

COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE AS CLASS ACTIONS NOS ESTADOS UNIDOS: DIFERENÇAS DO SISTEMA BRASILEIRO DE TUTELA COLETIVA E RISCOS COMUNS DE RETROCESSOS

COMPETENCE TO LEGISLATE ABOUT CLASS ACTIONS IN THE UNITED STATES: DIFFERENCES OF THE BRAZILIAN SYSTEM OF COLLECTIVE PROTECTION AND COMMON RISKS OF SETBACKS

COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE ACCIONES COLECTIVAS EN ESTADOS UNIDOS: DIFERENCIAS CON EL SISTEMA BRASILEÑO DE PROTECCION COLECTIVA Y RIESGOS COMUNES DE RETROCESOS

Sebastião Sérgio da Silveira¹
Gregório Assagra de Almeida²

¹ Mestre e Doutor pela PUC-SP, Pós-Doutorado na FD de Coimbra. Professor na FDRP-USP e UNAERP, Promotor de Justiça.

² Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado pela Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp). Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

SUMÁRIO: *Introdução; 2 A Competência da Suprema Corte dos Estados Unidos para Legislar sobre Direito Processual e Principais Diferenças em Relação ao Brasil; 3 Alguns Problemas para o Futuro das Class Actions nos Estados Unidos e das Ações Coletivas no Brasil; 3.1 Alguns dos Principais Problemas para o Futuro das Class Actions nos Estados Unidos; 3.2 Alguns dos Principais Problemas para o Futuro das Ações Coletivas no Brasil; 4 Conclusões; Referências.*

RESUMO: Há nos Estados Unidos, em relação às *Class Actions*, mais insegurança e instabilidade no plano da legislação do que no Brasil. Primeiro pelo fato de que, no Brasil, a maioria das ações coletivas possui dignidade constitucional (a Ação Civil Pública é o maior exemplo, artigo 129, III, da CR/1988), de modo que aqui o processo de alteração da Constituição é bem rígido e complexo. Nos Estados Unidos, os Estados membros são autônomos e podem disciplinar, cada um ao seu modo, sobre as *Class Actions*. Contudo, a maioria dos Estados, na prática, adotam a disciplina prevista na Regra 23 do Código Federal de Processo Civil dos Estados Unidos. Além disso, a Suprema Corte americana detém competência, transferida pelo Congresso dos Estados Unidos em 1934, para legislar sobre matéria processual, incluindo as provas. No Brasil, o Judiciário não possui competência para criar normas sobre o direito processual. A competência para legislar sobre direito processual é privativa do Legislativo da União (artigo 22, I, da CR/1988). Os tribunais brasileiros têm competência apenas para criar os seus regimentos internos, mas não a possuem para legislar sobre o direito processual ou sobre provas. Atualmente, entretanto, os Tribunais brasileiros possuem enorme poder para criar precedentes obrigatórios, especialmente com o advento do CPC/2015 (artigo 927). No Brasil, os Estados não poderão legislar sobre direito processual, salvo sobre regras específicas de procedimento ou se existir autorização expressa da União via Lei Complementar (artigos 22, parágrafo único, 24, inciso XI, ambos da CR/1988). Contudo, há muitos riscos comuns nos Estados Unidos e no Brasil, tendo em vista o incômodo e os fortes movimentos exercidos pelos poderes econômico e político contra às ações coletivas no Brasil e as *Class Actions* nos Estados Unidos.

PALAVRAS-CHAVE: *Class Actions* nos Estados Unidos; Ações Coletivas no Brasil; Competência Legislativa; Diferenças; Retrocesso. Poderes Econômico e Político; Riscos Comuns.

Autor correspondente:
Sebastião Sérgio da Silveira
E-mail: sebastiao_silveira@hotmail.com

Recebido em: 03 junho 2020.
Aceito em: 09 julho de 2023.

ABSTRACT: In the United States, in relation to Class Actions, there is more insecurity and instability in terms of legislation than in Brazil. First, in Brazil most collective actions have constitutional dignity (Public Civil Action is the best example, Brazilian of Federal Constitution, article 129, III), so that here the process of amending the Constitution is very rigid and complex. In the United States, member states are autonomous and can regulate, each in its own way, on Class Actions. However, most States, in practice, adopt the discipline provided for in Rule 23 of the Federal Code of Civil Procedure of the United States. In addition, the US Supreme Court has power, transferred by the US Congress in 1934, to legislate on procedural matters, including evidence. In Brazil, the Judiciary does not have the competence to create rules on procedural law. The competence to legislate on procedural law is exclusive to the Legislative of the Union (article 22, I, of the Brazilian Federal Constitution). The Courts in Brazil have competence only to create their internal regulations, but they do not have it to legislate on procedural law or on evidence. Currently, however, Brazilian Courts have enormous power to create mandatory precedents, especially with the advent in 2015 of Civil Procedure Code (article 927). In Brazil, the member States cannot legislate on procedural law, except on specific rules of procedure or if there is express authorization from the Union via Complementary Statute (articles. 22, sole paragraph, 24, XI, of Brazilian Constitution). However, there are many common risks in the United States and Brazil, in view of the strong movements exerted by economic and political powers against collective actions in Brazil and Class Actions in the United States.

KEYWORDS: Class Actions in the United States; Class Actions in Brazil; Legislative Competence; Differences; Retrogression; Economic and Political Powers; Common Risks.

RESUMEN: En los Estados Unidos, en relación con las acciones colectivas, hay más inseguridad e inestabilidad en términos de legislación que en Brasil. Primero, por el hecho de que, en Brasil, la mayoría de las acciones colectivas tienen dignidad constitucional (la Acción Civil Pública es el mejor ejemplo, artículo 129, III, de la CR/1988), por lo que aquí el proceso de reforma de la Constitución es muy rígido y complejo. En los Estados Unidos, los Estados miembros son autónomos y pueden sancionar, cada uno a su manera, las acciones colectivas. Sin embargo, la mayoría de los Estados, en la práctica, adoptan la disciplina prevista en la Regla 23 del Código Federal de Procedimiento Civil de los Estados Unidos. Además, la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene jurisdicción, transferida por el Congreso de los Estados Unidos en 1934, para legislar sobre cuestiones de procedimiento, incluidas las pruebas. En Brasil, el Poder Judicial no tiene competencia para crear normas sobre derecho procesal. La competencia para legislar sobre derecho procesal es exclusiva del Poder Legislativo de la Unión (artículo 22, I, de la CR/1988). Los tribunales brasileños tienen competencia sólo para crear sus reglamentos internos, pero no la tienen para legislar sobre derecho procesal o sobre prueba. Actualmente, sin embargo, los tribunales brasileños tienen un enorme poder para crear precedentes obligatorios, especialmente con la llegada del CPC/2015 (artículo 927). En Brasil, los Estados no pueden legislar sobre derecho procesal, salvo reglas específicas de procedimiento o autorización expresa de la Unión vía Ley Complementaria (artículos 22, párrafo único, 24, inciso XI, ambos de la CR/1988). Sin embargo, existen muchos riesgos comunes en Estados Unidos y Brasil, ante el malestar y los fuertes movimientos que ejercen los poderes económicos y políticos contra las acciones colectivas en Brasil y Class Actions en Estados Unidos.

PALABRAS CLAVE: Acciones colectivas en Estados Unidos; Acciones colectivas en Brasil; Competencia legislativa; Diferencias; Retroceso; Poderes económicos y políticos; Riesgos comunes

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a competência para legislar sobre as *Class Actions* nos Estados Unidos e, no Brasil, sobre ações coletivas, apontando diferenças e problemas comuns.

Analisa-se a competência da Suprema Corte americana, transferida pelo Congresso dos Estados Unidos em 1938, para legislar sobre matéria processual, incluindo as provas, discorrendo sobre as principais diferenças em relação ao Brasil, pois aqui, o STF e os tribunais brasileiros em geral podem aprovar os seus regimentos internos, mas não estão autorizados a legislar em matéria de direito processual. São abordados outros aspectos de diferenciação.

São estudados alguns problemas e riscos comuns entre as *Class Actions* nos Estados Unidos e as ações coletivas no Brasil.

No final, são apresentadas algumas conclusões e as referências que amparam a pesquisa.

