

OWEN FISS

Ocupa a posição de *Sterling Professor Emeritus*, de Direito, na Universidade de Yale, EUA. Sua formação acadêmica se deu pelo *Dartmouth College* (EUA), por Oxford (Inglaterra) e pela Universidade Harvard (EUA). Foi Assistente do juiz Thurgood Marshall, que chegaria à suprema Corte dos Estados Unidos, quando este ainda era juiz da Corte de Apelação do Segundo Circuito, com sede em Nova York, e, posteriormente, do Juiz William J. Brennan Jr., da Suprema Corte Norte-Americana. Ele também atuou na Divisão de Direitos Cíveis do Departamento de Justiça Norte-Americano, equivalente ao Ministério da Justiça brasileiro. Antes de ser professor em Yale, Fiss também lecionou na Universidade de Chicago. Ele coordena programas de extensão na América Latina e no Oriente Médio. Owen Fiss é autor de importantes e influentes artigos jurídicos nos Estados Unidos, dos quais os mais relevantes são trazidos por esta obra. Seu artigo "Contra o Acordo" está entre os cem artigos jurídicos mais citados da história jurídica americana.

COORDENAÇÃO DA TRADUÇÃO CARLOS ALBERTO DE SALLES

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Possui os títulos de Mestre, Doutor e Livre-Docente pela mesma universidade. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo quinto constitucional do Ministério Público.

BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO: FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Direito como Razão Pública

PROCESSO, JURISDIÇÃO E SOCIEDADE

2ª Edição
Revista e Atualizada



tos importantes. Como referência ao caso *Mullane* e nossa experiência com a *class action* deixa claro, o devido processo nunca foi reduzido ao tipo de individualismo que informa a opinião de Rehnquist em *Martin v. Wilks*. Não dá controle absoluto a cada e todo indivíduo; não exige uma desconsideração das consequências sociais de uma regra procedimental. Permite uma regra – seja proposta por uma corte ou por uma legislatura, como no caso do *Civil Rights Act of 1991* – que busca uma acomodação de ambos os direitos procedimentais, tanto os dos bombeiros brancos como os direitos substanciais dos bombeiros negros.

Com o objetivo de alcançar alguma medida de finalidade e eficiência para a *injunction* estrutural, pode ser necessário ajustar os direitos procedimentais dos bombeiros brancos ou outros possíveis impugnantes. Pode ser necessário abandonar o direito de participação e deixar vários indivíduos sem nenhuma outra garantia de que seus interesses serão adequadamente representados. Mas esse ajuste de direitos procedimentais dos possíveis impugnantes apoia-se na mais apelativa de todas as premissas – de que assim fazendo dará um remédio mais completo à violação dos direitos de outros, incluindo o direito de ser livre da discriminação. O que não significa sacrificar o devido processo para o bem dos direitos civis, mas sim libertar o devido processo dos domínios de uma concepção excessivamente individualista de devido processo e reconhecer que a imparcialidade dos procedimentos em parte estimula os fins sociais que servem. O devido processo não introduz no direito as teorias éticas do Professor Immanuel Kant.

Capítulo VIII

A TEORIA POLÍTICA DAS AÇÕES COLETIVAS²⁹⁴

Os Estados Unidos são responsáveis por muitas inovações em matéria de processo civil, mas provavelmente a mais inovadora e relevante seja a ação coletiva. A ação coletiva surgiu muito antes da era dos direitos civis e não se limitou em absoluto aos casos estruturais. Em verdade, seu uso mais importante se deu em ações de indenização que buscavam reparações para violações de leis antitruste e de leis de proteção aos consumidores e ao meio ambiente. Ainda assim, a lei federal que regulamenta as ações coletivas foi reformulada de maneira significativa em 1966 e o uso desse dispositivo processual atingiu grande destaque no final da década de 1960 e início da década de 1970.

O uso mais apropriado da ação coletiva é encontrado quando se busca a reparação de danos difusos – onde o réu tenha causado um pequeno dano a um grande número de pessoas. Em tal situação, a soma total do dano pode ser enorme, mas não faria sentido em termos econômicos alguém promover uma ação judicial às suas próprias expensas já que a indenização individual seria muito pequena. A ação coletiva, nos Estados Unidos, permite que um indivíduo pleiteie uma reparação em nome do grupo de pessoas lesadas. A soma total da reparação é distribuída entre os membros do grupo, mas apenas depois de os advogados, que a representam, terem levantado seus honorários.

