmente, nesses casos, o demandado é uma empresa de tabaco com mais experiência e recursos do que os demandantes, os quais geralmente são indivíduos ou, no máximo, uma classe de indivíduos que busca ressarcimento por um dano comum entre eles. O demandado, em situações assim, também tem posse por praticamente toda informação essencial para uma análise justa das demandas judiciais, o que revela apenas a possibilidade de os demandantes esperarem que os demandados ajam de boa-fé durante a fase instrutória. Consequentemente, durante os últimos 20 anos, a atuação abusiva dos demandados durante a instrução têm sido a tática padrão em litígios de danos. Em particular, as empresas de tabaco têm desenvolvido uma série de estratégias evasivas, inclusive inundando o demandante em resmas e mais resmas cheias de informações desnecessárias; utilizando o sistema judicial para iniciar uma guerra de moções e suspensões de segurança contra as partes adversárias; também respondem abertamente com informações falsas aos requerimentos. O resultado dessas estratégias é a obstrução do processo de resolução do mérito, impedimento a uma justiça imparcial e justa. Idem.

53

Veja, por exemplo, Michael McCann & William Haltom, Review Essay, *ordinary heroes vs. failed lawyers – Public interest litigation in Erin Brockovich and Other contemporary films*, 33 Law & Soc. Inquiry 1045, 1052 (2008).

54

Veja Comcast Corp. v. Behrend, 133 S. Ct. 1426 (2013); Amgen Inc. v. Conn. Ret. Plans & Trust Funds, 133 S. Ct. 1184 (2013); Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S. Ct. 2541 (2011).

Veja *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304 (2013); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740 (2011).

Veja, por exemplo, Robert G. Bone, *Walking the class action maze: toward a more functional Rule 23*, 46 U. Mich. J.L. Reform 1097, 1098 (2013) apontando as críticas sobre as decisões tomadas nos casos *Dukes* e *Concepcion* como se debilitassem a litigância de classe; Myriam Gilles & Gary Friedman, *After class: aggregate litigation in the wake of AT&T Mobility v. Concepcion*, 79 U. Chi. L. Rev. 623, 627 (2012) sugerindo que a decisão da Suprema Corte sobre *Concepcion* colocará muitas empresas fora do alcance das *class actions*; Klonoff, *supra* nota 14, em 729 argumentando que os tribunais têm significativamente minado a “compensação, dissuasão e eficiência integrados nas *class actions*” recentemente. Suzette M. Malveaux, *How goliath won: the future implications of Dukes v. Wal-Mart*, 106 NW. U. L. Rev. Colloquy 34, 37 (2011) argumentando o padrão de certificação apresentado no caso *Dukes*, “compromete a potencial discussão de mérito em razão de uma discriminação sistêmica; David S. Schwartz, *Claim-suppressing arbitration: The new rules*, 87 IND. L.J. 239, 266-68 (2012) declarando que “a *class action* voltada para consumidores e trabalhadores foi sepultada” à luz da decisão *Concepcion*.

Veja, por exemplo, Jean R. Sternlight, *Tsunami: AT&T Mobility LLC v. Concepcion Impedes access to justice*, 90 Or. L. Rev. 703, 705, 708-09 (2012) sugerindo que sem técnica para ingressar *class actions* os potenciais demandantes serão impedidos de propor qualquer demanda devido à “ausência de conhecimento, de recursos econômicos ou medo de retaliação”.

Veja, por exemplo, Howard M. Erichson, *A typology of aggregate settlements*, 80 Notre Dame L. Rev. 1769, 1772-73 (2005) descrevendo a história do ceticismo e da hostilidade em relação à litigância de classe, apontando doutrinadores. O alinhamento de interesses de grupo e organizações frequentemente aparecem em *amici curiae* na maioria dos litígios de classe, defendendo os demandados nesses casos. Esses litigantes contumazes incluem o Business Roundtable, o Cato Institute, o Chamber of Commerce of the United States, the DRI – a representação dos advogados de defesa, o International Association of Defense Counsel, o National Association of Manufacturers, o Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, o Products Liability Advisory Council, o Securities Industry and Financial Markets Association, e o Washington Legal Foundation. Nos mais recentes litígios de classe, após a decisão da Suprema Corte, os interesses desses grupos supracitados têm adentrado junto ao *amicus curiae*, em favor dos demandados. Veja, por exemplo, Brief of the Cato Institute as Amicus Curiae in Support of the Petitioners, *Comcast*, 133 S. Ct. 1426 (No. 11-864), 2012 WL 3716868; Brief of Amici

Curiae Chamber of Commerce of the United States of America et al. Supporting Petitioners, *Amgen Inc.*, 133 S. Ct. 1184 (No. 11-1085), 2012 WL 3555290; Brief of Amicus Curiae of Securities Industry & Financial Markets Ass'n in Support of the Petitioners, *Amgen Inc.*, 133 S. Ct. 1184 (No. 11-1085), 2012 WL 3555289.

59

Veja, por exemplo, Norman W. Spaulding, *Reinterpreting professional identity*, 74 U. Colo. L. Rev. 1, 71 n.208 (2003) aponta a defesa do Professor David Luban que demonstra o paternalismo no litígio voltado ao interesse público, manipulando clientes e alocando o interesse da causa acima dos interesses dos clientes (citando David Luban *Lawyers and Justice: an ethical study* 317-40 (1988)).

60

Veja *in re* Heartland Payment Sys., Inc. Customer Data Sec. Breach Litig., 851 F. Supp. 2d 1040, 1047 (S.D. Tex. 2012) apontando que apenas onze demandas foram devidamente ajuizadas de uma classe formada por mais de um milhão de pessoas, “Apesar da campanha de notificação”; Kelly Brilleaux & Stephen G.A. Myers, *Reevaluating the 401/403Balance in Twenty-First Century Mass Torts*, For Def., Feb. 2014, em 48, 48-49 descrevendo o efeito da mídia sobre a litigância de classe a partir de demandantes que ao menos teriam conhecimento sobre os danos ou se inteirariam sobre o litígio; propondo como os comerciais afetam a litigância de classe; Samuel M. Hill, *Small claimant class actions: deterrence and due process examined*, 19 Am. J. Trial Advoc. 147, 159 (1995) “A pequena quantidade de demandas de autores ou membros de uma classe, somado à típica falta de interesse ou participação no litígio, aloca o pequeno demandante fora do requerimento deflagrado no artigo III ‘caso ou controvérsia’. Stacey M. Lantagne, *A matter of national importance: the persistent inefficiencies of deceptive advertising class actions*, 8 J. Bus. & Tech. L. 117, 134 (2013) apontando a falta de interesse em ingressar demandas.