2 A COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL E PRINCIPAIS DIFERENÇAS EM RELAÇÃO AO BRASIL

Em comparação com o sistema brasileiro atual das Ações Coletivas, observa-se que o sistema dos Estados Unidos é, pelo menos formalmente, mais instável e inseguro em termos de legislação. Primeiro pelo fato de que, no Brasil, a maioria das Ações Coletivas possui dignidade constitucional (a ação civil pública é o maior exemplo, art. 129, III, da CR/1988), de modo que o processo de alteração da Constituição é bem mais complexo. Depois porque, no Brasil, o Judiciário não possui poder para criar normas sobre o direito processual, que é de competência privativa do Legislativo da União (art. 22, I, da CR/1988). Os tribunais brasileiros têm competência para criar os seus regimentos internos, mas não possuem poder para legislar sobre o direito processual do País, mesmo que especificamente sobre provas.

Nos Estados Unidos, as *Class Actions* não estão garantidas expressamente na Constituição daquele País. Isso é plenamente justificável, tendo em vista o modelo sintético da Constituição americana e, também, os seus mais de 200 anos de vigência, o que retroage a momentos históricos de um passado que antecede, e muito, ao momento histórico da consagração das *Class Actions* nos moldes em que elas são atualmente conhecidas.

Por outro lado, nos Estados Unidos, por força de delegação do Congresso via *Rules Enabling Act*, a Suprema Corte daquele País tem o poder, desde 1934, para criar e aprovar normas sobre direito processual, que entrarão em vigor se não houver manifestação em sentido contrário do Congresso.¹ Consta das *Rules Enabling Act - 28* do Código dos Estados Unidos (*United States Code - U.S.C.*), § 2071- 2077, mais precisamente no seu § 2072, que dispõe sobre as normas de processo e de provas e sobre o poder de prescrevê-las:

(a) The Supreme Court shall have the power to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence

¹ É o que disciplinam as *Rules Enabling Act - 28 United States Code (U.S.C.)* § 2071- 2077, mais precisamente no § 2074, que dispõe sobre Regras de Processo e Prova; submissão ao Congresso; data efetiva:

§ 2074. Rules of procedure and evidence; submission to Congress; effective date

(a) The Supreme Court shall transmit to the Congress not later than May 1 of the year in which a rule prescribed under section 2072 is to become effective a copy of the proposed rule. Such rule shall take effect no earlier than December 1 of the year in which such rule is so transmitted unless otherwise provided by law. The Supreme Court may fix the extent such rule shall apply to proceedings then pending, except that the Supreme Court shall not require the application of such rule to further proceedings then pending to the extent that, in the opinion of the court in which such proceedings are pending, the application of such rule in such proceedings would not be feasible or would work injustice, in which event the former rule applies.

(b) Any such rule creating, abolishing, or modifying an evidentiary privilege shall have no force or effect unless approved by Act of Congress.

Tradução livre pelos autores: (a) O Supremo Tribunal transmitirá ao Congresso, o mais tardar em 1º de maio do ano em que uma regra prescrita sob a seção 2072 irá tornar-se efetiva, uma cópia da norma (regra) proposta. Esta regra entra em vigor não antes de 01 de dezembro do ano em que é transmitida, salvo disposição legal em contrário. A Suprema Corte poderá fixar que tal regra será aplicável aos processos pendentes, sendo que o Supremo Tribunal não deverá exigir a aplicação da respectiva regra para os processos pendentes na medida em que, na opinião do tribunal em que tais processos estão pendentes, a aplicação da nova regra não seria viável ou iria gerar injustiça, caso em que a regra anterior é que deve ser aplicada.

(b) Qualquer regra criando, abolindo ou modificando uma prerrogativa na produção de prova não terá força ou efeito a menos que seja aprovada por lei do Congresso.

for cases in the United States district courts (including proceedings before magistrates thereof) and courts of appeals. (b) Such rules shall not abridge, enlarge or modify any substantive right. All laws in conflict with such rules shall be of no further force or effect after such rules have taken effect. (c) Such rules may define when a ruling of a district court is final for the purposes of appeal under section 1291 of this title. ²

Assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem o poder, delegado pelo Congresso americano, via *Rules Enabling Act* (28 U.S.C. §§ 2071 -2077) para criar normas (regras) gerais de prática e de processo e normas (regras) sobre provas para os casos que tramitam nos juízos federais de primeiro grau nos Estados Unidos (incluindo processos perante os respectivos juízes) e tribunais de apelação. Contudo, essas normas (regras), que podem ser criadas pelo Judiciário, não podem abreviar, ampliar ou modificar o direito material (direito substantivo).

De acordo com as *Rules Enabling Act* (28 U.S.C. § 2074), a Suprema Corte dos Estados Unidos deverá transmitir ao Congresso, o mais tardar até 1 de maio do ano em que uma regra prescrita irá tornar-se efetiva, uma cópia da norma (regra) proposta. Há aqui um decurso de prazo para a vigência, de modo que as novas *Rules* aprovadas pela referida Corte entram em vigor a partir de 01 de dezembro do ano em que tais regras são assim transmitidas ao Congresso, salvo disposição legal em contrário do próprio Congresso. A Suprema Corte poderá fixar que tal regra será aplicável aos processos pendentes. O Supremo Tribunal não deve exigir a aplicação de tal regra para processos pendentes na medida em que, na opinião do tribunal em que tais processos estão pendentes, a aplicação da nova regra não seria viável ou iria gerar injustiça, caso em que a regra anterior é que deve ser aplicada. E mais: Qualquer regra criando, abolir ou modificar uma prerrogativa na produção de prova não terá força ou efeito a menos que aprovado por lei do Congresso.

Para facilitar o exercício dessa função delegada pelo Congresso dos Estados Unidos, a Suprema Corte institui Comitês Consultivos (*Advisory Committee*) e, para muitos temas importantes, são criados Subcomitês (*Subcommittee*), como geralmente tem ocorrido na temática das *Class Actions*. Esses Comitês e Subcomitês, constituídos na área do direito processual civil ou do direito processual penal, são compostos geralmente por juízes, advogados e acadêmicos, devidamente selecionados e nomeados pelo Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Chief Justice*). ³

454

Há vantagem e, portanto, ponto positivo nesta competência delegada partindo-se da concepção no sentido de que as normas processuais possuem, geralmente, conteúdo técnico relacionado com a prática de atos no âmbito da atuação jurisdicional. Assim, em tese, é um aspecto positivo que o próprio judiciário constata onde estão os pontos de estrangulamento do sistema processual e promova as alterações necessárias.

Contudo, ressalta determinado setor da doutrina americana que há problema no exercício dessa competência delegada para prescrever normas de direito processual. Explica Martin H. Redish que as *Rules Enabling Act* surgiram em um momento de insatisfação com um sistema de processo civil americano que havia se tornado excessivamente complicado e pesado. Até o final do século XIX, os advogados estavam cada vez mais frustrados com o sistema de demandas da *commow law*. Os requisitos técnicos reduziam os casos a uma única questão. Com isso, o sistema tornou-se rígido e rarefeito. Partes muitas vezes perdiam seus processos por razões processuais, em vez de terem o mérito de suas reivindicações apreciado. Assim, o objetivo foi apoiar a adoção de regras processuais mais simples, transferindo aos juízes o poder para fazer as suas próprias regras processuais. ⁴

² Tradução livre pelos autores:

(a) O Supremo Tribunal terá o poder para criar normas (regras) gerais de prática e de processo e normas (regras) sobre provas para os casos que tramitam nos juízos federais de primeiro grau nos Estados Unidos (incluindo processos perante os respectivos juízes) e tribunais de apelação.

(b) Tais normas (regras) não devem abreviar, ampliar ou modificar qualquer direito substantivo. Todas as normas em conflito com estas normas de direito material perdem a vigência ou o efeito depois que essas entrarem vigor.

(c) Estas regras podem definir quando uma decisão de um juiz federal de primeiro grau é final para efeitos de recurso ao abrigo da secção 1291 deste título.