Na essência, a ação coletiva é um mecanismo criado para financiar um advogado que represente o interesse de um grupo – para tornar economicamente viável que indivíduos privados busquem a completa aplicação e execução de normas públicas. Não é surpreendente, portanto, que a ação coletiva tenha sido muito utilizada na era dos direi-

²⁹⁴ Publicado originalmente no volume 53 do *Washington and Lee Law Review*, p. 21-31, 1996.

tos civis, em que os advogados receberam seus maiores honorários nas ações de grupos como o *NAACP Legal Defense Fund*. Também não é surpreendente que a ação coletiva tenha se tornado alvo de ataques, como descrito neste capítulo, durante o período de recessão econômica que se iniciou nos anos 70 e que dura até os dias de hoje. A ação coletiva é fonte de eterna fascinação para os advogados de outros países. Eles, também, sentem a necessidade de advogados que representem o interesse de um grupo. Em 1995 fui convidado a proferir uma palestra na Argentina na inauguração de um programa de pós-graduação, em uma de suas novas universidades privadas, e escolhi a ação coletiva como meu tema. A palestra foi originalmente publicada em espanhol no volume inaugural na *Revista Jurídica de Universidad de Palermo* (volume 1, página 5). No ano seguinte uma versão em inglês foi publicada na edição de 1996 da *Washington and Lee Law Review* (volume 53, página 21), dedicada a um dos mais distintos graduados e verdadeiro herói da era dos direitos civis, o *Justice John Minor Wisdom*, da Corte de Apelações do Quinto Circuito, dos Estados Unidos.

As cortes não têm iniciativa própria. Seus processos devem ser iniciados por algum ente externo e é esse órgão, não as cortes, que conduzirá a investigação dos fatos, planejará a produção de provas, selecionará e interrogará as testemunhas, redigirá as peças processuais e monitorará a implantação da medida judicial. Quem deve desempenhar este papel?

Quando a resposta judicial para a violação de uma norma legal consiste em prisão ou alguma outra forma de punição e o processo é considerado criminal, o poder de iniciá-lo, nos Estados Unidos, pertence exclusivamente a um agente público, por exemplo, um membro do Ministério Público. As vítimas dos crimes não podem iniciar processos criminais e a Suprema Corte tem sido relutante em conferir aos indivíduos qualquer poder para rever ou, de outra forma, supervisionar a decisão estatal por meio da qual é iniciada a ação penal.

A situação é inteiramente diferente no contexto civil, onde o propósito não é punir por uma violação passada, mas compensar danos passados ou evitar violações futuras, e a medida judicial pleiteada nesses casos é a indenização ou a *injunction*²⁹⁵ ao invés de uma multa ou prisão.

²⁹⁵ O termo não encontra correspondente exato no sistema brasileiro. No sistema norte-americano, a *injunction* consiste em uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente, tal medida judicial possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros.

Em tais processos, o poder de iniciação tem sido alocado em dois atores sociais diferentes: agentes públicos e partes privadas. Na minha opinião, a *class action*²⁹⁶ pode ser melhor entendida como uma fusão desses dois atores.

Os processos judiciais iniciados por partes privadas podem servir a seus propósitos particulares. Imagine-se um acordo de fixação de preços entre corretores de valores mobiliários e um processo judicial proposto por um dos investidores pleiteando uma *injunction* para prevenir a fixação de preços no futuro ou para recuperar os prejuízos resultantes do dano que lhe foi imposto. O processo pode destinar-se ao pleito ou à proteção dos direitos individuais do investidor. Entretanto, um propósito público também pode ser alcançado por este mesmo processo no sentido de que, se bem-sucedido, fará com que o comportamento dos corretores se adequar à lei antitruste. Uma *injunction* contra a fixação de preços no futuro, claramente, teria esse efeito, mas também o teria uma indenização ao investidor pelos danos sofridos. Essa indenização forçaria os corretores a absorver os custos de sua má conduta e, considerando princípios comuns de prevenção de ilícitos, desencorajaria violações futuras pelos réus e outros corretores.

Em muitos casos, não há a necessidade de desvencilhar os propósitos públicos e privados de uma ação judicial iniciada por um cidadão. O cidadão favorece o interesse público através da procura de fins privados. Há, entretanto, uma categoria de casos – de crescente importância nos tempos modernos – na qual os dois propósitos tornam-se distintos. Isto ocorre quando o dano sofrido por um cidadão individual não é suficiente para dar-lhe uma boa razão para ingressar com uma ação judicial, ainda que o dano agregado seja considerável para a sociedade. Considere-se, novamente, um acordo de fixação de preços. Desta vez, nosso hipotético acordo envolve corretores que lidam com pequenas transações. O dano imposto a um pequeno investidor pode ser de setenta dólares, mas o prejuízo agregado sofrido pelo conjunto de investidores – que chega a milhões – é de sessenta milhões de dólares. Em tal caso, o sistema jurídico poderia permanecer relativamente indiferente ao fato dos setenta dólares serem algum dia revertidos em favor do investidor, mas não completamente indiferente às ramificações públicas do ato dos corretores, em razão da enorme perda social que decorreria dele.