61

Veja supra nota 60.

62

Veja, por exemplo, Brilleaux & Myers, supra nota 60, em 49 apontando que em algumas situações os “advogados dos demandantes concebem o dano, noticiam-no ao público, encontrando dúzias, centenas e até mesmo milhares de clientes para reivindicar a pretensão” e que “essa propaganda não identifica, necessariamente, indivíduos não atendidos que têm pretensões válidas”.

63

Veja Richard A. Nagareda, *The preexistence principle and the structure of the class action*, 103 Colum. L. Rev. 149, 240 (2003) apontando a “prevalência de honorários estruturados segundo à circunstância para financiar os demandantes”.

64

Veja, idem, em 162, apontando que pessoas com pretensões robustas estão frequentemente sob o risco do “monopólio de poder empunhado nas mãos do advogado de classe”.

65

Veja Thurbert Baker, *Paying to play: inside the ethics and implications of third-party litigation funding*, 23 Widener L.J. 229 (2013); Elizabeth Chamblee Burch, *Financiers as monitors in aggregate litigation*, 87 N.Y.U. L. Rev. 1273 (2012); Deborah R. Hensler, *The future of mass litigation: global class actions and third-party litigation funding*, 79 Geo. Wash. L. Rev. 306, 320 (2011); Geoffrey J. Lysaught & D. Scott Hazelgrove, *Economic implications of third-party litigation financing on the U.S. civil justice system*, 8 J.L. Econ. & Pol’y 645, 646 (2012); Joanna M. Shepherd, *Ideal versus reality in third-party litigation financing*, 8 J.L. Econ. & Pol’y 593, 609 (2012).

66

Veja, por exemplo, Memoriais do Manufactured Housing Institute et al. como Amici Curiae do demandante em 11-15, *Standard Fire Ins. Co. v. Knowles*, 133 S. Ct. 1345 (2013) (No. 11-1450), 2011 WL 9372907 descrevendo exemplos e impactos decorrentes de técnicas abusivas utilizadas pelos demandantes na fase instrutória.

67

Am. Express Co. v. Italian Colors Rest., 133 S. Ct. 2304, 2309-12 (2013).

68

Ibidem, p. 2309-2310.

69

Ibidem, p. 2311.

70

Veja, por exemplo, Memoriais do Committee on Capital Markets Regulation como *Amicus Curiae* do demandante em 11-17, *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 134 S. Ct. 2398 (2014) (No. 13-317), 2014 WL 60718 argumentando que os supostos benefícios de compensação e dissuasão “são infundados na teoria ou de fato”; Memoriais como *Amicus Curiae* do Financial Services Roundtable do demandante em 6-8, *Italian colors*, 133 S. Ct. 2304 (No. 12-133), 2012 WL 6759409 “*class action* pode falhar na compensação dos seus membros e pode ser usada para sujeitar os demandados a entrarem em acordo por mera pressão, desinteressando o mérito da demanda.”

71

Veja Tiger Joyce, *Reining in crazy class-action lawsuits*, Nat'l Rev. Online (Jan. 9, 2014, 12:00 AM), [www.nationalreview.com/article/367911/reining-crazy-class-action-lawsuits-tiger-joyce] comentando sobre a máquina de lavar casos mofados e o custo ao longo do tempo para consumidores.

72

Veja Martin H. Redish, *Wholesale justice: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit* 20 (2009) dispondo que as *class actions* “ameaçam o núcleo duro da constituição e os valores democráticos”; Martin H. Redish & Nathan D. Larsen, *Class Actions, Litigant Autonomy, and the Foundations of Procedural Due Process*, 95 Cal. L. Rev. 1573, 1617 (2007) apontando a desatenção admirável à tensão coletiva-individual entrelaçada na estrutura das *class actions*; William B. Rubenstein, *A transactional model of adjudication*, 89 GEO. L.J. 371, 426 (2001) dispondo que sobre primazia dada à eficiência e economia judicial em desfavor dos direitos dos litigantes.

73

Veja Redish & Larsen, *supra* nota 72, em 1575.

74

Veja Memoriais pela Comissão de Regulação do Mercado de Capitais (*Committee on Capital Markets Regulation*) como *Amicus Curiae* em apoio ao demandante, *supra* nota 70, em 5-11 argumentando que “os custos de uma *class actions* em matéria de valores mobiliários para a economia e para o mercado de capitais norte-americanos são injustificáveis”; Memoriais dos *Amici Curiae* do Partnership for New York City, Inc. et al. Em apoio ao demandado em 3, 18, *Shady Grove Orthopedic Assocs., P.A., v. Allstate Ins. Co.*, 130 S. Ct. 1431 (2010) (No. 08-1008), 2009 WL 2896303.

75

Veja Brief of Intel Corp. as *Amicus Curiae* in Support of Petitioner em 5-16, *Wal-Mart Stores, Inc. v.*

Dukes, 131 S. Ct. 2541 (2011) (No. 10-277) 2011 WL 288897 discutindo o problema de acordos mediante chantagem.

76

Castano v. Am. Tobacco Co., 84 F.3d 734, 746 (5th Cir. 1996); *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293, 1298-99 (7th Cir. 1995); veja também memoriais do Retail Litigation Center, Inc. como *Amicus Curiae* em apoio aos demandantes em 4, Comcast Corp. v. Behrend, 133 S. Ct. 1426 (2013) (No. 11-864) 2012 WL 3716867 “os riscos de contrapor milhares de demandas agregadas num só processo frequentemente são altos o suficiente para os tomadores de decisão das grandes empresas suportar, ainda que o mérito em comum seja anêmico”.

77

Veja Redish, supra nota 72, em 14 caracterizando os advogados de classe como instigadores de raiva e “caçadores de recompensas”.

78

Veja Gilles & Friedman, supra nota 46, em 103-04, 112-16 rejeitando argumentos baseados em custos de agência de litigância de classe e desafios éticos para a representação de classe.

79

Nota do Tradutor: Segundo o Black’s Law Dictionary, a expressão “satellite litigation” significa uma ou mais ações judiciais conexas com um processo principal que está tramitando perante outra corte. Frequentemente, uma “demanda satélite” em curso em uma corte estadual impede uma corte federal de decidir uma das questões *sub judice*.

80

Veja Tobias Barrington Wolff, *Federal jurisdiction and due process in the era of the nationwide class action*, 156 U. Pa. L. Rev. 2035, 2117-22 (2008).