Conferir: FEDERAL EVIDENCE REVIEW: <http://federalevidence.com/rules-enabling-act>

³ Explica GIDI, Antonio: (...) *Comitê Consultivo, também conhecido como Supreme Court Advisory Committee on Civil (ou Criminal) Rules. Trata-se de um grupo extremamente selecionado, composto por acadêmicos, juízes e advogados, nomeados pelo Chief Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos, com o objetivo de sugerir à Suprema Corte a promulgação ou alteração das leis processuais americanas (Rules). V. Rules Enabling Act, Federal Rules of Civil Procedure e rule. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 465.

⁴ Consultar: REDISH, Martin R. *Wholesale justice: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. United States of America: Stanford Law Books, 2009, p. 66-8.

Assim, afirma Martin H. Redish que é inconstitucional a transferência de competência legislativa do Congresso para o Judiciário, o que esbarraria no princípio constitucional da divisão dos poderes ao se delegar poder de elaborar a política legislativa ao Poder Judiciário em um ambiente não-contencioso. Diz Redish que, à luz destas preocupações estruturais, a dicotomia material-processual contida na *Rules Enabling Act* deve ser interpretada de uma forma que reserve ao Congresso o poder exclusivo de elaborar regras que impactam significativamente em questões de políticas para além das quatro paredes do poder judiciário, como é o caso da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos, que disciplina as *Class Actions* na Justiça Federal americana.⁵ Assim, essa competência delegada conferiria ao Judiciário o exercício desproporcional do poder, pois o judiciário já exerce o controle da constitucionalidade, já interpreta e dá concretude ao sistema de direito processual e de direito material diante dos casos conflituosos. Portanto, seria questionável a razoabilidade em se conferir ao próprio judiciário, fora do âmbito da atividade jurisdicional contenciosa, o poder para criar norma processual que ele deve exercer o controle da constitucionalidade.

Por outro lado, há quem sustente ou visão, de modo a questionar os argumentos de Martin R. Redish. Nesse sentido, é o posicionamento de Linda S. Mullenix. Para Linda Mullenix no que tange às questões políticas que sustentam o debate regulamentação, a única maneira de justificar, aparentemente, uma regulamentação processual majoritária (*majoritarian procedural rulamaking*) é declarar as regras processuais como sendo regras substantivas. Adotando-se esta conclusão seria possível, de fato, justificar as preferências majoritárias defendidas pelo Professor Redish. Contudo, afirma Mullenix que, se há um conceito autônomo das normas processuais, então não está claro qual seria a justificação para que a regulamentação do direito processual deva ser uma matéria política de atribuição do Poder Legislativo, até porque há boas razões para que essa competência não deva ser do legislativo. Afirma, assim, Mullenix que se o valor normativo central de um sistema judiciário independente é a neutralidade, essa neutralidade deve ser protegida não só em função dos aspectos decisórios da atuação judicial, mas também no plano do processo de regulamentação do direito processual. Isso porque a neutralidade decisória do judiciário poderá ser prejudicada fatalmente na medida em que a regulamentação processual anterior à tomada de decisão é em si não neutra.⁶

Prossegue Linda S. Mullenix afirmando que, na medida em que o processo de regulamentação do direito processual é transformado em questão exclusiva do legislativo, isso com base na denominada *preferências majoritárias*, que significaria, na verdade, afirma Mullenix, preferências de grupos de interesses, serão esses interesses, sem a neutralidade necessária, que irão construir as Normas Federais de Processo Civil. A promulgação das Regras Federais de Processo Civil dos Estados Unidos em 1938 estava imbuída, em parte, com um *ethos* neutralidade em termos de regulamentação (*an ethos of neutral-rulemaking*). Em face disso, conclui Linda Mullenix que, enquanto o Professor Martin Redish ainda acredita na norma de julgamento neutro, que seria derivada do conceito sobre o devido processo legal, a sua teoria da independência judicial abandona a norma da regulamentação judicial. E mais: o Professor Redish reconhece uma função contramajoritária (*counter-majoritarian*) para o sistema judicial na tomada de decisões, porém, ironicamente, ele não reconhece um papel contramajoritário do judiciário em relação à regulamentação do direito processual. Com essas considerações, questiona Linda Mullenix: o que adianta a neutralidade na tomada de decisão diante ausência da falta da regulamentação neutra do processo que deve ser seguido para a tomada da referida decisão?⁷

Outro problema que está presente nos Estados Unidos é o relativo à plena autonomia dos Estados para legislar sobre direito processual. Com isso, não obstante a maioria dos Estados terem adotado, em linhas gerais, a *Rule*

⁵ Consultar: REDISH, Martin R. *Wholesale justice: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. United States of America: Stanford Law Books, 2009, p. 66-9.

⁶ Consultar: MULLENIX, Linda S. *Judicial Power and The Rules Enabling Act*. United States of America: 46 Mercer law Review, 733, Winter, 1995. Disponível in: WestlawNest@2015 Thomson Reuters.

⁷ Consultar: MULLENIX, Linda S. *Judicial Power and The Rules Enabling Act*. United States of America: 46 Mercer law Review, 733, Winter, 1995. Disponível in: WestlawNest@2015 Thomson Reuters.

23, que disciplina, no âmbito da justiça federal americana, as *Class Actions*, esta regra do processo civil federal não é obrigatória para os Estados. Assim, há Estados possuem as suas próprias regras processuais sobre as *Class Actions*, como é a situação do Estado da Califórnia, assim como há Estados que não dispõem em suas normas processuais sobre um procedimento para as *Class Actions*, como é o caso dos Estados de Mississippi e Virgínia. O Estado de New York, por exemplo, assim como outros, limitam, por matéria, os tipos de casos que podem ser objeto das *Class Actions*.⁸

Essas dificuldades e complexidades, próprias do (s) sistema (s) jurídico (s) americano (sistema federal, sistemas estaduais e sistema da capital americana), não existem no Brasil, pois os Estados não possuem competência para legislar sobre direito processual, salvo sobre normas específicas e locais de procedimentos ou se houver autorização específica de Lei Complementar (arts. 22, I, e parágrafo único, 24, XI, da CR/1988).

Como explica Maria Carolina Silveira Beraldo, a Constituição brasileira de 1891 inovou o constitucionalismo brasileiro ao estabelecer as bases do federalismo, quando autorizou os Estados-membros a legislar sobre processo. Contudo, foi a atual Constituição de 1988 que, de maneira técnica, distribuiu as competências legislativas em matérias de processo e procedimento entre a União e os Estados Membros Federados. Assim, atualmente, os Estados membros e o Distrito Federal podem legislar, concorrentemente com a União, em matéria de procedimentos processuais, isso sem prejuízo da competência privativa da União para legislar sobre direito processual, de forma que caberá à União a edição de normas gerais sobre processo e procedimento e, aos Estados membros e ao Distrito Federal, a edição de normas procedimentais específicas, isso de acordo com a suas peculiaridades e conveniências (arts. 22, I, e seu parágrafo único, e 24, XI, da CR/1988).⁹

Contudo, o sistema das ações coletivas já sofreu e não está livre de sofrer intervenções restritivas e inconstitucionais no Brasil e isso poderá se dar de forma até mais imprevisível no Brasil do que nos Estados Unidos, tendo em vista a jovialidade do sistema jurídico e da democracia brasileira em comparação com os Estados Unidos.

456

Por outro lado, o Judiciário não possui competência para criar normas sobre o direito processual. A competência para legislar sobre direito processual é privativa do Legislativo da União (artigo 22, I, da CR/1988). Os tribunais brasileiros têm competência apenas para criar os seus regimentos internos, mas não a possuem para legislar sobre o direito processual ou sobre provas.

Atualmente, entretanto, os Tribunais brasileiros possuem enorme poder para criar precedentes obrigatórios e, portanto, de caráter vinculante, especialmente com o advento do CPC/2015, que em seu artigo 927 estabelece:

Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

⁸ Para uma visão ampla sobre as *Class Actions* no sistema federal e nos 50 Estados dos Estados Unidos, DICKERSON, Thomas A. *Class actions the law of 50 States*. United States of America – New York: Law Journal Press, 2015. Também: GREER, Marcy Hogan. *A practitioner's guide to class actions*. United States of America: American Bar Association, 2010. Conferir ainda: KARLSGODT, Paul G. *World class actions: a guide to group and representative actions around the Globe*. United States – New York: Oxford University Press, 2012, p. 27-8.