²⁹⁶ Literalmente “ações de classe”. Essas ações correspondem, em grande parte, às ações coletivas no sistema jurídico brasileiro, embora não englobem todos os tipos de ações, existentes nos Estados Unidos, que podem ser consideradas coletivas. *vide* nota 127 do texto “Contra o Acordo”, Capítulo III, acima.

Até certo ponto, tais situações podem ser controladas por processos judiciais instaurados por agentes públicos. Se o interesse público for grande e o interesse privado relativamente insignificante, então o Ministério Público deve ter capacidade jurídica para processar os corretores. Em virtude de termos uma forte tradição, que data do fim do século XIX, na autorização de ações judiciais cíveis, iniciadas pelo governo, como alternativa para a ação penal em determinadas áreas²⁹⁷, temos sido relutantes em torná-la a única alternativa disponível para lidar com tais casos. Esta relutância pode refletir a característica desconfiança norte-americana com relação ao poder do governo e o desejo de preservar um lugar para o cidadão ingênuo e imaginativo. Mais concretamente, a relutância em fazer da ação judicial de iniciativa do governo a única opção civil nessas situações pode estar enraizada nas preocupações com o sistema oficial de governança e com a maneira pela qual os agentes públicos cumprem suas obrigações. A questão relaciona-se à maneira pela qual se responde a uma determinada situação. O poder de que se investe o Ministério Público é discricionário e há temores de que essa discricionariedade seja utilizada de forma abusiva, em razão da corrupção, ou de que necessidades de certos segmentos da sociedade – por exemplo, daqueles sem peso político – sejam sistematicamente negligenciadas. Como resultado, surgiu a ideia de um sujeito privado exercer as funções do Ministério Público (a ideia de um *private attorney general*²⁹⁸). O poder de iniciar uma ação é conferido ao cidadão individual, mas a função do processo judicial é a mesma de uma ação iniciada pelo Ministério Público, a saber, defender o interesse público.

Como tal ação judicial de iniciativa do cidadão deve ser financiada? A ação judicial deve ser proposta em nome de algum cidadão individual, mas o trabalho será feito por advogados. Enquanto o termo "*private attorney general*" é normalmente aplicado aos autores da ação, são os advogados que, na realidade, cumprem esse papel e devem ser compensados por suas horas de trabalho e esforço. De fato, analisando-se a questão mais profundamente, nota-se que a compensação deve ser alta o suficiente para que os melhores e mais brilhantes advogados assumam tais riscos. Em razão do fato de nós, nos Estados Unidos, operarmos sob uma norma que não concede os honorários advocatícios ao vencedor, não

²⁹⁷ Ver Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-7 (1994); *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 672-73 (1887) (afirmando que os processos na corte de equidade iniciados pelo Ministério Público são uma alternativa apropriada a processos criminais para restringir danos decorrentes do direito de propriedade).

²⁹⁸ Conserva-se no texto a expressão em inglês pela ausência de uma tradução cômoda para o português, no qual resultaria algo como "Ministério Público Privado".

há um prêmio em específico para a cobertura de despesas advocatícias, e isto significa que o pagamento do advogado do autor da ação deve ser subtraído da indenização que este recebe do réu, caso haja êxito. Quando a indenização pelo prejuízo é de sessenta milhões de dólares, há mais do que o suficiente para ser dividido; haveria um exército de advogados preparados para promover essa ação, os quais veriam motivação para tanto no valor dos honorários advocatícios devidos em caso de sucesso, o que não acontece quando a indenização é de setenta dólares.

Nossa resposta a este dilema, como é usual entre os norte-americanos, tem sido tanto variada quanto pragmática. Uma abordagem consiste na defesa do relaxamento da norma norte-americana sobre os honorários advocatícios²⁹⁹, quando o autor em questão está agindo como *private attorney general*. Em um caso como esse, pode haver um prêmio específico a título de honorários advocatícios, como forma de compensar os advogados encarregados de desempenhar tal papel pelo dispêndio de suas horas de trabalho e esforço. Em alguns casos, esta mudança foi forjada pelas cortes; no âmbito federal, outorgada por lei³⁰⁰. A maioria das leis federais que tratam de sucumbência é assimétrica; o advogado do réu recebe honorários advocatícios apenas em situações especiais como, por exemplo, quando ocorre má-fé na propositura da ação; enquanto o advogado do autor recebe honorários advocatícios sempre que ganha a ação³⁰¹.

Uma segunda abordagem remete-se à criação de um corpo separado de advogados que poderiam agir como *private attorneys general* e, então, efetuar-se-ia seu pagamento por meio de fundos criados para esse fim, cujos recursos vêm do próprio público, às vezes na forma de receitas provenientes de impostos ou, mais frequentemente, na forma de doações privadas. Isto tem levado ao surgimento de uma completa panóplia de organizações – a NAACP, ACLU, *Natural Resources Defense Council*,

²⁹⁹ Note-se que, como regra, os processos nos Estados Unidos não seguem o princípio da sucumbência existente no Brasil, arcando cada uma das partes com as despesas de seu advogado. Algumas leis federais estabelecem excepcionalmente regras de sucumbência, como o texto discute a seguir.