81

Veja Ellen Meriwether, Comcast Corp. v. Behrend: *Game changing or business as usual?*, Antitrust, Summer 2013, em 57 afirmando que jurisprudência mais recente da Suprema Corte sobre *class actions* tem presumido que não houve grandes modificações na prática da litigância de classe.

82

Amgen, Inc. v. Conn. Ret. Plans & Trust Funds, 133 S. Ct. 1184, 1204 (2013); Erica P. John Fund, Inc. v. Halliburton Co., 131 S. Ct. 2179, 2185 (2011); Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, 250 (1988).

83

Oxford Health Plans LLC v. Sutter, 133 S. Ct. 2064 (2013) defendendo que um árbitro não extrapassa os seus poderes em um litígio de classe em sede de arbitragem.

84

Veja supra nota 42-67 e textos seguintes.

85

Amchem Prods., Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 617 (1997).

86

Veja, por exemplo, Matamoros v. Starbucks Corp., No. 1:08-cv-10772, slip op. (D. Mass. Aug. 16, 2013) o acordo de classe dos funcionários do Starbucks envolvendo a divisão de gorjetas (*tip pooling*).

87

Veja, por exemplo, Brian T. Fitzpatrick, *An empirical study of class action settlements and their fee awards*, 7 J. Empirical Legal Stud. 811, 830-31 (2010).

88

Samuel Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class settlements under attack*, 156 U. Pa. L. Rev. 1649, 1650 (2008) “Na seara dos litígios em massa os acordos de classe são predominantes. A descomunal maioria das *class actions* certificadas e não resolvidas por uma questão processual resultam em acordo, nunca em julgamento”. (Citando Robert H. Klonoff, Edward K.M. Bilich & Suzette M. Malveaux, *Class actions and other multi-party litigation* 415 (2d ed. 2006). Klonoff e os coautores observam, “praticamente são raras as *class actions* que chegam a julgamento; a maioria delas resultam em acordo, mesmo depois da certificação ou mesmo próximo ao julgamento.

89

Nota do Tradutor: No cenário do contencioso complexo, ou em litígios de dimensão nacional, os advogados raramente cuidam das atividades relacionadas à elaboração e envio da notificação da classe. Essas atividades geralmente são desempenhadas por “*commercial vendors*”, atores do contencioso que se especializam na elaboração de notificações, fazendo-as estar de acordo com a lei, bem como desenvolvem mecanismos administrativos para lidar com o processamento de demandas.

90

Veja, por exemplo, *Buchet v. ITT Consumer Fin. Corp.*, 845 F. Supp. 684, 694-95 (D. Minn. 1994); Fred Gramlich, *Scrip Damages in Antitrust Cases*, 31 *Antitrust Bull.* 261, 274 (1986); Christopher R. Leslie, *The need to study coupon settlements in class action litigation*, 18 *Geo. J. Legal Ethics* 1395, 1396-97 (2005) “muitos, se não todos, ‘acordos de cupom’ têm sido marcados pela inexpressiva participação dos membros da classe. Nesse estudo sobre a *class action* em matéria de antitruste e que finalizou em acordo de cupom, Gramlich encontrou em média a desistência de 26,3% dos membros. As evidências anedóticas das *class actions* de modo geral revelam um quadro ainda mais sombrio, com baixas taxas de resgate, da ordem de 3% ou menos. (nota de rodapé omitida). Em um acordo coletivo com a General Motors, ‘de acordo com o especialista em marketing contratado pelo advogado da classe, em razão do alto custo da compra de um veículo, o curto período de resgate, e as restrições de transferência, mais da metade dos membros da classe não obteriam qualquer vantagem com o acordo”. Brian Wolfman & Alan B. Morrison, *Representing the unrepresented in class actions seeking monetary relief*, 71 *N.Y.U. L. Rev.* 439, 474 (1996).

91

Nota do Tradutor: Nos Estados Unidos, os acordos *cy pres* são utilizados quando as circunstâncias demonstram que seria pouco proveitoso, do ponto de vista econômico, indenizar, de forma individualizada, membros de uma determinada classe, tendo em vista a diminuta dimensão de suas pretensões. Nesse sentido, uma *class action* resolvida por meio de um acordo *cy pres* reúne as indenizações referentes à pretensão individual de cada membro da classe e as concede, como um todo, a entidades de caridade.

92

Veja Fitzpatrick, *supra* nota 46, em 2047, argumentando que *class actions* de pequeno valor servem apenas como função dissuasória; Gilles & Friedman, *supra* nota 46, em 139 (*idem*); David Rosenberg, *Class actions for mass torts: doing individual justice by collective means*, 62 *ind. l.j.* 561, 565 (1987): “um dos primeiros objetivos do sistema de danos é a dissuasão”; David Rosenberg, *Decoupling deterrence and compensation functions in mass tort class actions for future loss*, 88 *Va. L. Rev.* 1871, 1879-82 (2002): “litigância agregada de danos oferece uma forma ótima de dissuasão”.

Veja *Abdullah v. U.S. Sec. Assocs., Inc.*, 731 F.3d 952, 963-64 (9th Cir. 2013) “um dos principais propósitos da Regra 23, das *class actions*, visa promover um litígio eficiente e econômico” (citando *In re Wells Fargo Home Mortg. Overtime Pay Litig.*, 571 F.3d. 953, 958 (9th Cir. 2009)); Jay Tidmarsh, *Rethinking adequacy of representation*, 87 Tex. L. Rev. 1137, 1147, 1156 (2009) argumento que a Regra 23 adota um formato de regra utilitário e serve em primeiro lugar pela utilidade; Nota, *Locating Investment Asymmetries and Optimal Deterrence in the mass tort class action*, 117 Harv. L. Rev. 2665, 2666 (2004) “O maior benefício se assenta na eficiência administrativa, caracterizando celeridade e economicidade na resolução de demandas individuais homogêneas”.

Veja, por exemplo, *Jamie S. V. Milwaukee Pub. Sch.*, No. 01-C-928, 2009 WL 2225419, em *2 (E.D. Wis. July 22, 2009) “justiça atrasada é justiça negada” para um membro de classe; *Braud v. Trans. Servs.*, No. 05-1898, 2009 WL 413505, em *1 (E.D. La. Feb. 17, 2009) “Justiça atrasada é justiça negada; já existe atraso o suficiente nesse caso”.

Fed. r. Civ. P. 1 “[As Regras] devem ser construídas e administradas de modo a assegurar a justa, célere e econômica determinação de todas as ações e procedimentos”.