⁹ Aduz, ainda, BERALDO, Maria Carolina Silveira: “Em suma, à luz da Constituição Federal e do quanto disposto em seu artigo 24, os Estados e o Distrito Federal podem legislar sobre todos os aspectos acima elencados, para atender às suas peculiaridades locais, de acordo com suas conveniências e de forma justificada, seja na ausência de legislação federal a respeito (suplementarmente), seja para especificar legislação procedimental já existente (complementarmente), nos termos dos parágrafos 2º e 3º do citado dispositivo.” *Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988: normas processuais e procedimentais civis*. Coleção Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça no Estado Constitucional de Direito em Crise, vol. 17 (Gregório Assagra de Almeida – coordenador). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 121-3.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Portanto, os precedentes de caráter vinculante, que agora passam a ser fontes diretas do sistema jurídico, foram demasiadamente ampliados, isso tanto em tipos e matérias quanto em competências jurisdicionais. De certo modo, é preciso cuidado para que não haja desequilíbrio no sistema e engessamento do direito brasileiro com a ampliação dos poderes dos tribunais para editarem decisões gerais de caráter obrigatório. O importante é que não haja retrocesso em relação aos direitos fundamentais e seja assegurada a igualdade substancial perante a Constituição, as convenções que o País seja signatário, as leis e os próprios precedentes.¹⁰

Existem, entretanto, muitos riscos comuns nos Estados Unidos e no Brasil, tendo em vista o incômodo e os fortes movimentos exercidos pelos poderes econômico e político contra às ações coletivas no Brasil e as *Class Actions* nos Estados Unidos, conforme será analisado na sequência.

3 ALGUNS PROBLEMAS PARA O FUTURO DAS *CLASS ACTIONS* NOS ESTADOS UNIDOS E DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

3.1 ALGUNS DOS PRINCIPAIS PROBLEMAS PARA O FUTURO DAS *CLASS ACTIONS* NOS ESTADOS UNIDOS

Não há a pretensão de apresentar uma resposta sobre o futuro das *Class Actions* nos Estados Unidos e das Ações Coletivas no Brasil, o que seria impossível diante de um sistema tão complexo e com tantas variantes como é o (s) Sistema (s) jurídico (s) dos Estados Unidos e os problemas sociais e estruturais no Brasil.

O objetivo aqui é somente problematizar diante dos enormes desafios que rondam o sistema das *Class Actions* nos Estados Unidos e as Ações Coletivas no Brasil, existindo intensas discussões e debates sobre o tema, inclusive na mídia.

A identificação político-partidária dos juízes nos Estados Unidos é uma característica muito marcante da democracia americana e isso, explica Antonio Gidi, tem impacto direto nos horizontes mais progressistas ou conservadores do Direito nos Estados Unidos, tornando o processo evolutivo do direito material e do direito processual algo cíclico, que geralmente dependerá da liderança político-partidária na Presidência da República e no Congresso Nacional. Essa assertiva poderia transparecer óbvia, explica Antonio Gidi, se não fosse uma característica

¹⁰ Para uma análise mais profunda e ampla sobre os precedentes obrigatórios no Brasil, destaca-se, entre muitas outras obras igualmente importantes: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*: precedentes no direito brasileiro. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*: natureza, eficácia, operacionalidade. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

muito marcante da democracia americana, qual seja: a nomeação dos ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Chief Justice* e *Associate Justices*) e de todos os juízes federais para cargos vitalícios (*life tenure*) pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado americano. Assim, se o Partido Republicano, durante o exercício do Poder, conseguiu nomear mais juízes, as decisões na Justiça Federal, inclusive da Suprema Corte, tendem, por isso, a ser mais conservadoras, seguindo-se a ideologia do partido.¹¹

Assim, a divisão política americana entre os democratas, mais progressistas, e republicanos, mais conservadores, torna o debate sobre as *Class Actions* mais acalorado, inclusive no âmbito doutrinário, já que é da cultura do americano se identificar como democrata ou republicano, o que geralmente ocorre até mesmo no âmbito jurisdicional, onde os próprios juízes são, em regra, identificados dessa forma quando dos seus processos de escolhas e, depois, já no cargo, eles continuam sendo identificados e visualizados ideologicamente da mesma forma.

No âmbito da própria Suprema Corte dos Estados Unidos geralmente, por exemplo, é possível saber qual juiz é democrática, mais progressistas, e qual é republicano, mais conservador e qual, mesmo sendo indicado pelo Partido Republicano ou pelo Partido Democrática, teria uma postura mais isenta.¹² Assim, como observa Antonio Gidi, com a maioria de juízes indicados pelo Partido Republicano, as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos tendem, em certos casos, a ser mais conservadoras e o futuro do Direito, inclusive do direito processual civil nos Estados Unidos, depende muito da ideologia político partidária que domina a Presidência da República e o Congresso americano¹³. Essa observação de Antonio Gidi é muito adequada, não há dúvida, para o sistema das *Class Actions*, tendo em vista os seus enormes efeitos no campo econômico, político, social e jurídico.

458

Não há dúvida no sentido de que as *Class Actions* são um poderoso mecanismo que desperta paixões de todos os lados: há os que amam e defendem as *Class Actions* incondicionalmente; há os que se recusam a gostar das *Class Actions*¹⁴; e há aqueles com uma postura intermediária, que defendem as *Class Actions*, mas mantém uma visão crítica sobre o uso abusivo e, em muitas situações, fraudulento do Instituto.¹⁵

Como ocorreu nas duas últimas décadas, principalmente por influência do Partido Republicano, mais conservador, há em tempos mais recentes uma tentativa de enfraquecimento do exercício das *Class Actions*, as quais incomodam grupos econômicos e políticos extremamente poderosos. Contudo, também há muito abuso na utilização desses mecanismos nos Estados Unidos, com situações de injustiça que geram descrença no instituto, principalmente pelos efeitos vinculantes para todos os membros do grupo, os quais, em muitos casos, não são, de fato, contemplados pelos efeitos da decisão nas *Class Actions*. Essas situações de abuso e desvio do instituto para contemplar interesses dos próprios advogados intensificam-se nos Acordos Coletivos realizados no âmbito *Class Actions*. Com isso, os poderes econômicos e políticos, inconformados com o poder social que pode ser manifestado pela via dos processos coletivos, utilizam-se dessas situações para, sob o argumento de se coibir fraudes e garantir a justiça, enfraquecer, burocratizar e restringir o exercício e o campo de aplicabilidade das *Class Actions*.

A *Private Securities Litigation Act* de 1995 e a *Class Action Fairness Act* (CAFA) de 2005 são prova disso e demonstram que os movimentos para o enfraquecimento do sistema das *Class Actions* estão fortemente presentes atualmente no Legislativo dos Estados Unidos.

¹¹ Consultar: Gidi, Antonio. **Twombly e Iqbal**: Il Ruolo Della Civil Procedure Nello Scontro Politico-Ideologico Della Società Statunitense (Twombly and Iqbal: The Role of Civil Procedure in the Political and Ideological Battle in American Society) (May 22, 2011). Int'l Lis, p. 104, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1849403>

¹² Consultar: SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: <http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>. Consultar também: INSEDEGOV: <http://supreme-court-justices.insidegov.com/>

¹³ Consultar: Gidi, Antonio. **Twombly e Iqbal**: Il Ruolo Della Civil Procedure Nello Scontro Politico-Ideologico Della Società Statunitense (Twombly and Iqbal: The Role of Civil Procedure in the Political and Ideological Battle in American Society) (May 22, 2011). Int'l Lis, p. 104, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1849403>

¹⁴ Um das fortes críticas ao atual sistema das *Class Actions* na democracia americana está presente no livro de REDISH, Martin R. **Wholesale justice**: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit. United States of America: Stanford Law Books, 2009.