³⁰⁰ *Alyeska Pipeline Serv. Co. v. Wilderness Soc'y*, 421 U.S. 240, 271 (1975) (sustentando que réus não poderiam ressarcir os honorários advocatícios baseados na abordagem de "*private attorney general*", porque apenas o Congresso pode autorizar tal exceção à norma norte-americana sobre sucumbência). Este resultado foi modificado pelo *Civil Rights Attorney's Fees Awards Act of 1976*, Pub. L. No. 94-599, 90 Stat. 2641 (emendando 42 U.S.C. § 1988 (1970)). Em nível estadual, ver *Serrano v. Unruh*, 652 P. 2d 985, 997 (Cal. 1982) (sustentando que os honorários advocatícios podem ser concedidos sob a teoria do "*private attorney general*").

³⁰¹ RESNIK, Judith; CURTIS, Denis E.; HENSLER, Deborah. *Individuals Within the Aggregate: Representation and Fees*, 71 N.Y.U.L. Rev. 296, 1996.

Legal Services Corporation, Center for Law & Social Policy, Equal Rights Associates – que disponibilizam advogados para servirem como *private attorneys general*³⁰².

A terceira, e talvez mais imaginativa, solução para o problema de financiar o *private attorneys general*, é a adotada pela *class action*. Na essência, a *class action* permite que o autor do exemplo apontado obtenha em juízo não apenas os setenta dólares – quantia relativa ao dano individual sofrido –, mas sim os sessenta milhões de dólares – relativos às indenizações devidas a todos os investidores lesados. A maioria dessas indenizações seria paga aos investidores, mas uma grande parte – talvez seis milhões de dólares (10%) ou, até mesmo, vinte milhões de dólares (33,3%) – iria para os advogados do autor da ação. Os advogados seriam pagos pelo fundo comum que criaram com o resultado positivo da ação.

Em suma, a *class action* pode ser considerada uma criação destinada ao financiamento do *private attorney general*. Permite a reunião de pretensões, quando similares ou idênticas, de um grande número de pessoas, nenhuma das quais – permanecendo isolada – justificaria o processo judicial. A pessoa que ingressa com o processo judicial é referida como “o autor identificado”, e os outros são referidos como “membros não identificados da classe”. O autor identificado age em favor dos membros não identificados da classe e, para melhor entender os dilemas criados pela *class action*, devemos considerar o impacto da ação do autor identificado sobre os direitos da classe.

Uma vitória do autor identificado precluirá ações judiciais futuras dos membros não identificados da classe. Isso parece relativamente simples. Os membros não identificados da classe não terão qualquer razão para perseguir suas reivindicações porque, em hipótese, elas já foram pagas e honradas e, em caso algum, a mais elementar justiça exigiria tal resultado. Os réus não têm de pagar duas vezes.

Mas o que aconteceria se, como de fato é possível, o autor identificado perdesse o processo? A regra geral, nos Estados Unidos, é impedir que os membros não identificados da classe ingressem com ações futuras, mas os fundamentos de tal regra estão longe de serem claros³⁰³.

³⁰² Ver, de maneira geral, GREENBERG, Jack. *Crusaders in the Courts: How a Dedicated Band Of Lawyers Fought For The Civil Rights Revolution*, 1994; WALKER, Samuel. *Defense of American Liberties: A History Of The ACLU*, 1990.

³⁰³ A coisa julgada coletiva no Brasil segue as normas dos arts. 103 e 104 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em sistemática diversa daquela adotada nos Estados Unidos.

Uma noção, talvez mais apropriada para uma aposta do que para um litígio³⁰⁴, pressupõe que os riscos do réu devem ser simétricos. Se o réu perde, a perda é grande; assim, se réu ganha, o ganho também deve ser grande. Alternativamente, a regra pode estar baseada em um medo de extenuar o réu – depois de ganhar um caso, o réu pode ter de montar uma segunda defesa, uma terceira, e assim por diante. Deve-se admitir que a extensão do dano individual é muito pequena para supor-se que, um após o outro, os lesados entrariam individualmente com processos judiciais, mas não está claro o porquê do primeiro a entrar com uma *class action* ser o único autorizado a fazê-lo.

Qualquer que seja a razão, a regra que impede novas ações por parte dos membros não identificados da classe, na contingência de uma perda pelo autor identificado, encontra-se bem estabelecida e dá origem à tensão normativa central na *class action*: um conflito com o princípio que promete a cada pessoa um dia na corte antes da preclusão de seu direito. Em um nível superficial, essa tensão tem sido resolvida através da concepção da *class action* como uma forma de ação representativa, porque, para ser preciso, o sistema jurídico não garante que cada pessoa terá seu dia na corte, mas apenas que o interesse de cada pessoa será representado na corte. Está razoavelmente bem estabelecido que, se aponto um agente para representar meus interesses, esse ingressa com uma ação judicial em meu favor e perde, não poderei entrar com novo processo.