Veja Eduardo C. Robreno, *The federal asbestos product liability [sic] multidistrict litigation MDL-875): Black hole or new paradigm?*, 23 *Widener L.J.* 97, 117-56 (2013).

Veja supra notas 21-23 e o decorrer do texto.

7A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* (3d ed. 2005); 7AA *idem.*; 7B *idem.*; 7C *idem.* (3d ed. 2007).

Joseph M. McLaughlin, *McLaughlin on class actions: law and practice* (10th ed. 2013); William B.

Rubenstein, *Newberg on class actions* (5th ed. 2014).

100

Veja supra notas 21-23 e o decorrer do texto.

101

Veja 7A Wright, Miller & Kane, supra nota 98, § 1760.

102

Veja *Carrera v. Bayer Corp.*, 727 F.3d 300, 305-06 (3d Cir. 2013); *Marcus v. BMW of N. Am., LLC*, 687 F.3d 583, 592-94 (3d Cir. 2012).

103

Veja *Butler v. Sears, Roebuck & Co.*, 727 F.3d 796, 799-800 (7th Cir. 2013); *In re Whirlpool Corp. Front-Loading Washer Prods. Liab. Litig.*, 722 F.3d 838, 857 (6th Cir. 2013).

104

Veja autoridades comentadas em 7A Wright, Miller & Kane, supra nota 98; veja também *idem.* § 1761 o representante da classe deve ser um membro da classe, abarcando questões perenes.

105

Fed. R. Civ. P. 23(a)(1)-(4); veja a discussão infra nas notas 107-06 e o decorrer do texto.

106

Fed. R. Civ. P. 23(b); veja discussão das notas 113-19 e textos seguintes.

107

Veja *Comcast Corpo. v. Behrend*, 133 S. Ct. 1426, 1432-33 (2013); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551 (2011); veja também *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 593 n.13 (2007) (Stevens, J., divergindo) (“Regra 23 requer uma ‘rigorosa análise’ a fim de garantir uma certificação de classe adequada.” (citações omitidas)).

108

Veja, por exemplo, *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig.*, 552 F.3d 305, 309, 315-21 (3d Cir. 2008). Porém, cf. *Gooch v. Life Investors Ins. Co. of Am.*, 672 F.3d 402, 418 n.8 (6th Cir. 2012) (decidindo não adotar a exigência do Terceiro Circuito de que os requisitos para a certificação de classe devem ser demonstrados por uma preponderância de provas).

109

Amchem Prods., Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 626 n. 20 (1997).

110

Veja Wright, Miller & Kane, supra nota 98, §§ 1763-1771 (aplicação dos critérios da Regra 23(a), citando autoridades).

111

Fed. R. Civ. P. 23(b)(3).

112

Amchem, 521 U.S. em 623-24; *American Law of Products Liability* 3D § 51:68 (2014) (notando que o requisito de predominância da Regra 23 (b)(3) se subsume ou suplanta o requisito de comunalidade da Regra 23(a)(3)).

113

Fed. R. Civ. P. 23(b)(1)(A), (b)(1)(B), (b)(2), (b)(3).

114

Veja Wright, Miller & Kane, supra nota 98, §§ 1772-1774 (descrevendo a natureza e os propósitos da Regra 23 (b)(1)(A) e das subcategorias da (B)).

115

Idem, veja, por exemplo, *In re First Am. Corp. ERISA Litig.*, 258 F.R.D. 610 (C.D. Cal. 2009) (certificação de classe com base na Regra 23(b)(1)(A) inapropriada na hipótese em que participantes e beneficiários de um plano de pensão trabalhista buscaram, em primeiro lugar,

tutela indenizatória, fundada no ERISA, em virtude de quebra de deveres contratuais).

116

Veja, por exemplo, *Harris v. Koenig*, 271 F.R.D. 383, 394 (D.D.C. 2010) (certificação de classe apropriada em uma ação contra planos fiduciários do ERISA que buscava tutela indenizatória e mandamental, tendo em vista ter havido risco de julgamento inconsistente ou desigual em relação aos membros da classe que teria estabelecido pautas de conduta incompatíveis para os requeridos).

117

527 U.S. 815 (1999).

118

Ibidem, p. 832-838, 842.

119

Ibidem, p. 838-842.

120

Veja, 7AA Wright, Miller & Kane, *supra* nota 98, § 1774 (citando certificação esparsas para classes sob a Regra 23 (b)(1)(b) após o caso Ortiz, bem como classes que não conseguiram satisfazer os critérios assentados no julgamento deste caso).

121

Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(A).

122

Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S. Ct. 2541, 2257-61 (2011).

123

Por exemplo, *Molski v. Gleich*, 318 F.3d 937 (9th Cir. 2003); *Jefferson v. Ingersoll Int'l Inc.*, 195 F.3d 894 (7th Cir. 1999); *Robinson v. Metro-N. Commuter R.R.*, 267 F.3d 147 (2d Cir. 2001); *Allison v.*

Citgo Petrol. Corp., 151 F.3d 402 (5th Cir. 1998).

124

In re Monumental Life Ins. Co., 365 F.3d 408, 417 (5th Cir. 2004).

125

Gates v. Rohm & Hass Co., 655 F.3d 255, 269-70 (3d Cir. 2011) (uma classe fundada na Regra 23(b) (2) insuficientemente coesa para merecer certificação); *In re St. Jude Med., Inc.*, 425 F.3d 1116, 1122 (8th Cir. 2005); *Barnes v. Am. Tobacco Co.*, 161 F.3d 127, 143-46 (3d Cir. 1998).

126

Fed. R. Civ. P. 23(b)(3). *Ver*, de forma geral, 7AA Wright, Miller & Kane, *supra* nota 98, §§ 1777-1779 citando autoridades e apontando conflitos entre circuitos.

127

Veja *In re Welding Fumes Prods. Liab. Litig.*, 245 F.R.D. 279, 303-08 (N.D. Ohio 2007).

128

Idem.

129

Veja, *e.g.*, *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 625-28 (1997).

130

Veja Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(A).

131

472 U.S. 797 (1985); veja também *Adams v. Robertson*, 520 U.S. 83 (1997); *Brown v. Ticor Title Ins. Co.*, 982 F.2d 386 (9th Cir. 1992), *certiorari* concedido, 510 U.S. 810 (1993), *certiorari* rejeitado por ter sido concedido de forma imprudente, 511 U.S. 117 (1994). Veja, em geral, Linda S. Mullenix, *Getting to Shutts*, 46 U. Kan. L. Ver. 727 (1198) (discutindo as questões não resolvidas do caso *Shutts*).