¹⁵ BONE, ROBERT G.: **Walkin the Class Action maze**: toward a more functional Rule 23. United States of America: University of Michigan Journal of Law Reform 1097, 2013. Disponível: <http://repository.law.umich.edu/mjlr/vol46/iss4/1>

A Proposta Legislativa (H.R. 1927), em tramitação Casa dos Representantes (*House of Representatives*) do Congresso americano, intitulada de *Fairness in Class Action Litigation Act of 2015*, objetiva inserir, no Capítulo 114 do Título 28 do Código dos Estados Unidos, a Seção 1716, dispondo sobre regras restritivas destinadas a limitar a Certificação do Grupo nas *Class Actions*, o que poderá representar a morte das *Class Actions* americanas. Isso fica evidenciado no próprio título da referida Seção 1716 da proposta: *Limitation on Certification of Class*. Observa-se que as justificativas são no sentido de que a proposta visa melhorar o sistema de certificação das *Class Actions*, porém, ao exigir, como condição para a certificação da *Class Action*, a necessária comprovação de igual lesão e extensão do dano sofrido no corpo ou na propriedade pelos membros do grupo, a proposta legislativa impedirá a certificação da maioria das *Class Actions* proposta na Justiça Federal dos Estados Unidos.

Antonio Gidi, que é um jurista brasileiro que leciona *Class Actions* nos Estados Unidos há quase 03 (três) décadas, manifestou suas preocupações, afirmando que a *Rule 23* está sendo objeto de estudos por várias comissões governamentais desde o início da década de 1990, com a finalidade de implantar uma profunda reforma no Instituto das *Class Actions*, evitando-se, assim, o uso abusivo. *Settlement Class Actions (Acordos Coletivos nas Class Actions)* e a reparação de danos por ilícitos civis estão sempre no âmbito do objeto de discussões nas propostas de reformas. Contudo, muitos doutrinadores defendem muita cautela na reforma, preferindo que os problemas existentes encontrem o adequado encaminhamento na orientação jurisprudencial dos tribunais americanos. Gidi afirma que é incerto o futuro das *Class Actions* nos Estados Unidos, de forma que é impossível prever se elas permanecerão no futuro as estruturas atuais.¹⁶

Andrew Trask afirma que por informações já divulgadas por membros do Comitê Consultivo (*Advisory Committee*), a *Rule 23*, que é objeto de muitos problemas e discussões, não sofrerá alterações a curto prazo. Andrew Trask ressalta que um dos principais pontos da futura reforma já discutida pelo Subcomitê da *Rule 23*, relaciona-se com as questões dos acordos coletivos em *Class Actions (Settlements Class Issues)*, que seria o maior tema que a subcomissão de reforma está analisando. Entre 96% a 99% das *Class Actions* certificadas resolvem pelo mecanismo dos acordos ao invés de proceder ao julgamento, de modo que qualquer reforma na *Rule 23* deve realmente considerar o fato de que os acordos coletivos são o fim do jogo principal em uma *Class Action*. Além disso, afirma Trask que a maioria dos juízes federais já deixaram bem claro que eles gostariam de mais orientação sobre como conduzir os acordos nas *Class Actions*, o que se justificaria tendo em vista que a *Rule 23* (e) fornece apenas três vagos fatores que o juiz deve considerar ao avaliar e aprovar um acordo: se o acordo é justo, razoável e adequado.¹⁷

Atualmente já existe muitas orientações fixadas na jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos sobre os requisitos que devem ser observados para a elaboração, muitas delas já constam do *Manual of Complex Litigation* aprovado pelo *Federal Judicial Center*¹⁸ e, mesmo assim, ainda há muitos problemas e discussões sobre o tema que justificariam um aperfeiçoamento na *Rule 23*.¹⁹

Há muitas barreiras recentes ao sistema da *Class Actions*, o que tem sido muito presente principalmente na jurisprudência da Justiça Federal americana, destacando-se as barreiras decorrentes da exigibilidade de análise probatória e de mérito em sede de juízo de admissibilidade.

Nesta esteira de raciocínio, Robert Klonoff apresenta forte crítica à inversão no processo decisório, principalmente por parte da Justiça Federal americana. Há muitas decisões recentes transferindo a apreciação

¹⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64-66.

¹⁷ TRASK, Andrew. *What Will Be in the Coming Class Action Amendments?* United States of America: Class Action Counter Measures, December 10, 2014. Disponível in: <http://www.classactioncountermeasures.com/2014/12/articles/uncategorized/what-will-be-in-the-coming-class-action-amendments/>

¹⁸ FEDERAL JUDICIAL CENTER: *Manual for Complex Litigation*. Fourth Edition. United States of America: 2004. Disponível in: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MCL40000.pdf/\\$file/MCL40000.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MCL40000.pdf/$file/MCL40000.pdf)

¹⁹ Convém destacar o último relatório do Subcomitê de reforma da *Rule 23*, datado de 09 e 10 de abril de 2015, onde poderão ser observadas inúmeras propostas de alterações na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos, já tendo sido realizadas várias reuniões e estão agendadas outras para 2015 e 2016. *RULE 23 SUBCOMMITTEE REPORT*. Disponível in: https://law.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/jul2015/I._Rule_23_Subcommittee_Report-pgs_243-297.pdf

de questões relativas ao próprio mérito para o juízo da admissibilidade das *Class Actions*. Essa inversão dificulta sobremaneira a certificação, pois elementos probatórios no grau que eles têm sido exigidos em sede de juízo de admissibilidade é uma grande barreira para o acesso à justiça pela via das *Class Actions*. Por isso, demandantes, em casos principalmente de responsabilidade civil em massa (*mass torts*) tem procurado outros caminhos e evitado a via das *Class Actions*. Assim, há um número muito consistentes de juízes federais que passaram a exigir que os demandantes provem, em suas demandas, porções substanciais do mérito na certificação do grupo. Com efeito, tornou-se agora muito mais problemática a certificação do grupo. A definição do grupo e os requisitos de admissibilidade (numerosidade, as questões comuns, a adequação da representação (*Rule 23 (a)*) e a própria tipificação das *Class Actions*, nos termos da *Rule 23 (b) (2)* e *Rule 23 (b) (3)*), agora uma grande barreira para o acesso à justiça pela via da *Class Actions*.²⁰

Antonio Gidi já demonstrou suas preocupações com essa inversão no procedimento das *Class Actions*. Para ele, com a antecipação da apreciação do mérito para o juízo de admissibilidade na certificação, cria-se enorme dificuldade para os demandantes e, por outro lado, fragiliza a garantia das *Class Actions* no combate dos ilícitos e danos massificados praticados pelo poder econômico. Gidi afirma que essas investidas contra o sistema das *Class Actions* são cíclicas e decorrem, principalmente, da influência do Partido Republicano, que é mais conservador e exerceu o controle do Congresso dos Estados Unidos nos últimos anos.²¹

Entre muitos estudos publicados recentemente, convém destacar a proposta de Linda S. Mullenix. Em um artigo com o título, que é provocativo e reflexivo, *Ending Class Actions As We Know them: rethinking the American Class Actions (Terminando Class Actions como nós as conhecemos: repensando as Class Actions americanas)*, Mullenix convida os leitores a imaginar um mundo sem a *Class Action* para a reparação de danos (*Damage Class Action*), em que o procedimento esteja limitado para pedidos de caráter mandamentais (*injunctive remedies*). Em vez da *Class Action for Damage*, o artigo incentiva a aplicação de uma regulamentação pública mais robusta para as situações de violação do direito. Afirma Mullenix que as *Class Actions* têm sido uma característica no panorama do contencioso americano há mais de 75 anos. Na maior parte deste período, esse contencioso de classe do estilo americano era desconhecido ou sofria resistência ao redor do mundo. Não obstante esta recepção fria no exterior, entende a autora que o litígio massificado tem sido sempre uma característica central do excepcionalismo processual americano, alimentada em uma narrativa histórica idealizada do dispositivo. Contudo, muito embora esta narrativa romântica perdura, a experiência do passado vinte cinco anos ilumina uma crônica muito diferente sobre litígios classe. Assim, destaca Mullenix que, no século XXI, o contencioso de grupo tem evoluído para alcançar formas que são significativamente diferentes de sua idade de ouro. A transformação do litígio tem levantado questões legítimas sobre justiça e a utilidade das *Class Actions*, assim como se o litígio de classe realmente cumpre seus objetivos declarados e a sua lógica. Principalmente nos acordos nas *Class Actions*, que é a modalidade de resolução de litígios massificados em grande escala, o tempo chegou a questionar se as *Class Actions* americanas no Século 21 tornou-se um mecanismo realmente útil se comparado com o modelo anterior. Assim, Linda S. Mullenix explora a disfunção na evolução da *Class Actions* americana e propõe um retorno a um papel mais limitado, adequado para o litígio de grupo. A finalidade da proposta da autora seria evitar que certos mecanismos, utilizados para agregação para fins de acordos (*settlements*) em *Class Actions*, continuem a dominar, com sérios problemas, o panorama das *Class Actions* nos Estados Unidos.²²

Outros autores também têm se manifestado sobre os problemas das *Class Actions* atualmente. Robert G. Bone, por exemplo, em seu artigo *Walking the Class Action Maze: Toward a More Functional Rule 23 (Caminhando no labirinto da Class Action: rumo a uma Regra 23 mais funcional)*, reconhece e enfatiza a importância das *Class*

²⁰ Consultar: KLONOFF, Robert h. **The decline of class actions**. United States of America: Washington University Law Review, 90 Wash. U.L. Rev. 729, 2013.