A *class action* é de fato uma ação judicial de representação – como já foi notado, o autor identificado está ingressando com uma ação judicial em favor de todos os membros não identificados da classe –, mas ela emprega um conceito peculiar de representação: auto nomeação. Contrariamente à situação em que nomeio alguém como meu procurador, na *class action* o autor identificado nomeia a si mesmo como representante da classe. A auto nomeação tem precedentes no mundo da política e em outros domínios sociais. De fato, é lugar absolutamente comum em situações políticas, onde há mudança radical de regime. As pessoas que se reuniram na Filadélfia, no verão de 1787, para traçar as primeiras linhas da Constituição dos Estados Unidos automearam-se para representar o povo. Aqueles que sentaram ao redor da mesa redonda em Budapeste, no verão de 1989, assumiram seus mandatos de maneira similar. Até agora, não há negação de que a auto nomeação seja uma forma anômala de representação, apenas uma forma justificada, se o for completamente, pelas mais excepcionais circunstâncias. Seu uso na *class action*

³⁰⁴ KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. *The Contemporary Function of the Class Suit*, 8 U. Chi. L. Rev. 684, 713, 1941.

revela o caráter verdadeiramente excepcional – talvez até mesmo revolucionário – dessa criação processual.

A essa altura da história da *class action*, presta-se pouca atenção ao conceito de automeação propriamente dito, embora possa parecer estranha, de início, essa forma de representação. No entanto, a tensão normativa por ela gerada não desapareceu; as batalhas estão simplesmente sendo travadas em outros fronts, sobretudo, em torno das exigências acerca da notificação. Todos concordam com a afirmação da necessidade de notificação dos membros não identificados da classe com relação à pendência da ação judicial e à decisão do autor da ação no sentido de nomear-se representante. Mas há uma nítida controvérsia – alimentada por atitudes divergentes no que tange à utilidade social da *class action* e por uma própria noção de um *private attorney general* – com relação à forma da notificação e a quem deve suportar os custos dessa notificação.

Uma corrente insiste na realização de uma notificação individualizada: cada indivíduo dentro da classe deve ser informado da decisão do autor no sentido de automear-se representante. Dessa forma, o indivíduo que receber esta notificação tem a opção de desautorizar a pretendida representação, quer retirando-se da classe, quer intervindo e contestando a adequação da representação a ser oferecida pelo autor da ação. O silêncio é tido como consentimento. Aqueles que aceitem esta visão, nominalmente aceitam o conceito de autorrepresentação, mas, de fato, buscam recriar a representação sob a forma de entidade representativa e a ligação consensual entre representante e representados que ela pressupõe. As únicas concessões aos propósitos sociais feitas pela *class action* são, primeiro, uma reordenação temporal – o consentimento pode vir após a nomeação – e, segundo, a disposição para tratar o silêncio ou a inércia como uma forma de consentimento.

Aqueles que pretendem aumentar o alcance da *class action* e, assim, estão mais afeitos à noção de automeação, reconhecem a importância da notificação, mas insistem em que ela tome forma coletiva: somente alguns dos membros da classe devem ser informados da pendência do processo judicial. De acordo com essa corrente, o propósito da notificação não é a construção de um elo consensual entre o representante e os membros da classe, mas a obtenção da garantia de que os poderes da automeação estão sendo exercidos sem abusos. A notificação informa boa parte da classe sobre o que está para acontecer em seu nome, conferindo-lhe a oportunidade de questionar a corte com relação a adequação do representante automeado. A notificação não é uma procuração por meio da qual se atesta o consentimento do representado, mas um instru-

mento para assegurar que o *autor identificado* será um defensor forte e efetivo para a classe.

Essa controvérsia teórica sobre os dois tipos de notificação – individual *versus* coletiva – tem importantes implicações pragmáticas, simplesmente, porque a notificação individual tende a ser mais dispendiosa. No importante caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*³⁰⁵, decidido na metade dos anos 70, a notificação individual teve um custo estimado de cerca de US\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil dólares). Tal caso envolvia um esquema de fixação de preços entre os corretores da Bolsa de Valores que negociavam o que se costuma chamar, na indústria, lotes incompletos³⁰⁶ – vendas de ações em lotes inferiores à uma centena. Os custos consistiam no envio da notificação, por serviço do correio de primeira classe, para cerca de 2.250.000 pessoas que compraram menos de dez ações dos corretores em determinado período de tempo. Em contraste, o custo da notificação coletiva foi estimado em pouco mais de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares). Ela consistia em anúncios nos principais jornais e na notificação, via correio de primeira classe, dos grandes e médios investidores do mercado e de 5.000 pequenos investidores do grupo de 2.250.000, escolhidos aleatoriamente.