Veja, de forma geral, Linda S. Mullenix, *Taking adequacy seriously: the inadequate assessment of adequacy in litigation and settlement classes*, 57 Vand. L. Rev. 1687 (2004) (discutindo juízos superficiais e a aplicação dos requisitos de adequação tanto no início quanto no fim dos litígios de classes).

Veja Robert H. Klonoff, *The judiciary's flawed application of rule 23's "Adequacy of representation" requirement*, 2004 Mich. ST. L. Rev. 671, 697, 699-702 (comentando o ceticismo com que a Regra 23(g) cuida dos problemas de adequação dos advogados de classe).

Fed. R. Civ. P. 23(e).

Veja Edward A. Purcell, Jr., *The class action fairness act in perspective: the old and the new in federal jurisdictional reform*, 156 U. PA. L. REV. 1823, 1883 (2008) (notando que o House Judiciary Committee tinha suspeita de Cortes que “homologam acordos coletivos que oferecem pouco, senão nada, aos membros da classe”).

Veja, por exemplo, *Tanoh v. Dow Chem. Co.*, 561 F.3d 945, 952 (9th Cir. 2009) (“O Congresso promulgou o CAFA em 2005 a fim de ‘garantir uma justa e solícita compensação aos membros de classes titulares de pretensões legítimas; de restaurar a intenção do legislador originário [...] atribuindo à Corte Federal competência para apreciar casos interestaduais de importância nacional, com base na competência por diversidade (*diversity jurisdiction*); e para beneficiar a sociedade estimulando a inovação e a redução dos preços de consumo.” Como deixa claro essa descrição da lei, o CAFA foi elaborado, em primeiro lugar, para evitar abusos manifestos realizados com a *class action*, que, na visão dos proponentes do CAFA, muitas vezes era utilizada para litigar em Cortes estaduais casos de amplitude nacional. (alterações no original) (citações omitidas)); veja também *Smith v. Nationwide Prop. & Cas. Ins. Co.*, 505 F.3d 401, 404 (6th Cir. 2007) (discutindo como o CAFA expandiu a competência material federal por diversidade para combater abusos percebidos na litigância de classe, bem como práticas abusivas dos advogados dos demandantes); *Lowery v. Ala. Power Co.*, 483 F.3d 1184, 1193 (11th Cir. 2007) (idem); *Mississippi ex rel. Hood v. Entergy Miss., Inc.*, No. 3:08cv780 HTW-LRA, 2012 WL 3704935, em *4 (S.D. Miss. Aug. 25, 2012) (idem); *Proffitt v. Abbott Labs.*, No. 2:08-CV-151, 2008 WL 4401367, em *1-2 (E.D.

Tenn. Sept. 23, 2008) (idem).

137

Nota do Tradutor: no direito Americano, um “*coupon settlement*” é um acordo no qual a empresa ré numa *class action* entrega cupons ou outras promessas por produtos ou serviços, em vez de dinheiro.

138

Veja David L. Aronoff & Saul S. Rostamian, *Navigating the minefield: lessons of Figueroa v. Sharper Image and Defense counsel's guide to settling coupon-based class actions after CAFA*, Andrews Class Action Litig. Rep. (Westlaw), Sept. 18, 2008, em *1, *2 (aconselhando os advogados da defesa em certos termos de acordo a fim de lidar com a proibição do CAFA para “acordos cupom”) Donna L. Wilson, John W. McGuinness & Veronica D. Gray, *Settling class actions: alternatives to coupon settlements after CAFA and considerations for corporate defendants*, Andrews Class Action Litig. Rep. (Westlaw), Feb. 19, 2009, em *1, *1-2 (citando várias alternativas aos “acordos cupom”).

139

Veja, por exemplo, *Dennis v. Kellogg Co.*, 697 F.3d 858, 861, 865-67 (9th Cir. 2012) (rejeitando a parte do *cy pres* em acordos coletivos); veja também Martin H. Redish, Peter Julian & Samantha Zyontz, *Cy Presrelief and the pathologies of the modern class action: a normative and empirical analysis*, 62 FLA. L. Rev. 617, 620 (2010) (discutindo a “dramática guinada das *class actions* modernas em direção à tutela *cy pres*”). Porém, *cf. In re Baby Prods. Antitrust Litig.*, 708 F.3d 163 (3d Cir. 2013) (mantendo a tutela *cy pres* em acordos coletivos); *In re LivingSocial Mktg. & Sales Practice Litig.*, 298 F.R.D. 1, 12 (D.D.C. 2013) (idem); *Minor v. FedEx Office and Print Servs., Inc.*, No. C09-1375 Teh, 2013 WL 503268, em *4-5 (N.D. Cal. Feb. 8, 2013) (discutindo problemas relacionados às cláusulas de reversão nos contratos celebrados em acordos coletivos); *Davis v. J.P. Morgan Chase & Co.*, 827 F. Supp. 2d 172, 186 (W.D.N.Y. 2011) (explicando o porquê de as cláusulas de reversão exigirem um juízo mais robusto sobre os contratos celebrados em acordos coletivos).

140

Veja Robert B. Gerard & Scott A. Johnson, *The role of the objector in class action settlements – A case study of the general motors truck “side saddle” fuel tank litigation*, 31 Loy. L.A. L. Rev. 409, 411 (1998) (discutindo a concessão US\$26 milhões de dólares em honorários para advogados da classe em contraste com US\$1000 em cupons para os membros da classe, que, no valor de mercado, não passaria de \$100, conforme alegou-se nas objeções.) Alan B. Morrison, *Improving the class action settlement process: little things mean a lot*, 79 Geo. Wash. L. Rev. 428, 434-35 (2011) (notando que o *Public citizen litigation group* rotineiramente impugnava pedidos de honorários vultosos, os quais concebiam como sinal de acordos coletivos injustos.

141

Veja Redish, *supra* nota 71, em 36; Martin H. Redish & Nathan D. Larsen, *Class actions, litigant autonomy, and the foundations of procedural due process*, 95 Cal. L. Rev. 1573 (2007).

142

Veja a Recomendação da Comissão Europeia 396/2013, de 11 de junho de 2013, *On common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the member states concerning violations of rights granted under union law*, 2013 O.J. (L 201) 60 (estabelecendo o princípio do *opt-in* para as partes demandantes).

143

Veja *supra* tópico II.A.3.

144

Veja *supra* tópico II.A.2.

145

Veja os casos citados *supra* na nota 82.