²¹ Consultar: Gidi, Antonio. **Twombly e Iqbal: Il Ruolo Della Civil Procedure Nello Scontro Politico-Ideologico Della Società Statunitense (Twombly and Iqbal: The Role of Civil Procedure in the Political and Ideological Battle in American Society)** (May 22, 2011). Int'l Lis, p. 104, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1849403>

²² MULLENIX, Linda S. **Ending class actions as we know them: rethinking the American class action**. United States of America: 64 Emory Law Journal, 399, 2014. In WestLawNext@2015 Thompson Reuters.

Actions para combater injustiças, para garantir direitos substanciais, assim como para a redução dos custos dos litígios. Contudo, o autor afirma que a *Rule 23* precisa de uma grande reforma para que possa ser uma ótima via de acesso à justiça e, afirma, o futuro das *Class Actions* depende disso. Bone destaca problemas com os direitos dos membros ausentes do grupo, assim como abusos na utilização das *Class Actions*. O autor enfatiza, ainda, as suas preocupações com questões constitucionais, principalmente com decisões restritivas da Suprema Corte dos Estados Unidos, com destaque para três julgados daquela Corte: *Amchem*; *Ortiz*; e *Wal-Mart*. Para o autor, os membros do Comitê incumbidos da reforma da *Rule 23* não poderão se curvar às decisões da Suprema Corte, principalmente em casos em que a alegação de inconstitucionalidade é somente uma possibilidade. Os membros do comitê devem sim dar peso às decisões da Suprema Corte, principalmente quando a fundamentação é persuasiva e, afirma Bone, eles não podem, como é óbvio, desrespeitar uma decisão constitucional clara. Contudo, quando a inconstitucionalidade é apenas uma possibilidade, a responsabilidade dos membros do Comitê para a concepção de um sistema processual eficiente e adequado deve prevalecer e ser priorizada. Assim, enfatiza que o Comitê não deve deixar de adotar uma reforma sensata só porque poderá haver uma resposta judicial adversa. Por isso, o autor propõe que haja um entendimento entre a Suprema Corte e o Comitê, mas que o Comitê mantenha a sua autonomia na proposta de reforma.²³

As observações feitas por Robert H. Klonoff, um dos grandes especialistas sobre o tema das *Class Actions*, em artigo muito interessante sobre o declínio das *Class Actions* nos Estados Unidos, demonstram alguns dos principais problemas atuais que colocam em risco o futuro deste importante mecanismo americano de tutela de direitos massificados. Para o autor, nos últimos anos, os juízes reduziram acentuadamente a capacidade dos demandantes de ajuizar *Class Actions*, comprometendo assim a eficiência destas importantes ações de defesa de direitos de grupos. Explica Klonoff que partir de meados da década de 1990, os juízes começaram a expressar preocupação com a pressão sobre os demandados para acordo coletivo após uma decisão da certificação de um grupo. Da mesma forma, os grupos empresariais também demonstraram suas preocupações no sentido de que muitas *Class Actions* que abrangem vários Estados foram propostas em locais favoráveis aos demandantes, em juízo estadual. A partir de 1998, com base na *Rule 23* (f) das Normas Federais de Processo Civil dos Estados Unidos, os demandados passaram a obter nos Tribunais medidas provisórias de revisão das decisões de certificação proferidas nas *Class Actions* por Juízes de primeiro grau. Também a *Class Action Fairness Act* (CAFA), que é uma Lei federal sobre *Class Actions*, que foi aprovada em 2005, teve o efeito de deslocar as mais importantes *Class Actions* para a justiça federal. Com isso, há atualmente um número muito consistente de decisões dos Tribunais Federais dos Estados Unidos que demonstra o surgimento de várias tendências perturbadoras.²⁴

O que se observa, à luz da doutrina que tem apresentado uma crítica séria aos ataques contra as *Class Actions*, é que o período desde a promulgação da moderna *Rule 23* em 1966, até meados de 1990, os juízes e tribunais americanos eram, geralmente, bem receptivos ao uso das *Class Actions*. Por isso, foi ampliado, consideravelmente, neste período, os casos de propositura de *Class Actions* nas situações de danos em massa, destacando-se as *Class Actions* para buscar indenizações por danos gerados a um número enorme de pessoas pelo contato com o amianto. A ampliação do uso das *Class Actions* começou a incomodar e, por isso, vieram reações como a adoção, por exemplo, da *Rule 23* (f), em 1998, admitindo recurso imediato das decisões que certificam ou denegam a certificação da *Class Action*, assim como a promulgação das *Class Actions Fairness Act* – CAFA – em 2005. Com isso, foi iniciada uma mudança no quadro da jurisprudência, que era receptivo às *Class Actions*, para um novo quadro, mais rígido e restritivo ao uso desses mecanismos de tutela em massa. O novo passou a ser desenhado especialmente por setor considerável dos juízes federais de primeiro grau e tribunais federais de apelação, amparados, em muitos aspectos, em

²³ BONE, ROBERT G.: *Walking the Class Action maze: toward a more functional Rule 23*. United States of America: University of Michigan Journal of Law Reform 1097, 2013. Disponível: <http://repository.law.umich.edu/mjlr/vol46/iss4/1>. Outro artigo interessante sobre os problemas atuais sobre as *Class Actions* nos Estados Unidos é de KLONOFF, Robert h. *The decline of class actions*. United States of America: Washington University Law Review, 90 Wash. U.L. Rev. 729, 2013.

²⁴ Consultar: KLONOFF, Robert h. *The decline of class actions*. United States of America: Washington University Law Review, 90 Wash. U.L. Rev. 729, 2013.

decisões conservadoras da Suprema Corte dos Estados Unidos, destacando-se, principalmente, alguns pontos abaixo listados, muito bem arrolados nos estudos de Robert Klonoff.²⁵

1. Os juízes começaram a aplicar normas rigorosas sobre a prova, exigindo para a certificação das *Class Actions* a análise de provas e de questões litigiosas, mesmo que essas questões se sobreponham ao mérito da demanda.

2. A jurisprudência passou a exigir critérios muito mais rígidos na avaliação da definição do grupo.

3. Na aplicação da *Rule 23* (a), quanto ao requisito numerosidade (*numerosity*), passaram a surgir decisões, no sentido de que esse requisito não estava satisfeito, que tinham como fundamento a falta de elementos de prova em circunstâncias em que, como uma questão de bom senso, o grupo incluía muito mais do que o número mínimo necessário estabelecer a numerosidade.

4. Começaram a surgir decisões aumentando a exigência de *questões comuns*, nos termos da *Rule 23* (a), para incluir não só uma questão comum de direito ou de fato, mas uma questão que fosse fundamental para o desfecho da *Class Action*.

5. Muitas decisões passaram a rejeitar a certificação do grupo sob a alegação de risco de que, em razão do fato de os demandantes não apresentarem todas as reivindicações possíveis, parte dos membros do poderiam ser posteriormente impedidos de reivindicar as suas pretensões como resultado da coisa julgada e dos próprios efeitos vinculantes da decisão, de modo que, no teor das novas orientações jurisprudenciais que começaram a surgir, os representantes e os advogados do grupo seriam são inadequados para representar um grupo putativo.

6. Outras decisões passaram a rejeitar a certificação do grupo ao abrigo da *Rule 23* (b) (2), em razão de reivindicações monetárias estarem incluídas com pedido de provimento declaratório (*declaratory*) e mandamental (*injunctive*), o que passou a se dar mesmo que os pedidos de provimentos judiciais declaratórios e mandamentais fossem a parte mais importante do processo nas *Class Actions*.