As controvérsias em *Eisen* versavam principalmente sobre o tipo de notificação – especialmente, acerca da possibilidade de admissão da notificação aleatória –, mas discutiu-se também quem deveria pagar por ela. Os custos da notificação devem ser pagos no início da ação judicial, antes de qualquer ressarcimento. Da perspectiva do advogado do autor, tais despesas poderiam ser vistas como um investimento. Os retornos esperados – o valor resultante da reunião das pretensões individuais determina a probabilidade de vitória – podem ser grandes o suficiente para justificarem a despesa. Se não o forem, contudo, o advogado não entrará com a ação judicial. Para evitar esta contingência, alguns argumentam que os custos da notificação poderiam ser realocados, sendo atribuídos ao réu.

No caso *Eisen*, a corte responsável pela instrução e julgamento de fato atribuiu os custos da notificação ao réu, mas a Suprema Corte não aceitou tal alteração, reafirmando que o autor deve arcar com os custos de sua ação judicial. Na fundamentação dessa decisão, a Suprema Corte não mencionou as dimensões públicas da ação judicial – que o autor ingressou com um processo judicial para o público e não apenas para si. Ainda assim, podem haver outras razões para questionar-se a atribuição dos

³⁰⁵ 417 U.S. 156 (1974).

³⁰⁶ *Odd-lots*, no original.

custos da notificação ao réu. Em primeiro lugar, tal realocação pode prejudicar membros não identificados da classe. Na *class action* típica, os membros não identificados da classe realmente podem ser protegidos pelas ações do réu; o réu objetiva destituir o autor da ação ou aumentar seu ônus financeiro, assim, tem motivos para insistir em uma completa notificação dos membros não identificados da classe. Impondo-se que o réu arque com os custos da notificação, entretanto, pode-se fazer com que ele hesite em exigir tal notificação.

Segundo, tal realocação aumentará o ônus que o réu deverá assumir para defender-se. A pressão sob o réu para capitular seria intensificada e seu direito a um dia na corte poderia restar comprometido. A corte de instrução e julgamento em Eisen considerou esse perigo e, como resultado, condicionou a atribuição ao réu dos custos da notificação à constatação de que a probabilidade de ele perder era bastante alta. Mas tal constatação só pode ser feita após uma análise, ao menos superficial, do mérito da causa. Isso, por si só, oneraria o réu e obrigaria a corte decidir com base em uma instrução incompleta – na melhor das hipóteses, uma produção de provas reduzida ou referente somente aos principais pontos controvertidos –, porque tal análise deve preceder a notificação da classe e, desse modo, prenunciar o integral conhecimento e julgamento do mérito da ação.

À parte do fato de atribuir-se ao autor ou ao réu o pagamento dos custos da notificação, uma outra alternativa pode ser a realização desse pagamento pelo Estado. Esses custos, então, seriam tratados como uma das muitas despesas contraídas pelo Estado para a manutenção do Judiciário, comparável, por exemplo, aos custos da manutenção do fórum ou aos vencimentos do juiz. Tal esquema de financiamento, entretanto, produziria um estranho resultado. Daria a partes privadas um poder superior ao do Tesouro Público, muito semelhante ao que possui o verdadeiro Ministério Público³⁰⁷, sem conferir-lhes responsabilidades para com o público por suas despesas.

Até certo ponto, por conseguinte, pode-se entender a dificuldade inerente à constante realocação dos custos da notificação do autor identificado para o réu ou para o Estado. Reconhecidamente, incumbir o autor identificado desse pagamento é problemático, porque torna a busca da solução judicial menos atrativa para o advogado disposto a patrocinar a causa³⁰⁸ – ele deve realizar o pagamento no início da ação judi-

³⁰⁷ Em oposição ao *Private Attorney General*.

³⁰⁸ *Enterprising Lawyer*, no original, referindo-se ao fato de, nos Estados Unidos, usualmente o advogado tem sua remuneração vinculada ao êxito na causa. Nesse sentido,

cial e, em muitos casos, isso pode ser um empecilho decisivo para que, efetivamente, proponha a ação. Contudo, as alternativas também têm suas desvantagens. Considerando-se tudo isso, parece que a solução mais sensata para o presente problema é a notificação coletiva, porque essa permite-nos permanecer um tanto indiferentes quanto ao método de alocação, posto que as somas são bastante pequenas. Mesmo se o autor for incumbido do pagamento, é improvável que o ônus seja decisivo. A partir desta perspectiva, a decisão Eisen parece peculiarmente infeliz. A Suprema Corte não só rejeitou o esforço da corte de primeiro grau no sentido de realocar os custos da notificação, como também rejeitou a noção de notificação aleatória e insistiu em uma forma particularmente cara de notificação individualizada – correio de primeira classe para cada e todo membro da classe cujo nome e endereço for conhecido – de todos os 2.250.000.