146

Brief for Petitioners, p. 41, *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 134 S. Ct. 2398 (2014) (No. 13-317), 2013 WL 6907610.

147

Idem.

148

Veja, por exemplo, *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293, 1298 (7th Cir. 1995).

149

Memoriais dos demandantes, supra nota 141, página 41.

150

Ibidem, p. 40.

151

Idem, veja também Cecilia A. Glass, Note, *Sword or shield? Setting limits on slusa's ever-growing reach*, 63 Duke L.J. 1337 (2014) (documentando o aumento das *class actions* envolvendo ações mobiliárias após a promulgação do *Private securities litigation reform act* de 1995 e do *Securities Litigation Uniform Standards Act* de 1998).

152

Memoriais dos Requerentes, supra nota 146, p. 40.

153

Private Securities Litigation Reform Act de 1995 Pub. L. No. 104-67, 109 Stat. 737 (codificado como alterado nas seções dispersas dos títulos 15 e 18 do United States Code).

154

Memoriais dos Requerentes, supra nota 146, p. 40-41.

155

Ibidem, p. 41-42.

156

Ibidem, p. 43.

157

Ibidem, p. 42-43 (“Os custos das *class actions* – no que diz respeito aos honorários e outras despesas – constituem uma perda morta, simplesmente reorganizando o dinheiro dos próprios acionistas, subtraído uma parte que se destina aos advogados. E essa subtração é completamente substancial. Os honorários dos advogados dos demandantes geralmente correspondem a 23% e

32% da quantia total envolvida nos acordos; os honorários dos advogados dos demandantes, geralmente pagos independentemente do resultado do litígio, rivalizam com aquele percentual”) (citações omitidas).

158

Ibidem, p. 42 (“os custos de *class actions* envolvendo ações mobiliárias – tanto o pagamento dos acordos quanto as despesas do litígio de ambas as partes – geralmente recam sobre a sociedade empresária demandada’, o que significa que ‘seus acionistas, em última instância, é que arcam com os custos indiretamente e de forma desigual.” (alteração no original) (citando John C. Coffee, Jr., *Reforming The Securities Class Action: An Essay On Deterrence And Its Implementation*, 106 Colum. L. Rev. 1534, 1536 (2006)).

159

Idem. (“A expansão das *class actions* em mercados de capitais ‘conduz a grandes julgamentos, pagos, em última instância, por investidores inocentes em benefício de especuladores e seus advogados” (citando o caso *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 262 (1988) (White, J., divergindo)).

160

Ibidem, p. 44.

161

Ibidem, p. 42 (notando que “a maioria das classes de demandantes perderá mais como investidores do que ganharão como adquirentes, bem como que “acordos são ainda piores para os pequenos investidores”, que têm de compartilhar os custos do litígio sem dele se beneficiarem. (citando Richard A. Booth, *Class conflict in securities fraud litigation*, 14 U. Pa. J. Bus. L. 701, 701 (2012)).

162

Ibidem, p. 43-44.

163

Ibidem, p. 44-45 (caracterizando as *class actions* de ações mobiliárias como “gulosas consumidoras de recursos judiciais”).

Ibidem, p. 45.

Nota do Tradutor: o “*champerty*” constitui uma prática em litígios de classe norte-americanos em que se celebra um contrato ilegal por meio do qual um terceiro, sem qualquer interesse anterior na demanda, passa a financiá-la com o objetivo de dividir os resultados do litígio com o litigante caso este tenha êxito. No antigo *common law*, essa prática era vedada, porém nos dias de hoje ela é lícita e frequentemente integra contratos de honorários advocatícios pactuados entre o cliente e seu advogado. O que torna o “*champerty*” ilícito, contudo, é a criação de um “mercado de litigância”, interessado mais no lucro que na justa resolução dos conflitos. O mero acordo entre partes e advogado é lícito.

Veja, por exemplo, John C. Coffee, Jr., *Class action accountability: reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation*, 100 Colum. L. Rev. 370 (2000); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: the dilemma of the mass tort class action*, 95 Colum. L. Rev. 1343 (1995); Richard A. Epstein, *Class actions: aggregation, amplification, and distortion*, 2003 U. Chi. Legal F. 475, 480-92 (descrevendo custos e benefícios da litigância agregada e seu potencial de gerar distorções); Samuel Issacharoff, *Class action conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805 (1997); Susan P. Koniak & George M. Cohen, *Under cloak of settlement*, 82 Va. L. Rev. 1051 (1996); Richard A. Nagareda, *Aggregation and its discontents: class settlement pressure, class-wide arbitration, and CAFA*, 106 Colum. L. Rev. 1872, 1885-87 (2006).

Veja Christopher R. Leslie, *The significance of silence: collective action problems and class action settlements*, 59 Fla. L. Rev. 71, 105-06 (2007) (descrevendo objeções aos acordos como “exercícios fúteis”, dado que a “história demonstra que as cortes consistentemente aprovam propostas de acordos a despeito das objeções dos membros da classe”).

Martin H. Redish, *Class actions and the democratic difficulty: rethinking the intersection of private litigation and public goals*, 2003 U. Chi. Legal F. 71, 77 (referindo-se aos advogados das *class actions* como “caçadores de recompensa”); ver também supra nota 77 e textos seguintes.

Veja *Green v. Plantation of La., LLC*, No. 2:10-cv-0364, 2010 WL 5256354, em *5 (W.D. La. Nov. 24, 2010) (notando o dever da corte de pôr freios aos estímulos à litigância injustificada); Geoffrey P. Miller, *Payment of expenses in securities class actions: ethical dilemmas, class counsel, and congressional intent*, 22 Rev. Litig. 557, 560-61 (2003); Jack B. Weinstein, *The democratization of mass actions in the internet age*, 45 Colum. J.L. & Soc. Probs. 451, 467 n. 62 (2012) (notando que restrições das práticas de *champtery* nas *class actions* favorecem as cortes).

170

Veja, por exemplo, Jessica Silver-Greenberg & Susanne Craig, *Bank of America Settles Suit Over Merrill for \$2.43 Billion*, N.Y. Times, Sept. 29, 2012, em A1. Disponível em: [https://dealbook.nytimes.com/2012/09/28/bank-of-america-to-pay-2-43-billion-to-settle-class-action-over-merrill-deal/]; *Class action*, supra nota 17; Sharon Terlep, *NCAA Settles class-action lawsuit over head injuries*, Wall ST. J. Acesso em: 01.05.2018, [http://online.wsj.com/articles/ncaa-settles-class-action-lawsuit-over-head-injuries-1406641717].