462

7. Outras decisões passaram a rejeitar certificação do grupo ao abrigo do artigo 23 (b) (3), sob a fundamentação amparada somente nas questões individualizadas envolvidos, sem analisar, porém, se as questões comuns superariam as questões individualizadas para fins de justificação da *Class Action*.

8. Decisões também passaram a rejeitar Acordos nas *Class Actions*, aplicando rigorosamente os critérios para certificação do grupo como se o caso estivesse sendo julgado como uma *Class Actions*, isso muito embora o Acordo Coletivo tivesse o condão de eliminar a necessidade de um julgamento.

9. Surgiram decisões, ainda, rejeitando propostas para a inserção de questões individuais em base de tutela de grupo, que tinha amparo na *Rule 23* (c) (4), sendo que os fundamentos dessas decisões restritivas são no sentido de que a causa da *Class Action* como um todo deve satisfazer a exigência de predominância da *Rule 23* (b) (3) ou porque bifurcação violaria claramente a Sétima Emenda (*Seventh Amendment*) da Constituição dos Estados Unidos.

10. Muitas decisões passaram a dar validade às cláusulas de arbitragem que proíbem a adjudicação de disputas em uma base de grupo, sob o fundamento de que a Lei de Arbitragem Federal (FAA) substituiu a aplicação do direito estadual e federal. A Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2011, limitou a capacidade dos Estados de se recusar a cumprir cláusulas de arbitragem em contratos fora do estado, isso até mesmo se isso for considerado uma violação da política pública estadual. A decisão refere-se a uma recusa do Estado da Califórnia em forçar uma cláusula de arbitragem obrigatória (*mandatory*), mas não para o grupo, quando no caso *AT & T Mobility v. Concepcion*, a Suprema Corte declarou que a Lei Federal de Arbitragem de 1925 (*Federal Arbitration Act of 1925*) proíbe os Estados de condicionar a aplicabilidade de determinados acordos de arbitragem à disponibilidade de procedimentos de arbitragem para o grupo.²⁶ Com a decisão, que representada como um grande retrocesso ao sistema de proteção dos consumidores, as empresas que incluem convenções de arbitragem como renúncias à *Class Action* poderão exigir que os consumidores façam suas reivindicações em arbitragens individuais ao invés de serem protegidos perante

²⁵ Consultar: KLONOFF, Robert h. **The decline of class actions**. United States of America: Washington University Law Review, 90 Wash. U.L. Rev. 729, 2013.

²⁶ Consultar: ISSACHAROFF, Samuel. **Civil procedure**. Third Edition. United States of America: Fundation Press/Thomson Reuters, 2012, p. 190-1.

um juiz estadual como parte de uma *Class Action*. Assim, por força da decisão da Suprema Corte, inúmeras grandes empresas passaram a inserir essas cláusulas de arbitragens individuais obrigatórias em seus contratos.

Em outro artigo, direcionado especificamente para reflexões sobre o futuro das *Class Actions* nos Estados Unidos, Robert H. Klonoff enfatiza que a ameaça de uma *Class Actions* tem força até para impedir a prática de uma ilegalidade, além de evitar que se resolvam problemas comuns, ocorridos repetidamente, em um mesmo processo, para inúmeros autores. Preocupações abstratas sobre a existência de chantagens em acordos coletivos ou a possibilidade abstrata e teórica de abuso por parte do advogado do grupo não podem ser utilizadas para corroer uma garantia de proteção jurisdicional dos direitos dos grupos que funcionou tão bem por muitos anos após a aprovação da moderna *Rule 23* em 1966.²⁷

Assim, o surgimento de casos inumeráveis que acabam com a possibilidade de prosseguir na busca de um provimento de proteção dos direitos do grupo representa uma tendência incômoda que mina e compromete, em muito, as finalidades de compensação (*compensation*) e dissuasão (*deterrence*), colocando em riscos reais as próprias funções eficientes (*efficiency functions*) das *Class Actions* como um importante mecanismo de acesso à justiça.²⁸

Realmente não se sabe qual será o futuro das *Class Actions* nos Estados Unidos; contudo, pode-se afirmar, com certeza, que dificilmente o referido mecanismo, pela sua importância social, política e jurídica, sofrerá grandes retrocessos sem uma ampla discussão e debates acirrados na doutrina, no ambiente acadêmico, no Congresso, inclusive na própria mídia americana.

Em parte, acredita-se que é cíclico o que está acontecendo. Agora há o domínio de uma ala conservadora do poder americano em áreas estratégias de exercício do poder, principalmente no âmbito da Suprema Corte, da Justiça Federal e do Congresso americano. Isso poderá ser alterado no futuro? Acredita-se que sim, mas não a curto prazo. Não se altera a composição da Suprema Corte e dos quadros da Justiça Federal a curto espaço de tempo, principalmente pelo fato de que os cargos são vitalícios. É muito mais fácil alterar a composição dos quadros do Congresso Nacional americano, tendo em vista a periodicidade das eleições, do que a alteração dos quadros da Justiça Federal daquele País.

Nesse contexto, não há dúvida sobre os retrocessos já existentes e sobre os riscos futuros para que as *Class Actions* sobrevivam e cumpram as suas legítimas funções.

É o que se observa das decisões de muitos juízes federais exigindo que os demandantes provêm, em suas petições, porções substanciais do mérito na certificação do grupo. Assim, os requisitos de admissibilidade para a certificação o grupo, tais como a definição do grupo, a numerosidade, as questões comuns, a adequação da representação (*Rule 23* (a)), principalmente nos tipos de *Class Actions* amparados na *Rule 23* (b) (2) e *Rule 23* (b) (3), passaram a ser consideravelmente mais difíceis de serem preenchidos. Aliado a isso, como já foi analisado no tópico anterior, uma série de juízes passaram a rejeitar Acordos Coletivos nas *Class Actions* com a aplicação rígida dos requisitos para certificação do grupo, isso não obstante o acordo coletivo tenha o condão de eliminar a necessidade de julgamento. E ainda: uma série de juízes têm declarado como inválidos os chamados *problemas de grupos* (*issues classes*), isso nos termos da *Rule 23* (c) (4), tendo, para tanto, exigido os juízes que o caso como um todo preencha o requisito da predominância previsto na *Rule 23* (b) (3). Não fosse tudo isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou o efeito vinculante das cláusulas de arbitragem que proíbem a resolução de litígios em uma base de grupo, incluindo, principalmente, as *Class Actions*. Muito embora algumas *Class Actions* continuem viáveis, tais como nos casos de fraudes determinados títulos, problemas de salários e *Class Actions* de defesa da concorrência, o impacto global dessas tendências jurisprudenciais tem sido o de reduzir, substancialmente, a capacidade de os demandantes de conseguirem a certificação do grupo. Para Klonoff, não há dúvida no sentido de que, as *Class Actions*, quando

²⁷ Consultar: KLONOFF, Robert H. **Reflections on the future of Class Actions**. United States of America: 44Loyola University Chicago Law Journal, 533, Winter 2012. Disponível in: WestlawNext@2015Thomson Reuters.

²⁸ Consultar: KLONOFF, Robert h. **The decline of class actions**. United States of America: Washington University Law Review, 90 Wash. U.L. Rev. 729, 2013.

usadas com responsabilidade por um advogado capaz sob o olhar atento do juiz, é um mecanismo poderoso para garantir a justiça em massa. Principalmente nos casos de pequenas reivindicações, as *Class Actions*, em geral, na ausência de uma atuação pública firme, são o único veículo para a reparação do dano. Certamente por tudo isso que está acontecendo nos Estados Unidos que Robert Klonoff, um dos acadêmicos com mais especialidade em *Class Actions*, conclui um dos seus estudos pedindo que a Suprema Corte dos Estados Unidos, responsável por elaborar normas sobre direito processual, assim como o Congresso dos Estados Unidos, responsável por reformas legislativas, voltem a uma abordagem mais equilibrada sobre a proteção jurisdicional de direitos de grupos.²⁹

3.2 ALGUNS DOS PRINCIPAIS PROBLEMAS PARA O FUTURO DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

O Brasil alcançou avanços extraordinários em sede de ações coletivas. O divisor de águas, isso em relação ao movimento mundial para a coletivização do direito processual, é a Lei 7.347/1988, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, que consagrou um sistema de legitimidade ativa concorrente e pluralista (art. 5º), disciplinou regras de competência (art. 2º), assim como a coisa julgada coletiva (art. 16), dispondo sobre outras regras processuais importantes.