A Suprema Corte fundamentou sua decisão no especial teor de uma das Normas Federais de Processo Civil³⁰⁹. Ao meu ver, a Corte não estava vinculada àquela norma ou, no que tange ao caso em questão, a qualquer outra das normas da *class action*, porque o processo pelo qual as normas federais foram promulgadas não pode gerar normas capazes de vincular a Corte³¹⁰. As normas em questão não satisfazem a exigência de “caso ou controvérsia” contida na Constituição³¹¹ ou quaisquer das outras relativas a decisões judiciais e, por essa razão, não podem nem mesmo adquirir o peso usualmente conferido aos precedentes judiciais. Tais normas também não possuem o efeito vinculante de uma lei. Sob a Seção 2072 do *Judicial Code*, promulgado nos anos 30, as nor-

ele assume o papel de um verdadeiro empreendedor, investindo recursos e horas de trabalho em um caso, na expectativa de um resultado positivo, mas assumindo os riscos de eventual insucesso.

³⁰⁹ *Idem* p. 173 (citando a Norma 23 (c)(2), das Normas Federais de Processo Civil, segundo a qual a corte é obrigada a dirigir aos membros da classe “a melhor notificação viável sob as circunstâncias, incluindo a notificação individual para todos os membros que podem ser identificados através de um esforço razoável”).

³¹⁰ Ver *Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, 85 F.R.D. 521, 521 n. 1 (1980) (Juiz Powell, votando vencido). Ao registrar uma informação sobre o processo no qual as normas são promulgadas, o Juiz Powell, que apenas poucos anos antes escrevera Eisen, notou que o “papel da Corte no processo de criação de normas era em grande parte formalístico. Os comitês consultivos e permanentes da Judicial Conference fazem os estudos iniciais, trazem comentários em suas minutas e preparam as Normas... o Congresso deveria ter em mente que nossa aprovação das normas propostas é mais uma certificação que elas são os produtos de procedimentos apropriados do que um julgamento ponderado sobre os méritos das propostas propriamente ditas”. *Idem*.

³¹¹ Artigo III da Constituição Norte-americana.

mas de *class action* entraram em vigor, porque o Congresso não as rejeitou dentro de um período específico, mas essa confiança na inércia parece abreviar a mais elementar exigência para a promulgação de uma lei – o voto de ambas as casas do Congresso e apresentação ao Presidente para sua assinatura

Além disso, não estou certo de que a norma específica invocada pela Corte em Eisen era a norma relevante. A norma em questão voltou-se à classificação e caracterização da *class action*, mas a Corte nunca explicou adequadamente por que a *class action* deve ser classificada da maneira por ela escolhida. A Corte insistiu em que o processo judicial fosse tratado como determina a Norma 23(b)(3)(*class action*) das Normas Federais de Processo Civil, o que tornou necessários os requisitos da notificação individualizada contidos na Norma 23(c)(2). Todavia, nenhuma explicação satisfatória foi dada para a relutância da Corte em tratar o processo judicial determinam a Norma 23(b)(2) ou a Norma 23(b)(1)(*class action*). A Norma 23(b)(2)(*class action*) parece destinar-se aos procedimentos relativos a *injunctions* como opostos àqueles que se destinam à obtenção de indenizações em dinheiro, mas em Eisen o autor buscava uma *injunction* e também uma indenização. O componente relativo à *injunction* poderia ter sido tratado como determina a Norma 23(b)(2)(*class action*). Ademais, a Corte recusou-se a tratar o processo judicial como determina a Norma 23(b)(1)(*class action*), baseando-se para tanto na teoria de que a chance de uma adjudicação inconsistente – requisito daquele tipo de *class action* – era virtualmente nula porque cada investidor individual tinha uma participação muito pequena no resultado (setenta dólares)³¹². Isso pode ser verdade, como uma questão puramente prática, mas, a partir dessa perspectiva, é difícil compreender por que a Corte insistiu tanto em notificações individuais para cada e todo investidor, considerando a pequena participação em questão.

Esta estranha oscilação da Corte entre uma perspectiva formal e uma pragmática – uma, quando decide sobre a necessidade de uma notificação individual, e outra, quando vem a classificar a *class action* – sugere que maiores considerações, principalmente de caráter político, talvez estivessem em jogo e que tais considerações, não propriamente o teor específico da Norma 23, influíram na decisão da Corte. Certamente, fatores políticos, no sentido mais amplo, devem ter influído na falha do Congresso, a *Judicial Conference of the United States*, ou, naquele caso, na

³¹² Para admissão da *class action* o autor, no caso, deve demonstrar que os resultados das várias ações individuais podem ser inconsistentes entre si, justificando, dessa maneira, a aceitação da ação de classe.

própria decisão da Corte no sentido de rever a linguagem declaradamente restritiva da norma invocada. Passaram-se mais de vinte e cinco anos desde que a Corte anunciou sua decisão em Eisen.