171

Veja 1-4 Working Papers of the Advisory Committee on Civil Rules on Proposed Amendments to Civil Rule 23 (1997).

172

Fed. R. Civ. P. 23(g), (h).

173

Veja, por exemplo, Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(A) (permitindo notificações discricionárias para classes fundadas na Regra 23(b)(1) e (b)(2)); Fed. R. Civ. P. 23(e); Fed. R. Civ. P. 23(e) (requerendo uma audiência para a avaliação judicial dos acordos propostos).

174

Veja *Proposed Rules*, 167 F.R.D. 523, 537 (1996) (apresentando uma proposta de nova redação para a Regra 23(b)(4)); Richard Marcus, *Shoes that did not drop*, 46 U. Mich. J.L. Reform 637, 642-644 (2013) (notando a retratação da proposta de adição de uma classe para fins de acordo na Regra 23(b)(4) e a massiva reação negativa contra a regra proposta).

175

Veja Marcus, supra nota 174, p. 642-644 (discutindo o abandono da revisão da Regra 23 na década

de 1990).

176

28 U.S.C. §§ 2071-2072 (2012).

177

A *Rules Enabling Act* foi promulgada em 19 de junho de 1934 e consiste em uma lei aprovada pelo Congresso dos EUA que atribuiu ao Poder Judiciário competência para elaborar as Regras Federais de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*).

178

Veja supra notas 113-129.

179

Veja supra notas 21-23 e textos seguintes.

180

Veja Lei de 12 de abril de 1848, ch. 379, § 62, 1848 N.Y. Laws 497, 510 (A distinção entre demandas de direito (*actions at law*) e ações de equidade (*suits in equity*), e todas as formas de demandas e ações até então existente, está abolida; e deve haver neste Estado, daqui em diante, uma só forma de ação para a concretização ou proteção dos direitos individuais e para a tutela contra atos ilícitos, a qual deve ser denominada ação civil”. Essas disposições do direito de Nova York são usualmente atribuídas em nome de seu elaborador e proponente, David Dudley Field. Veja, de forma geral, Stephen N. Subrin, *David Dudley Field and the Field Code: a historical analysis of an earlier procedural vision*, 311 Law & Hist. Rev. 311 (1988).

181

Veja Fed. R. Civ. P. 2 (1938) (“Haverá apenas uma forma de ação, a ser conhecida como “ação civil”) (emendado em 2007).

182

Veja fontes citadas supra, nota 174.

Veja Marcus, supra nota 174.

Veja Manual for Complex Litigation (Fourth) § 21, em 243 (2004) (“Desde 1966, quando a Regra 23 foi emendada para adicionar a *class action* para a tutela de danos na Regra 23 (b)(3), a litigância de classe aumentou bastante.” (nota de rodapé omitida)); Emendas às Regras de Processo Civil-Almirantado e Processo Penal-Marítimo, com relatório da Conferencia Judicial, 39 F.R.D. 69, 103 (1966) (discutindo a criação da categoria da Regra 23(b)(3)).

Brandon L. Garrett, *Aggregation and constitutional rights*, 88 Notre Dame L. Rev. 593, 614-15 (2012) (Como concluiu um grupo de pesquisadores, ‘os dados nos contam que o mundo das *class actions* [...] foi antes o mundo das *class actions* para a tutela de danos da Regra 23 (b)(3) que o mundo dos direitos civis e da política social de reforma na litigância que os legisladores de 1966 tinham em mente.” (alterações no original) (citando Deborah R. Hensler, Nicholas M. Pace, Bonnie Dombey-Moore, Elizabeth Giddens, Jennifer Gross & Erik Moller, *Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain* 52-53 (2000))).

Veja Baker, supra nota 64, p. 232, 234, 238-239; Burch, supra nota 64, p. 1275-1278, Hensler, supra nota 64, p. 320-323; Lysaught & Hazelgrove, supra nota 64; Shepherd supra nota 64.

Veja supra notas 117, 120 e textos seguintes.

Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(B).

Veja *In re Monumental Life Ins. Co.*, 365 F.3d 408, 417 (5th Cir. 2004).

Veja supra notas 126-137 e textos seguintes.

191

Veja Redish, supra nota 71, p. 36-38, 131; Recomendação da Comissão da União Europeia 396/2013 de 11 de junho de 2013, supra nota 137.

192

Sugestões no sentido de se alterar o procedimento da *class action* para revertê-lo ao princípio do *opt-in* foram repetidas vezes propostas e rejeitadas no passado. Veja Kern v. Siemens Corp., 393 F.3d 120, 124-29 (2d Cir. 2004) (argumentando que a regra do *opt-in* não seria permitida como uma questão da jurisprudência em torno da *class action*, tampouco nos poderes inerentes de equidade da Corte); veja também Edward H. Cooper, *Federal class action reform in the United States: past and future and wherenext?*, 69 Def. Couns. J. 432, 439-40 (2002) (notando que diversas propostas foram feitas à Comissão Consultiva no sentido de que considerasse o *opt-in* e que, no entanto, nenhuma foi aprovada).

193

Veja casos citados supra notas 103-104.

194

Veja notas supra 97-100 e textos seguintes.

195

Veja, por exemplo, Mays v. Tenn. Valley Auth., 274 F.R.D. 614, 619-20 (E.D. Tenn. 2011); Kempner v. Town of Greenwich, 249 F.R.D. 15, 18-19 (D. Conn. 2008); Hewlett v. Premier Salons Int'l, Inc., 185 F.R.D. 211, 215-16 (D. Md. 1997).

196

Veja notas supra 107-108 e texto seguinte.

197

Veja Robert H. Klonoff, Edward K.M. Bilich & Suzette M. Malveaux, *Class actions and other multi-party litigation* 83-96 (2d ed. 2006) (comparando “comunalidade fácil” a “comunalidade com

dentes” e notando que “a maioria dos casos tratam da comunalidade como uma mera formalidade, porém, ocasionalmente, as cortes aplicam o requisito de forma rigorosa”), com J.B. *ex rel. Hart v. Valdez*, 186 F.3d 1280 (10th Cir. 1999) (um exemplo de “comunalidade com dentes”).

198

Veja notas supra 128-29 e texto seguinte.

199

Veja supra Part II. B.

200

Veja, por exemplo, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2553-54 (2011); *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig.*, 552 F.3d 305, 322-23 (3d Cir. 2008).