Contudo, foi a CR/1988 que realizou a grande mudança e a transformação do sistema jurídico brasileiro ao adotar o Estado Democrático de Direito como Estado da Justiça Material (art. 1º e 3º), estabelecendo uma nova *summa divisio* constitucionalizada (Título II, Capítulo I – dos direitos e deveres individuais e coletivos³⁰) e, ainda, conferindo dignidade constitucional expressa à maioria das ações coletivas, inclusive à própria ação civil pública (art. 129, inciso III).

464 Depois, com o advento do CDC (Lei 8.078/1990), exigência da CR/1988 (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), também foram promovidas importantes conquistas para o sistema de tutela coletiva do País, tais como: a conceituação tripartite dos direitos ou interesses coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos, art. 81, parágrafo único, do CDC) e da correspondente coisa julgada coletiva tripartite (art. 103 do CDC) e, entre outras destacáveis inovações, a criação de um microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum (arts. 90 do CDC e 21 da LACP). Isso tudo sem contar as diversas disciplinas específicas e especiais da tutela coletiva em Leis extravagantes e, inclusive, em forma de Estatutos.³¹

Com isso, passou a existir um sistema de tutela coletiva muito mais robusto e organizado no Brasil, ampliando de forma muito consistente o ajuizamento de ações coletivas, especialmente pelo Ministério Público no início e, depois, com maior participação de outros legitimados ativos, como a Defensoria Pública e associações.

O peso das ações coletivas e a força do judiciário brasileiro passaram a incomodar os poderes econômico e político. Vieram as reações e não foram poucas. Convém destacar aqui algumas delas.

Primeiro, as reações do Governo Federal via medidas provisórias, especialmente até o advento da limitação a esse poder via Emenda Constitucional em 2003. É emblemática, nesse campo, a MP 2.180-35, de 24.08.2001, que limitou o objeto da ação civil pública e promoveu outros retrocessos no sistema.³² O PL da Câmara 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que é um ótimo projeto de lei, apesar de ter sido inserido no II Pacto Republicano de Estado e constituir o resultado de um grande consenso nacional entre as presidências dos três poderes, sofreu fortíssima reação na Câmara de Deputados, tanto

²⁹ Consultar: KLONOFF, Robert h. **The decline of class actions**. United States of America: Washington University Law Review, 90 Wash. U.L. Rev. 729, 2013.

³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

³¹ Conferir ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: DelRey, 2007. Também, ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

³² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: DelRey, 2007. Também, ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

do poder econômico quanto do poder político e acabou sendo rejeitado em 2010 pela Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa Legislativa. Há recurso dessa decisão, mas que até hoje não foi apreciado Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Outros bons Projetos de Lei foram apresentados, mas sem sucesso no Congresso Nacional. Mais recentemente, a Lei 8.429/1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, sofreu um forte ataque legislativo com o advento da Lei 14.230/2021, que estabeleceu um amplo rol de exigências que dificultam muito a defesa da probidade administrativa, não obstante existam aspectos positivos trazidos pela mencionada Lei.

Portanto, assim como nos Estados Unidos, há no Brasil problemas e graves ataques ao sistema de tutela coletiva. É preciso que a sociedade em geral, os movimentos sociais e as instituições do sistema de justiça estejam organizados e atentos para evitar novos e graves retrocessos. O papel do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, esse por intermédio do controle abstrato e difuso da constitucionalidade, das súmulas vinculantes e dos julgamentos em sede de repercussão geral, torna muito necessário para corrigir os erros e evitar retrocessos que contrariem as importantes conquistas operacionalizadas no sistema de tutela coletiva, especialmente pela Constituição Cidadã de 1988.

4 CONCLUSÕES

1. Há nos Estados Unidos, em relação às *Class Actions*, mais insegurança e instabilidade, pelo menos formalmente, em termos de legislação, do que no Brasil.
2. No Brasil, a maioria das ações coletivas possui dignidade constitucional (a Ação Civil Pública é o maior exemplo, art. 129, III, da CR/1988), de modo que o processo de alteração da Constituição é bem rígido e complexo.
3. Nos Estados Unidos, os Estados membros são autônomos e poderão disciplinar, cada um ao seu modo, as *Class Actions*, apesar de que, na prática, a maioria dos Estados daquele País adotam a disciplina prevista na Regra 23 do Código Federal de Processo Civil.
4. No Sistema Americano, a Suprema Corte detém competência, transferida pelo Congresso dos Estados Unidos em 1934, para legislar sobre matéria processual, incluindo as provas.
5. No Brasil, o Judiciário não possui competência para criar normas sobre o direito processual, que é de competência privativa do Legislativo da União (art. 22, I, da CR/1988), sendo que os tribunais brasileiros têm competência para criar os seus regimentos internos, mas não a possuem para legislar sobre o direito processual ou sobre provas, não obstante tenham atualmente enorme poder para criar precedentes obrigatórios, especialmente com o advento do CPC/2015 (art. 927).
6. No Brasil, os Estados não poderão legislar sobre direito processual, salvo sobre procedimento específicos ou se existir autorização expressa de Lei Complementar (arts. 22, inciso I, parágrafo único, 24, inciso XI, ambos da CR/1988).
7. Há, entretanto, há muitos riscos comuns de graves retrocessos, lá e aqui, e muitos já ocorreram, tendo em vista o incômodo e os fortes movimentos exercidos pelos poderes econômico e político contra as ações coletivas aqui no Brasil e, igualmente, contra as *Class Actions* nos Estados Unidos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**: precedentes no direito brasileiro. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. **Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988**: normas processuais e procedimentais civis. Coleção Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça no Estado Constitucional de Direito em Crise, vol. 17 (Gregório Assagra de Almeida – coordenador). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BONE, Robert G.: **Walkin the Class Action maze**: toward a more functional Rule 23. United States of America: University of Michigan Journal of Law Reform 1097, 2013. Disponível: <http://repository.law.umich.edu/mjlr/vol46/iss4/1>

DICKERSON, Thomas A. **Class actions the law of 50 States**. United States of America – New York: Law Journal Press, 2015.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for Complex Litigation**. Fourth Edition. United States of America: 2004. Disponível in: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MCL40000.pdf/\\$file/MCL40000.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MCL40000.pdf/$file/MCL40000.pdf)

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. **Twombly e Iqbal**: Il Ruolo Della Civil Procedure Nello Scontro Politico-Ideologico Della Società Statunitense (Twombly and Iqbal: The Role of Civil Procedure in the Political and Ideological Battle in American Society) (May 22, 2011). Int'l Lis, p. 104, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1849403>

466

GREER, Marcy Hogan. **A practitioner's guide to class actions**. United States of America: American Bar Association, 2010.

INSEDEGOV: <http://supreme-court-justices.insidegov.com/>

ISSACHAROFF, Samuel. **Civil procedure**. Third Edition. United States of America: Fundation Press/Thomson Reuters, 2012.

KARLSGODT, Paul G. **World class actions**: a guide to group and representative actions around the Globe. United States – New York: Oxford University Press, 2012.

KLONOFF, Robert h. **The decline of class actions**. United States of America: Washington University Law Review, 90 Wash. U.L. Rev. 729, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MULLENIX, Linda S. **Judicial Power and The Rules Enabling Act**. United States of America: 46 Mercer law Review, 733, Winter, 1995. Disponível in: WestlawNest@2015 Thomson Reuters.

REDISH, Martin R. **Wholesale justice**: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit. United States of America: Stanford Law Books, 2009.

RULE 23 SUBCOMMITTEE REPORT. Disponível in: https://law.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/jul2015/I_Rule_23_Subcommittee_Report-pgs_243-297.pdf

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: <http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>.

TRASK, Andrew. **What Will Be in the Coming Class Action Amendments?** United States of America: Class Action Counter Measures, December 10, 2014. Disponível: <http://www.classactioncountermeasures.com/2014/12/articles/uncategorized/what-will-be-in-the-coming-class-action-amendments/>

Recebido em: 01/07/2023

Aceito em: 20/08/2023