A difusão do conceito de *private attorney general* e, portanto, do conceito de *class action* foi mais intensa durante os anos 60 e na época da *Warren Court*. Nos anos 70 e 80, a Direita passou a comandar a política e o direito norte-americanos e, nesse contexto, a *class action* tornou-se alvo frequente das forças conservadoras. De fato, a decisão Eisen pode ser vista como uma das muitas vitórias dessas forças: notificações individualizadas intensificam custos e, dessa forma, tornam a *class action* menos atrativa por razões puramente financeiras. Isto diminui o entusiasmo do *private attorney general* – o qual, além de tudo, deve assumir tais custos, pelo menos no início – e, conseqüentemente, viabiliza a manutenção do *status quo*. Tal interpretação da decisão da Corte é das mais plausíveis, quando considerada parte de um grande programa destinado ao enfraquecimento da figura do *private attorney general*, um programa que reuniu forças durante as décadas de 70 e 80 e incluiu a recusa da Suprema Corte em modificar a tradicional regra norte-americana sobre honorários advocatícios para processos judiciais de interesse público³¹³ e também os repetidos ataques dos Republicanos, na Casa Branca e no Congresso, às organizações de assistência judiciária custeadas pelo governo.

Expressa em termos puramente políticos, esta explicação para a mudança no direito norte-americano pode ser suficiente; por fim, no entanto, parece-me muito superficial. Não explica Eisen inteiramente e ignora a teoricamente profunda – talvez até constitucional – questão levantada pela *class action*. A notificação individualizada é, de fato, muito cara e, por essa razão, um ônus para a *class action*, mas também pode ser considerada uma tentativa de responder ao caráter anômalo da autonegação como modo de representação. O fato verdadeiramente perturbador em se tratando da *class action* é que ela cria uma situação na qual posso ser representado em processos sobre os quais nada sei, por alguém que não escolhi e nem ao menos conheço. Os propósitos sociais da *class action* podem, indubitavelmente, justificar essa estranha forma de representação, mas seria um erro ignorar ou negar sua própria singularidade e o fato de que ela se opõe aos valores individualistas que permeiam intensamente nosso sistema jurídico. Reconhecidamente, foi conferida uma expressão dramática a esses valores na América durante as décadas de 70 e 80,

³¹³ *Alyeska Pipeline Serv. Co. v. Wilderness Soc'y*, 421 U.S. 240, 271 (1975).

quando experimentamos um renascimento do capitalismo ortodoxo e do liberalismo clássico – a mais individualista de todas as ideologias – mas este desenvolvimento pode ser apenas uma questão de ênfase. Os valores individualistas que a *class action* questiona estão, todos, presentes no direito norte-americano, talvez no direito de todos os países, e, por bem ou por mal, sempre exercerão uma influência contendorosa sobre a grande tentação dos reformadores sociais no sentido de criarem instrumentos que possam melhor servir a seus fins.

Capítulo IX

AS LIMITAÇÕES DO DIREITO PENAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS³¹⁴

*A partir de 1976, a Argentina passou a ser governada por uma ditadura militar que, provavelmente, foi a mais brutal de toda a sua história. Ocorreu que, no final de 1982, devido a uma série de acontecimentos fortuitos, incluindo a deterioração da economia e o fracasso de sua tentativa de recuperar as Malvinas, os ditadores convocaram eleições, chamando pelo retorno de um governo civil. Raúl Alfonsín ganhou as eleições e, cumprindo uma de suas promessas eleitorais, levou os ditadores a julgamento. Esse julgamento foi realizado em Buenos Aires e teve por resultado uma sentença que condenou cinco dos nove membros da junta que governou o país de 1976 a 1983. Os detalhes desse procedimento e seu significado para a história mundial foram descritos no livro de Carlos Nino **Radical Evil on Trial**, publicado em 1996 pela **Yale University Press**.*

*Eu viajei pela primeira vez para a Argentina em 1985, durante o julgamento e, desde então, tenho regressado quase todo ano. Em uma dessas viagens fui convidado para participar da conferência sobre justiça criminal e direitos humanos, realizada entre 12 e 13 de abril de 1987, na Universidade de Buenos Aires. A maioria dos participantes, inclusive o chefe dos promotores responsáveis pela acusação, referiu-se com orgulho aos procedimentos criminais contra a junta militar e expressou admiração frente à capacidade do governo civil de sustentar a responsabilização da junta sem a ajuda de uma força militar dominada. Ainda que tivesse grande admiração pelos feitos da administração de Alfonsín (veja "Human Rights as Social Ideals" In **Human Rights in Political Transitions**, editado por Carla Hesse e Robert Post, Zone Books, 1999), aproveitei a ocasião para fazer um alerta ao uso excessivo da lei penal.*

³¹⁴ Publicado originalmente no volume 11 do **Human Rights Quarterly**, p. 1-16, 1989.