201

Nota do Tradutor: nos EUA, o “*Daubert standard*” consiste em uma regra de direito probatório que diz respeito à admissibilidade de testemunhas especialistas no processo. As partes podem ajuizar ações *daubert* – uma ação com pedido liminar – para requerer a exclusão de provas ilícitas que tenham sido apresentadas ao juiz.

202

Veja John Beisner, Karl Thompson & Allison Orr Larsen, *Canadian class action law: a flawed model for european class actions*, ENGAGE, June 2008, em 123, 123-25 (2008) (discutindo a história das regras de *class action* do Canadá e uma abordagem mais liberal da certificação de classe, além de requisitos vagos para a comunalidade e ausência do requisito de predominância, como nos Estados Unidos).

203

Veja S. Stuart Clark, Ross McInnes, Colin Loveday, Andrew Morrison & Greg Williams, *Is the class action ‘centre of gravity’ moving away from the United States?*, 80 Def. Couns. J. 420, 421-22 (2013) (As *class actions* seguem até que sejam impugnadas pela defesa). Veja, de forma geral, Stuart Clark & Christina Harris, *The push to reform class action procedure in Australia: evolution or revolution?*, 32 Melb. U. L. Rev. 775, 779-82 (descrevendo a legislação e os procedimentos da *class action* australiana).

Manual for Complex Litigation (Fourth), supra nota 177, § 21.11, em 245-46; veja também Davidson v. Worldwide Asset Purchasing, LLC, 914 F. Supp. 2d 918, 922 (N.D. LII. 2012) (apoiando a posição segundo a qual outras petições devem ser decididas antes da certificação de classe). Veja, de forma geral, Linda S. Mullenix, *Dropping the spear: the case for enhanced summary judgment prior to class certification*, 43 Akron L. Rev. 1197 (2010) (discutindo a necessidade de que as Cortes decidam sobre a pré-certificação sumária de petições de julgamento); Linda S. Mullenix, *Standing and other dispositive motions after amchem and ortiz: the problem of “logically antecedent” inquiries*, 2004 Mich. ST. L. Rev. 703 (argumentando que as cortes devem especificar as petições de pré-certificação antes de se debruçar sobre a certificação definitiva).

Veja, por exemplo, Robert G. Bone & David S. Evans, *Class certification and the substantive merits*, 51 Duke L.J. 1251 (2002) (defendendo juízo de mérito preliminar); Geoffrey C. Hazard, Jr., *Class certification based on the merits of the claims*, 69 Tenn. L. Rev. 1 (2001) (sugerindo uma análise preliminar do mérito durante a certificação da classe); Richard Marcus, *Reviving judicial gatekeeping of aggregation: scrutinizing the merits on class certification*, 79 Geo. Wash. L. Rev. 324 (2011) (o mesmo). Mas, cf. Michael J. Kaufman & John M. Wunderlich, *The unjustified judicial creation of class certification merits trials in securities fraud actions*, 43 U. Mich. J.L. Reform 323 (2010) (argumentando contra a criação judicial de critérios para a análise preliminar do mérito na certificação de classes em casos envolvendo ações mobiliárias).

Fed. R. Civ. P. 23(h).

Fed. R. Civ. P. 23(h) nota da Comissão Consultiva (‘A regra não tenciona resolver a questão sobre qual dos métodos, *lodestar* ou percentual, deve ser visto como preferencial’).

Nota do Tradutor: no contencioso civil americano, o método *Lodestar* se caracteriza pelo cálculo “do número de horas estimadas para a realização do trabalho do advogado, multiplicado por um valor razoável para cada hora do trabalho ” (Stabraker v. DLC ttd. 376 F. 3d 819, 825 (8th circ. 2004)).

Idem.

210

Veja, por exemplo, Fitzpatrick, nota supra 45; Patricia M. Hynes, *Plaintiffs' class action attorneys earn what they get*, 2 J. Inst. for Study Legal Ethics 243, 243-44 (1999); Andrew D. Thibedeau, *Vindicating the public interest?: The public law implications of attorneys' fee restrictions in class actions*, 13 Suffolk J. Trial & App. Advoc. 231 (2008).

211

Veja, por exemplo, Roald Nashi, Note, *Italy's class action experiment*, 43 Cornell Int'l L.J. 147, 152, 160 (2010) (apontando a resistência europeia aos contratos de honorários advocatícios das *class actions* americanas); Tiana Leia Russell, *Exporting class actions to the European Union*, 28 B.U. Int'l L.J. 141, 150, 153, 179 (2010) (apontando a crítica europeia ao procedimento da *class action* americana tendo em vista esse promover, de um lado, uma escassa compensação aos membros da classe, e de outro, vultosos honorários para seus advogados).

212

Veja notas supra 77-79 e texto seguinte.

213

Veja Baker, nota 65 supra; James M. Fischer, *Litigation financing: a real or phantom menace to lawyer professional responsibility?*, 27 Geo. J. Legal Ethics 191 (2014) (explorando questões éticas suscitadas pelo financiamento de litígios por terceiros); Joshua G. Richey, Comentário, *Tilted scales of justice? The consequences of third-party financing of american litigation*, 63 Emory L.J. 489 (2013) (explorando problemas éticos levantados pelo financiamento por terceiros, com propostas de reforma).

214

Veja Janet Walker, *Who's afraid of U.S.-Style class actions?*, 18 SW. J. Int'l L. 509, 537-46 (2012) (descrevendo vários mecanismos de financiamento público no Canadá, Reino Unido e países da União Europeia).

215

Nota do Tradutor: Programas de “*check off*” de impostos de renda permitem que contribuintes destinem recursos a uma lista pré-definida de instituições de caridade no seu formulário de

declaração de imposto de renda.

216

Fed. R. Civ. P. 23(g).

217

Veja *Martin v. Blessing*, 134 S. Ct. 402, 403 (2013) (Alito, J., respeitando a negativa de uma petição que pleiteava a concessão de *certiorari*) (comentando a prática de um juiz distrital que escolhe advogados com base na Regra 23 (g) para garantir a diversidade de representação).

218

Veja, por exemplo, *Attorney specialization program*, Ohio State Bar Ass'n. Disponível em: [www.ohiobar.org/ForLawyers/Certification/Attorney/Pages/StaticPage-57.aspx]. Acesso em:02.05.2018.

219

Fed. R. CIV. P. 23(e).

220

Veja, por exemplo, de forma geral Richard D. Freer, *The continuing gloom about federal judicial rulemaking*, 107 NW. U. L. Rev. 447 (2013) (notando a tendência da Comissão Consultiva sobre Regras Civis no sentido de evitar confrontos, mas, em vez disso, focando em questões envolvendo clareza nos textos.).